

Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés

JUAN-CRUZ ALLI ARANGUREN

Presentación

TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ

Prólogo

JEAN-BERNARD AUBY

Los paradigmas de la legalidad
y la justicia en el Derecho
Administrativo francés

Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés

JUAN-CRUZ ALLI ARANGUREN

Presentación

TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ

Prólogo

JEAN-BERNARD AUBY

upna
Universidad
Pública de Navarra
Nafarroako
Unibertsitate Publikoa

Título: *Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*

Autor: Juan Cruz Alli Aranguren

Edita: Universidad Pública de Navarra / Nafarroako Unibertsitate Publikoa

Foto Composición: Pretexto

ISBN: 978-84-9769-228-1

© Juan Cruz Alli Aranguren

© Universidad Pública de Navarra / Nafarroako Unibertsitate Publikoa

Dirección de Publicaciones

Universidad Pública de Navarra

Campus de Arrosadia

31006 Pamplona

Fax: 948 169 300

Correo: publicaciones@unavarra.es

*Al profesor Dr. D. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA,
maestro de los iuspublicistas españoles*

Índice

Presentación por Tomás-Ramón Fernández	21
Prólogo por Jean-Bernard Auby	25

Introducción

GARCÍA DE ENTERRÍA Y LOS PARADIGMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. LOS PARADIGMAS DEL DERECHO	33
1.1. El paradigma físico-matemático	35
1.2. Los paradigmas menores	37
1.3. Paradigma y episteme	39
2. LOS PARADIGMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	40
2.1. Los derechos y libertades	41
2.2. La desestructuración del Derecho Administrativo	46
3. LA APORTACIÓN DE GARCÍA DE ENTERRÍA A LA SOCIEDAD Y AL ESTADO	49
4. UN ESTUDIO SOBRE EL PROCESO HISTÓRICO DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA	54

Primera parte

LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO LIBERAL DE DERECHO

1. EL PROCESO HISTÓRICO DE CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO	62
2. LOS PARADIGMAS DE LA ILUSTRACIÓN Y LA IDEOLOGÍA LIBERAL	68
2.1. El absolutismo	70

2.2. La Ilustración	78
2.3. El liberalismo	87
3. LOS FUNDAMENTOS DOCTRINALES DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA	92
3.1. El gobierno civil y antiabsoluto de LOCKE	92
3.1.1. Del estado de naturaleza al gobierno civil	94
3.1.2. La división del poder	97
3.1.3. La supremacía de la ley	101
3.1.4. Rebelión contra el despotismo	102
3.2. La división de poderes de MONTESQUIEU	103
3.2.1. El espíritu y significado de las leyes	104
3.2.2. El poder controla al poder	107
3.3. El pacto social y la soberanía de la ley de ROUSSEAU	113
3.3.1. De la sociedad natural a la civil por medio del pacto	115
3.3.2. La voluntad general y la ley	118
3.3.3. La división de poderes	119
3.3.4. El reino y la santidad de la ley en la religión civil	120
4. LA REVOLUCIÓN FRANCESA	123
4.1. El espíritu de la Revolución según SAINT-JUST	128
4.1.1. Los jacobinos	128
4.1.2. La obra de SAINT-JUST	134
4.2. El inicio del proceso revolucionario	142
4.2.1. Los Estados Generales	143
4.2.2. La Asamblea Nacional Constituyente	145
4.3. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano	148
4.3.1. La abolición de los derechos feudales	148
4.3.2. Los derechos del hombre como ciudadano	150
4.3.3. La lengua de los derechos	156
4.4. La división territorial y la Administración revolucionaria	158
4.4.1. La organización territorial y la competencia jurisdiccional	159
4.4.2. La nueva Administración	162
4.5. El poder judicial y la jurisdicción administrativa	170
4.5.1. Su origen en el Antiguo Régimen	170
4.5.2. La reforma judicial por la Asamblea Constituyente	173
4.5.3. La ley de 16-24 de agosto de 1790 y la jurisdicción administrativa	176
4.5.4. La atribución de competencias a la jurisdicción administrativa y la inmunidad de la administración	179
4.6. La Asamblea legislativa y la Constitución de 1791	187
4.6.1. Los derechos y libertades	189
4.6.2. Los poderes públicos	190

4.7.	La Convención nacional y la Constitución del año I (1793)	194
4.7.1.	El fin de la monarquía y la proclamación de la república	194
4.7.2.	La Convención jacobina	196
4.7.3.	La Constitución jacobina	198
4.7.4.	El gobierno y la administración jacobinos	201
4.7.5.	El fin de la Convención jacobina	203
4.8.	La Convención termidoriana, la Constitución del año III (1795) y el Directorio	204
4.8.1.	La constitucionalización de la jurisdicción administrativa	207
4.8.2.	El golpe de Estado de 18 y 19 brumario del año VIII	209
4.9.	El Consulado y la Constitución del año VIII (1799)	209
4.9.1.	La Constitución del año VIII	211
4.9.2.	El Consejo de Estado	213
4.9.3.	La organización del Estado y la Administración	219
4.9.4.	La organización de la sociedad por la codificación	221
4.10.	El Consulado vitalicio y la Constitución del año X (1802)	223
4.11.	El I Imperio, la Constitución del año XII (1804) y el Acta adicional de 1815	224
5.	LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN LAS CONSTITUCIONES POSREVOLUCIONARIAS	227
5.1.	La Restauración y la Carta de 1814	228
5.1.1.	La Carta otorgada de 1814	229
5.1.2.	El Consejo de Estado y la jurisdicción administrativa	231
5.2.	La Monarquía de Julio y la Carta de 1830	234
5.2.1.	La Carta de 1830	235
5.2.2.	El Consejo de Estado	236
5.3.	La Segunda República y la Constitución de 1848	238
5.3.1.	La Constitución de 1848	239
5.3.2.	El Consejo de Estado	241
5.4.	El II Imperio y las Constituciones de 1852 y 1870	242
5.4.1.	Las Constituciones	243
5.4.2.	El Consejo de Estado y la jurisdicción administrativa	245
5.5.	La III República y las leyes constitucionales de 1875	247
5.5.1.	Las leyes constitucionales de 1875	251
5.5.2.	El Consejo de Estado y la jurisdicción administrativa	253
5.6.	El Estado francés y la ley constitucional de 1940	255
5.7.	El Gobierno provisional, la ley constitucional de 1945 y la Constitución de la IV República (1946)	259
5.7.1.	La Constitución de 1946	260
5.7.2.	El Consejo de Estado y la jurisdicción administrativa	262

5.8. La V República y la Constitución de 1958	263
5.8.1. La Constitución de 1958	264
5.8.2. El Consejo Constitucional	267
5.8.3. El Consejo de Estado	267

Segunda parte

LAS APORTACIONES DEL DERECHO PÚBLICO FRANCÉS
A LOS PARADIGMAS DEL ESTADO DE DERECHO (I)

1. EL ESTADO CONSTITUCIONAL	278
1.1. El Estado de Derecho	278
1.2. La división de poderes	282
1.3. El reino de la ley	287
2. EL DERECHO COMO ORDENAMIENTO E INSTITUCIÓN	293
2.1. El ordenamiento jurídico como totalidad y organización	295
2.2. El ordenamiento jurídico como institución	297
2.2.1. El concepto de institución de HAURIOU	298
2.2.2. El concepto de institución de ROMANO	302
2.2.3. Valoraciones de la concepción institucional	307
2.2.4. El ordenamiento jurídico como pauta de conductas sociales	309
2.3. El ordenamiento jurídico integra los principios generales del Derecho ...	310
2.4. Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo ..	312
2.4.1. Constituyen una técnica garantista	312
2.4.2. Su formulación por el Consejo de Estado francés	317
2.5. Los principios constitucionales y la constitucionalidad	328
2.6. Los objetivos de valor constitucional	337
3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	341
3.1. Significado y evolución	341
3.1.1. El principio monárquico	344
3.1.2. El principio de la ley habilitante	346
3.2. Doctrina de la vinculación negativa	350
3.3. Doctrina de la vinculación positiva	352
3.3.1. Posición de KELSEN y MERKL	352
3.3.2. Posición de BALLBÉ	360
3.4. Potestades y prerrogativas	361
3.4.1. Medios para actuar al servicio del interés general	361
3.4.2. Atribuidos por el ordenamiento jurídico	364
3.4.3. Obligación de hacer	366

3.4.4. La actividad administrativa en circunstancias excepcionales: <i>Silent leges inter arma</i>	367
4. LA PERSONIFICACIÓN DEL PODER EJECUTIVO Y LA ADMINISTRACIÓN	373
4.1. La independencia de la Administración	375
4.2. La Administración jacobina y el centralismo	378
4.2.1. El gobierno y la organización administrativa	379
4.2.2. El centralismo	381
4.3. La Administración napoleónica	384
4.4. El reforzamiento del poder ejecutivo	387
5. EL PODER ADMINISTRATIVO	388
5.1. Evolución histórica	389
5.1.1. El siglo XIX y el liberalismo	389
5.1.2. La transformación del Estado liberal en el siglo XX	392
5.2. El centralismo y el régimen local	396
5.2.1. Fundamentos dogmáticos	396
5.2.2. El régimen local	399
5.2.3. Regionalización y descentralización	403
5.3. Organización y potestades	409
5.3.1. Función pública	409
5.3.2. Actividad de policía	420
5.3.3. Régimen de la propiedad	424
5.3.4. Contratación administrativa	425
5.3.5. Servicio público	437
5.4. Responsabilidad administrativa	456
5.4.1. La configuración de un régimen propio	458
5.4.2. Tipos de daños	463
5.4.3. La imputación de la responsabilidad	464
5.4.4. Responsabilidad por las leyes	481
5.4.5. Responsabilidad por la justicia	484
5.4.6. Regímenes especiales	487
5.5. La reserva reglamentaria	492

Tercera parte

LAS APORTACIONES DEL DERECHO PÚBLICO FRANCÉS
A LOS PARADIGMAS DEL ESTADO DE DERECHO (II)

1. LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL DE LEGALIDAD	499
1.1. El privilegio de la jurisdicción administrativa	500
1.1.1. Evolución histórica	501

1.1.2. El Consejo de Estado y la jurisdicción delegada	508
1.1.3. Su influencia en la creación del Derecho Administrativo	513
1.2. El criterio delimitador de la competencia	516
1.2.1. La <i>puissance publique</i>	520
1.2.2. Los actos de autoridad y los actos de gestión	524
1.2.3. El Estado deudor	529
1.2.4. El servicio público	531
1.3. Los tribunales y los recursos administrativos	539
1.3.1. Tribunales e instancias	539
1.3.2. La evolución reciente de los recursos y de su régimen: la supe- ración de la división tradicional	547
1.3.3. Tipos de recursos contenciosos	557
1.4. La competencia de los Tribunales judiciales	572
1.4.1. Límites jurisprudenciales a la competencia administrativa	573
1.4.2. Límites establecidos por textos especiales	583
1.4.3. Excepciones a la competencia judicial	592
1.4.4. Valoración de la legalidad de los actos administrativos	593
2. EL CONTROL DEL EJERCICIO DEL PODER ADMINISTRATIVO	595
2.1. Evolución histórica y papel relevante del Consejo de Estado	596
2.2. Las cuestiones políticas y los actos de gobierno	601
2.2.1. Los bienes nacionales	602
2.2.2. Emigrados	603
2.2.3. El móvil de los actos políticos	604
2.2.4. El incremento del control y la reducción de los actos exentos ..	609
2.2.5. Actos separables	620
2.3. Los actos de pura y los de simple administración y el control de la discrecionalidad administrativa	626
2.4. El ministro-juez (<i>ministre-juge</i>)	631
3. EL RECURSO POR EXCESO DE PODER	635
3.1. Su formulación por el Consejo de Estado y la legislación	639
3.1.1. Los hitos históricos	639
3.1.2. La expansión del recurso en el siglo XX	644
3.2. La actividad jurisdiccional	652
3.3. Los fundamentos del recurso por exceso de poder	655
3.3.1. Exceso de poder por incompetencia	656
3.3.2. Exceso de poder por ilegalidad	659
3.3.3. El recurso por desviación de los fines del poder	664
3.4. Exceso de poder y contratos administrativos	673
3.4.1. Los actos separables	674

3.4.2. Extensión a los servicios públicos	678
3.4.3. Aplicación a los contratos de personal	679
3.5. Las reformas de la justicia administrativa y del recurso por exceso de poder	682
4. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	686
4.1. El valor normativo de la Constitución	686
4.2. La jurisdicción constitucional	692
4.3. El control de constitucionalidad	695
4.3.1. Sobre la dualidad jurisdiccional	700
4.3.2. Integración del Derecho Comunitario	702
4.3.3. Constitucionalidad de las leyes	705
5. LA ELABORACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	706
5.1. El reconocimiento académico	708
5.2. La aportación del Consejo de Estado	710
5.3. La autonomía dogmática	715
5.3.1. La inicial influencia del Derecho Civil	716
5.3.2. La búsqueda de los principios del Derecho Administrativo	719
5.3.3. La crisis del crecimiento y los nuevos tiempos	737
Conclusiones	747
Bibliografía	753
Índice onomástico	787

Abreviaturas

AAVV	Autores varios
Art. / art.	Artículo
AHRF	Annuaire Historique de la Révolution Française
AIDH	Anuario Internacional de Derechos Humanos
AJDA	Actualité Juridique - Droit Administratif
AJFP	L'Actualité juridique - Fonctions publiques
BJC	Boletín de Jurisprudencia Constitucional
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CAA	Cour administrative d'appel
CASS	Tribunal de Casación
CC	Conseil Constitutionnel
Cc	Código civil
CE	Conseil d'État français / Consejo de Estado francés
CEAss	Conseil d'Etat Assemblée
CEC	Centro de Estudios Constitucionales
CCAA	Comunidades Autónomas
CECA	Comunidad Económica del Carbón y del Acero
CEE	Comunidad Económica Europea
CEEA	Comunidad Europea de la Energía Atómica
CEsect	Conseil d'Etat Section du contentieux
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CI	Constitución Italiana
CF	Constitución Francesa

CFP	Cahiers de la fonction publique et de l'Administration
Cfr.	Confróntese
Chron.	Chronique/crónica
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CNRS	Centre National de la Recherche Scientifique
concl.	conclusions
coord.	coordinador
CP	Código Penal
CRC	Cour Régionale des Comptes
D	Recueil Dalloz
DA	Documentación Administrativa
Da	Disposición adicional
DC	Decisión del Conseil Constitutionnel
Dd	Disposición derogatoria
Df	Disposición final
DL	Decreto Legislativo
Dley	Decreto-ley
DOC	Diario Oficial de las Comunidades Europeas Comunicaciones e Informaciones
DOL	Diario Oficial de las Comunidades Europeas Legislación
DT	Disposición transitoria
EA	Estatuto de Autonomía
Ed.	Edición
éd.	édition
EDCE	Études et Documents du Conseil d'État
EM	Exposición de Motivos
EURATOM	Comunidad Europea de la Energía Atómica
Fasc.	Fascículo
FJ	Fundamento Jurídico
GAJA	Les grandes arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
IEP	Instituto de Estudios Políticos
IFSA	Institut Français des Sciences Administratives
INAP	Institut National d'Administration Publique
JCA	Juris-Classeur Administratif
JCP	Juris-Classeur Periodique (Semaine Juridique)
JO	Journal Officiel
JOCE	Journal Officiel des Communautés Européennes
JORF	Journal Officiel de la République Française
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local

Leb.	Recueil Lebon des arrêts du Conseil d'Etat
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGDJ	Librairie Générale de Droit Administratif
LGP	Ley General Presupuestaria
LGT	Ley General Tributaria
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa
LMRPF	Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública
LO	Ley Orgánica
LPA	Les Petites Affiches
n.	nota
núm.	Número
OM	Orden Ministerial
p./pp.	Página/páginas
Passim	por todo
PUF	Presses Universitaires de France
RA	Revue Administrative
RAP	Revista de Administración Pública
RCEC	Revista del Centro de Estudios Constitucionales
Rdp	Revue de droit public
RDPSP	Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger
RDPu	Revista de Derecho Público
RDPublique	Revue de Droit Public
RDPUNED	Revista de Derecho Político de la UNED
Rec	Recueil Lebon
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
reimp.	reimpresión
REP	Revista de Estudios Políticos
RFAP	Revue Française d'Administration publique
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RFDC	Revue Française de Droit Constitutionnel
RFFP	Revue Française de Finances Publiques
RFG	Revue Française de Gestion
RFSP	Revue Française de Science Politique
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RICA	Revista Internacional de Ciencias Administrativas

RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RISA	Revue Internationale de Science Administrative
RPDA	Revue Pratique de Droit Administratif
RPP	Revue Politique et Parlementaire
RRJ	Revue de la Recherche Juridique
RS	Recueil Sire
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional
RTDcom	Revue Trimestrielle de Droit commercial et de Droit économique
RTDP	Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico
RVAP/HAEA	Revista Vasca de Administración Pública / Herri-Ardulararitzazko Euskal Aldizkaria
S.	Recueil Sirey
s./ss	siguiente/siguientes
s.f.	sin fecha
s.l.	sin lugar
t.	tomo
TA	Tribunal Administratif
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de 25 de marzo de 1957
TDP	La Tribune du Droit Public (revue semestrielle de Droit public général)
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TUE	Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992
v./vid.	Véase

Presentación

Es bastante frecuente entre nosotros el caso de universitarios brillantes que, una vez que alcanzan la cátedra a la que dijeron estar dispuestos a dedicar toda su vida, se agarran a la primera Subsecretaría que encuentran a su paso y de cargo en cargo van completando su carrera política sin acordarse para nada de la Universidad, a la que sólo vuelven temporalmente cuando la fortuna les da la espalda y hasta que comienzan a soplar nuevamente vientos más favorables para ellos.

Es, en cambio, muy raro el caso opuesto, es decir, el de aquellos universitarios que, tras haber desarrollado una intensa actividad política durante un periodo determinado de su vida, vuelven a la Universidad con la ilusión intacta y fuerzas renovadas, dispuestos a darle lo mejor de sí mismos.

La diferencia entre ambos casos es abismal: aquéllos se sirvieron de la Universidad para medrar y se olvidaron luego de ella; éstos, por el contrario, la sirvieron y la sirven. Juan-Cruz Alli Aranguren es, sin duda, uno de los ejemplos más claros de esta última actitud. Alcanzó la cima en su actividad política, porque para un navarro no puede haber nada más alto, ni más importante que presidir el Gobierno del viejo Reino, y, sin embargo, ha vuelto a la Universidad con la actitud, el espíritu y la entrega que sólo suelen encontrarse en los que empiezan su carrera.

El trabajo que Alli ha realizado en estos últimos años es realmente impresionante. Ha tenido, además, un acierto extraordinario a la hora de elegir sus temas de investigación porque no se ha dejado seducir por las modas del

momento y, a diferencia de la mayoría, ha sabido dirigir su atención a lo que sigue siendo, en mi opinión al menos, lo fundamental.

Hace tres años la Universidad Pública de Navarra publicó un excelente y detallado estudio suyo de la vida y la obra de D. Pedro Sáinz de Andino, figura sin duda polémica, pero imprescindible para conocer los primeros y torpes pasos del Estado y de la Administración española contemporáneos, a la que no se le había prestado hasta ahora la atención que merece, salvedad hecha del poco conocido y ya olvidado trabajo de D. Carlos García Oviedo, *Sainz de Andino y la Administración Pública de su época*, publicado en los Anales de la Universidad Hispalense de 1949. El libro de J.-C. Alli, *Derecho, Estado y Administración en el pensamiento de Sáinz de Andino* es por eso y seguirá siendo una de esas obras de referencia imprescindibles para saber de dónde venimos, que es algo que ningún administrativista serio debería olvidar o dejar de lado.

Si importante, por lo dicho, es el libro al que acabo de referirme, lo es todavía más el que ahora tengo el honor y la satisfacción de presentar en público porque ofrece una visión cabal, documentada y precisa del proceso de formación y consolidación de los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo Francés, realizada, por así decirlo, a doble vuelta, en clave histórica en su primera parte, en la que recorre paso a paso el proceso histórico de construcción del Estado de Derecho desde la Revolución Francesa y sus fundamentos doctrinales hasta la vigente Constitución de 1958, y en clave institucional en la segunda y en la tercera parte en las que registra y analiza las aportaciones del Derecho Público Francés a los paradigmas del Estado de Derecho.

Nada importante ha escapado a su atención, ni en lo que concierne a los acontecimientos, ni en lo que respecta a la bibliografía utilizada, que es realmente abrumadora por abundante y, al mismo tiempo, por selecta.

Para que no falte nada el *corpus* central del libro va precedido de una introducción significativamente titulada “García de Enterría y los paradigmas del Derecho Administrativo”, en la que no se limita a glosar la aportación de quien sin duda es el maestro de los iuspublicistas españoles, como el propio autor subraya en la dedicatoria de la obra, sino que esboza también los nuevos horizontes y los nuevos retos con los que el Derecho Administrativo ha de enfrentarse hoy, retos que explican entre otras cosas la superación del viejo paradigma del exceso de poder como mecanismo de protección de la legalidad objetiva y la formación de un nuevo paradigma en torno a la tutela efectiva de

los derechos individuales, fenómeno sobre el que llamó la atención el maestro en la conferencia santanderina que pronunció el 13 de septiembre de 2006, con cuyo recordatorio arranca la obra.

Esta brevísima descripción del contenido del libro justifica sobradamente la afirmación que hice al comienzo de estas palabras de presentación acerca del acierto que Juan-Cruz Alli ha tenido al elegir sus líneas de trabajo. Estamos, ciertamente, en una época de cambio, de dudas, de confusión, por lo tanto, más que de certezas, en la que, por supuesto, tenemos que prestar la máxima atención a todos los brotes nuevos que aparezcan cada día en el añoso árbol del Estado si no queremos quedar irremediablemente desplazados, pero sin perder de vista en ningún momento el punto de partida, el camino fatigosamente recorrido a partir de él y las metas alcanzadas gracias al esfuerzo y al empeño de las generaciones que nos han precedido, porque si no lo hacemos así correremos el riesgo de no entender nada de lo que ocurre alrededor y, lo que es peor, de perder, incluso, lo que consideramos ya definitivamente adquirido.

El libro de Alli conjura este riesgo al poner de manifiesto con sencillez y al mismo tiempo con rigor el origen y el desarrollo de las instituciones jurídico-administrativas fundamentales. Puede parecer obvio, porque “todo el mundo” sabe que el Derecho Administrativo Francés es el modelo histórico con arreglo al cual se ha ido construyendo el nuestro. ¿Todo el mundo lo sabe realmente? Si nos planteamos en serio la pregunta muy pronto encontramos razones poderosas para dudarlo. Hace ya treinta años que se promulgó la Constitución que hoy nos rige. Son muchos años, ciertamente, tantos que todos los juristas españoles a los que falta poco para llegar o acaban de rebasar el medio siglo se han formado a su sombra. Les parece, en consecuencia, natural, en principio, que se afirme al máximo nivel con carácter de fundamental ni más ni menos el derecho de toda persona a una tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión y que, en consecuencia, se proclame que toda la actuación administrativa está sometida a la Ley y al Derecho y sujeta, por lo tanto, al control de los Tribunales, pero, como no saben realmente lo que ha costado llegar hasta aquí, se asombran cuando se enfrentan a las consecuencias de esa afirmación, que en muchos casos les parecen excesivas.

Eso estaba en su punto antes (de 1978), dicen, porque entonces el poder que ejercitaban las autoridades de la época no era un poder legítimo, pero ahora ya no puede decirse lo mismo. Olvidan, sin embargo, que en el fondo antes y

ahora el problema del que trata el Derecho Administrativo es siempre el mismo y lo seguirá siendo mientras los seres humanos se dividan en gobernantes y gobernados, unos que mandan (en nuestro interés, por supuesto; ¿quién lo duda?) y que al mandar pueden excederse y otros, en cambio, que por verse obligados a obedecer pueden ver dañados sus derechos cuando esos excesos se producen. Doscientos años de historia dan para mucho, como muestra el libro de Alli, cuya lectura ayudará a descubrir a las nuevas generaciones a las que más atrás aludí qué es lo que hay de permanente y qué de contingente en el ordenamiento jurídico que hoy manejamos, qué es lo que hay que podar en ese frondoso árbol para que lo nuevo crezca y qué es lo que debe ser respetado.

Este es, en mi opinión, el gran valor del libro que Juan-Cruz Alli Aranguen nos ofrece ahora, un libro importante por el que todos tenemos que darle las gracias, como yo mismo hago ahora con el mayor gusto.

Tomás-Ramón Fernández

Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

Prólogo

Los juristas franceses del Derecho Público debemos reconocer a nuestros colegas españoles el gran interés que demuestran por nuestro modelo, que conocen y cuya evolución estudian.

La obra de Juan-Cruz Alli Aranguren es un testimonio brillante de esta fidelidad. Sorprende el destacado conocimiento que este jurista de más allá de los Pirineos tiene del Derecho Público francés, tanto del Derecho Administrativo como del Constitucional. Al lector francés le llama la atención la familiaridad intelectual, y se siente halagado por los méritos que el autor atribuye al Derecho Público francés por su aportación al desarrollo del Estado de Derecho.

El autor ha realizado su obra bajo la batuta de Eduardo García de Enterría, y se reconoce hasta qué punto este inmenso jurista está vinculado al Derecho francés e insiste en la aportación que ha hecho a la construcción de los grandes principios del Derecho Público europeo¹.

La obra de Juan-Cruz Alli Aranguren presenta igualmente, de un modo muy interesante, lo que considera la contribución del Derecho francés a la construcción del Estado de Derecho. Muestra hasta qué punto esta contribución procede de elementos surgidos del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo. Muestra también que el constitucionalismo como el principio

1. En particular, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Civitas, 1994.

de legalidad se hacen eco, del mismo modo que el desarrollo del contencioso-administrativo y la aparición del control de constitucionalidad.

Se puede asumir, sin duda, con Juan-Cruz Alli Aranguren, que en el sistema francés se ha forjado a lo largo de dos siglos y medio un modelo de Derecho Público, cuyas características pueden compendiarse en los siguientes términos: la importancia de la ley nacida de la soberanía nacional, relativamente poco condicionada por un control de constitucionalidad no muy desarrollado, y el importante papel del juez administrativo garante del Estado de Derecho por medio de métodos que le llevan a combinar la regla de Derecho con la protección del interés público.

Estos elementos constituyeron siempre el pedestal y la armadura de nuestro sistema de Derecho público. El poder de la ley se mide porque se recurre a ella cada vez que surge un problema de cierta importancia. El poder del juez administrativo sigue siendo crucial y se puede afirmar, incluso, que las recientes reformas del contencioso-administrativo –la creación de los tribunales administrativos de apelación, la admisión del poder por el juez de dirigir mandatos a la administración y la importante renovación de los procedimientos de urgencia– le han vuelto a conferir una base que se había reducido un tanto.

Nuestro Consejo de Estado continúa siendo capaz de elaborar auténticas innovaciones en la gestión del Estado de Derecho. Basten sólo dos ejemplos. En el año 1997 decidió integrar el derecho de la competencia en el bloque de la legalidad administrativa², creando así un contencioso administrativo de la competencia, mientras que los recursos contra la autoridad ordinaria en la materia –el Consejo de la competencia– dependían por ley del juez ordinario. En 2004 el Consejo de Estado francés reconocía –sobre el modelo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas– el derecho de modular en el tiempo las anulaciones contenciosas, en otras palabras, atenuar el alcance del principio de retroactividad de las anulaciones³.

El problema radica en que, incluso cuando nuestro modelo de Derecho Público da pruebas periódicas de vigor, se puede pensar que está, a pesar de todo, en un periodo de profunda mutación. El profesor Alli Aranguren es, además, consciente de esto. Habla de una “crisis de crecimiento”. Soy de

2. CE 3 de noviembre de 1997, *Million et Marais*.

3. CE 11 de mayo de 2004, *Association AC!*.

quienes piensan que se ha emprendido una verdadera transformación del modelo.

No procede analizar aquí todos los aspectos de esta transformación⁴. Me propongo, simplemente, sugerir varios de los más relevantes.

El fenómeno esencial es, simplemente, que el Derecho Público francés está, como sus vecinos, embarcado en toda una serie de manejos europeos, e incluso globales, que le imponen grandes adaptaciones. La ciencia del “Derecho Administrativo europeo”, hoy ya reconocida⁵, pone en evidencia la profunda impregnación actual de los derechos administrativos nacionales por el derecho europeo comunitario y también el derivado de la Convención europea de derechos humanos. Manifiesta, igualmente, las influencias horizontales entre los derechos administrativos de los Estados europeos, así como la existencia de una competición entre ellos para influir en el derecho europeo⁶.

El Derecho Público francés se acerca a sus vecinos, sobre todo al alemán y al español⁷, en un creciente aumento de las garantías para proteger los derechos fundamentales. Está claro que esta preocupación ha estado presente en su historia, pero la creación del control de constitucionalidad y el aumento de la presión ejercida por la Convención europea de los derechos humanos la han convertido en una preocupación cada día más importante.

Correlativamente, cada día resulta más insostenible la posición clásica del equilibrio que el juez administrativo pretende mantener, tradicionalmente, en-

4. Me permito remitir a AUBY, J.-B., “La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif”, *AJDA*, 11, 2001, p. 913; “Le droit administratif français à l’épreuve du droit communautaire. Quelques réflexions sur l’état du dossier”, rapport au colloque “L’état actuel et l’évolution du droit administratif européen” (Friburg, juillet 2007), en publicación.

5. Practicada más o menos por todas las doctrinas europeas, entre las que citamos: ORTEGA, L. (dir.), *Studies on European Public Law*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2005. CHITI, M. y GRECO, G. (dirs.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milán, Giuffrè, 2007. SCHWARZE, J., *Droit administratif européen*, Bruselas, Bruylant, 1994. BIRKINSHAW, P., *European Public Law*, Butterworths, 2003. CRAIG, P., *European Administrative Law*, Oxford University Press, 2006. JANS, J., LANGE, R. DE, PRECHAL, S., WINDDERSHOVEN, R., *Europeanisation of Public Law*, Europa Law Publishing, 2007. AUBY, J.-B. et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. (dirs.), *Droit administratif européen*, Bruselas, Bruylant, 2007.

6. Ver por ejemplo: BEATSON, J. y TRIDIMAS, T., *New Directions in European Public Law*, Oxford, Hart Publishing, 1998.

7. ALLI ARANGUREN, J.-C., *La construcción del concepto de Derecho administrativo español*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006.

tre la protección de los derechos de los ciudadanos frente al poder público y la preservación del interés público.

La creciente preocupación por los derechos fundamentales se combina, además, con las reformas del contencioso-administrativo sobre los poderes y mandatos del juez y los procedimientos de urgencia, para engendrar una progresiva “subjetivización” del contencioso-administrativo en el que Eduardo García de Enterría y, en su estela, Juan-Cruz Alli Aranguren, descubren la huella en el Derecho francés como en la mayor parte de los derechos públicos europeos⁸.

En un movimiento conexo, el Derecho Público francés está penetrado cada vez más por el interés por la participación directa de los ciudadanos. Le supone un gran esfuerzo, por cuanto está vinculado muy profundamente con la democracia representativa, incluso cuando se asume excepcionalmente el referéndum a la vez en el ámbito nacional y en el de las colectividades territoriales. De momento, opone resistencia a la presión que ejerce la influencia europea en el sentido de establecer el *interest representation model*, más o menos a la americana⁹.

Las presiones que la europeización y la globalización producen sobre el Derecho Público francés tienden, en ciertas hipótesis, a desestabilizar algunos de sus equilibrios conceptuales que le son clásicamente esenciales. Es ejemplar todo cuanto rodea al servicio público. La noción es, tradicionalmente, la clave para designar y justificar la intervención pública y para delimitar el ámbito de aplicación del Derecho público como derecho especial aplicable a las autoridades públicas. El Derecho comunitario no diferencia estos dos aspectos del concepto, incluso cuando consiente a los servicios públicos de interés general algunas atenuaciones a las reglas que rigen la concurrencia en el Tratado. En modo alguno la mezcla europea de los derechos administrativos los ha aproximado a la teoría francesa del servicio público.

En fin, esto no es lo menos crucial, el movimiento de europeización y de globalización del derecho público, acompañado de la aparición y desarro-

8. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea”, *Revista española de Derecho administrativo*, 103, 1999, pp. 401-411.

9. CASSESE, S., “Le droit administratif européen présente-t-il de caractères originaux?”, en *Mouvement du droit public, Mélanges en l’honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 1183; “La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2007, p. 13.

llo relativo del control de constitucionalidad, ha tenido como consecuencia cuestionar el papel central que el Consejo de Estado desempeñaba tradicionalmente en la producción y dirección del Derecho Público. El Consejo de Estado, que era omnipotente en la materia, con la reserva de la palabra del legislador –aunque el Consejo de Estado con sus atribuciones consultivas tiene tradicionalmente una gran influencia en la elaboración de la ley–, debe hoy adaptarse a normas y jueces sobre los que no puede incidir. Es un cambio de gran importancia.

El modelo se ha desestabilizado y no superará su desestabilización actual más que con el diálogo con los otros derechos públicos europeos.

A este respecto, tenemos la fortuna de que destacados observadores extranjeros se interesan por sus evoluciones. Es el caso de varios juristas españoles, evocando a Goya a quien el “Dos de mayo” no le impidió refugiarse en Burdeos por las razones que se conocen. Juan-Cruz Alli Aranguren es, entre ellos, uno de los más brillantes y de los más interesantes para un lector francés.

El libro confirma algo que aquellos franceses que frecuentan la doctrina española de Derecho público conocen bien. Que esta doctrina es llamativamente viva, profunda, centrada en las cuestiones esenciales. La aportación que realiza el Derecho público español a la construcción del Estado de Derecho del mañana no es, ciertamente, inferior a la que el Derecho público francés ha podido hacer a la construcción del Estado de Derecho de hoy.

Jean-Bernard Auby

Profesor de Derecho Público

Instituto de Estudios Políticos de Paris (Sciences Po)

*Director de la cátedra “Transformaciones de la acción pública
y del Derecho Público”*

Introducción

García de Enterría y los paradigmas del Derecho Administrativo

El día 13 de septiembre de 2006 se celebró en el paraninfo de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo el acto académico de entrega del vigésimo Premio Internacional, que lleva el nombre del sabio polígrafo montañés, a don Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, en reconocimiento a su aportación a la cultura jurídica, literaria y ensayística española. Su *laudatio* corrió a cargo del Presidente del Consejo de Estado don Francisco RUBIO LLORENTE, y cerró el acto el Rector Magnífico don Luciano PAREJO ALFONSO.

En tan importante evento cultural, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA pronunció una conferencia sobre “Las transformaciones de la justicia administrativa desde sus orígenes y su definitivo perfeccionamiento como sistema de justicia plenaria”. Expuso su plasmación por la Revolución Francesa a partir de la legalización de la acción administrativa, con la exigencia de una garantía de legalidad y la formación del sistema napoleónico de justicia administrativa retenida, así como la construcción por el Consejo de Estado de un sistema de Derecho administrativo. Los recursos de plena jurisdicción y de *excés de pouvoir* sirvieron para configurar el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. La progresiva superación de los supuestos de inmunidad del poder reglamentario, de los actos políticos y de las potestades discrecionales dieron lugar a una efectividad plena de la jurisdicción admi-

nistrativa, ampliando su ámbito y extensión, superando la dicotomía entre Administración y Jurisdicción hasta hacer a esta ejecutora de las decisiones frente a la inactividad administrativa.

Don Eduardo afirmó que se estaba produciendo un nuevo paradigma que superaba el recurso objetivo al acto en interés de la legalidad para llegar a la tutela de los derechos individuales, con carácter reaccional y garantista. El diagnóstico de la situación lo formuló concluyendo:

“La subjetivización definitiva de la justicia administrativa, que ha roto el mito histórico de su supuesta objetividad, tras del cual se enmascaraba una superioridad formal de la Administración sobre el ciudadano, es ya una ganancia definitiva –e irrenunciable– de nuestro tiempo.

El ‘cambio de paradigma’ en la justicia administrativa respecto del que ha prevalecido hasta hace poco más de una década, se ha instaurado definitivamente, inaugurándose así una época nueva, jurídicamente mucho más importante y abarcadora, en directo beneficio de la libertad del ciudadano. La vieja *maiestas* del poder público, con la que pretendía prevalecer por principio respecto a la libertad de los ciudadanos, se ha esfumado con ello en el terreno relevante del tráfico jurídico-administrativo, a cuya objetividad y juridicidad estricta sirve el sistema de la justicia contencioso-administrativa”¹.

Con la humildad del sabio, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, que había realizado un clarividente análisis del momento histórico de la justicia administrativa, sugirió que estaba abriendo un camino para que los estudiosos continuaran transitándolo y buscando los fundamentos y efectos del nuevo paradigma. Sin embargo, ese camino no se abrió en aquel momento, porque ya estaba abierto. Su concepción del Derecho público ha construido un *episteme* propio de nuestro tiempo, en el sentido de saber construido con método, conforme al modo de entender e interpretar el mundo en la época actual, a partir de la observación que realizó DUGUIT de que “en la realidad de las cosas hay una transformación continua de las ideas y de las instituciones”².

1. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un cambio de Paradigma?*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007, pp. 147-148.

2. DUGUIT, L., *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, Madrid, Beltrán, 1923, p. 10.

En el pensamiento de ENTERRÍA tiene ya una larga tradición la invocación de la garantía de los derechos de los ciudadanos como objeto del Derecho. Precisamente, sus aportaciones históricas a la concepción subjetiva y estatutaria y sus valoraciones de los nuevos paradigmas constitucionales han supuesto un nuevo modo de considerar el Derecho administrativo. Así lo puso de relieve en 1972 cuando afirmó:

“Todo el fin del Estado se concreta, pues, en el Derecho, y en un Derecho cuyo objeto se reduce a asegurar la coexistencia de las libertades de los súbditos. Estas libertades, desenvolviéndose por sí mismas, concurriendo unas con otras, cuidando la autoridad únicamente de articular sus límites recíprocos, aseguran sin más el óptimo de orden colectivo, la Constitución ideal. La libertad no es solo, según esto, el constitutivo primario del hombre, sino también de rechazo, y es lo capital en la concepción política, el estatuto supremo de la comunidad. El Derecho es, para esta basta construcción política, pura y simplemente garantía de la libertad”³.

1. Los paradigmas del Derecho

Para explicar la crisis del modelo de la justicia administrativa y su afeción al Derecho administrativo, GARCÍA DE ENTERRÍA apeló a KUHN y a los conceptos de *paradigma* y *revolución científica*, utilizados en la Teoría general de sistemas⁴, que aportan una explicación general de la investigación y del desarrollo del conocimiento científico⁵. La aplicación y comprobación de sus teorías las ofreció en los campos de la física y la química, aunque dejó abierta su aplicación a las ciencias sociales⁶. Según el autor alemán, “las revoluciones científicas se inician con un sentimiento creciente, a menudo restringido a una

3. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Taurus, 1972, pp. 19-20.

4. GONZÁLEZ NAVARRO, F., “La teoría general de sistemas como matriz disciplinar y como método científico. Una nueva terminología en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Persona y Derecho*, 21, 1989, pp. 23-172. ALLI ARANGUREN, J. C., *La construcción del concepto de Derecho administrativo español*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006, pp. 76-84.

5. KUHN, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Madrid, 1982; *La tensión esencial. Estudios selectos sobre la tradición y el cambio en el ámbito de la Ciencia*, Méjico, 1987; *¿Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 1989.

6. KUHN, T. S., *La estructura...*, cit., p. 40.

estrecha subdivisión de la comunidad científica, de que un paradigma existente ha dejado de funcionar adecuadamente en la exploración de un aspecto de la naturaleza hacia el cual el mismo paradigma había mostrado previamente el camino”. Porque “las diferencias entre paradigmas sucesivos son necesarias e irreconciliables”, de manera que, “aunque el mundo no cambia con un cambio de paradigma, el científico después trabaja en un mundo diferente”⁷.

Un paradigma está constituido por el conjunto de creencias, valores y técnicas compartidos por una comunidad determinada⁸, que fundamenta y da conexión transversal al sistema. El concepto “paradigma” permite, según KUHN, “indicar conquistas científicas universalmente aceptadas, que durante un tiempo determinado brindan un modelo de problemas y soluciones aceptables a aquellos que trabajan en un campo de investigaciones”⁹. Constituye un modo de pensar y comprender la realidad y sus problemas, configura un modelo que construye una configuración ideológica y conceptual que produce una visión de los hechos sociales, políticos y normativos, a partir de un “modelo teórico de pensamiento que orienta la investigación y la reflexión científicas”¹⁰ en las ciencias sociales como método de aproximación teórica a la realidad social¹¹. Los paradigmas son consecuencia del nuevo conocimiento científico en el marco de unas condiciones sociales que los hacen posibles y permiten aprehenderlos y, una vez captados, aplicarlos. El cambio del paradigma contribuye a transformar las concepciones basadas en los paradigmas superados, construyendo un nuevo orden de conocimiento e investigación, un espacio en el que se establecen unos valores posicionales¹². En torno al

7. KUHN, T. S., *La estructura...*, cit., pp. 149, 165 y 191.

8. KUHN, T. S., *La estructura...*, cit., p. 269.

9. Citado por REALE, G., ANTISERI, D., *Historia del pensamiento filosófico y científico*, III, Barcelona, Herder, 1992, p. 908.

10. FITZPATRICK, B., “Vers une théorie expérientielle du droit”, *Droit et Société*, 36-37, 1997, pp. 295-306, cita a P. HERVIK, para quien “la reflexión no es un proceso exclusivo del lenguaje y es insuficiente tratarla como una actividad consciente individual. La reflexión no proviene de las esmeradas generalizaciones de nuestras experiencias directas, sino de una combinación de ellas, de imágenes de la historia, de mitos, de relatos y de experiencias vividas por otros”.

11. ECHAUDEMAISON, C.-D. (dir.), *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Paris, Nathan, 1993, p. 293, pone como ejemplo en el mundo de la física el paradigma de NEWTON de la gravitación universal sustituido por el de la relatividad generalizada de EINSTEIN.

12. GREIMAS, A. J. y COURTÉS, J., *Sémiotique. Dictionnaire raisonné de la théorie du langage*, II, Paris, Hachette 1986, p. 161.

paradigma se crea una comunidad científica por quienes participan, utilizan el léxico propio y desarrollan el conocimiento a partir del mismo.

La ciencia del Derecho como ámbito del conocimiento ha tenido a lo largo de la historia auténticas revoluciones derivadas de los cambios de paradigma, buscándolo en la jurisprudencia romana, “poniendo la atención en que las disposiciones legales coincidan con los conceptos como fueron definidos y en que las partes tengan un orden riguroso”, según expuso GROPIUS. También lo reconoció LEIBNITZ en su paralelismo entre los matemáticos griegos y los juristas romanos, así como JHERING:

“La gloria de los romanos es no haberse quedado en los simples rudimentos. El método jurídico no es una regla exterior, aplicada arbitrariamente al derecho; es el medio único proporcionado por el mismo derecho, en virtud de una necesidad contenida en su misma esencia, de regular de un modo seguro la marcha del derecho en el campo de la práctica”¹³.

En la evolución de la ciencia jurídica se ha considerado períodos de refundación, por plantearse nuevos paradigmas científicos de carácter dialéctico, físico-matemático e histórico: el *iusromanismo antiguo* de los siglos II y I antes de Cristo, el *iusromanismo escolástico* de los siglos XII y XIII, el *iushumanismo* del siglo XVI, el *iusnaturalismo* del siglo XVII, el *iusracionalismo* del siglo XVIII, el *iushistoricismo* y el *iuspositivismo* del siglo XIX¹⁴.

1.1. El paradigma físico-matemático

De entre ellos el segundo paradigma científico mayor es el físico-matemático vinculado a la revolución iusracionalista, cuyos factores fueron, “por una parte, el paso de una concepción finalista y trascendente a una concepción mecanicista e inmanentista del mundo, y por otra y sobre todo, al triunfo de una nueva metodología de las ciencias físicas y químicas, adornada por los prestigiosos descubrimientos físicos y astronómicos de GALILEO”. El nacimiento de la ciencia moderna determinó una nueva epistemología, que supuso el paso del

13. Citados por DUFUR, A., “Le paradigme scientifique dans la pensée juridique moderne”, en *L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées*, Bruselas, Bruylant, 2003, pp. 473 y 275.

14. DUFUR, A., “Le paradigme...”, *cit.*, p. 475.

“mundo cerrado al universo infinito” por la destrucción del cosmos aristotélico, concebido como espacio cerrado, finito y ordenado, en el que la estructura espacial encarnaba una jerarquía de valores y de perfección; sustituido por el de la geometría euclidiana de extensión homogénea e infinita en el espacio real del universo, sin consideración a reglas ni valores¹⁵. Contribuyó la forma analítico-sintética de DESCARTES, que se manifestó sobre todo en HOBBS, PUFENDORF y WOLF. Según el modelo mecanicista del universo de GALILEO y NEWTON, cada estado humano y cada regla de conducta derivan de un principio o ley fundamental que interactúan mecánicamente, dando forma a las codificaciones y al orden jurídico moderno, en el que la división de poderes se concibe según la teoría del equilibrio de la atracción y la repulsión en la gravitación de la física newtoniana y el juez también actúa mecánicamente como “la boca de la ley”, según MONTESQUIEU¹⁶. En este sentido destaca el reconocimiento que KANT realizó de ROUSSEAU, comparándolo con el significado científico de NEWTON, como descubridor de las leyes y resortes de la sociedad y la moral:

“Newton vio por primera vez el orden y la regularidad combinados con la mayor sencillez allí donde, antes de llegar él, sólo se encontraba uno con el desorden y la desorbitada variedad, y desde entonces discurren los cometas siguiendo un curso geométrico; Rousseau descubrió por primera vez entre la variedad de las formas humanas admitidas la naturaleza profundamente escondida del hombre y la ley oculta por virtud de la cual queda justificada la providencia, a tono con sus observaciones”¹⁷.

El paradigma físico-matemático, sistemático-deductivista y mecanicista fue superado por el mayor paradigma que fue el historicista de la Escuela del Derecho histórico. Fue consecuencia de la mayor conciencia histórica, de la historicidad y el desarrollo orgánico, con un abandono del Derecho natural y de sus referencias trascendentes, dándole un contenido social de base objetiva: “es necesario cambiar los factores, observar los hechos y adaptarlos a la razón,

15. KOYRÉ, A., *Du monde clos à l'univers infini*, Paris, PUF, 1969, p. 316.

16. DUFUR, A., “Le paradigme...”, *cit.*, pp. 482-487. ALLI ARANGUREN, J. C., *La construcción...*, *cit.*, pp. 50-53.

17. Citado por CASSIRER, E., *Kant, vida y doctrina*, México, FCE, 1997, p. 111. RUBIO CARRACEDO, J., “Rousseau y Kant: una relación protéica”, *REP*, 133, 2006, pp. 9-37.

a la justicia y al ideal, y no partir de la razón, de la justicia, de la idea para sacar de los hechos lo que debieran ser”¹⁸. Como expuso SAVIGNY, lo que “es necesario deducir de la diversidad que ofrece la historia, es la mayor unidad, el principio vital a partir del cual se explican todas las manifestaciones particulares. Es así como el dato material es cada vez más penetrado por el espíritu. Esta diversidad real es sin embargo doble: es a la vez sincrónica y diacrónica”, añadiendo que el método histórico era “la única vía que conduce a un verdadero conocimiento de nuestro estado”. Su sistemática es de naturaleza orgánica¹⁹.

Una derivación del paradigma físico-matemático, que lo llevó al extremo, fue el positivismo, en el que se separó la relación conceptual entre derecho y moral, configurando aquel como un orden propio y diferente, dotado de sus valores y principios, fijados por el ordenamiento o la dogmática jurídica como único criterio metodológico²⁰. Exige una depuración del conocimiento jurídico de las impurezas de los conceptos religiosos, morales e ideológicos, porque, como afirmó BOBBIO, el objeto de la ciencia jurídica excluye la inspiración ético-política del iusnaturalismo y el estudio de los hechos propio de la sociología, porque

“lo propio del positivismo jurídico en esta acepción es la adopción del método positivo para el estudio del derecho positivo. En esta frase el término positivo aparece dos veces, la primera en el sentido de positivismo filosófico, la segunda en el sentido de positivismo jurídico”²¹.

1.2. Los paradigmas menores

Los llamados “paradigmas mayores de la historia del pensamiento jurídico” parten de elementos extrínsecos a la realidad del mundo jurídico, que pro-

18. SALEILLE, R., “Ecole historique et droit naturel. D’après quelques ouvrages récents”, *RTDC*, I, 1902, pp. 94-95.

19. DUFUR, A., “Le paradigme...”, *cit.*, pp. 487-491. ALLI ARANGUREN, J. C., *La construcción...*, *cit.*, pp. 57-60.

20. GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, CEC, 1998, p. 56. GASSET, R. B., *Metodología del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1959, p. 311, destaca que la idea de los principios del Derecho la utilizan dos concepciones antagónicas, como son la iusnaturalista y la positivista, así como las eclécticas, que combinan ambas.

21. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1992, pp. 49, 59 y 83. ALLI ARANGUREN, J. C., *La construcción...*, *cit.*, pp. 53-68.

ceden de las distintas concepciones filosóficas, demostrando la vinculación entre filosofía-ideología y derecho, que le dotan de la vivacidad propia de su historicidad, aunque disponga de metodología y epistemología propias. Como se ha recogido a propósito de los paradigmas, en el mundo jurídico los nuevos no implican la total desaparición de los precedentes, sino que se termina produciendo la integración de unos y otros, como se ha demostrado con la combinación de los paradigmas racionalistas, historicistas y positivistas en el campo del Derecho en general y del administrativo en particular²².

Ahora bien, los paradigmas mayores abrieron el camino a los paradigmas menores que se derivaron de aquellos y afectaron a parte de los sistemas jurídicos. Así, por ejemplo, el paradigma físico-matemático vinculado a la revolución iusracionalista representó la exaltación de la razón como valor máximo del individuo y de la humanidad²³. El pensamiento racional propio de la Ilustración separó las concepciones mágico-religiosas desmitificando la realidad y adecuando la imagen conceptual del mundo a su objetividad. Fue la ideología inspiradora de la Revolución Francesa²⁴. Como tendremos ocasión de examinar, de aquella se derivaron nuevos paradigmas racionalistas como los derechos y libertades personales y el contrato social, que configuraron el orden socio-político y sentaron las bases de la construcción del Derecho público occidental, plasmado en el Estado de Derecho constitucional. El principio de legalidad es uno de sus pilares, que reconoce el valor supremo de la ley; mientras que para los ciudadanos la vinculación es negativa, porque la ley limita, para la Administración la vinculación es positiva porque le habilita.

La ciencia es una construcción funcional de tipo estructural que se manifiesta en sus nuevos paradigmas y en un lenguaje cambiante en su significado, por lo que los elementos históricos permiten encontrar los paradigmas científicos que la rigen, que determinan las concepciones imperantes en los distintos

22. ALLI ARANGUREN, J. C., *La construcción...*, cit., pp. 616-622.

23. PANIAGUA, J. M. R., *Historia del pensamiento jurídico*, Madrid, Universidad Complutense, 1996, pp. 111-125.

24. HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología de la ciencia del Derecho*, I, Madrid, 1971, p. 43.

procesos históricos y transformaciones sociales²⁵. Son estos los que marcan las nuevas concepciones ideológicas y las construcciones jurídicas, porque

“las organizaciones vivas son fluidas y móviles. Todo intento de inmovilizarlas –en el laboratorio, en nuestra representación– las hace caer en una u otra de las dos formas de muerte. Oscilando entre el fantasma y el cadáver [...]. El torbellino líquido que destrona la ordenación rígida del cristal se ha convertido, o vuelto a convertir, en el modelo, al igual que la llama de la vela, a medio camino entre la rigidez del mineral y la descomposición del humo”²⁶.

1.3. Paradigma y episteme

Sin pretensión de discutir la consideración de los paradigmas que realizan GARCÍA DE ENTERRÍA y KUHN, se ha de considerar la relación entre los conceptos de *episteme*, invocado por FOUCAULT, y *paradigma*, que se emplean para explicar los cambios producidos en amplios campos del conocimiento científico, dándoles un significado sinónimo o equivalente. FOUCAULT entiende por *episteme*

“el conjunto de las relaciones que pueden unir en una época determinada, las prácticas discursivas que dan lugar a ciertas figuras epistemológicas, a unas ciencias, eventualmente a unos sistemas formalizados [...] La episteme no es una forma de conocimiento o un tipo de racionalidad que, atravesando las ciencias más diversas, manifestara la unidad soberana de un sujeto, de un espíritu o de una época; es el conjunto de las relaciones que se pueden descubrir, para una época dada, entre las ciencias cuando se las analiza al nivel de las regularidades discursivas”²⁷.

Conocer el saber precisa estudiar el pasado para alcanzar el *umbral*, “por encima del cual habrá diferencia y por debajo del cual habrá similitud, es indispensable para el establecimiento del orden sencillo”²⁸. Para estudiar el

25. LAUDAN, L., “Normative Naturalism”, en *Philosophy of Science*, 57, 1990, p. 53, expuso que lo que permite a los científicos “reconocerse como participantes en una empresa común no es necesariamente el que estén de acuerdo sobre los objetivos de sus ciencias, sino el ver que comparten la misma genealogía y tienen en cuenta los mismos logros científicos”.

26. ATLAN, H., *Entre el cristal y el humo*, Madrid, Debate, 1990, p. 7.

27. FOUCAULT, M., *La arqueología del saber*, México, Siglo XXI, 2001, pp. 322 y 323. ALBANO, S., *Michel Foucault–Glosario epistemológico*, Buenos Aires, Editorial Quadrata, 2004, p. 136.

28. FOUCAULT, M., *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Paris, Gallimard, 1995, p. 5.

pasado que lo formó, es preciso realizar un *trabajo arqueológico* o método de conocimiento del lenguaje y los discursos, sin lo cual no se puede llegar a los principios del saber de una época o una cultura en los que se apoyan sus conocimientos científicos. El conjunto de saberes y categorías objetivas

“no responden a una periodización histórica, sino que su criterio de demarcación se basa en la serie de procesos discursivos que tienen lugar en su interior, y que bajo su efecto, condicionan la aparición, emergencia y caducidad de ciertos objetos y enunciados”²⁹.

En el mundo del Derecho la evolución de los epistemes es más lenta que en el mundo de las ciencias. En su arqueología se distinguen, según VILLEY, varios períodos: el clásico del mundo griego-romano, el moderno a partir del siglo XVII y el derecho social desde finales del siglo XVIII, que es la base del racionalismo jurídico contemporáneo³⁰. A cada época histórica como la Edad Media, el Renacimiento, la Modernidad o la postmodernidad, corresponde un *episteme* propio que se va produciendo en el proceso histórico y constituye una categoría subyacente y profunda, más general y amplia, en lo histórico y cultural, que la del paradigma, que KUHN lo aplica a la ciencia, con la perspectiva de que el progreso científico se desarrolla en períodos más cortos y con más intensidad de cambio. Por ello se ha aludido a la emergencia de los paradigmas evolutivos, que introducen la paradoja del tiempo en la ciencia como dimensión fundamental, y se convierten en principios rectores y referencia conceptual del conocimiento.

2. Los paradigmas del Derecho Administrativo

No fue la conferencia santanderina la primera vez que GARCÍA DE ENTERRÍA invocaba el concepto del “paradigma” para valorar la evolución de la jurisdicción administrativa. En un artículo publicado en 1988 destacó que

“se han producido los elementos de una verdadera revolución científica: el paradigma histórico del exceso de poder, que ha sido la base del Derecho admi-

29. ALBANO, S., *Michel...*, cit., p. 136.

30. VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Montchrestien, 1975.

nistrativo tradicional, ha terminado, acaba de terminar por un cuarteamiento espectacular”³¹.

En su día fueron importantes paradigmas los fundamentos del Derecho administrativo establecidos por la Revolución francesa a partir de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, de la división de poderes, del principio de legalidad que somete a la Administración al reino de la Ley, de la existencia de un sistema de justicia administrativa que controla el respeto a la legalidad y la responsabilidad administrativa por sus actuaciones generadoras de daños. A partir de estas categorías, los nuevos paradigmas les atribuyen nuevos significados y alcances, en función de las distintas perspectivas y valores aplicables en cada momento histórico.

2.1. Los derechos y libertades

La Constitución española dispone que los ciudadanos son titulares de derechos y libertades, que tienen el carácter de “valores superiores del Ordenamiento” (art. 1 de la Constitución). Esto determina que la anterior consideración del Derecho administrativo como Derecho de las prerrogativas se convierta hoy en el instrumento del Estado de Derecho para garantizar los valores superiores del Ordenamiento jurídico, de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo, teniendo en cuenta que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social” (art. 10.1 CE). Por tanto, la consideración de los derechos fundamentales como el logro más importante del Estado constitucional de Derecho implica su consideración como una “exigencia estructural y su difusión y potenciación constituyen factores de aceleración en lo que se ha considerado una dirección empírica. El tiempo de estos derechos no tiene fin”³². Esto implica una nueva matriz disciplinar o, como ha reflejado GARCÍA DE ENTERRÍA, un “nuevo paradigma”.

31. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en Derecho español”, *REDA*, 59, 1998, pp. 343 y 344.

32. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, p. 86.

La globalización no solo alcanza a las actividades económicas y financieras, sino también a ciertos valores éticos universales. La Declaración universal de Derechos del hombre de 1948 y otras similares de menor ámbito territorial, como es el caso de la Convención Europea de 1950 y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de Niza de diciembre de 2000³³, han creado una mayor conciencia de la dignidad y los derechos de las personas en cualquier parte del planeta. Se está configurando una ética universal que no solo pretende establecer el valor de aquellos, sino garantizarlos por tribunales penales internacionales, aun en contra de la soberanía de los Estados y de sus gobernantes³⁴. Así lo ha demostrado la Convención de Roma de 17 de julio de 1998, reguladora de los “crímenes contra la humanidad”, “que no deben quedar impunes”. Como constató BOBBIO:

“no sé si nos damos cuenta de hasta qué punto la Declaración Universal representa un hecho nuevo en cuanto que por primera vez en la historia un sistema de principios fundamentales de la conducta humana ha sido aceptado libre y expresamente, a través de los respectivos gobiernos, por la mayor parte de los hombres que habitan la tierra. Con esta declaración un sistema de valores se hace (por primera vez en la historia) universal, no en principio, sino de hecho, en cuanto al consenso sobre su validez de todos los hombres, ha sido declarado explícitamente”³⁵.

Además, como declaró el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 3 de mayo de 2005,

“procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Para ello, el Tribunal se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido”.

El paradigma garantista constitucional, reforzado por la creación de un sistema universal de derechos y libertades, influye decididamente en la confi-

33. DOCE C 364, 18 de diciembre de 2000.

34. AUBY, J.-B., “Globalización y descentralización”, en *RAP*, 156, 2001, p. 9.

35. BOBBIO, N., “Presente y futuro de los derechos del hombre”, en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 1982, pp. 132-133.

guración del Derecho administrativo. Tanto el derecho subjetivo a la libertad, las prestaciones y la participación como la tutela individual, son elementos esenciales a la hora de construir el sistema del Derecho administrativo. De tal modo que “su vertiente institucional se halla presidida en última instancia por una finalidad individual que todo lo trasciende, puesto que no ha de conducir al establecimiento de un simple sistema objetivo desconectado e independiente, ni menos aún a un socavamiento de la posición jurídica individual”³⁶. Los derechos fundamentales tienen varias dimensiones respecto a la Administración: como derechos de defensa, como mandatos de protección, como prestación, como procedimiento y jurídico-organizativa. Los derechos fundamentales han aportado al Derecho administrativo una visión relacional para examinar la realidad con otra visión que la exclusivamente administrativa, y una orientación hacia los resultados que amplía las formas de actuar superando instrumentos tradicionales como el concepto de intervención³⁷.

En el orden jurídico europeo la primacía de la ética de los derechos humanos constituye una “clave de interpretación y de legitimación” del orden jurídico, que conduce necesariamente a una aproximación de los sistemas jurídicos nacionales al aplicar las mismas normas y jurisprudencia³⁸. A partir de aquellos se introduce la democratización de la Administración y la garantía de los derechos en el ámbito administrativo, por medio de la participación en la decisión y gestión, la concertación, la transparencia, la información, la apertura de los procedimientos, la mayor legitimación en los mismos, las acciones públicas, etcétera³⁹. Se invocan y aplican principios generales del Derecho que se constitucionalizan y también otros relacionados con la buena conducta administrativa⁴⁰, la buena fe,

36. SCHMIDT-ASSMANN, E., *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema*, Madrid, INAP-M. Pons, 2003, p. 23.

37. SCHMIDT-ASSMANN, E., *La Teoría General...*, cit., pp. 72-79.

38. DELMAS-MARTY, M., *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 244.

39. El artículo 6 TUE invoca los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, así como que las decisiones “deben tomarse de forma tan abierta como sea posible” (art. 1 TUE).

40. El derecho a la buena administración quedó recogido en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de Niza de diciembre de 2000 (DOCE C 364, 18-12-2000), en la Guía de las obligaciones de los funcionarios del Parlamento Europeo (DOCE C 97, 5-4-2000) y en el Código de conducta administrativa de los funcionarios de la Comisión Europea (DOCE L 308, 8-12-2000). SÖDERMAN, J., “El derecho fundamental a la buena administración”, *GJ*, 214, 2001, pp. 8-14.

la confianza legítima y hasta medidas cautelares consagradas por la jurisprudencia a través de la permeabilidad a las prácticas jurídicas del *common law*.

El artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el “derecho a una buena administración” traducido en la imparcialidad y equidad de la actuación administrativa, en la previa audiencia, en el acceso al expediente, en el deber de motivación, en el derecho a la reparación de los daños y en la utilización de las lenguas de los Tratados (art. 41). El derecho genérico a la buena administración y sus concreciones son de base jurisprudencial, y algunas fueron recogidas en varios artículos del Tratado CE como manifestaciones de unos principios derivados de los derechos nacionales⁴¹. En el Proyecto de Tratado de Constitución se recogió el “derecho a una buena administración” basado en la imparcialidad, la equidad, la audiencia, el acceso a los expedientes, el deber de motivar las decisiones administrativas, la responsabilidad administrativa y el uso de las lenguas oficiales de la Unión (artículo II-41).

El Estado constitucional de Derecho está construido sobre los derechos fundamentales de las personas, que son los elementos sustanciales e irreductibles debidamente garantizados en su contenido esencial. La pretensión moral de la razón de ser de los derechos se materializa en su contenido positivo, que garantiza “aquellas necesidades sustanciales cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y, en su conjunto, causa o razón social de ese artificio que es el Estado”⁴². Supone un cambio de paradigma, porque de un Derecho basado en las obligaciones y la sanción se ha pasado a un orden jurídico de derechos y garantías al que dan legitimidad y validez⁴³. Su valor se identifica con la “democracia sustancial” que prevalece sobre la “democracia formal” deliberativa de la legislación, la sustancia del derecho se impone a las mayorías, que han de respetar siempre su contenido esencial⁴⁴.

El Derecho administrativo tiene un nuevo reto en la defensa de los derechos humanos, que es el nuevo paradigma de su misión histórica de proteger al ciudadano de los excesos del poder. Derechos que no alcanzan solo a los de-

41. Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1992 (C-255/90, P. *Burban*, Rec. 1992, p. I-2.253).

42. FERRAJOLI, L., “Diritti fondamentali”, en *Teoria politica*, 2, 1998, p. 14.

43. BURDEAU, G., *Traité de science politique*, IV, Paris, LGDJ, 1970, pp. 147-155.

44. FERRAJOLI, L., “Diritti...”, *cit.*, pp. 15-17.

finidos por las Declaraciones y las Constituciones, sino a su concreción en las relaciones jurídico-administrativas, de modo que la razón principal de aquel no sea establecer el sistema de los privilegios del poder y su equilibrio con los derechos de los ciudadanos, sino el medio de regularlos y garantizarlos como el más importante interés general al que servir.

La revolución de los derechos humanos determina la aparición de un nuevo paradigma para el Derecho administrativo que, según GARCÍA DE ENTERRÍA, “parece estar en el principio de la tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos. La introducción de este criterio ha hecho saltar el viejo paradigma como en una explosión –como en la explosión en que siempre consisten las revoluciones científicas–”⁴⁵, señalando cuál era, a su juicio, el *nuevo paradigma*:

a) La justicia administrativa no es un abstracto proceso al acto administrativo aislado, sino un proceso plenario a la Administración:

“El nuevo paradigma, sobre el cual va a establecerse en todo el mundo occidental una nueva época de la justicia administrativa, es, por gran ventura, justamente, el paradigma que nos impone preceptivamente nuestra Constitución; la justicia administrativa no es un abstracto proceso a un acto administrativo aislado que efectúan órganos especializados de la propia Administración, o acaso jueces amedrentados ante la *maiestas* administrativa o atados por mil lazos en el ejercicio de su función por el supuestamente insólito hecho de que el Poder público tenga que rendir cuentas ante el Derecho; por el contrario, es un proceso plenario a la Administración como sujeto por parte de otro sujeto en vista de obtener una tutela judicial efectiva y completa a sus derechos e intereses legítimos”.

b) Los derechos de los ciudadanos prevalecen sobre los intereses de la Administración:

“La antigua concepción partía de que la Administración era siempre titular del interés general, que habría de imponerse normalmente sobre los intereses meramente particulares que invocaban los ciudadanos. Pero ahora ocurre que estos ciudadanos son con normalidad titulares de derechos fundamentales, que, por más que intenten con ellos hacer valer intereses particulares, tienen por sí mismos el carácter de ‘valores superiores del Ordenamiento’ (art. 1 de la Constitución), de

45. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La crisis del contencioso-administrativo francés: El fin de un paradigma”, *REDA*, 58, 1988, pp. 177 y 178.

‘fundamento del orden político y de la paz social’ (art. 10.1, *ibídem*), con lo que han de prevalecer incluso sobre los intereses de la Administración, que tantas veces encubren simples comodidades o intereses de la burocracia.

c) La prevalencia de los derechos determina una nueva relación entre los ciudadanos y la Administración:

“Este cambio radical en la situación de las partes respectivas en la relación ciudadanos-Administración (la cual no solo no requiere para su funcionamiento la posibilidad de infringir el Derecho, sino que está íntegramente sometida al mismo –art. 103.1 de la Constitución–, y, por tanto, al juez) ha determinado este cambio substancial”⁴⁶.

2.2. La desestructuración del Derecho Administrativo

Durante los últimos años del siglo XX el Derecho administrativo se ha visto afectado por un proceso de desestructuración motivada por la globalización mundial, la pérdida de poder del Estado en la sociedad y su descentralización funcional y territorial⁴⁷. Todo ello afecta al régimen jurídico y al sistema orgánico y competencial, y abre al Derecho administrativo un nuevo horizonte que lo integra en espacios normativos más amplios, provoca la homogeneización y le atribuye nuevos paradigmas, como el de los derechos humanos, que le van a hacer superar la concepción tradicional de equilibrador de las prerrogativas y garantías, para convertirlo en medio para el respeto de los derechos y libertades por parte de los poderes públicos.

En particular, el Derecho europeo y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos están produciendo una nueva lectura de los fundamentos tradicionales del Derecho administrativo inspirados en el positivismo, que se fundamenta en el principio democrático y en los valores vinculados al mismo,

46. GARCÍA DE ENTERRÍA E., “La crisis...”, *cit.*, p. 179; “El Derecho administrativo en el siglo XXI”, *La Ley*, n.º 2.603, 25 de octubre de 1990, p. 2.

47. SCHMIDT-ASSMANN, E., “El Derecho administrativo general desde una perspectiva europea”, *Justicia Administrativa*, 13, 2001, pp. 5-6. FLORENT-LEFEBVRE, L., *De la décentralisation. Essai d'un système de centralisation politique et de décentralisation administrative*, Paris, 1849, distinción que utilizó Louis BLANC, aunque en ambos casos se refieren a lo que se denomina actualmente desconcentración, vinculando la primera a la descentralización política.

porque “no hay sociedad democrática sin que el pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto se traduzcan efectivamente en el régimen institucional”⁴⁸. Tales juicios de valor afectan a las prerrogativas administrativas tradicionales en relación con la desigualdad, la discrecionalidad y el comportamiento irracional o arbitrario⁴⁹, el acceso a la justicia, la racionalidad de los plazos⁵⁰, la seguridad jurídica, la proporcionalidad⁵¹, la equidad en los procesos⁵², etcétera. El régimen europeo de los derechos humanos actúa como una norma y un control que afecta al Derecho interno y subordina el Derecho administrativo estatal⁵³.

El Derecho administrativo está en un proceso de mutación para adecuarse a las transformaciones y cambios sociales propios de todo ser vivo⁵⁴. A pesar de tratarse de una disciplina relativamente reciente, no es esta la primera vez que se encuentra en esa situación. Ha experimentado ya los cambios del paradigma político de referencia y del modelo de Estado al que servir. Ha pasado del Estado liberal de Derecho al Estado social, y de este al social y democrático, demostrando su capacidad de adaptación; del Estado propulsor, al reflexivo y al incitador, que han generado nuevos paradigmas y retos al Derecho administrativo⁵⁵. Hoy los retos resultan más complejos y globales, como corresponde a la sociedad, pero no son exclusivos de esta rama del Derecho, sino que alcanzan a casi todo el orden jurídico.

AUBY ha valorado el proceso de desestructuración, desestabilización y renovación del Derecho administrativo por la globalización, la desestatificación social y la descentralización, que se manifiesta en la comunicación, los valores éticos, la consideración del medio ambiente y la universalización de los derechos fundamentales de las personas⁵⁶, la internacionalización de las fuentes del De-

48. Asuntos *Sunday Times* de 26 de abril de 1979 y B. C/ Francia de 25 de marzo de 1992. BRACONNIER, S., *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et le droit administratif français*, Bruylant-Bruxelles, 1997, pp. 306 y ss.

49. Asunto *Bryan* de 22 de noviembre de 1995.

50. Asunto *H. c. France* de 24 de octubre de 1989.

51. Asunto *Piermont c. Francia* de 18 de marzo de 1997.

52. Asunto *Lobo Manchado c. Portugal* de 20 de febrero de 1996.

53. LABAYLE, H.-SUDRE, F., “La jurisprudence de la Cour EDH et le droit administratif”, *RFDA*, 6, 1998, p. 1.200.

54. CURAPP, *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993.

55. ALLI ARANGUREN, J. C., *La construcción...*, cit., pp. 455-484.

56. AUBY, J.-B., *La globalisation, le Droit et l'État*, Paris, Montchrestien, 2003; “Globalización y descentralización”, *RAP*, 156, 2001, pp. 7-21.

recho, la permeabilidad del sistema jurídico, la armonización de los conceptos e instituciones y el impacto de nuevas normas y estándares internacionales sobre organización, régimen de los contratos y de los servicios públicos (UE, OMC, FMI), aplicación de los derechos fundamentales, participación de la sociedad civil y nueva gobernanza⁵⁷. Uno de los ingredientes más importantes del cambio es el apoyo a los derechos fundamentales (*rights-based approach*). El Derecho administrativo fue históricamente el instrumento estatal de equilibrio entre la libertad y la potestad, que ha sido superado por las normas internacionales, las supraestatales y las estatales, de modo que todo el conjunto normativo los ampara y configura una garantía jurisdiccional en esos ámbitos hasta convertirlos en la clave del orden jurídico. Todo esto afecta al régimen jurídico y al sistema orgánico y competencial, y abre al Derecho administrativo un nuevo horizonte que lo integra en espacios normativos más amplios, provoca una homogeneización y le atribuye nuevos paradigmas, como son los derechos humanos y las nuevas técnicas, que le van a hacer superar la concepción clásica⁵⁸.

En España ha sido el profesor MUÑOZ MACHADO quien ha expuesto los cambios institucionales simbólicos que afectan a las fuentes, por la crisis de la ley general estatal clara y única, como consecuencia de la ampliación del número de legisladores infraestatales y de la aparición de los supraestatales, de tal modo que, “en el nuevo siglo, la ley general cederá mucho espacio a la ley particular que la Revolución de 1789 desterró, y del siglo XX, que ha enfatizado tanto la igualdad, se pasará previsiblemente a una época de particularismos”. La legalidad se ha constitucionalizado y está sometida a principios generales aplicados por la jurisprudencia. La fragmentación de la legalidad ha dado lugar a la presencia de fuentes de origen privado. El reconocimiento de garantías de los derechos por encima de las leyes los ha convertido en fuente de inspiración de las resoluciones judiciales. Todo esto conduce a que “los poderes del Estado, equilibrados bajo el reconocimiento de la soberanía de la Ley y su primacía sobre los demás poderes, se esté contrapesando de nuevo”⁵⁹.

57. AUBY, J.-B., “La bataille de San Romano”, *AJDA*, 20 de noviembre de 2001, pp. 912-926.

58. ORTIZ DÍAZ, J., “El horizonte de las administraciones públicas en el cambio de siglo. Algunas consideraciones de cara al año 2000”, en SOSA WAGNER, F. (coord.), *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 63-117. ALLI ARANGUREN, J. C., *Derecho...*, cit., pp. 164 y ss.

59. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, I, pp. 84-85, 97-642.

Por otra parte, la incidencia de nuevos órdenes y conceptos generan nuevos cambios en el Derecho administrativo y conducen a lecturas y técnicas nuevas. Así ocurre con el concepto de gobernanza, integrado por la gestión pública y las políticas públicas, actuando en y con técnicas del mercado, relaciones horizontales, participación, eficacia y eficiencia, evaluación de resultados y análisis de costos. Todo ello con un orden jurídico poco imperativo, policéntrico, convencional, técnico y autorregulado por un derecho difuso y dúctil⁶⁰.

Se ha considerado a la gobernanza como el nuevo paradigma, que afecta a los ámbitos de la decisión, de la jurisdicción, de la negociación y contractualización del Derecho por medios negociados, que distan mucho del viejo derecho del mandato e imposición de la soberanía⁶¹. Otro tanto ocurre con las nuevas técnicas de gestión, la *New Public Management*, que incide en las relaciones jurídicas y a una legalidad basada más en la eficacia, eficiencia y rentabilidad de la acción pública que en el imperio de la norma⁶².

La integración de los nuevos paradigmas permite construir el nuevo “paradigma sistémico”⁶³ del Derecho administrativo en general y de la justicia administrativa en particular, base de la Teoría General de Sistemas, donde se concibe a un sistema como “un objeto dotado de fines u objetivos que, en un entorno bien delimitado, ejerce una actividad, a la vez que va evolucionando su estructura interna a lo largo del tiempo sin perder por ello su identidad”⁶⁴.

3. La aportación de García de Enterría a la sociedad y al Estado

La búsqueda de los paradigmas del Derecho Público, que ha realizado GARCÍA DE ENTERRÍA, no pueden considerarse como un ejercicio académico o

60. ALLI ARANGUREN, J. C., *La construcción...*, cit., pp. 484 y ss. IRTI, N., *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1984. MOCKLE, D., “La gouvernance publique et le droit”, *Les Cahiers de Droit*, 1, 2006.

61. ALLI ARANGUREN, J. C., *La construcción...*, cit., pp. 593 y ss. AA.VV., *La gouvernance et le droit. Mélanges Amserek*, Bruselas, Bruylant, 2005. BERNS, T., *Souveraineté, droit et gouvernementalité*, Paris, Editions Léo Scheer, 2005.

62. BARUCH, M. O.-BEZES, Ph., “Généalogies de la réforme de l'État”, *RFAP*, 120, 2006, pp. 625-633. ALLI ARANGUREN, J. C., *La construcción...*, cit., pp. 461-462.

63. FERRATER MORA, J., *Diccionario de filosofía*, Madrid, Alianza, 1979, pp. 2.486-2.488.

64. LE MOIGNE, J. L., *La théorie du système général*, Paris, 1990. Citado por SARABIA, A. A., *La Teoría General de Sistemas*, Madrid, ISDEFE, 1995, p. 82.

una elucubración metafísica, sino como una indagación de los principios que mueven al Derecho en cuanto ordenador de la sociedad. Todo ello en el marco de la sociedad española que le ha tocado vivir, realizando una brillante y sustancial aportación al conocimiento de los paradigmas del Estado de Derecho, perfectamente ignorados en una gran parte de la reciente historia de España. Su aportación no solo ha formado a muchos juristas, sino que ha sido una llamada constante, en primer lugar, a la juridificación y control del poder y, posteriormente, a la construcción del Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución de 1978. Por eso se le puede aplicar a nuestro autor la idea de que “la autoproducción del hombre es siempre y necesariamente una empresa social [...] La biografía del individuo se aprehende como un episodio ubicado dentro de la historia objetiva de la sociedad”⁶⁵.

En otro momento de la historia patria don Eduardo hubiese sido el gran jurista “artífice de sistemas” (*faiseur de systèmes*), porque, como expuso RIVERO, “en el Derecho administrativo, desde el momento en que la doctrina concibió su tarea con una mayor perspectiva que el simple comentario legal y reglamentario [...] elevó su prestigio, por lo que es justo afirmar que ha ayudado a quitar las espinas mezcladas a las flores de las coronas que trenzaba”⁶⁶. Sin embargo, su papel ha sido más relevante al superar el ámbito del Derecho administrativo para adentrarse en el de la construcción del Estado de Derecho, tras la fase de legalización de la actividad administrativa. Hoy en día el Derecho administrativo español, pre y postconstitucional, no se entiende sin contar con su gran aportación doctrinal, porque, a partir de sus propia historicidad, ENTERRÍA lo ha convertido en lo que RIVERO calificó como una

“construcción intelectual maravillosamente excitante para el espíritu, con su juego de matices y la sutilidad de sus distinciones, aunque siempre le ha faltado, y le falta todavía hoy [al Derecho administrativo] una virtud práctica eminente: la simplicidad”⁶⁷.

65. BERGER, P.-LUCKMANN, T., *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 1972, p. 82.

66. RIVERO, J., “Apologie pour les faiseurs de systèmes”, en LAUBADÈRE, A., MATHIOT, A., RIVERO, J., VEDEL, G., *Pages de doctrine*, I, Paris, LGDJ, 1980, p. 3.

67. RIVERO, J., “Apologie...”, *cit.*, p. 9.

El pensamiento y la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA han supuesto mucho más, por su importante aportación al Derecho Público europeo y español en clave de depurar paradigmas y principios universales para aplicarlos a la coyuntura histórica, buscando el equilibrio entre el poder y la libertad, entre las prerrogativas de la administración y la garantía de los derechos y libertades del ciudadano, entre la libertad y la igualdad. Siguió el consejo que su admirado TOCQUEVILLE dio a su nieto

d'étudier le droit administratif en préservant avec soin ton esprit de l'engouement et des préjugés de toute espèce qui remplissent l'esprit des commentateurs de ce droit et de ceux que l'appliquent. Il faut, tout en apprenant ce droit, le juger, voir au-dessus de lui et en dehors de lui ce qu'il manque⁶⁸.

Por eso su pensamiento es profundamente humanista, porque participa del esfuerzo humano para progresar en libertad. A pesar de sus sólidas convicciones en los valores fundamentales del sistema liberal-democrático, no se cierra a su transformación y adecuación a una sociedad cambiante y a los nuevos problemas, que exigen actualizar las formas y técnicas jurídicas, porque si la sociedad cambia, el derecho se transforma y “las certidumbres no son tan tranquilizantes como para que se adquieran en el mercado de la inteligencia”⁶⁹.

La aceptación del movimiento cambiante y ascendente de la historia y la cultura, en definitiva de la realidad de una sociedad de ciudadanos libres, le ha llevado a situar su persona y su obra “en el lugar geométrico de la realidad”⁷⁰. De este modo su vida y obra se han vinculado a la historia institucional y al orden jurídico de nuestro tiempo histórico, hasta el punto de haberse consagrado en el texto constitucional. Además, su presencia física e intelectual es, como expuso ZUBIRI, “copresencial, en el cuerpo de todos conmigo y de mí con los otros es uno y único; y este único cuerpo es la convivencia. El hombre es de suyo un cuerpo social”⁷¹. En el caso de GARCÍA DE ENTERRÍA su presencia y aportaciones al cuerpo social y a su cultura institucional, es tan importante

68. TOCQUEVILLE, A. DE, “Correspondance familiale”, en *Œuvres complètes*, XVI, Paris, 1998, p. 293.

69. DOMENACH, J.-M., *Le retour du tragique*, Paris, Seuil, 1973, p. 9.

70. ZUBIRI, X., *Sobre el hombre*, Madrid, Alianza, 1986, p. 79.

71. ZUBIRI, X., *Sobre el hombre...*, cit., p. 308.

que ha buscado los paradigmas y los principios para proporcionarles las reglas básicas de su organización y convivencia.

Su contribución a la construcción del Derecho Administrativo español lo coloca en el elenco de los grandes autores como OLIVÁN, POSADA HERRERA, COLMEIRO y Adolfo POSADA, entre otros. Tanto en el período preconstitucional como en el postconstitucional su aportación ha sido decisiva para el progreso de la ciencia del Derecho, de su conocimiento y presencia social. Formado en la concepción unitaria del Derecho Público ha demostrado la vinculación directa del Derecho Administrativo con el Constitucional, conforme a la mejor tradición francesa de VEDEL, RIVERO y EISENMANN.

En el Derecho español contemporáneo GARCÍA DE ENTERRÍA ha construido un sistema y una escuela de Derecho Público y, particularmente, de Derecho Administrativo, convirtiéndose en una referencia obligada para los iuspublicistas. Su aportación es similar a la que supuso en el Derecho público francés la de HAURIUO y DUGUIT, a los que RIVERO dedicó una valoración perfectamente adecuada a la obra de nuestro autor, con la diferencia de producirse en vida y con un horizonte de trabajo y nuevas aportaciones con las que continuamente nos ilumina y deslumbra D. Eduardo:

au seuil de Temple de la Doctrine administrative, leurs deux statues se dressent toujours; après bientôt cinquante années, on ne leur voit pas de remplaçants. Aucun de ceux qui sont venues après eux n'a réussi à édifier une Somme comparable, par les proportions et par la puissance, aux deux œuvres qui ont marqué le premier quart du siècle⁷².

Siguiendo la recomendación de IHERING de que “la vida no puede esperar y el pensamiento jurídico debe seguirla”, su compromiso permanente con la sociedad y, por tanto, con unas instituciones en transformación, le llevó al estudio en profundidad del Derecho comunitario, desde su convicción de que se construye Europa a través del Derecho, con una clarividente premonición de la actual realidad jurídica común. Así lo acredita su condición de primer juez español del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde abril de 1978 a febrero de 1986, de presidente de la Federación Internacional

72. RIVERO, J., “Preface” a SFEZ, L., *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au Droit Administratif Français*, Paris, LGDJ, 1966, p. I.

del Derecho Europeo y su participación activa en asociaciones y organizaciones sobre la materia.

Pero a su gran conocimiento y pasión por el Derecho se ha de destacar su condición de humanista que se manifiesta, entre otras, en su buen hacer literario, en la riqueza y precisión léxica y el conocimiento de la literatura en lengua española, reconocido en su condición de miembro de la Real Academia Española desde 1994.

De entre sus numerosos doctorados *honoris causa*, galardones y homenajes se ha de destacar el Premio Alexis de TOCQUEVILLE que le otorgó en 1999 el Instituto Europeo de Administración Pública de Maastricht, “en signo de reconocimiento de su personalidad científica entre las más dinámicas del mundo universitario europeo y de experto incontestado del Derecho Público y del Derecho Administrativo y como testimonio de la importante contribución que ha prestado en el dominio de la Administración Pública europea y del Derecho Comunitario”. Aunque no se haya recogido en la justificación de la distinción, debió considerarse el hecho de su profundo conocimiento del autor que da nombre a la distinción.

Las primeras referencias de don Eduardo las tuve por las explicaciones del Derecho Administrativo en la Universidad de Navarra por parte de don Pablo GARCÍA MANZANO, entonces magistrado especialista en la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona y, posteriormente, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Siempre manifestaba el agradecimiento al magisterio del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA y era un gran conocedor y seguidor de su obra. A través suyo conocí parte de su obra jurídica y un libro en el que participó, que fueron los *Comentarios civiles a la Encíclica Pacem in terris*, publicados en 1963, en un momento en que en España perdía valor y presencia el nacional-catolicismo, arrumbado por la doctrina papal y conciliar sobre la libertad. Posteriormente, cuantas veces he tenido la oportunidad de tratarlo personalmente me ha admirado su apertura, su disponibilidad, su proximidad, su amabilidad y humildad, y su siempre generosa disposición al apoyo a cuantos se lo hemos solicitado. El hombre y el maestro son el mismo ser que pone el Derecho al servicio de los hombres.

En toda su extensa obra ha demostrado la historicidad del Derecho Administrativo y como se van configurando las instituciones en un devenir histórico que, sin considerarlo, parece que han surgido de un modo espontáneo por obra de un legislador tocado de la gracia divina o del genio creador. Por el contrario,

como ya constató BARTHES, “el Derecho, como el mito, es un producto de la historia, no surge de la naturaleza de las cosas”⁷³. Precisa que hombres de ciencia lo estudien y elaboren. Por otra parte, es una constante la invocación de la persona como sujeto de derechos y ciudadano, al que el Estado y su organización ha de garantizar su ejercicio y, de modo activo, proporcionar los medios necesarios para el desarrollo de su personalidad y la efectividad de aquellos. Todo ello desde una perspectiva metodológica que parte de la unidad del Derecho Público y, por tanto, de su total incardinación en el marco constitucional.

En todo caso he de destacar su obra por antonomasia, redactada con su dilecto discípulo, don Tomás Ramón FERNÁNDEZ, el *Curso de Derecho Administrativo*, obra de referencia obligada para todo el Derecho Público español.

No es el momento de detallar su importante aportación científica en sus numerosas obras. En este trabajo, impulsado más por mi osadía que por su sugerencia santanderina, queda testimonio de una mínima parte. Con ello quiero agradecerle su obra y su magisterio, así como las atenciones que siempre me ha dispensado. Recientemente prologando mi libro sobre la construcción del concepto del Derecho Administrativo español.

Soy consciente de que ha recibido muchos e importantes homenajes y reconocimientos, y de que la monumental obra *Estudios sobre la Constitución Española de 1991* supuso el reconocimiento de la comunidad científica a su aportación a la Carta Magna. Sirva esta pequeña obra de testimonio personal de admiración, afecto y gratitud al maestro indiscutible de los iuspublicistas españoles por su generoso magisterio, su extensa obra, su fidelidad a los principios y su recio espíritu montañés. Su discurso en la Universidad Menéndez Pelayo fue un nuevo ejercicio de claridad intelectual, haciéndonos partícipes de sus preocupaciones, transmitidas con clarividencia, objetividad y honestidad intelectual.

4. Un estudio sobre el proceso histórico de la justicia administrativa

Las transformaciones de la legalidad y la justicia administrativas son consecuencia de un largo proceso histórico que ha expuesto GARCÍA DE ENTERRÍA

73. BARTHES, R., *Mythologies*, Paris, Seuil, 1957, p. 193.

en muchas de sus obras y en la conferencia santanderina. En este trabajo pretendo exponer como se fue produciendo en el ordenamiento jurídico francés. En la primera parte se expondrá el proceso de construcción del Estado liberal de Derecho a partir de los paradigmas de la Ilustración y el liberalismo, conforme a las doctrinas de sus hombres más significativos –LOCKE, MONTESQUIEU y ROUSSEAU– y de su progresiva concreción por la Revolución Francesa en unos principios y modelo de organización del poder, que es el Estado de Derecho⁷⁴.

En la segunda parte se sistematizan las aportaciones del constitucionalismo francés al Estado de Derecho, por medio de los paradigmas revolucionarios más trascendentales, que ha sido el establecimiento del reino de la ley y el principio de legalidad en la actuación de todos los poderes públicos, concebida aquella como manifestación de la voluntad popular y medio de garantizar los derechos y controlar el ejercicio del poder. El estudio de estos paradigmas permitió la elaboración de una ciencia que los estudiara y, además, les aportara racionalidad y coherencia científica, que es el Derecho administrativo.

Finalmente, se estudian la evolución histórica, las técnicas y los paradigmas de control de legalidad de la actividad pública, como medio de garantizar los derechos y libertades ciudadanos y el sometimiento del poder a la ley, a fin de asegurar que la habilitación concedida se utiliza adecuadamente, en relación con el respeto a aquellos y a los fines que la justifican. La justicia administrativa fue configurada en Francia como un orden jurisdiccional diferenciado del civil y penal, utilizado en defensa de un modo peculiar de entender la separación de poderes, que, sin embargo, hizo fortuna y permitió construir el orden jurídico que conocemos como Derecho administrativo, al que sigue proporcionando instrumentos de garantía en el permanente debate entre las prerrogativas administrativas y la garantía de los derechos ciudadanos. Como expuso VEDEL,

“el principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales, como se entiende corrientemente, no es más que uno de los elementos de la construcción revolucionaria. No tiene solo por objeto garantizar la independencia de los administradores respecto a los tribunales judiciales, sino también la de estos respecto a los administradores e impedir la interferencia de unos y otros en la función legislativa”⁷⁵.

74. BURDEAU, G., *Traité de science politique*, VI, I, Paris, LGDJ, 1971, pp. 71 y ss.

75. VEDEL, G., “Les bases constitutionnelles du Droit administratif”, en LAUBADÈRE, A., MATHIOT, A., RIVERO, J., VEDEL, G., *Pages...*, cit., II, p. 143, nota 39, invocando a M. DELVOLVÉ

En su evolución, a partir de la configuración del Consejo de Estado como jurisdicción, la actual separación de la administración activa y la jurisdicción administrativa se valora hoy como “un principio general, capaz de explicar tanto el carácter profundo de la jurisdicción administrativa, como las diversas expresiones jurisprudenciales. [...] De hecho, este fenómeno se explica por el carácter y los orígenes del principio de separación. El punto esencial es que ningún texto lo prevé expresamente. Los textos revolucionarios de 16-24 de agosto de 1790 y 16 fructidor del año III⁷⁶, considerados como los que establecen la separación de las autoridades administrativas y judiciales, se aplican expresamente a la jurisdicción judicial, y no afectan evidentemente a la administrativa que no existía entonces, y que fue instituida después en el mismo seno de la administración”. Constituye un principio lógico, porque la jurisdicción administrativa resuelve los conflictos entre la Administración y los particulares, y “se trata de una función jurisdiccional. Un principio fundamental del Estado de Derecho exige que la función jurisdiccional sea asumida por un órgano independiente. Y esta exigencia de independencia es más presente cuando la administración está en causa, porque entonces la desigualdad de los demandantes es evidente”⁷⁷. Respecto a la prohibición al juez ordinario de conocer de los actos administrativos, prohibiéndole juzgar a la Administración,

“ni la historia ni el derecho comparado confirman que el principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales esté vinculado al principio constitucional de división de poderes. En Francia, los regímenes constitucionales de confusión de poderes (Convención, Imperio) han respetado celosamente la separación de las autoridades administrativas y judiciales. En el extranjero, los Estados Unidos, cuyo

en las conclusiones del Consejo de Estado de 11 de junio de 1951, *Baud*, S. 1952.3.13. LAFERRIÈRE, F., *Cours théorique et pratique de droit public et administratif mis en rapport avec la constitution de 1848*, I, Paris, Cotillon, 1850, p. 6: “separar el Derecho administrativo del Derecho público constitucional sería privarle de la razón de su existencia”.

76. DEBBASCH, CH. y PINET, M., *Les grands textes administratifs*, Paris, Sirey, 1970, p. 487.

77. CHEVALLIER, J., *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ, 1970, pp. 13 y ss. Sobre la función jurisdiccional y la misión del juez en la doctrina de la III República: REDOR, M.-J., *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, Economica, 1992, pp. 260-278. BIGOT, G., *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition 1800-1872*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 1-3, 18-35. GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Consideraciones sobre el contencioso francés”, *RAP*, 1, 1954, pp. 11-18.

régimen constitucional está fundado sobre el principio de división de poderes, han ignorado siempre la separación de las autoridades administrativas y judiciales⁷⁸.

Precisamente ha sido la búsqueda del criterio delimitador de la competencia la que ha ido perfilando el Derecho administrativo y su concepto, de modo que “es normal que la administración, el derecho administrativo y la competencia del juez administrativo se definiesen principalmente desde un punto de vista formal y, por una precisión complementaria, desde un punto de vista material”. Afirma VEDEL que, en relación con “el reparto de competencias entre el juez administrativo y la autoridad judicial, [...] existe una coincidencia, no absoluta, pero muy amplia entre la competencia del juez administrativo y la aplicación del Derecho administrativo”⁷⁹.

También en este orden ha sido fundamental la aportación del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, desde su profundo conocimiento de la ciencia del Derecho y del Derecho administrativo francés, al progresivo perfeccionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa en España, como instrumento de los grandes principios liberales, hoy plasmados en la Constitución española de 1978. Como expuso LABOULAYE,

“no son las ideas las que separan a los hombres, son las pasiones, y en este recinto donde solo reina el estudio, no hay lugar para las pasiones de nadie. Todos queremos fundamentar la libertad sobre bases durables, organizar el noble gobierno de la nación por sí misma; nada nos puede dividir. Estamos más cerca de entendernos cuando todos tenemos en el corazón un mismo deseo, un mismo amor; el deseo de parar las revoluciones que nos destruyen, el amor de nuestra santa y desgraciada patria”⁸⁰.

78. VEDEL, G. y DELVOLVÉ, P., *Droit administratif*, Paris, PUF, 1990, p. 99.

79. VEDEL, G., “Les bases...”, *cit.*, pp. 166 y 170. Sobre la búsqueda del criterio delimitador del concepto y, por efecto, de la jurisdicción competente: ALLI ARANGUREN, J. C., *La construcción...*, *cit.*, pp. 95-155.

80. LABOULAYE, E.-LEFEBVRE DE, R., *La Révolution française étudiée dans ses institutions, discours prononcé le 3 décembre 1850, à l'ouverture de cours de législation comparée*, Paris, Hennuyer, s.f. (1850), p. 24.

Primera parte

La Revolución Francesa y la construcción
del Estado liberal de Derecho

GARCÍA DE ENTERRÍA afirmó que, dentro de la construcción del Estado de Derecho,

“la justicia administrativa fue una creación enteramente nueva [...] surge de la Revolución Francesa, en el mismo año 1789, se afirma en el siglo XIX, conocerá ya un espectacular despliegue a lo largo del siglo XX, y se nos aparece ahora, recién inaugurado el siglo XXI, virtualmente cerrada, apenas precisada ya de algún retoque técnico, como pieza central del orden democrático sustantivo y de lo que se ha convenido en llamar Estado de Derecho”⁸¹.

En este proceso histórico, que dura más de dos siglos, se establecieron hitos en la construcción de la justicia administrativa hasta convertirla en la realidad actual, en la que

“el juez contencioso-administrativo es definitivamente capaz de otorgar a los ciudadanos una justicia plenaria y efectiva. Esta es la formidable actualidad de la técnica contencioso-administrativa de protección del ciudadano tras sus últimas y bien recientes regulaciones”⁸².

Se partió de una concepción ideológica que, con los nuevos paradigmas del racionalismo y la Ilustración, superó los fundamentos y formas del absolutismo, e hizo posible el régimen liberal, momento que se concretó en el hito histórico que fue la Revolución Francesa. La ley fue el instrumento que se dio la Nación para que la voluntad de todos superara la de un hombre, creando el imperio de la ley sobre los individuos y los poderes públicos. Es lo que se ha

81. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Las transformaciones...*, cit., p. 2.

82. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Las transformaciones...*, cit., p. 28.

denominado la legalización de la actividad administrativa por medio del principio de legalidad. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Constitución de 1791 fueron las normas fundamentales del nuevo orden. Este fue evolucionando a lo largo de todo el proceso constitucional francés del siglo XIX, cuyos textos son laboratorios de ideas jurídicas⁸³, que, en gran parte, perduran o, al menos, sentaron las bases para el progreso en la construcción del Estado de Derecho.

La consideración de la ley como instrumento de reconocimiento y garantía de los derechos y libertades condicionó, a partir de ese momento y régimen, la actividad pública que, además, ha de respetar aquella y estos. A tal fin se crearon medios de garantía y de control en las sucesivas constituciones. El primero, la división de poderes, base de la formación de un sistema de justicia administrativa para superar la anterior confusión entre las funciones judiciales y las de gobierno y administrativas. A partir de aquella división, la ley de 16-24 de agosto de 1790 y la Constitución de 1791 impidieron a los tribunales del orden judicial intervenir, de cualquier modo que fuera, en el ámbito del poder ejecutivo, porque *juger l'administration c'est encore administrer*. Adquirió carta de naturaleza con la creación en año VIII (1799) por Napoleón del Consejo de Estado, al que, entre otras importantes misiones, se le encomendó estudiar las revisiones y anulaciones de actos dentro del sistema de justicia retenida, que terminó siendo delegada al final del siglo XIX (1872)⁸⁴.

1. El proceso histórico de construcción del Estado de Derecho

BURDEAU reprocha a los administrativistas que estudian las instituciones que son “especialistas de derecho positivo de visita en el pasado de numerosas obras”, que realizan “análisis de no historiadores con un fuerte coeficiente de aproximación y a veces incluso de inexactitud”. En primer lugar, por su tendencia a privilegiar los aspectos técnicos de la cuestión estudiada, “sin tomar muy en cuenta la singularidad del medio político, social, administrativo de cada uno de los momentos de esta historia. [...] toman la forma, a menudo,

83. BEAUD, O., “L’histoire juridique de la Révolution française est-elle possible?”, *Droits*, 17, 1993, p. 3.

84. GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Consideraciones...”, cit., pp. 19-20.

de investigaciones segmentarias orientadas hacia un capítulo particular de este derecho”. Aconseja utilizar el espíritu del historiador y “tener en cuenta la totalidad de los elementos, ideológicos y materiales, que singularizan cada fase de la evolución histórica”⁸⁵. Ahora bien, si existe un derecho afectado por la historicidad es el Derecho administrativo, el más reciente en su construcción y versátil en su formulación y técnicas, porque se ha ido formulando con la más reciente evolución ideológica e institucional del Estado para atender y servir a una sociedad cambiante⁸⁶.

Como no podía ser de otro modo, a efectos puramente dialécticos y en términos de defensa en lenguaje forense, asumimos los reproches del gran historiador de las instituciones administrativas francesas⁸⁷. Se procede a estudiar los paradigmas del principio de legalidad y la justicia administrativa en su marco ideológico, histórico y político-institucional. Por otra parte, existe ya una importante aportación histórica y doctrinal sobre la materia, que nos permite partir de unas bases que no estén afectadas por los reproches de BURDEAU: ni por la especialidad, ni por la falta de método histórico, ni por el puro y frío tecnicismo.

A partir de las concepciones ideológicas de la Ilustración como movimiento ideológico y de las obras de LOCKE, MONTESQUIEU y ROUSSEAU, se valorará la plasmación de los nuevos principios de organización del poder que realizó la Revolución Francesa en su legislación y organización. La constitución, el reconocimiento de los derechos del hombre y del ciudadano, la división de poderes y el imperio de la ley configuran el Estado de Derecho. Uno de sus elementos sustantivos es la aplicación a los poderes públicos del principio de

85. BURDEAU, F., “Pouvoir administratif et droit public français. I. Le sens de l’expérience administrative de la Révolution”, en *Giornale di Storia Costituzionale*, 2, 2001, p. 34.

86. ALLI ARANGUREN, J. C., *La construcción...*, cit., pp. 616-622.

87. BURDEAU, F., *Histoire de l’administration française du XVIII^e au XX^e siècles*, Paris, Montchrestien, 1994; *Historie du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris, PUF, 1995. Otros autores significativos son: CHEVALLIER, J., *L’élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l’administration active*, Paris, LGDJ, 1970. LEGENDRE, P., *Histoire de l’Administration de 1750 à nos jours*, Paris, PUF, 1968; *Trésor historique de l’État en France*, Paris, Fayard, 1992. SANDEVOIR, P., *Étude sur le recours de pleine juridiction*, Paris, LGDJ, 1964. Respecto al período anterior a la Revolución: MESTRE, J.-L., *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, 1985. REDOR, M.-J., *De l’État légal à l’État de droit. L’évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, Economica, 1992.

legalidad en su actuación plenamente sometida a la ley y al Derecho, controlable por la jurisdicción administrativa. Todo ello a lo largo del tiempo histórico de la Revolución francesa, en el que existieron varias etapas, cada una de ellas con sus propias características y aportaciones: la Asamblea legislativa y constituyente, sus disposiciones y la Constitución de 1791; la Convención nacional y la Constitución del año I (1793); el Directorio y la Constitución del año III (1795), el Consulado y la Constitución del año VIII (1799), el I Imperio y la Constitución del año XII (1804).

Ha sido objeto de amplios debates si la Revolución supuso una total innovación institucional o si, por el contrario, existió un reformismo respecto a las instituciones del Antiguo Régimen. Como ha expresado BURDEAU,

“la mayor parte de las reformas producidas por la Constituyente pueden presentarse bajo el ángulo de la discontinuidad, o bien interpretarse como el fin de un movimiento que arrancó antes de 1789, pero que no prosperó por el bloqueo de la vieja sociedad”⁸⁸.

A partir de ello se ha producido en paralelo el debate relativo a si el Derecho administrativo es o no obra exclusiva de la Revolución, o si existe continuidad con el régimen jurídico anterior. En este sentido, BURDEAU destacó que en la génesis del nuevo orden jurídico está la herencia del régimen anterior. Afirmó que los primeros revolucionarios “estaban dentro de la teoría y la práctica de la Monarquía absoluta, con relaciones complementarias más que antagónicas”:

“después de 1789, como antes, la existencia de reglas impuestas a la acción administrativa correspondía menos a una victoria de los derechos sobre el poder, que a una ordenación necesaria para su efectividad y perennidad. Lejos de aparecer como limitaciones impuestas desde el exterior al poder público, son los resortes mismos de la mecánica del poder. La puesta en marcha del Derecho administrativo no tiene nada de milagroso⁸⁹. Se inscribe en una tradición, en la que se encuentra el gran principio de que el poder debe estar regulado”⁹⁰.

88. BURDEAU, F., “Pouvoir...”, *cit.*, p. 35.

89. WEIL, P., *Droit administratif*, Paris, PUF, 1964, p. 7.

90. BURDEAU, F., *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris, PUF, 1995, p. 22. BIGOT, G., *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, 2002, pp. 13-17 y 20-26.

En definitiva, es un largo proceso durante el cual se ha ido elaborando un sistema jurídico para el ejercicio del poder público conforme a la ley y al derecho, con respeto a los derechos y libertades de los ciudadanos, equilibrando la prerrogativa del poder público, justificada por el servicio del interés general, y la garantía de aquellos, convirtiéndose en el Derecho del poder para la libertad⁹¹.

HAURIOU partió del papel imprescindible de la Revolución Francesa y distinguió tres fases en la historia de la doctrina administrativa: la de elaboración secreta (1800-1818); la de divulgación (1818-1860) y la de organización (1860-1890)⁹².

BURDEAU dividió la historia del Derecho administrativo en tres fases:

a) La primera fue la de “gestación” del nuevo Derecho administrativo (1789-1970), que se abrió con la Revolución y se cerró con la caída del II Imperio; dividida en dos etapas. Una discurrió desde el período fundacional hasta el fin del I Imperio. Otra desde los Cien días de Napoleón hasta el final de la Monarquía de Julio y el inicio de la II República. Entre 1789 y 1870 se establecieron sus bases constitucionales en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Constitución de 1791, sus instituciones, su elaboración como disciplina científica a partir de la Restauración y las grandes aportaciones contenciosas durante el II Imperio. Se construyó y desarrolló el derecho administrativo como un conjunto coherente en el que se establecieron sus bases actuales, adaptándose el Consejo de Estado a los distintos regímenes políticos, con “una jurisprudencia tan densa como sutil que encaja a la Administración y sus actos en un cuerpo de reglas con vocación de hacer tolerable la dominación del poder”⁹³.

b) La segunda fase de “florecimiento” se produjo entre 1870 y la mitad de los años veinte del siglo XX, durante la III República, que consolidó el régimen y la forma de gobierno republicanos, en la que se produjeron importantes aportaciones desde la jurisdicción administrativa, ante una cada vez mayor influencia y actividad públicas. Se manifestó en mayores posibilidades e ins-

91. GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho administrativo español*, I, Pamplona, EUNSA, 1987, p. 122.

92. HAURIOU, M., “Étude sur le droit administratif”, *Répertoire du droit administratif*, 75, 1897, 6. SFEZ, L., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1966, pp. 49 y ss.

93. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 15.

trumentos a favor de los particulares, atribuyendo al Derecho administrativo “como principal función evaluar, más que sancionar, el poder administrativo”. Con la consolidación de la II República se produjo un cuestionamiento profundo en el plano teórico, mientras que la jurisprudencia continuó perfeccionado su aportación⁹⁴.

c) La tercera, que fue la de las “conmociones”, discurrió entre los años veinte y los setenta del siglo XX en un período de las grandes conmociones derivadas de la ampliación del poder administrativo en el Estado social, de la II Guerra Mundial, de la crisis de conceptos como el servicio público y la *puissance publique*, y del propio Derecho administrativo, así como del cambio que representó el predominio de la doctrina constitucional sobre las creaciones que, anteriormente, habían sido aportaciones exclusivas del Consejo de Estado.

A partir de los años setenta del siglo XX el Derecho administrativo entra en una nueva fase, que “puede que anuncie su fin”⁹⁵. Es la del predominio del Derecho constitucional por la decisiva influencia del Consejo constitucional, que, como veremos, cierra el sistema. También se ha impuesto el nuevo ordenamiento jurídico comunitario, que transforma el contenido material y el régimen del Derecho administrativo estatal clásico.

BIGOT diferencia dos momentos: el de fundación durante el siglo XIX, con base en la Revolución y las matrices napoleónicas, y el desarrollo durante el siglo XX⁹⁶:

a) Los dos imperios napoleónicos organizaron un poder de dominación, que prendieron justo para legitimar el poder autoritario. Para ello crearon instrumentos de autolimitación por medio del control jurisdiccional de las manifestaciones administrativas en cuando incidieran en el ámbito de los derechos personales. El juez situado con el mismo rango que los poderes públicos valoraría la actuación. Las monarquías constitucionales, que reconocieron la existencia de un “derecho público de los franceses”, reforzaron el Derecho administrativo como controlador del poder. El autoritarismo del II Imperio, a pesar de ello, contribuyó a la creación del Derecho administrativo liberal por medio del Consejo de Estado. A pesar de distintos avatares en épocas liberales y de

94. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 15.

95. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 14.

96. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 15.

las actitudes críticas, es lo cierto que, paradójicamente, quienes defendieron su supresión terminaron reconociéndolo y potenciando su función jurisdiccional, a veces formando parte del mismo⁹⁷. Durante el siglo XIX el Derecho administrativo siguió siendo un medio de regulación del poder, avanzando en la consecución de la legalización de la actividad administrativa e introduciendo nuevas técnicas para evitar que se convirtiera en un poder arbitrario al margen de la ley, así como garantizar los derechos ciudadanos.

b) Durante los primeros años del siglo XX se refundó el Derecho administrativo por el esfuerzo de la doctrina y de la jurisprudencia, ya consolidado el Consejo de Estado como institución competente. A partir de los años treinta se le plantearon retos que superaban la situación anterior y exigían dotarle de nuevos fundamentos. Tanto la doctrina como la jurisprudencia asumieron la situación y formularon nuevas construcciones y soluciones casuísticas con gran contenido dogmático, contribuyendo decididamente a la consolidación científica sobre las bases sentadas por autores como HAURIUO y DUGUIT, que renovaron el Derecho público⁹⁸.

Con independencia de las valoraciones de los ciclos históricos, es lo cierto que, por lo que se refiere a la construcción del Estado de Derecho y del Derecho administrativo, el régimen surgido de la Revolución realizó la proclamación de los derechos de los ciudadanos-administrados y de los principios básicos del nuevo régimen durante el período revolucionario, que coexistieron con el mantenimiento de una fuerte autoridad de la Administración. La preponderancia de las prerrogativas de esta caracterizó el período del Consulado, que creó una sólida estructura de poder administrativo y un régimen jurídico propio distinto al derecho común, así como la configuración de las instancias jurisdiccionales en su seno. El otorgamiento de garantías a los administrados se impuso bajo la III República, gracias a la consolidación de la jurisprudencia del Consejo de Estado⁹⁹. Como expuso BENOIT, su aportación destaca porque se le deben

“construcciones jurisprudenciales como el recurso por exceso de poder, el acto administrativo unilateral, el contrato administrativo, y la responsabilidad del poder

97. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 47.

98. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 223-226.

99. MESTRE, J.-L., *Introduction...*, cit., p. 17.

público, que constituyen verdaderos monumentos del Derecho moderno. [...] los jueces administrativos se revelaron defensores de las libertades individuales particularmente eficaces”¹⁰⁰.

El conocimiento de la evolución histórica de las instituciones tiene el interés de apreciar que el progreso institucional, lo mismo que en todos los campos del conocimiento, es continuo, suma de esfuerzos y de la “lucha por el Derecho”. Se ha de destacar que el abandono o desprecio del estudio histórico ha venido coincidiendo con una menor consideración del Derecho administrativo y el intento de abandonarlo o de huida del mismo. Como expuso LAROQUE,

“repudiar o despreciar los marcos jurídicos, tiene el peligro de perjudicar gravemente a las exigencias del interés general y a la protección de los derechos de los individuos. Además, la ignorancia creciente de las lecciones de la historia, el alarde del desprecio por la experiencia del pasado, tienen el riesgo de favorecer la repetición de errores gravemente perjudiciales para los intereses esenciales de la comunidad”¹⁰¹.

2. Los paradigmas de la Ilustración y la ideología liberal

En el debate doctrinal sobre el origen del Derecho administrativo la posición predominante afirma que nace de la ideología ilustrada y se concreta a partir de la Revolución Francesa, con independencia de que durante el Antiguo Régimen pudieran existir instituciones administrativas e instrumentos jurídicos de legalidad, que supusieran algunas limitaciones al poder absoluto de los monarcas¹⁰². El nuevo orden institucional y jurídico se construyó al servicio de la

100. BÉNOIT, F. P., “Jurisdiction judiciaire et juridiction administrative”, en *JCP*, 1964, I, 1838. Sus aportaciones más importantes fueron recogidas por LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1969. Sobre la obra: “Colloque 50^e anniversaire des grands arrêts de la jurisprudence administrative”, *RFDA*, 2, 2007, pp. 223-264.

101. LAROQUE, P., “Droit administratif et histoire”, en *Revue historique du droit français et étranger*, 1974, p. 766.

102. Sobre el debate del origen del Derecho Administrativo en la Revolución Francesa: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Los ciudadanos y la Administración”, en *REDA*, 59, 1988, pp. 326-327.

libertad, los derechos, el sometimiento del poder a la Ley y una organización centralista del Estado¹⁰³. El régimen liberal se configuró como Estado de Derecho a partir de la división de poderes y de la soberanía de la Ley, que hicieron posible la legalización de la actividad de la Administración y la creación de la justicia administrativa¹⁰⁴.

Con la caída del Antiguo Régimen provocada por la Revolución Francesa se produjo el triunfo de la ideología de la Ilustración. Su corto pero intenso proceso de configuración del nuevo orden social, político e institucional terminó desvirtuando alguno de sus dogmas originarios, como el de división de poderes, para generar una organización personificada que fue la Administración pública napoleónica objeto del Derecho administrativo. La estructura y contenido del nuevo modelo de Estado lo resumió GARCÍA DE ENTERRÍA en el esquema formado por la tríada de leyes, Tribunales y orden público:

“El Estado debe limitarse a dictar leyes generales con ese contenido característico de garantía y límite externo de la libertad. Por razón de este objeto, la aplicación de estas leyes se realiza a través del propio actuar libre de los ciudadanos, y basta con montar un sistema de Tribunales que en caso de litigio entre dos libertades encontradas decidan la aplicación controvertida. Finalmente, en sostenimiento de la efectividad de la Ley y de las sentencias, el Estado organiza un orden coactivo, un aparato policial limitado a esa labor de respaldo de la Ley y que cierra la construcción del conjunto. El Estado ofrece, pues, un marco puramente formal dentro del cual la sociedad vive de su propio dinamismo espontáneo, por la propia concurrencia indefinida de las libertades de sus miembros”¹⁰⁵.

CHINCHILLA MARÍN, C., “Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del Derecho administrativo”, en CHINCHILLA MARÍN, C., LOZANO, B. y DEL SAZ, S., *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Madrid, UNED-Civitas, 1992, pp. 21 y ss. ALLI ARANGUREN, J. C., *Derecho administrativo y globalización*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 29-32; *La construcción...*, cit., pp. 90-95. ESTEVE PARDO, J., Recensión en *REDA*, 47, 1985, pp. 452 y ss., de MESTRE, J.-L., *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime: le contentieux des communautés de Provence*, Paris, LGDJ, 1976; *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, 1985.

103. BURDEAU, F., *Histoire de l'administration...*, cit., pp. 24-37, expone el proceso de centralización del poder desarrollado durante el Antiguo Régimen, que prosiguió la Revolución.

104. ALLI ARANGUREN, J. C., *La construcción...*, cit., pp. 86-91.

105. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución...*, cit., pp. 21-22.

2.1. El absolutismo

La Revolución Francesa disolvió el orden anterior basado en el principio del poder absoluto de origen divino, que teorizaron BODIN y HOBBS¹⁰⁶. El alcance de ese poder fue descrito en la *Somme rural* de 1367:

Puisque dict & monstré sy des droicts & des constitutions Imperiaux, & comme les coustumes locaux s'y concordent, dire & monstrer veux des droites royaux. Si sçachez que le Roy de France, qui est Empereur en son Royaume peut faire ordonnances qui tiennent, & vaillent loy, ordonner & constituer toutes constitutions: peut aussi remettre, quitter & pardonner tout crime criminel, crime civil, donner graces & respit de dettes à cinq ans, à trois ans & à un an; legitimer, affranchir & annobir, relever des negligences, donner estat en cause, ou causes & generallement de faire tout, & autant que a droict Imperial appartient¹⁰⁷.

ARNISAEUS expuso la esencia de los *iura maiestatis* del soberano absoluto como fuente del poder universal no sujeto a control temporal, conforme a las siguientes tesis: I) *Probetur, maiestatis essentiam consistere in summa et absoluta potestate*. II) *Maiestas nullis omnino positivis legibus subicitur*. III) *Maiestas subjecta est Dei et natura legibus, licet soluta sit humanis*¹⁰⁸. Con mayor precisión, ALSTED detalló las características de la majestad:

Affectiones maiestatis sunt quatuor. Nam maiestas 1. Est summa & independens: non ratione Dei, sed ratione subditorum, non vero universorum. 2. Est universalis: quia universos complectitur suo imperio. Nam universi subditi conferendo principi ius maiestatis, ultro se ipsi submittunt. 3. Soluta legibus civilibus, quae concernunt subditos, qua subditi sunt. 4. Perpetua & individua. Effecta formalia maiestatis id est iura, quae a forma ipsius fluunt, tribus fere modis commemoratur.

El mismo autor enumeró el régimen jurídico del soberano en el ejercicio de sus *iura maiestatis*. En primer lugar, lo detalló respecto al Derecho eclesiás-

106. DUCHHARDT, H., *La época del absolutismo*, Madrid, Alianza, 1989. KREBS, R. W., *La monarquía absoluta en Europa. El desarrollo del Estado moderno en los siglos XVI, XVII y XVIII*, Santiago de Chile, Editorial universitaria, 1979. BAGNANI, G., "Divine right and roman law", en *Phoenix*, 2, 1949, pp. 51-59.

107. BOUTILLIER, J., *Somme rural*, Paris, 1603, p. 646.

108. ARNISAEUS, H., *De Iure maiestatis libri tres*, 1610, p. 39.

tico, al Decálogo, a la conservación y defensa de la ley divina, a la custodia de las costumbres¹⁰⁹ y a la sanción de los crímenes. En segundo lugar, diferenció entre los derechos mayores y los menores. Los primeros son

dispensatoria vel obligatoria: 1. Potestas leges civiles autoritate propria condendi, promulgandi & abrogando, non accipiendi. 2. Ius constituendi magistratus ecclesiasticus & seculares. 3. Ius belli indicendi & finiendi. 4. Jurisdictio libérrima, & extrema provocatio ab ómnibus magistratibus. 5. Potestas tributa & vectigalia imponendi, exigendi, eximendi, dispensandi. 6. Ius comitia indicendi, ordinesque imperii convocandi. 7. Ius pecuniam cudendi, mutandi, tollendi, deque ea dispensandi. 8. Ius poenae statuendae secundum leges, ab eaque liberandi pro ratione circumstantiarum. Hic est: ius fidelitatem aequaliter ab omnibus exigendi. Foederis percutiendi. Investitura de feudis. Los derechos menores son quae sine maiestatis iactura aliis concedi possunt: qualia sunt 1. Potestas honores, praemia & dignitates conferendi & restituendi. 2. Ius nundinarum & publicorum mercatum. 3. Ius legatos mittendi & recipiendi. 4. Ius venandi, ocupandi & piscandi¹¹⁰.

Los principios del absolutismo fueron fijados por LUIS XV en su discurso ante el Parlamento de París de 3 de marzo de 1766:

Comme s'il était permis d'oublier que c'est en ma personne seule que réside la puissance souveraine; que c'est de moi seul que mes cours tiennent leur justice et leur autorité; que la plénitude de cette autorité, qu'elles n'exercent qu'en mon nom, demeure toujours en moi, et que l'usage n'en peut jamais être tourné contre moi; que s'est à moi seul qu'appartient le pouvoir législatif sans dépendance et sans partage; que c'est ma seule autorité que les officiers de mes cours procèdent, non à la formation, mais à l'enregistrement, à la publication, à la exécution de la loi, et qu'il leur est permis de me remontrer ce qui es du devoir de bons et fidèles conseillers; que l'ordre public tout entier émane de moi; que j'en suis le gardian suprême; que mon peuple n'est qu'un avec moi et que les droits et les intérêts de la nation, dont

109. POTHIER, "Introduction générale aux coutumes d'Orléans", en *Coutumes des duchés, bailliages et prévôtés d'Orléans*, Orléans, Jean Rouzeau-Montaut, 1760, p. I: "Se denominan costumbres a las leyes que ha establecido el uso, que se conservan sin texto por una larga tradición: *Lex non scripta, diuturni mores consensu utentium comprobati. Instit. De jure naturali*".

110. ALSTED, J., *Encyclopaedia*, Herbon, 1630, reimpresión de 1990, p. 1.403. Citado por CARVAJAL, P., "Jura majestatis, Droits de l'Homme et du Citoyen, Human Rights. Tres momentos de la legislación pública del Estado moderno", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Universidad Católica de Valparaíso, 24, 2002.

on ose faire un corps séparé du monarque, sont nécessairement unis avec les miens et no resoyent qu'en mes mains.

El monarca absoluto era la fuente de Derecho y no estaba sujeto al mismo. Para justificarlo se invocaban los aforismos de ULPIANO: *princeps legibus solutus est* (D. 1.3.31) y *quod principi placuit vigorem legis habet* (D. 1.4.1., Inst. 1, 2, 6)¹¹¹, las Decretales de INOCENCIO III: *rex superiorem in temporalibus non recognoscat* (X, IV, 17, 13) o el *Speculum iudiciale* de GUILLAUME DURAND: *nam rex princeps est in regno suo ut pote qui in illo in temporalibus non recognoscat*. En el Derecho histórico francés se afirmaba: *Qui veult le roi, si veult la loi*¹¹². Como expuso GARCÍA DE ENTERRÍA:

“el rey era una voluntad singular, que se legitimaba como vicaria de la divina, y que, por tanto, podía gobernar por órdenes generales o por mandatos singulares o particulares, por privilegios o leges in privatos lata; podía excepcionar o dispensar en cualquier momento el mandato general de una ley previa, podía avocar para decidir par mon plaisir cualquier contienda o cualquier proceso. Su reino no era, pues, un imperio de Leyes, sino el imperio de una voluntad absoluta e irresistible, situada en una posición general y abstracta de superioridad sobre sus súbditos, de la que podía extraer en cada momento, en cualquier forma, cualquier contenido”¹¹³.

DOMAT describió en 1689, durante el reinado de LUIS XIV, el significado de “la autoridad y del poder que Dios ha puesto en la persona sacrosanta de

111. A partir del siglo III se reconoció al emperador la creación del derecho por medio de la *lex generalis* como se estableció en la *Lex de Imperio Vespasiani* (claus. 6, 7, 8), ya que desde el 206 se redujo la actividad legislativa del Senado, que era solo receptor de las *orationes principis*. GALLO, F., “Sul potere normativo imperiale”, en *SDHI*, 48, 1982, pp. 413-454. MILLAR, F., “L'empereur romain comme décideur”, en NICOLET, C. (dir.), *Du pouvoir dans l'Antiquité: mots et réalités*, Genève, 1990, pp. 207-220. Una *regula iuris* de sentido contrario fue la de *quod omnes tangit debet ab omnibus approbari*, con versiones como la del Código de Justiniano sobre tutela: *omnes suam auctoritatem praestare ut quod omnes similiter tangit ab omnibus* (5, 59, 5) o *quod omnes similiter tangit ab omnibus comprobetur* (5, 59,5). La recogió Bonifacio VIII en la regla 29 del Libro Sexto de las Decretales de 1298: *Quod omnes tangit debet ab omnibus approbari*. Unas y otras se invocaron para justificar o contradecir al absolutismo. SKINNER, Q., *Los fundamentos del pensamiento político moderno: La Reforma*, II, México, FCE, 1986, p. 130.

112. LOYSEL, *Institutes coutumières*, I, I, 1, Paris, 1846, p. 26.

113. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza, 1999, p. 110.

vuestra Majestad para gobernarlo, de los derechos ligados a ese poder, de la veneración, de la obediencia y de la fidelidad que le deben sus súbditos y a todas sus órdenes”. Su poder se basaba y fundamentaba en la Religión y la Justicia como encomienda de Dios,

“que dispone del gobierno de todos los Estados, que da a los reyes y a los otros príncipes todo su poder y que regula el uso y el orden del cuerpo de la sociedad de los hombres de los cuales él ha puesto los Jefes, es en la fuerza de las verdades que él nos enseña por la Religión y en las luces naturales de la justicia y de la equidad donde es preciso profundizar el detalle de las reglas del Derecho Público”¹¹⁴.

El monarca era origen y administrador de la Justicia, actuando sobre una sociedad organizada en estamentos jerarquizados y unas personas sometidas y súbditas, porque *rex in regno suo imperator est*. En la fórmula “poder real absoluto” se expresaba una posición incontrastable e incuestionable en sus iniciativas e intervenciones legislativas, ejecutivas y judiciales, porque sus actuaciones estaban desligadas del derecho y de cualquier tipo de control. TOCQUEVILLE describió el modo de actuar del poder absoluto:

“Incluso cuando no se cambiaba la ley, el modo de aplicarla variaba a diario. [...] no cabría imaginar el desprecio en el que termina acabando la ley, en el espíritu mismo de quienes la aplican, cuando ya no hay ni asamblea política, ni periódicos, para refrenar la actividad caprichosa y poner límites a la fantasía arbitraria y mutable de los ministros y de sus departamentos. [...] el gobierno permite de continuo hacer por excepción lo contrario de lo que se ordena. Raramente quebranta la ley, pero cada día la hace plegarse suavemente en todos los sentidos, a tenor de los casos particulares y para mayor facilidad en los negocios. [...] El Antiguo Régimen cabe entero ahí: una regla rígida y una práctica blanda. Su carácter es ese”¹¹⁵.

Se llegó a admitir que el poder absoluto solo estaba condicionado por el respeto a las “leyes fundamentales del reino y a las costumbres constantes que

114. Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, cit., pp. 99-100. CHALINE, O., *Le règne de Louis XIV*, Paris, Flammarion, 2008.

115. TOCQUEVILLE, A. DE, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Madrid, Istmo, 2004, Lib. II, cap. VI, pp. 121-122. JAUME, L., *Tocqueville. Les sources aristocratiques de la liberté*, Paris, Fayard, 2008.

tenían fuerza de ley para el gobierno general de la nación”¹¹⁶, que contenían el orden tradicional de la propia monarquía, los usos reconocidos, la inalienabilidad de los derechos regios, el respeto a las personas y la propiedad de los súbditos (*honnête liberté des français*)¹¹⁷. En 1338 se reconoció por FELIPE VI de Valois a los Estados Generales el derecho de crear impuestos, aunque lo negaron los principios absolutistas. Así lo afirmó LE BRET en su obra *De la souveraineté du roi*: “los Estados generales no se celebran o convocan más que por el mandato del rey, y nada importante se propone en ellos sino con la forma de peticiones y de humildes súplicas, sin atribuírsele poder para resolver cosa alguna”¹¹⁸. El poder absoluto se fue incrementando a costa del de la nobleza en un proceso de sometimiento y concentración hasta convertirla en “cortesana”, y la reducción del propio de la Iglesia al puramente espiritual.

Colaboraban con el monarca en su labor de gobierno sus Consejos, presididos y nombrados por él, con un orden polisindial o sinodiárquico. La administración real

“funcionaba sobre la idea central de la soberanía del Rey, capaz de actuar tanto por normas generales como por rescriptos singulares no vinculados a Ley alguna y capaces, además, de pasar por encima de las leyes existentes; y, a la vez, en cuanto se tratase de asuntos administrativos, los jueces llamados soberanos, a quienes se había trasladado el poder absoluto del monarca, decidían según la razón de Estado y no conforme a una Ley cualquiera que pudiera imponerse a ellos imperativamente”¹¹⁹.

La autoridad judicial actuaba en nombre del monarca, que mantenía la “jurisdicción retenida”, podía actuar como juez y resolver unilateralmente y sin motivación (*lettres de cachet*)¹²⁰. Los Parlamentos eran en Francia los órganos

116. FÉNELON (F. DE POUS DE SALIGNAC DE LA MOTHE-FÉNELON), “Examen de conscience sur les devoirs de la royauté”, en *Œuvres*, XXII, Versailles, Imprimerie de J.-A. Lebel, 1820-1830, p. 289.

117. BRUGUIÈRE, M. B., GILLES, H. y SICARD, G., *Introduction à l'histoire des institutions françaises des origines à 1792*, Toulouse, 1983, pp. 165-190.

118. LE BRET, *De la souveraineté du roi*, libro IV, cap. 12, citado por VERLAQUE, R., *Les Etats généraux et le droit d'imposer*, Aix-en-Provence, Imprimerie de P. Roubaud, 1943, p. 83.

119. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La administración pública y la Ley”, en *REDA*, 108, 2000, p. 567.

120. OLIVIER-MARTIN, F., *Histoire du Droit Français des origines à la Révolution*, Paris, CNRC, 1988, pp. 518-522. SIRINELLI, J.-F. y COUTY, D. (Dirts.), *Dictionnaire de l'Histoire de France*, II, Paris,

jurisdiccionales que garantizaban las “leyes fundamentales”¹²¹. Así lo manifestó el Parlamento de París en su *remontrance* de 4 de abril de 1759 cuando, respecto a las *lettres de cachet* manifestó que “eran vías irregulares de un poder absoluto”, atentatorias contra la libertad de los ciudadanos y el “derecho de la nación”, que estaban protegidos por el derecho natural¹²². De este modo ejercían una especie de control de constitucionalidad o de conformidad de las leyes reales a los principios del derecho natural y del reino, así como un control de la oportunidad y de las medidas regias contra los privilegios de la nobleza que controlaba los Parlamentos convirtiéndolos en colegisladores¹²³.

Estos Parlamentos los formaban los juristas de las grandes familias, herederos o adquirentes de la condición de miembros, como fue el caso de MONTESQUIEU en Burdeos. El Parlamento de París recibía las ordenanzas regias donde eran registradas (*lit de justice*)¹²⁴ y publicadas para su entrada en vigor, utilizando un trámite de discrepancia (*remonstrances*)¹²⁵ cuando las consideraban contrarias a las leyes fundamentales del Reino¹²⁶. En estos supuestos se devolvían, pero la autoridad real no estaba sujeta a revisión si no la aceptaba y el Parlamento debía registrarlas. Este papel se fue potenciando hasta convertir a los Parlamentos en un espacio de defensa del reino, como lo demostró la rebelión de La Fronda contra el edicto de 21 de febrero de 1641 de Maria de MEDICIS y RICHELIEU, durante la regencia de LUIS XIV. Su sucesor pospuso la *remontrance* al trámite del registro haciéndolo inoperante, además de someter los Parlamentos al poder real y arrestar a los miembros del Parlamento de París.

Fue, precisamente, en la sesión del Parlamento de París de 3 de marzo de 1766, conocida como la de la *flagellation*, en la que, tras el recuerdo al rey por

Armand Colin, 1999, p. 892. SCNAPPER, B., “Les peines arbitraires du XIII au XVIII siècle (doctrine savantes et usages français)”, en *Revue d'Histoire du Droit*, 41 y 42, 1973, pp. 237-277 y 81-112.

121. SICARD, G., “Administration et justice dans l'histoire des institutions françaises”, en *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, 1963, pp. 60 y ss. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 33-36.

122. OLIVIER-MARTIN, F., *Les lois du Roi*, Paris, LGDJ, 1999, p. 355; *Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 474-475.

123. OLIVIER-MARTIN, F., *Les lois...*, cit., pp. 300-301.

124. SIRINELLI, J.-F. y COUTY, D. (dirs.), *Dictionnaire...*, II, cit., p. 906.

125. OLIVIER-MARTIN, F., *Histoire...*, cit., pp. 540-544; *Les lois...*, cit., p. 355. SIRINELLI, J.-F. y COUTY, D. (dirs.), *Dictionnaire...*, II, cit., p. 1.322. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 36-37.

126. OLIVIER-MARTIN, F., *Histoire...*, cit., pp. 528-540.

los parlamentos de París y Rouen del “juramento hecho a la nación”, LUIS XV hizo el resumen del régimen absoluto, según el texto elaborado por sus consejeros Joly de FLEURY y Gilbert de VOISINS:

“En mi persona reside el poder soberano, cuyo carácter propio es el espíritu de consejo, de justicia y de razón [...] La plenitud de esta autoridad, que los Tribunales no ejercen más que en mi nombre, permanece siempre en mí y su uso no puede ser jamás usado contra mí”¹²⁷.

El símbolo del “Rey padre”, del “gobierno paternal” y del “Padre de la Patria” fueron fórmulas funcionales que expresaron la relación autocrática del Rey con el súbdito, utilizando la familia y la autoridad familiar como metáfora¹²⁸.

En el período absolutista hubo instituciones administrativas y una legalidad para las mismas, de heterogéneo origen y sin sistemática, que, según MESTRE, las dotaban de “un régimen jurídico de conjunto, que establecía cierto equilibrio entre las exigencias del interés general y el respeto de los derechos de los administrados. La autonomía del derecho de la Administración existía de hecho, en la medida en que las reglas que la constituían tenían una finalidad propia”¹²⁹. Estas reglas eran particulares y diferenciadas de las propias del Derecho común por estar al servicio del interés general, dotadas de originalidad y de carácter exorbitante, que exigían aplicar la equidad para atenuar sus efectos. Se consideraba de carácter natural la distinción entre el Derecho de la Administración y el de los particulares y la especificidad de sus reglas¹³⁰, así como la del contencioso-administrativo¹³¹.

Al final del Antiguo Régimen se mantenía la confusión medieval entre la administración y la justicia. Existían órganos colegiados formados por miembros de la Administración, cuya acción era considerada arbitraria en cuanto protegían a esta frente a los administrados. Por otra parte, los formados por magistrados inamovibles u orden judicial, que eran desconocedores del interés

127. Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, cit., p. 102. SIRINELLI, J.-F. y COUTY, D. (dirts.), *Dictionnaire...*, I, cit., p. 599.

128. HINTON, R. W. K., “Husbands, Fathers and Conquerors”, en *Political Studies*, 16/1, 1968, pp. 55-67.

129. MESTRE, J.-L., *Introduction...*, cit., p. 13.

130. MESTRE, J.-L., *Introduction...*, cit., pp. 170-176.

131. MESTRE, J.-L., *Introduction...*, cit., pp. 181-212.

general, dificultaban la acción administrativa y aparecían como guardianes de los intereses particulares frente a la arbitrariedad del poder real. Por medio de los Parlamentos constituyeron frenos a las decisiones reales y protegieron los intereses nobiliarios que los controlaban, por lo que se crearon estructuras de justicia administrativa como el “comité contencioso de finanzas”, que prefiguró las instituciones posteriores¹³².

Precisamente en la lucha contra la confusión de los poderes y su control por las clases privilegiadas se halla el fundamento, no tanto del principio teórico de la división de poderes, sino el hecho práctico de separar las jurisdicciones ordinaria y administrativa, impidiendo a aquella el control de la administración, que hubiese terminado por hacer ineficaces los objetivos y logros de la Revolución¹³³. El alcance del control interno realizado por la jurisdicción administrativa fue creando categorías y técnicas, avanzó desde la oportunidad a la legalidad, hasta convertirse en un medio para garantizar, con el respeto a la legalidad, el logro del interés general y los derechos ciudadanos.

El ordenamiento administrativo del Antiguo Régimen en modo alguno puede identificarse con el Derecho administrativo configurado a partir de la Revolución francesa. El primer régimen fue calificado por O. MAYER como “Estado de policía”¹³⁴ y como “Estado de Derecho” (*Rechtsstaat*) el segundo, siendo el proceso revolucionario el medio que permitió la superación del primero y el establecimiento del segundo. Como expuso BERTHÉLÉMY,

“la Administración de la antigua monarquía francesa era esencialmente discrecional. No estaba limitada por las reglas jurídicas. Solo de un modo impropio se podría hablar en este tiempo de Derecho administrativo, porque no existía límite preciso alguno al poder de los agentes reales, ni algún procedimiento obligatorio para ejercer sus funciones, ni libertad que los sujetos pudieran hacer prevalecer sobre las órdenes dadas en nombre del soberano”¹³⁵.

132. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 23.

133. MESTRE, J.-L., “Les fondements historiques du Droit Administratif Français”, en *Etudes et documents du Conseil d’État*, 34, 1982-1983, p. 65.

134. Sobre el concepto y régimen de la policía, MESTRE, J.-L., *Introduction...*, cit., pp. 161-165. BURDEAU, F., *Histoire de l’administration française. Du 18^e au 20^e siècle*, Paris, Montchrestien, 1994, pp. 19-20, afirmó que el término policía “designaba la actividad reglamentaria desarrollada por los poderes públicos para la tranquilidad y bienestar de los pueblos”. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 25-26.

135. BERTHÉLÉMY, H., “Préface” a MAYER, O., *Le Droit administratif allemand*, Paris, Guiard, 1903, pp. I-II.

La existencia en el Antiguo Régimen de reglas y procedimientos parciales y asistemáticos no permiten calificarlos de ordenamiento jurídico-administrativo, porque faltaba un cuerpo de principios y disposiciones articulado, normas que regulasen el poder discrecional del despotismo ministerial, sin otros límites al interés público que los que estableciesen los detentadores del poder, ni garantías materiales y formales de los derechos. Hicieron falta muchos años tras la caída del Antiguo Régimen para que se pudiera hablar de la existencia de un sistema de Derecho administrativo¹³⁶. GARCÍA DE ENTERRÍA resumió el momento final del Antiguo Régimen como

“la curiosa experiencia de un intento de mediatización judicial de los poderes regios. Los Parlamentos judiciales [...] último reducto del estamento nobiliario [...] se oponen a las grandes reformas de estructura que el monarca absoluto emprende en la última fase de la monarquía, sobre todo cuando estas reformas están orientadas en el sentido de una reforma de estructura social, por obra de los grandes ministros fisiócratas Turgot, Calonge, Necker. Justamente la negativa de los Parlamentos al enregistrement de las Ordenanzas regias, las llamadas remontrances, que es una especie de veto devolutivo al rey que actúan respecto a las Ordenanzas que reciben, origina la crisis constitucional del Antiguo Régimen, de la que va a salir directamente la convocatoria de los Estados generales”¹³⁷.

2.2. La Ilustración

KANT describió la Ilustración como

“la salida del hombre de su autoculpable minoría de edad. La minoría de edad significa la incapacidad de servirse de su propio entendimiento sin la dirección de otro. [...] Sapere aude! ¡Ten valor de servirse de tu propio entendimiento!, he aquí el lema de la Ilustración. [...] Pero para esta Ilustración únicamente se requiere libertad, y, por cierto, la menos perjudicial entre todas las que llevan ese nombre, es a saber, la libertad de hacer siempre y en todo lugar uso público de la propia razón”¹³⁸.

136. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 40.

137. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1995, p. 17.

138. KANT, E., “Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?”, en *¿Qué es la Ilustración?*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 9-15. Citado por MESTRE SANCHÍS, A., *La Ilustración*, Editorial Síntesis, Madrid, 1993, pp. 77-78. REALE, G. y ANTISERI, D., *Historia...*, cit., pp. 563, 723-779.

El hombre ilustrado se alejó de las creencias tradicionales basadas en dogmas religiosos o credos fundamentalistas para basarse en la *luz natural* de la razón libre y autónoma, en la experiencia científica, en la ley ética interna y en el imperativo categórico basado en actuar conforme a una norma que pueda ser ley universal¹³⁹. La Ilustración fue una

“decisión histórica por la cual el hombre rompe definitivamente las servidumbres frente a los poderes institucionales y a los dogmas que le impedían hacer uso permanente, libre y público de su razón. Con este atrevimiento a saber, y a su ejercicio colectivo y público, la racionalidad moderna se extiende al proyecto político”¹⁴⁰.

La Ilustración “solo puede ser vista como un *modo de proceder*, sin que se identifique con una metodología dogmática que se eleve por encima del propio proceso a analizar, cuestionar y criticar, en una *aceleración de la historia*”. El progreso del hombre y de la sociedad

“no era solamente una manera ideológica de considerar el futuro; correspondía a una nueva experiencia cotidiana que se nutría permanentemente de muchas fuentes: del desarrollo técnico, del crecimiento de la población, del despliegue social de los derechos humanos y de los cambios correspondientes de los sistemas políticos”¹⁴¹.

La Ilustración fue un *mecanismo* a través del cual “se constituye autónomamente la razón frente a cualquier tipo de dogmatismo”¹⁴², de tal modo que, “como las causas últimas ya no son teóricamente plausibles, las condiciones formales de justificación tienen en sí mismas fuerza legitimadora. Los procedimientos y las condiciones previas de un acuerdo razonable se convierten en un principio”¹⁴³. Las *luces de la razón* se contraponen a la metafísica cristiana y a la mentalidad medieval dirigida por la teología: “el foco central de todo pensamiento no es ya el entendimiento divino, que escapa a toda captación

139. DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., *Las claves del despotismo ilustrado*, Barcelona, Planeta, 1990.

140. GONZÁLEZ DE CARDEDAL, O., *El poder y la conciencia*, Madrid, Espasa Calpe, 1984, p. 27.

141. KOSELLECK, R., *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*, Barcelona, Paidós, 1993, p. 90.

142. MESTRE, A., “Estudio preliminar”, a *¿Qué es la Ilustración?*, Madrid, Tecnos, 1988, p. XIII.

143. HABERMAS, J., “La legitimidad hoy”, *Revista de Occidente*, 9, 1976, pp. 3-12.

por parte de la reflexión filosófica”¹⁴⁴. En este sentido, un hombre prototipo de la Ilustración, CARITAT DE CONDORCET (1743-1794), afirmó:

le mépris des sciences humaines était un des premiers caractères du christianisme. Il avait à se venger des outrages de la philosophie; il craignait cet esprit d'examen et de doute, cette confiance en sa propre raison, fléau de toutes les croyances religieuses. La lumière des sciences naturelles lui était même odieuse et suspecte; car elles sont très dangereuses pour le succès des miracles; et il n'y a point de religion qui ne force ses sectateurs à dévorer quelques absurdités physiques. Ainsi le triomphe du christianisme fut le signal de l'entière décadence et des sciences et de la philosophie¹⁴⁵.

El nuevo hombre ilustrado sería un ciudadano, titular de derechos, emancipado de la sumisión al poder absoluto de la monarquía y de la Iglesia, que actuaría con las luces de su entendimiento, con una religiosidad de espíritu y verdad por compromiso personal con Dios, sin reglas de las iglesias, y con una moral laica e independiente de la Gracia y la Revelación, que conducían a la secularización de la sociedad. La Ilustración “postuló una religión o teología natural frente a una religión histórica basada en una revelación especial”. Para superar las guerras de religión, que dieron justificación teológica a las luchas de poder, se trató de “asentar la religión sobre una base natural independiente de las diferencias confesionales [...] La religión natural debía neutralizar en la práctica las hostilidades políticas dimanantes de las diferencias confesionales y teológicas”, como propiciaron el derecho natural de GROCIO, la religión natural de BODIN y la religión civil de ROUSSEAU. Para este los artículos de la nueva religión civil fueron la existencia de una divinidad omnipotente, de la providencia divina, del castigo y recompensa futuros, la sacralidad del contrato social y de las leyes, y la prohibición de la intolerancia¹⁴⁶.

La Ilustración sentó las bases de la crisis ideológica de la Monarquía por la crítica de VOLTAIRE a las instituciones, la división de poderes de MONTES-

144. GUSDORF, G., *La conciencia cristiana en el Siglo de las Luces*, Estella, Verbo Divino, 1977, p. 335.

145. CARITAT DE CONDORCET, *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, Paris, 1795.

146. FIORENZA, F., “Religión y política”, en *Fe cristiana y sociedad moderna 27*, Ediciones SM, Madrid, 1989, pp. 150-151, 153.

QUIEU¹⁴⁷, el contractualismo democrático de ROUSSEAU, la ampliación racional de los conocimientos del Enciclopedismo (DIDEROT), la aplicación del método cartesiano y el laicismo naturalista y humanista. En este sentido, la Ilustración fue una revolución, concepto muy querido por los ilustrados, porque “todo lo que se consideraba y describía se concebía bajo el punto de vista del cambio y la subversión. [...] que abarcaba costumbres, derecho, religión, economía, países, Estados y continentes, incluso el planeta entero”. Como dijo Luis Sebastián MERCIER en 1772: *Tout est révolution dans ce monde*¹⁴⁸.

Fue la expresión de la nueva clase ascendente, la burguesía urbana, integrada por “nobles inteligentes, eclesiásticos cultos, burgueses emprendedores, afrontando juntos los temas culturales, constituyen una capa social media bastante homogénea, que puede ser definida como *grupo intelectual*; esta capa media culta vivía en la ciudad y estaba orgullosa de su educación urbana”¹⁴⁹. La idea de universalizar la sociedad pretendía abrirla frente a la estructura feudal anterior basada en los privilegios y el poder nobiliario y eclesiástico. La aspiración a la universalidad de la burguesía se inició en los burgos medievales, fue adoctrinada en la Ilustración y triunfó políticamente en la Revolución francesa y el siglo XIX, con una lucha continua frente a la nobleza que era la clase dominante. La Revolución marcó el momento de ruptura de la concepción de la política y la historia y aceleró la transformación que se había configurado en la Ilustración¹⁵⁰.

El hombre ilustrado buscaba su libertad liberándose de los condicionamientos religiosos, económicos, científicos y jurídicos por medio de un nuevo orden que se basara en la libertad y el progreso del hombre:

“elabora una doctrina universalista en el mismo instante en que toma conciencia de su originalidad social. Comienza así el tiempo de las mayúsculas: Libertad, Progreso, Hombre. El siglo XVIII descubre la existencia del hombre. [...] La burguesía europea confunde así su causa con la de la humanidad: los miembros del

147. CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, BARÓN DE LA BRÈDE Y DE MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1998.

148. KOSELLECK, R., *Futuro...*, cit., p. 74.

149. MASTELLONE, S., *Storia ideológica d'Europa de Savonarola a Adam Smith*, Firenze, Mondadori, 1979, p. 278. Citado por MESTRE SANCHÍS, A., *La Ilustración...*, cit., p. 40.

150. ROSANVALLON, P., *Le moment Guizot*, Paris, Gallimard, 1985, p. 13.

tercer Estado en la Constituyente –escribió SARTRE– eran burgueses porque se consideraban sencillamente hombres”¹⁵¹.

Sin embargo, el afán universal terminó trocado en el del nuevo grupo como clase dominante, que, ciertamente, era más numeroso que los anteriores, pero que particularizó los logros y produjo también una nueva exclusión, la de la clase social popular campesina y proletaria. Aprendida la lección histórica, esta clase también iniciará el camino de su liberación, de apropiación de los bienes y de universalización de sus derechos contra la burguesía por medio de la nueva revolución social que protagonizarían el socialismo y el marxismo. Estos nuevos movimientos obligaron al liberalismo a “someterse a una reinterpretación, más acorde con las nuevas circunstancias, para poder justificar sus propias prerrogativas y evitar que se llevara a la práctica la libertad e igualdad para todos”¹⁵².

La Ilustración tuvo distinto alcance en función de la fuerza de la burguesía. Donde esta no tenía suficiente empuje para imponerse y desplazar a las fuerzas inmovilistas ancladas en los dogmas medievales, necesitaron del apoyo del poder político, que se abrió al despotismo o absolutismo ilustrado. Los gobiernos absolutos del Despotismo Ilustrado partieron de la total consonancia entre la *ley constitutiva del gobierno* y el *orden natural*¹⁵³ y trataron de conseguir el bien general de los pueblos sometidos al absolutismo, desde la autonomía del poder civil, por medio de reformas administrativas y económicas, de modo que se fomentara la producción agraria por la roturación y los regadíos, se incrementaran las manufacturas, se potenciara el comercio eliminando las trabas y mejorando las comunicaciones. Todo ello se disponía paternalmente por el monarca, utilizando la educación y los progresos científicos, pero sin discutir el orden político y religioso que daba fundamento al poder real absoluto de origen divino. Se le calificó de *despotisme ministériel* por su carácter centralista e impositivo, como lo reflejan los *Cahiers de doléances* que se formularon por los representantes en los Estados Generales en 1789¹⁵⁴.

151. TOUCHARD, J., *Historia de las ideas políticas*, Madrid, Tecnos, 1970, p. 302.

152. KÜHN, T., “El liberalismo”, en ABENDROTH, W. y LENK, K., *Introducción a la ciencia política*, Barcelona, Anagrama, 1971, p. 81.

153. QUESNAY, F., “Despotisme de la Chine”, en *F. Quesnay et la physiocratie. Textes annotés*, II, Paris, 1958, pp. 918 y ss.

154. BURDEAU, F., *Histoire de l'administration...*, cit., pp. 42-46.

El absolutismo regio se vio afectado por los principios de la Ilustración de modo que “al absolutismo confesional, con el lema *cuius regio, eius religio*, sucedió el absolutismo cortesano, con el lema *l'État c'est moi*, y, finalmente, el absolutismo ilustrado, con el de *le Roi, le premier serviteur de l'État*”¹⁵⁵. El Estado como patrimonio real fue sustituido por el Rey servidor y primer súbdito del Estado, de modo que, como expresó DIDEROT,

“el Estado no pertenece al príncipe, es el príncipe el que pertenece al Estado; pero corresponde al príncipe gobernar en el Estado, porque para eso el Estado le ha escogido, para eso se ha comprometido él respecto a los pueblos a la administración de los negocios y para eso se han comprometido aquellos por su parte a obedecerle de acuerdo con las leyes. [...] En una palabra, la corona, el gobierno y la autoridad política son bienes cuyo propietario es el cuerpo de la nación, de los cuales los príncipes son usufructuarios, ministros y depositarios”¹⁵⁶.

De la ideología ilustrada se han de destacar tres aspectos por su repercusión directa en los principios y el orden político institucional de la Revolución Francesa: el iusnaturalismo, el contrato social y la igualdad.

a) El iusnaturalismo racionalista

Como se ha expuesto, la concepción racionalista del Derecho natural de los siglos XVII y XVIII, cuyos principales representantes son GROCIO, PUFENDORF, WOLFF, THOMASIVS, HOBBS y ROUSSEAU, representó la exaltación de la razón como valor máximo del individuo y de la humanidad¹⁵⁷. El pensamiento racional propio de la Ilustración rechazó las concepciones mágico-religiosas y desmitificó la realidad, adecuando la imagen conceptual del mundo a su objetividad. Configuró el paradigma iusracionalista que, basado en el paradigma físico-matemático, sustituyó la concepción finalista-trascendente por la mecanicista e inmanentista del mundo y la conductas¹⁵⁸.

155. ROSCHER, W. (1874), citado por CARRERAS ARES, J. J., *Razón de Historia. Estudios de historiografía*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 98.

156. DIDEROT, “Autoridad política”, en SOBOUL, A., *La Enciclopedia: historia y textos*, Barcelona, Crítica, 1988, citado por MESTRE SANCHÍS, A., *La Ilustración...*, cit., p. 145.

157. PANIAGUA, J. M. R., *Historia del pensamiento jurídico*, Madrid, Universidad Complutense, 1996, pp. 111-125. VILLEY, M., *Los fundadores de la escuela moderna del Derecho natural*, Buenos Aires, 1978.

158. PÉREZ LUÑO, A.-E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Sevilla, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, 1993, p. 54, distingue un “iusnaturalismo ontológico, dogmático

El iusnaturalismo, el derecho de gentes y la ley racional limitaban el poder del gobierno, que no podía ser absoluto, ni estar por encima de los derechos naturales e inalienables de las personas, porque el poder estaba para garantizar su seguridad, libertad y propiedad¹⁵⁹. La libertad personal se asentaba en la propiedad, que fue el fundamento del poder político de la nueva clase, en la que la propiedad urbana o rural “está presentando el derecho a la distinción como condición fundamental de la estructuración de la sociedad en general”¹⁶⁰, en un régimen de total libertad de disposición y uso, sin vinculaciones, plenamente protegida y garantizada. La propiedad fue el fundamento del derecho de sufragio censitario del nuevo régimen liberal.

Para Enterría en el marco de ese Derecho natural se legitimó

“la oposición a la vieja titularidad regia de la soberanía, el que ha forjado la doctrina del pacto social en virtud de la cual la Asamblea se ha declarado representante de la nación y titular del poder constituyente, la que ha nutrido de todo su contenido la formidable Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y la consagración de la igualdad con la eliminación del sistema esencial de privilegios en que el Antiguo Régimen consistía”¹⁶¹.

b) El contrato social base de la libertad

El contrato social fundamentaba la sociedad política y la división de poderes, establecía frenos al ejercicio del poder y, por tanto, impedía su uso abusivo, que solo estaba justificado al servicio de la igualdad, la libertad y los derechos del hombre. La Declaración de derechos y la división de poderes fueron la base

o radical, que postula un orden de valores producto de un objetivismo metafísico, del que pretende derivar valores y principios materiales universalmente válidos para cualquier Derecho digno de serlo; de un iusnaturalismo deontológico, crítico o moderado, que no niega la juridicidad del Derecho positivo injusto, pero establece criterios de racionalidad para comprobar su desvalor y, por tanto, para fundamentar su crítica y su substitución por un orden jurídico justo”.

159. MESTRE, J.-L., “La propriété, liberté fondamentale pour les constituants de 1789”, en *RFDA*, 1, 2004, pp. 1-5. FORONDA, V. DE, *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la Economía Política y sobre las leyes criminales (1788)*, Pamplona, Imprenta de Ramón Domingo, 1821, p. 4, invocó la propiedad, la libertad, la seguridad y la igualdad como los “cuatro manantiales de la felicidad de todos los Estados”. CANGA ARGÜELLES, J., *Reflexiones sociales y otros escritos*, Madrid, BOE-CEC, 2000, pp. 19-20: “La libertad, la igualdad y la propiedad, son los derechos naturales que el hombre tiene en sí mismo, que debe a Dios, y cuya conservación procura cuando se reúne a sus semejantes, o lo que es igual, cuando construye las sociedades”.

160. RIEL, W. H., *La sociedad burguesa*, Barcelona, Península, 1985, p. 108.

161. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, cit., p. 32.

de la constitución de las nuevas estructuras políticas de la Revolución francesa, como expresó el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes carece de constitución”.

c) La igualdad sustancial

La igualdad tiene su fundamento en la misma naturaleza y en la razón,

“que es la misma en todos los hombres, igualmente poseída por todos; que esta razón común debía ser la guía de la vida; y por lo tanto que la comprensibilidad universal e igual, la aceptabilidad universal, y aun la familiaridad universal, para todos los miembros normales de la especie humana, sin consideración de diferencias de tiempo, lugar, raza y tendencias individuales y dotes particulares, constituye el criterio decisivo de validez o de mérito en todos los asuntos de interés humano vital”, que condujo a “la simplificación y a la estandarización del pensamiento y de la vida”¹⁶².

La igualdad original desemboca en la igualdad de derechos, la misma libertad y el deber de respetarlas, sin que las diferencias sociales puedan impedirlo. La libertad como concepto referencial de la concepción ilustrada y liberal se vinculó a la propiedad en LOCKE y a la igualdad en ROUSSEAU. Como expuso JAUCOURT, “la igualdad natural está fundada en la constitución de la naturaleza humana, común a todos los hombres, que nacen, crecen, subsisten y mueren de la misma manera”. Consecuencias de la igualdad son la libertad, que los que se hallen en situación superior deben tratar a los inferiores como seres iguales, todos han de disfrutar de iguales derechos, los bienes que son de derecho común deben serlo de común provecho¹⁶³. Porque el hombre libre y dueño de su mente, en ejercicio de su libertad personal,

“está encaminado en una búsqueda penosa y diferida, puesta en escena a partir del escenario fenomenológico del cogito, y está llamado a inventar nuevos mundos posibles. Aquí comienzan las aventuras del sujeto”¹⁶⁴.

162. LOVEJOY, A. O., *La gran cadena del ser. Historia de una idea*, Barcelona, 1983, pp. 289 y 292.

163. JAUCOURT, J., “Igualdad natural”, en SOBOUL, A., *La Enciclopedia: historia y textos*, Barcelona, Crítica, 1988, citado por MESTRE SANCHÍS, A., *La Ilustración...*, cit., pp. 170-172.

164. BARRET-KRIEGEL, B., *Les droits de l'homme et le droit naturel*, Paris, PUF, 1989, p. 53.

En resumen, los principios de la Ilustración supusieron “un estilo de pensamiento y un conjunto específico de representaciones y esperanzas, que conjugaron la política y la moral”¹⁶⁵. Fueron la base ideológica del orden revolucionario conforme a la concepción del gobierno civil frente al absolutismo real de LOCKE; a la división de poderes que limitaran el ejercicio del poder absoluto de MONTESQUIEU, y al contrato social y la soberanía de la Ley de ROUSSEAU. Inspiraron los textos constitucionales de los Estados Unidos de América¹⁶⁶ y de la Revolución Francesa¹⁶⁷. Supusieron un paradigma que transformó radicalmente la concepción del Estado y del Derecho hasta configurar un nuevo orden jurídico institucional que se conoce como el Estado liberal de Derecho. Como expuso CHEVALLIER, estos autores aportaron las ideas que fundamentaron la Revolución:

“Estas ideas madres eran las referentes a la unidad del Estado, el todo social casi sagrado, a la soberanía del pueblo; a la ley, expresión de la voluntad general; a la exclusión de todas las ‘sociedades parciales’, cuerpos, asociaciones, partidos; a la sospecha de principios con respecto al ejecutivo; a la dictadura para la salud pública y a la religión civil [...] Ellas debían inspirar ya, mucho más de lo que comúnmente se cree a las Constituyentes de 1789, en concurrencia de las ideas de Montesquieu, y también de Sieyès. Pero, sobre todo, ellas debían triunfar después de 1792 con la Gironda, y con la Montaña y Robespierre, sin olvidar la Constitución, jamás aplicada, de 1793, texto sagrado de la democracia jacobina”¹⁶⁸.

Pero no fue solo la inspiración ideológica, sino que también existía una profunda crisis social, sobre la que actuaron las nuevas concepciones de la sociedad y el poder. Como expresó TOCQUEVILLE, “en el siglo XVIII [...] creencias desinteresadas y simpatías generosas conmovieron entonces a las clases ilustradas y las involucraron en la Revolución, en tanto que lo que agitó al pueblo fueron el sentimiento amargo de sus agravios y el deseo ardiente de cambiar de posición. El entusiasmo de los primeros acabó por encender y armar la cólera

165. BACZKO, B., “Lumières”, en FURET, F.-OZOUF, M., *Dictionnaire critique de la Révolution française*, vol. “Idées”, Paris, Flammarion, 1992, p. 287.

166. LACORNE, D., “Mémoire et amnésie: les fondateurs de la République américaine, Montesquieu et le modèle politique romain”, *Revue française de science politique*, 3, 1992, pp. 363-374.

167. GILISSEN, J., *Introduction historique au Droit*, Bruselas, Bruyllant, 1979, pp. 380-381. MORNET, D., *Los orígenes intelectuales de la Revolución Francesa*, Buenos Aires, Paidós, 1969.

168. CHEVALLIER, J.-J., *Los grandes...*, cit., p. 176.

y la avidez del segundo”¹⁶⁹. Para este autor, que fue el primero en “pensar” la Revolución¹⁷⁰, “la gran revolución [...] se preparaba contemporáneamente en casi todo el continente de Europa”¹⁷¹.

2.3. El liberalismo

La ideología liberal fue hija de la Ilustración francesa y de la experiencia anglosajona, y producto de una evolución que partió del antropocentrismo renacentista, incorporó el racionalismo y el utilitarismo hasta configurar una visión antropológica individualista, que se marcó como meta la total libertad¹⁷². Se caracterizó por el individualismo, la autonomía moral basada en la bondad natural y en la subjetividad del orden moral¹⁷³, y la existencia de un Derecho natural racional. El contrato social creaba la comunidad política al servicio de los individuos y de su libertad, porque, como expuso GARCÍA DE ENTERRÍA,

“los derechos de la libertad se erigen así en el centro mismo del orden social y político. La idea del derecho subjetivo, que comenzó como un simple instrumento técnico de los juristas pasa a ser, en su forma de derechos de libertad, innatos primero, políticos después, una pieza esencial de las ideas políticas que hierven en el final del Antiguo Régimen y que postulan una realización práctica, iluminada y esperanzadora”¹⁷⁴.

Así lo constataron la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y el Código civil de Napoleón, exponentes de “una concepción puramente individualista del Derecho”¹⁷⁵.

169. TOCQUEVILLE, A. DE, *El Antiguo...*, cit., Lib. III, cap. V, p. 235.

170. FURET, F., *Penser la Révolution française*, Paris, Gallimard, 1997, pp. 209-255.

171. TOCQUEVILLE, A. DE, *El Antiguo...*, cit., prólogo, p. 48. JOURDAN, A., *La Révolution, une exception française?*, Paris, Flammarion, 2004, pp. 9-17, se planteó la conveniencia de evitar la lectura franco-centrista de un movimiento más amplio.

172. DUMONT, L., *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, 1985, p. 85, alude al individualismo positivo derivado de la Revolución como la nueva identidad del individuo concebido como ser moral, independiente y autónomo.

173. SCHMITT, C., *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1991, p. 90: “Para los liberales la bondad del hombre no es otra cosa que un argumento con cuya ayuda se pone el Estado al servicio de la sociedad”.

174. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, cit., p. 65.

175. DUGUIT, L., *Las transformaciones...*, cit., pp. 23-24. HALPÉRIN, J.-L., “Le droit privé de la Révolution: héritage législatif et héritage idéologique”, en *Annales historiques de la Révolution*

Durante el siglo XIX el liberalismo se manifestó en los órdenes económico, político e intelectual. El primero se asentó sobre los principios de riqueza y propiedad¹⁷⁶, en la libertad del mercado y en la falta de regulación pública. El político se contrapuso al despotismo del absolutismo y fue el fundamento del régimen representativo y de la división de poderes. En el orden intelectual la libertad personal exigía la tolerancia y la pluralidad. Estas abstracciones permitían distintas versiones de la ideología adaptadas a la diversidad de los países, de las tendencias y de las épocas¹⁷⁷. El orden político liberal hizo frente

“a las exigencias políticas que se derivaban tanto de la resistencia del pasado, la necesidad de derribar la monarquía absoluta y disolver la constitución social sobre la que aquella se asentaba, como de los retos del futuro, la paralela necesidad de construir sobre las ruinas de las mismas un Estado liberal y constitucional que habría de estructurarse y funcionar sobre principios del todo diferentes, cuando no claramente opuestos a las nuevas monarquías”¹⁷⁸.

El liberalismo sirvió a la ideología individualista¹⁷⁹, porque, como expuso KEYNES, “la finalidad de ensalzar al individuo fue deponer al monarca y a la iglesia; el efecto —a través de la nueva significación atribuida al contrato— fue afianzar la propiedad y la norma”¹⁸⁰. Se fundamentó en tres condiciones: la diferenciación entre Estado y sociedad civil; el equilibrio y división funcional de los poderes de aquel, y la defensa de la propiedad y la esfera privada de la

française, 328, 2.202, pp. 135-151. BURDEAU, G., *Traité de science politique*, VI, I, Paris, LGDJ, 1971, pp. 91-102, el liberalismo estableció la base contractual del individualismo que fundamenta tanto la ley como las relaciones intersubjetivas.

176. ADAMS, J., “Defence of the Constitutions of Government of the United States of America” (1787), en ADAMS, C. F., *The Works of John Adams*, VI, Boston, 1850-1856, pp. 8 y ss.: “La propiedad es un derecho de la humanidad tan real como la libertad. [...] En el momento en que la sociedad admite la idea de que la propiedad no es tan sagrada como las leyes de Dios y que no existe fuerza de ley y justicia pública para protegerla, comienzan la anarquía y la tiranía”.

177. TOUCHARD, J., *Historia...*, cit., pp. 402-403.

178. BLANCO VALDÉS, R. L., *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1998, p. 31.

179. PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho Político*, Madrid, 1976, cit., p. 210, el individualismo “tributa culto al individuo del cual acaba por consumir el sacrificio de la sociedad. [...] El Estado no es el Dios que Hegel reverencia; tampoco es, sin embargo, el Satanás del que los anarquistas abominan: el Estado es un mal necesario. [...] Figuras preclaras del movimiento son en Alemania, Humboldt; en Inglaterra, Bentham, los Mill y Spencer, y en Francia no pocos teóricos de la época revolucionaria, y posteriormente Jules Simon, Leroy-Beaulieu y otros”.

180. KEYNES, J. M., *Ensayos de persuasión*, Barcelona, Crítica, 1988, p. 276.

actividad económica¹⁸¹. Concibió el Estado y la sociedad como dos sistemas autónomos y contrapuestos de carácter natural, lo cual producía la inhibición del Estado frente a los problemas económicos y sociales. El Estado constituía una organización racional con una estructura vertical o jerárquica orientada hacia los objetivos de garantizar los derechos y proteger a la sociedad civil, aunque con limitaciones derivadas de garantizar la libertad de todos:

“La libertad no es, como podría inferirlo el origen del nombre, la libertad de toda restricción, sino la aplicación efectiva de restricciones justas a todos los miembros de un estado libre, sean estos magistrados o súbditos. Es solamente bajo restricciones justas que las personas adquieren seguridad y que no pueden ser invadidas en su libertad personal, su propiedad y sus buenas acciones. [...] El establecimiento de un gobierno justo [...] es de todas las circunstancias que se dan en la sociedad civil la más esencial para la libertad; cada persona es libre en la proporción en que el gobierno de su país es lo suficientemente fuerte para protegerlo y lo suficientemente limitado y prudente para no abusar del poder”¹⁸².

La sociedad, en cambio, era considerada como un orden espontáneo con una racionalidad inmanente, expresada en leyes económicas y de otra índole, más poderosas que cualquier ley jurídica, una racionalidad de estructura horizontal sustentada sobre relaciones competitivas, a las que se subordinaban las otras clases o tipos de relaciones¹⁸³. Tal estructura inmanente a la sociedad no solo tenía una solidez superior a cualquier orden o intervención, sino que generaba, además, el mejor de los órdenes posibles tanto en lo económico como en lo social. Bajo tales supuestos, el Estado ni debía ni podía tratar de modificar el orden social natural, sino que habría de limitarse a asegurar las condiciones ambientales mínimas para su funcionamiento espontáneo y, todo lo más, a intervenir transitoriamente para eliminar cualquier bloqueo al orden autorregulado de la sociedad. De este modo, el Estado y la sociedad eran ima-

181. TOUCHARD, J., *Historia...*, cit., pp. 397-413. REYNAUD, P., “Libéralisme”, en REYNAUD, P.-RIALS, S., *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, pp. 338-344.

182. FERGUSON, A., *Principles of Moral and Political Sciences*, II, Edimburgo, 1772, pp. 58 y ss.

183. HAYEK, F. A., *Derecho, legislación y libertad*, II, Madrid, 1978, p. 134, “considerar las cosas de otro modo es considerar la sociedad, no como un orden espontáneo de hombres libres, sino como una organización cuyos miembros están obligados a servir una única jerarquía de fines. Esto, sin embargo, implica transformar la sociedad en un sistema totalitario en el que la libertad personal brilla por su ausencia”.

ginados como dos sistemas distintos¹⁸⁴. El fundamento básico del liberalismo se centró en la libertad individual, como expuso BENJAMÍN CONSTANT:

“La universalidad de los ciudadanos es el soberano. [...] Pero no se sigue de aquí que la universalidad de los ciudadanos o aquellos que por ella están investidos de soberanía, puedan disponer soberanamente de la existencia de los individuos. Hay, por el contrario, una parte de la existencia humana que, por necesidad, permanece individual e independiente, y que está de derecho fuera de toda competencia social. La soberanía no existe sino de manera limitada y relativa. En el punto que comienza la independencia de la existencia individual se detiene la jurisdicción de esta soberanía [...]; aun cuando fuese la nación entera la que al individuo oprimiese, no sería por eso la opresión más legítima”¹⁸⁵.

Sin embargo, se planteó el debate sobre si para garantizar la seguridad y desarrollar la libertad y capacidad individuales era o no precisa una actuación pública. Se entendió que el fin del Estado podía ser doble:

“puede proponerse fomentar la felicidad o simplemente evitar el mal, el cual puede ser, a su vez, el mal de la naturaleza o el de los hombres. Si se limita al segundo fin, busca solamente la seguridad, y permítaseme oponer este fin a todos los demás fines posibles que se agrupan bajo el nombre de bienestar positivo”¹⁸⁶.

El orden jurídico liberal se fundamentó en un Estado limitado en su actividad, cuya soberanía se orientaba a garantizar el orden público, hacer posible la libertad del mercado y a la creación del Derecho Público¹⁸⁷, centrada en la regulación legal de los derechos de la libertad y la propiedad, porque esta era el eje del Derecho privado:

“La burguesía trataba de preservarse de invasiones en la libertad personal y propiedad privada, y planteó, como cosa del Estado de Derecho, la exigencia de que tales invasiones solo pudieran verificarse a base de una ley”¹⁸⁸.

184. GARCÍA PELAYO, M., “El Estado social y sus implicaciones”, en *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Madrid, 1985, pp. 18 y ss.

185. CONSTANT, B., *Principios de política*, Buenos Aires, 1943, pp. 19-20.

186. HUMBOLDT, W. VON, *Los límites de la acción del Estado*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 21.

187. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Revolución Francesa, Derecho Público y Justicia administrativa”, en *El Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 1990, p. 54.

188. SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934, p.172.

La ideología liberal burguesa tuvo un claro sentido de “idea sobre los problemas planteados por el objetivo deseado de desarrollo social, que se forma sobre la base de determinados intereses de clase y sirve para defenderlos”¹⁸⁹. Esta ideología no solo alcanza el ámbito de lo político, sino que se manifiesta en todas las actividades de la vida individual y colectiva, principalmente en el orden económico, actuando como ideología dominante

“se encarna en los aparatos del Estado que desempeñan el papel de laborar, inculcar y reproducir esta ideología, la cual tiene su importancia en la constitución y reproducción de la división social del trabajo, de las clases sociales y de la dominación de clase. Este es por excelencia el papel de ciertos aparatos que pertenecen a la esfera del Estado y han sido designados como aparatos ideológicos del Estado, lo mismo si pertenecen al Estado que si conservan su carácter jurídico privado; el aparato religioso, el aparato escolar, el aparato oficial de información, el aparato cultural, etcétera. Y está claro que la ideología dominante interviene en la organización de los aparatos en quienes recae principalmente el ejercicio de la violencia física legítima (ejército, policía, justicia, prisiones, administración)”¹⁹⁰.

La amplitud del orden liberal llevó a FOUCAULT a cuestionar su carácter de ideología, considerándola como una forma de pensamiento que se traduce en un *arte de gobernar*¹⁹¹. Para SCHMITT se trata de una política

“en el sentido de una contrapuesta polémica a las limitaciones estatales, eclesiásticas o de cualquier otro género impuestas a la libertad individual, lo que genera ciertamente una política comercial, eclesiástica, educativa o cultural. Pero lo que no hay es una política liberal de carácter general, sino simplemente una crítica liberal de la política”, porque “todo individualismo consecuente conduce a [...] la desconfianza contra todo poder político y forma de Estado imaginable, pero nunca a una teoría positiva propia del Estado y de la política”¹⁹².

189. SCHAFF, A., *Historia y verdad*, México, Grijalbo, 1974, p. 206.

190. POULANTZAS, N., *Estado, poder y socialismo*, México, Siglo XXI, 1984, pp. 27-28.

191. BURCHELL, G. y GORDON, C., *The Foucault Effect. Studies in Govern Mentality*, Chicago, University of Chicago Press, 1991.

192. SCHMITT, C., *El concepto...*, cit., p. 98.

3. Los fundamentos doctrinales de la Revolución Francesa

3.1. El gobierno civil y antiabsoluto de LOCKE

John LOCKE (1632-1704)¹⁹³ fue uno de los pensadores decisivos de la Ilustración inglesa y de la construcción de la filosofía empírica¹⁹⁴, del individualismo burgués y de la configuración del orden liberal¹⁹⁵. Sus estudios sobre epistemología, educación, religión, moral, ciencia y economía tuvieron gran influencia en VOLTAIRE, MONTESQUIEU, ROUSSEAU y otros ilustrados franceses, así

193. Nació en Wrington, cerca de Bristol, el 29 de agosto de 1632 y falleció en Oates, Essex, el 28 de octubre de 1704. Tras estudiar medicina, lenguas clásicas, filosofía y química en la Universidad de Oxford, intervino en la vida pública apoyando a Lord Ashley, luego conde de Shaftesbury, y al partido *whig* en su oposición al absolutismo de los Estuardo, defendiendo la tolerancia y el parlamentarismo. Participó en la “revolución gloriosa” de 1688 que derrocó a Jacobo II. Residió en Francia entre 1675 y 1679 y hasta la revolución de 1688 estuvo exiliado en Holanda, donde redactó el *Ensayo sobre el entendimiento humano*, que se publicó en su versión definitiva en 1690. Regresó a Inglaterra tras el ascenso al trono de Guillermo de Orange, que le nombró comisario real. Entre 1697 y 1700 fue consejero de su protector tras su nombramiento como Lord Canciller. Demostró una gran preocupación intelectual, aunque su producción literaria fue tardía. Se describió en su epitafio: “Detente, viajero. Aquí yace John Locke. Si te preguntas qué clase de hombre era, él mismo te dirá que alguien contento con su medianía. Alguien que, aunque no fue tan lejos en las ciencias, solo buscó la verdad. Esto lo sabrás por sus escritos. De lo que él deja, ellos te informarán más fielmente que los sospechosos elogios de los epitafios. Virtudes, si las tuvo, no tanto como para alabarlos ni para que lo pongas de ejemplo. Vicios, algunos con los que fue enterrado. Si buscas un ejemplo que seguir, en los Evangelios lo encuentras; si uno de vicio, ojalá en ninguna parte; si uno que la mortalidad sea de provecho, aquí y por doquier”. Otras obras suyas fueron el *Ensayo sobre la ley de la naturaleza* (1664), *Ensayo sobre la tolerancia* (1666), *Carta sobre la tolerancia* (1689), *Pensamientos sobre la educación* (1693) y *Racionabilidad del cristianismo* (1695).

194. LOCKE, J., *Ensayo sobre el entendimiento humano*, México, FCE, 1994, Libro Segundo, cap. VIII, párr. 8): “Todo aquello que la mente percibiere en sí misma, o todo aquello que es objeto inmediato de percepción, de pensamiento y de entendimiento, a eso llamo idea; y a la potencia para producir cualquier idea en la mente, llamo cualidad del sujeto en quien reside ese poder. [...] en cuanto son sensaciones o percepciones en nuestro entendimiento, las llamo ideas; de las cuales ideas, si algunas veces hablo como estando en las cosas mismas, quiero que se me entienda qué significan esas cualidades en los objetos que producen esas ideas en nosotros”. De modo que “nada hay en el entendimiento que previamente no haya estado en los sentidos”. REALE, G. y ANTISERI, D., *Historia...*, cit., pp. 428-446. MELENDO, T., *John Locke, Ensayo sobre el entendimiento humano*, Madrid, EMESA, 1978.

195. MACPHERSON, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo*, Barcelona, Fontanara, 1970. POCOCK, J. G. A., “El mito de Locke y la obsesión con el liberalismo”, en *Historia e Ilustración*, Madrid, M. Pons, 2002.

como en la propia Revolución¹⁹⁶. Ha sido considerado un autor cuya obra está llena de “mesura y sentido común en todos los casos”¹⁹⁷.

Recogió su filosofía política en los *Dos tratados del gobierno civil* (1690)¹⁹⁸ y la *Carta sobre la tolerancia*, que fueron publicados como obras anónimas para evitar las persecuciones de los absolutistas y de sus enemigos de Oxford, que las condenaron. Son sus tratados la base histórica del pensamiento liberal, a partir de la crítica al absolutismo político y a la monarquía de derecho divino, que vertió en el primero, contra la justificación que hizo Lord FILMER en su *Patriarca o el poder natural de los reyes* de 1680. Para LOCKE el absolutismo, lo mismo que la sífilis, era un *morbo gallico*. Rechazó el fundamento absolutista en la falta de libertad del hombre al nacer y el modelo familiar y patriarcal que extendía a la sociedad y justificaba la autoridad del padre de todos, que era el rey (I, 104 y 106).

También el segundo tratado fue una repuesta al absolutismo y al *Leviatan* de HOBBS (1651), con el fin de conocer el “verdadero origen, extensión y fin del gobierno civil”. Sus propuestas partieron de considerar que el estado de naturaleza es un estadio prepolítico y sin organización, en el que no existe la garantía de los derechos que solo proporciona la sociedad civil. Esta se crea por el acuerdo que permita el orden y la organización que garantice el bien común y los derechos individuales. LOCKE estableció el principio de la soberanía popular, la existencia de derechos y libertades individuales que deben ser protegidas por el Estado, la separación de poderes y el sometimiento del poder a la ley¹⁹⁹. Como valoró CHEVALLIER, el ensayo sobre el gobierno civil inspiró

196. BURDEAU, G., *Traité de science politique*, VI, I, Paris, LGDJ, 1971, pp. 172-190.

197. COPLESTON, F. C., *Historia de la filosofía*, Barcelona, 1971, p. 138.

198. Cuando lo publicó en 1690 introdujo un prefacio que justificaba las luchas de 1640-1660, la “Revolución gloriosa” de 1688 y la presencia en el trono de Guillermo de Orange.

199. LOCKE, J., *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguilar, 1969; *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza, 1991; *Two Treatises of Government*, Cambridge, University Press, 1985; *Political Writings*, New York, Penguin/Mentor, 1993. BOBBIO, N. y BOVERO, M., *Sociedad y Estado en la filosofía política moderna*, México, FCE, 1986. CHEVALLIER, J.-J., *Los grandes textos políticos desde Maquiavelo a nuestros días*, Madrid, Aguilar, 1970, pp. 87-101; *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Madrid, Espasa, 1991. DUNN, J., *La pensée politique de John Locke, une présentation historique de la thèse exposée dans les Deux traités de gouvernement*, Paris, PUF, 1991. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, J. F., *Locke y Kant: ensayos de filosofía política*, México, FCE, 1992. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución...*, cit., pp. 23-25; *La lengua...*, cit., pp. 57-65. GARCÍA SÁNCHEZ, E., *John Locke (1623-1704)*, Madrid, Ediciones del Orto, 1995. MORRIS, CH. W., *The Social Contract Theo-*

el Preámbulo de la Declaración de independencia americana de 4 de julio de 1787 y la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1793, porque fue

“el catecismo –protestante– del anti-absolutismo, en que el derecho natural se ensambla hábilmente con la constitución inglesa. En esta fuente límpida y abundante de filosofía política debían beber los publicistas ingleses, americanos, franceses, durante todo el curso del siglo XVIII. El Ensayo había planteado, de manera definitiva, las bases de la democracia liberal, de esencia individualista, cuya gran carta constituirían las Declaraciones de derechos- derechos naturales, inalienables e imprescriptibles- de las colonias americanas insurreccionadas y, después, de la Francia revolucionaria”²⁰⁰.

3.1.1. *Del estado de naturaleza al gobierno civil*

Afirmó LOCKE que “para entender el poder político correctamente, y para deducirlo de lo que fue su origen, hemos de considerar cuál fue el estado en que los hombres se hallan por naturaleza. Y es este un estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de posesiones y personas como juzgue oportuno, dentro de los límites de la ley de la naturaleza, sin pedir autorización a otro hombre ni depender de su voluntad”. En este “estado de perfecta libertad” e igualdad “sin subordinación ni sujeción alguna”, en un “estado de igualdad” natural en el que “el poder y la jurisdicción son recíprocos porque uno no tiene más que otro”(II, 4), los hombres actúan conforme a “una ley natural que los gobierna y que obliga a todo el mundo [...] que, *siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones.* [...] Por la misma razón que cada uno se ve obligado a preservarse a sí mismo y a no destruirse por propia voluntad,

rist: *Critical Essays on Hobbes, Locke and Rousseau*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1999. SABINE, G., *Historia de la teoría política*, México, FCE, 1976, pp. 386-399. SPITZ, J.-F., *John Locke et les fondements de la liberté moderne*, Paris, PUF, 2001. STRAUSS, L. y CROUSEY, J., *Historia de la filosofía política*, México, FCE, 1973. THEIMER, W., *Historia de las ideas políticas*, Barcelona, Ariel, 1969. pp. 138 y ss. THOMSON, D., *Las ideas políticas*, Barcelona, Labor, 1967, pp. 67-80. TOUCHARD, J., *Historia...*, cit., pp. 294-297. YOLTON, J. S., *John Locke: A Descriptive Bibliography*, Bristol, Thoemmes Press, 1998.

200. CHEVALLIER, J.-J., *Los grandes...*, cit., p. 100.

también se verá obligado a preservar al resto de la humanidad”, sin que “nadie pueda perjudicar a otro en su vida, libertad, salud o posesiones”, porque “no cabe suponer ningún tipo de subordinación” (II, 6), sin estar “sometido a la voluntad o autoridad legislativa de ningún hombre, no siguiendo otra regla que aquella que le dicta la ley natural” (II, 22). La libertad natural consiste en la “superioridad frente a cualquier poder terrenal” (II, 22) y en “disponer y ordenar, según le plazca, su persona, acciones, posesiones y propiedad”, sin “verse sometido a la arbitraria voluntad de otro” (II, 57). “Los hombres son por naturaleza libres, iguales e independientes, sin que nadie pueda ser obligado a cambiarla sin su consentimiento, expresado por un pacto con otros para unirse en comunidad y vivir con seguridad y paz con los demás en el disfrute de sus propiedades y en la seguridad del grupo” (II, 95).

En el estado de naturaleza los hombres están “reunidos según les dicta su razón, sin nadie que sea superior a ellos sobre la tierra, con autoridad para juzgarse los unos a los otros. [...] la ausencia de un juez común que posea autoridad sitúa a todos los hombres en un estado de naturaleza” (II, 19). Es un estado de “paz, benevolencia y ayuda mutua”, de

“perfecta libertad para ordenar sus actos y disponer de sus propiedades y de las personas que creen conveniente dentro de los límites de la ley natural, sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro hombre. [...] los hombres, creados de forma que son capaces de conocer, de expresar su pensamiento y de trabajar, esta libertad asienta como un derecho natural (u originario), la posibilidad de disponer de su vida y sus palabras como les convenga [...] Pero el derecho implica deber; el estado de naturaleza tiene su ley, que a todos obliga: nadie ha de atentar contra la vida, la salud, la libertad ni las posesiones de otro. Son iguales los unos a los otros en la medida en que no existe entre ellos ninguna diferencia natural que autorice a este a limitar la libertad de aquel. Así forman familias y proceden, según su conveniencia, a los intercambios que juzgan provechosos” (III, 2).

La ley natural está “en el corazón de los hombres” (II, 11), son reglas de la naturaleza que se conocen por la razón y les obliga antes que la ley positiva²⁰¹.

201. NICOL, E., *La vocación humana*, México, El Colegio de México, 1952, p. 227, describe el camino de la libertad y afirma que en la obra de Francisco Suárez se encuentran los principios que utilizó Locke y fundamentaron las declaraciones de los derechos del hombre, comparando el *Tratado de aquel*, con el *Ensayo* y la Declaración francesa.

Sirven para la autopreservación, para no dañarse y respetar a los demás y a sus bienes (II, 87). Sus imperativos “no se anulan al entrar en sociedad; al contrario, en muchos casos su observancia es mucho más estricta y adquieren, gracias a las leyes humanas, unas penas conocidas para obligar a su cumplimiento” (II, 135). La falta de respeto a la ley natural puede dar lugar a que “cualquier hombre tiene el derecho de castigar al culpable y de ser ejecutor de la ley natural” (II, 8), y al que “ha declarado la guerra contra toda la humanidad, por la violencia y asesinato cometidos sobre uno de sus miembros, y en consecuencia puede ser destruido” (II, 11).

El estado de naturaleza se caracteriza por la libertad y la igualdad de los hombres regidos por la ley natural, con derechos y deberes naturales como los de la propia conservación, la defensa de su vida y libertad y la propiedad. La propiedad no es solo el bien material, sino otros bienes como “la vida, la libertad y la hacienda” (II, 87). Para preservarla “los hombres entran en sociedad” (II, 94) y ningún poder “puede arrebatar al hombre parte alguna de su propiedad sin su propio consentimiento” (II, 138). Se adquiere por el trabajo personal sobre los bienes naturales que puso Dios al servicio del hombre y pertenecen a todos, “por el acto de sacar algo del estado en que la naturaleza lo dejó” (II, 27) y porque “cada hombre es propietario de su propia persona [...], el trabajo de su cuerpo y la labor de sus manos”, cuando “ha mezclado su trabajo con él y le ha añadido algo que le pertenece [...] lo convierte en propiedad suya [...] que lo excluye del derecho común de los demás hombres” (II, 27). Para evitar el estado de guerra y conflicto,

“los hombres se ponen a sí mismos en un estado de sociedad y abandonan el estado de naturaleza. Porque allí donde hay una autoridad, un poder terrenal del que pueda obtenerse reparación apelando a él, el estado de guerra queda eliminado y la controversia es decidida por dicho poder”.

Frente al poder real de origen divino, el pacto social basa la sociedad civil y política y legitima el poder, “de modo que todo el mundo está sujeto por dicho consenso a los acuerdos a que llegue la mayoría” (II, 96), porque implica atribuir “el poder necesario para cumplir los fines para los que se ha unido en sociedad [...] y esa entrega se lleva a cabo mediante el mero acuerdo de unirse en una sociedad política, lo cual es todo el pacto que se precisa para que los individuos ingresen o constituyan una república”. Por medio del pacto “se inicia y constituye una sociedad política cualquiera, no es otra cosa que el

consentimiento de un número de hombres libres capaces de formar mayorías para unirse e integrarse dentro de semejante sociedad [...] es lo que podría dar principio a un gobierno legítimo” (II, 99). Este persigue “el fin supremo y principal de los hombres al unirse en repúblicas y someterse a un gobierno es la preservación de sus propiedades, algo que en el estado de naturaleza es muy difícil conseguir”, lo que les lleva a buscar la seguridad porque “el estado natural, por muy libre que se sea, está plagado de sobresaltos y de continuos peligros” (II, 123). Para ello “cada uno de sus miembros se habrá despojado de ese poder natural, renunciando a él y poniéndolo en manos de la comunidad [...] de las personas que se unen en un cuerpo y disponen de una ley común, así como de una judicatura a la que apelar, con autoridad para decidir en las controversias que surjan entre ellos y poder castigar a los delincuentes” (II, 87). Por eso, solo cuando renuncian “al poder ejecutivo que les otorga la ley natural, a favor de la comunidad, solo allí habrá una sociedad política o civil” (II, 89).

La falta de una prueba empírica del estado de naturaleza y del pacto social no implica su inexistencia:

“si no se autoriza a suponer que los hombres hayan estado nunca en estado de naturaleza, porque no sabemos gran cosa de los tiempos en que lo estuvieron, tampoco podremos suponer que los hombres de los ejércitos de Jerjes fueron nunca niños, porque poco o nada sabemos de ellos hasta que fueron hombres y se incorporaron a los ejércitos” (II, 101).

3.1.2. *La división del poder*

El estado de naturaleza dura hasta que deciden libremente constituir una sociedad política, una autoridad común y unas leyes para ordenarlas. La sociedad supone limitar los derechos propios en beneficio de los de todos, entregarlos a los poderes que los concretan y garantizan por medio de la ley y por un orden ejecutivo y judicial que los reconoce y evita los conflictos y arbitrariedades. El legislativo es el poder supremo y sus leyes se han de basar en la confianza y en la ley natural, el ejecutivo debe cumplir los mandatos del legislativo y el federativo garantiza la seguridad. El estado de guerra viola el de naturaleza y es una degeneración del mismo por la imposición de la fuerza y la violación de la libertad y el derecho.

Las personas que pactan la creación de la sociedad encomiendan al gobierno civil el poder: “lo que origina y constituye de hecho una sociedad política no es sino el consentimiento de un número de hombres libres capaces de formar una mayoría. [...] Esto y solo esto es lo que da o podría dar origen a cualquier gobierno legítimo”. El fin del gobierno es proteger la propiedad, prohibir la invasión y lesión de los derechos de otros y exigir la observación de la ley natural. Así, el Estado se origina mediante un

“poder que establece cuál es el castigo que corresponde a las diferentes transgresiones [...] este es el poder de hacer leyes, y a él debe añadirse el poder de castigar [...] Y ambos poderes están encaminados a la preservación de la propiedad. [...] una sociedad política o civil [...] se logra [...] (cuando) un grupo de hombres en estado natural entra en una sociedad para formar un pueblo, un cuerpo político bajo un gobierno supremo [...] mediante ese acto, autoriza a la sociedad [...] a hacer leyes [...] para el bien público [...] Esto es lo que saca a los hombres del estado de naturaleza y los pone en un Estado”.

Por tanto, al constituir la sociedad el primer poder que se le entrega es el de “hacer lo que le parece bien para su propia salvaguardia y la de los demás hombres, lo entrega a la reglamentación de las leyes que dicta la sociedad, en la medida en que su propia salvaguardia y la de los demás miembros de la sociedad la requiere” (II, 122). Además,

“renuncia de un modo total al poder que tenía de castigar y compromete su fuerza natural [...] a poner al servicio del poder ejecutivo de la sociedad, cuando sus leyes lo exijan [...] tiene que renunciar, en la búsqueda de sus ventajas personales, a la parte de su libertad natural que exige el bien, la prosperidad y la seguridad de la sociedad” (II, 130).

Los poderes que los individuos encomiendan a la sociedad mediante el pacto son de confianza (*fiduciary powers*) y revocables cuando sean contrarios a aquellas (II, 135). El gobierno debe perder su poder cuando “el legislativo o el monarca actúan traicionando la confianza (*trust*) que se depositó en ellos” (II, 221), revertiendo el poder a la comunidad, que tiene “derecho a actuar en calidad de poder supremo y constituirse ellos mismos en legislativo” (II, 243).

Dedujo LOCKE que la monarquía absoluta era incompatible con la sociedad y el gobierno civiles, porque

“al suponerse que este príncipe absoluto es el único que tiene en sí mismo el poder legislativo y el ejecutivo, no existe juez ni recurso de apelación alguna a alguien

que justa e imparcialmente y con autoridad pueda decidir, [...] un hombre así [...] se encuentra, con respecto a los que se hallan bajo su dominio, en el mismo estado de naturaleza con que se encuentra con respecto al resto de la humanidad. [...] Es como si los hombres, una vez dejado el estado de naturaleza, y tras ingresar en la sociedad, acordaran que todos ellos, menos uno, deben estar bajo las leyes; y que la única persona que no está sometida a ellas retiene toda la libertad propia de estado de naturaleza, aumentada con el poderío y hecha licenciosa por la impunidad. [...] En una sociedad civil, ningún hombre puede estar exento de las leyes que la rigen”.

El poder que se atribuye “es un derecho a dictar leyes [...] encaminadas a regular y preservar la propiedad, así como a emplear la fuerza de la comunidad en la ejecución de tales leyes y en la defensa de la República de cualquier ofensa que pueda venir del exterior; y todo ello teniendo como único fin la consecución del bien público” (II, 3). El derecho que se reconoce al poder político a “dictar leyes, incluida la pena de muerte y, en consecuencia, todas las inferiores, para la regulación y salvaguarda de la propiedad, y a emplear la fuerza de la comunidad en la ejecución de todas las leyes y en la defensa del Estado contra agresiones del exterior, y todo ello únicamente en pro del bien público” (II, 1, 3). La libertad actúa dentro y con el respeto a la ley.

El poder debe estar separado en las funciones legislativas y ejecutivas para evitar

“que las mismas personas que tienen el poder de hacer las leyes tengan también el de ejecutarlas, porque daría lugar a que eludiesen la obediencia a esas mismas leyes hechas por ellos, o que las recatasen y aplicasen conforme a sus intereses particulares, llegando a que fuesen distintos de los del resto de la comunidad, cosa contraria a la finalidad de la sociedad y del gobierno” (II, 143).

a) Poder legislativo:

Afirmó LOCKE que “la libertad del hombre en la sociedad se cifra en someterse al poder legislativo establecido por el consentimiento común” (II, 22). El legislativo es el “poder supremo de la república” (II, 134), al que el ejecutivo está subordinado y rinde cuentas (II, 152). Le corresponde

“señalar como debe emplearse la fuerza de la comunidad política y de los miembros de la misma. No es necesario que esté siempre en ejercicio, y sus leyes están destinadas a cumplirse de modo permanente, con vigencia constante. [...] suele

ponerse en manos de varias personas que por sí mismas o conjuntamente con otras tienen el poder de hacer las leyes y, una vez promulgadas, se separan de los legisladores y ellos mismos están obligados por aquellas” (II, 143).

b) Poder ejecutivo:

Describe LOCKE las condiciones que se le imponen al poder ejecutivo de todo Estado, y bajo cualquier forma de gobierno, “por virtud del mandato que la sociedad y la ley de Dios y de la naturaleza han depositado en sus manos: Primero: Tienen que gobernar guiándose de las leyes promulgadas y establecidas, que han [...] de aplicarse igualmente [...] Segundo: Estas leyes no pueden estar encaminadas a otro fin último que no sea el bien del pueblo. [...] Tercero: No podrán los gobernantes aumentar los impuestos sobre la propiedad [...] sin el consentimiento (del pueblo). Cuarto: El legislativo no deberá ni podrá transferir a nadie el poder de hacer leyes, ni depositarlo en lugar diferente de aquel en el que el pueblo lo ha depositado” (Cap. 11). Además, el poder legislativo es el que tiene el derecho de determinar como habrá de emplearse la fuerza del Estado, a fin de preservar a la comunidad [...] es necesario que haya un poder que esté siempre en activo y que vigile la puesta en práctica de esas leyes y la aplicación de las mismas. De ahí el que los poderes legislativo y ejecutivo deban estar separados” (II, 144). El poder ejecutivo

“ha recibido una doble misión, la de participar en la legislación y la de ejecutor supremo de la ley, y actúa en contra de ambas cuando se lanza a la tarea de imponer su propia voluntad arbitraria como ley de la sociedad” (II, 222).

c) Poder federativo:

Es el poder que denomina natural, porque es de relación entre las personas dentro del cuerpo social, que

“se halla colocado en relación al resto del género humano en el mismo estado de naturaleza en que se encontraban antes todos los miembros que lo constituyen. [...] Al poder federativo corresponde hacer la guerra y la paz, establecer ligas y alianzas, y realizar tratos con todas las personas o comunidades políticas de fuera del Estado. [...] es mucho menos susceptible de regirse por previas y vigentes leyes positivas que el poder ejecutivo; y por eso ha de dejarse a la prudencia y sabiduría de aquellos que lo tienen en sus manos la misión de administrarlo para el bien público. [...] los poderes ejecutivo y federativo [...] son realmente distintos entre sí, es difícil que estén separados y que se depositen simultáneamente en manos de personas distintas” (II, 146).

3.1.3. *La supremacía de la ley*

Para LOCKE el reino de la ley era el único camino para la libertad, que consiste en “no estar sometido a más poder legislativo que el establecido de común acuerdo, ni al dominio de otra voluntad ni a la limitación de más ley que la que este poder legislativo establezca de acuerdo con la confianza depositada en él” (II, 4, 22). El poder supremo es el “legislativo, porque quien puede imponer leyes a otro ha de ser, por fuerza, superior”. No existe nada por encima de la ley, y toda obediencia se apoya en las facultades legales del poder legislativo supremo, de modo que

“toda obediencia, incluso la que uno puede estar obligado a rendir por efecto de los lazos más solemnes, se apoya en último término en este poder supremo, y está regida por las leyes que él dicta. Ningún juramento [...] puede librar a ningún miembro de la sociedad de la obligación de obedecer al poder legislativo, cuando este obra en virtud de la función que tiene asignada. Tampoco puede imponerle ninguna obediencia en contra de las leyes de ese modo decretadas, ni obligarle a ir más lejos que los términos de estas. Porque es ridículo pensar que puede estar obligada en último término a obedecer dentro de la sociedad a ningún otro poder que no tenga en ella la autoridad suprema” (II, 134).

El poder legislativo al dictar las leyes “no podrá nunca extenderse más allá de lo necesario para el bien común”, de modo general e igual para todos, sin excepciones para nadie:

“Siempre y en todo caso, el poder legislativo es el poder supremo mientras subsiste el gobierno, porque quien puede imponer leyes a otro, por fuerza ha de ser superior suyo. Como el poder legislativo solo puede serlo por la facultad de dictar las leyes a toda la sociedad [...] por fuerza tendrá que ser poder supremo el legislativo y todos los demás poderes confiados a miembros o partes de la sociedad se derivan de aquel y le están subordinados” (II, 150)²⁰².

202. PRITCHETT, H., *La Constitución Americana*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1965, pp. 183 y ss., invoca la consideración inglesa del Derecho Natural como limitación del poder real y del Parlamento por el juez COKE (Doctor Bomham's Cases, 1610), porque “cuando una ley del Parlamento se oponga al derecho común o a la razón, el derecho común verificará ese acto y lo sancionará de nulidad”. JAUME, L., *La liberté et la Loi. Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Fayard, 2000, chp. 3.

GARCÍA DE ENTERRÍA valoró el significado que LOCKE atribuía a la ley en su modelo de organización del Estado:

“se reduce simplemente a esto: Ley y Tribunales por una parte, y la coacción organizada, de otra; esta última, a su vez, tanto para imponer el orden interior respaldando la Ley y las sentencias, como para asegurar la independencia exterior frente a las demás comunidades”²⁰³.

3.1.4. *Rebelión contra el despotismo*

LOCKE, que se opuso con su conducta al absolutismo de los Estuardo, admitió que, “en todos los estados y condiciones, el auténtico remedio contra la fuerza ejercida sin autorización es la fuerza misma”, porque “todo el que hace uso de la fuerza sin tener derecho a ello [...] se pone en estado de guerra con aquellos contra los cuales lo ha hecho. Una vez en este estado, todos los vínculos anteriores desaparecen y pierde vigencia cualquier derecho que no sea el de autodefensa y el de ofrecer resistencia al agresor” (II, 19). La constitución de la sociedad civil trata de superar las situaciones de guerra, “pues, allí donde existe una autoridad, un poder terrenal al que apelar para obtener la oportuna reparación, desaparece el estado de guerra”. Reconoció LOCKE que

“el pueblo retiene todavía el supremo poder de disolver o alterar la legislatura, si considera que la actuación de esta ha sido contraria a la confianza que se depositó en ella. [...] y así el poder volverá a manos de aquellos que lo concedieron, los cuales podrán disponer de él como les parezca más conveniente para su protección y seguridad. [...] la comunidad conserva siempre un poder supremo de salvarse a sí misma frente a posibles amenazas [...] Ningún hombre, ninguna sociedad de hombres tiene el poder para renunciar a su propia preservación, [...] y tendrán [...] derecho de deshacerse de quienes violen esta fundamental, sagrada e inalterable ley de auto-preservación, [...] En toda condición y circunstancia, el verdadero remedio contra una fuerza que se ejerce sin autorización (del pueblo) es oponerse a ella haciendo también uso de la fuerza. Siempre que una fuerza no autorizada es ejercida contra alguien, ello pone al agresor en un estado de guerra y lo expone a ser tratado como corresponde” (II, 21).

203. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución...*, cit., p. 209.

3.2. La división de poderes de MONTESQUIEU

MONTESQUIEU²⁰⁴ se preocupó por valorar la naturaleza de las cosas, que le hizo afirmar en el prefacio que no formulaba sus principios sobre prejuicios sino sobre dicha naturaleza, lo que relaciona su análisis y pensamiento con el deductivo de DESCARTES y el experimental de NEWTON, aunque se han

204. CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, BARÓN DE LA BRÈDE Y DE MONTESQUIEU nació en La Brède, cerca de Burdeos, el 18 de enero de 1689, estudió en el Real Colegio de los oratorianos de Juilly reservado a los nobles y en Burdeos realizó los estudios de Derecho. Heredó de su tío la condición de presidente vitalicio del Parlamento de Burdeos, que vendió. En 1722 se instaló en París formando parte del Club de l'Entresol, regresando a Burdeos en 1725 donde inició la redacción *Del Espíritu de las leyes*. En 1727 ingresó en la Academia Francesa. Entre 1728 y 1731 viajó por Alemania, Inglaterra e Italia. Murió en París el 10 de febrero de 1755. Publicó las *Cartas persas* en 1720, en 1734 las *Consideraciones sobre las causas de la grandeza y decadencia de los romanos*, en 1748 *Del espíritu de las leyes* y en 1750 la *Défense de l'Esprit des lois*. ARON, R., *Las etapas del pensamiento sociológico*, Buenos Aires, Siglo XX, 1980. ALTHUSSER, L., *Montesquieu, la Politique et l'Histoire*, Paris, PUF, 1959. BENREKASSA, G., *Montesquieu, la liberté et l'histoire*, Paris, Le livre de poche, 1987. BERGERON, G., *Tout était dans Montesquieu; une relecture de L'esprit des lois*, Paris, L'Harmattan, 1996. COTTA, S., *Il pensiero politico de Montesquieu*, Roma, Laterza, 1995. CHEVALLIER, J.-J., *Los grandes...*, cit., pp. 102-144; "Montesquieu ou le libéralisme aristocratique", *Revue internationale de Philosophie*, 34-35, 1955, pp. 330-345. DEDIEU, J., *Montesquieu*, Paris, Hatier, 1966. DESTUT DE TRACY, *Comentarios sobre el Espíritu de las Leyes de Montesquieu, con las observaciones inéditas de Condorcet sobre el libro XXIX*, Madrid, 1821. DURKHEIM, E., *Montesquieu et Rousseau, précurseurs de la sociologie*, Paris, Rivière, 1953; Madrid, Tecnos, 2000. GOUBERT, P. y ROCHE, D., *Les Français et l'Ancien Régime. 1. La Société et l'État*, Paris, Armand Colin, 1992, pp. 170-172 y 352-356. FELICE, D. (coord.), *Poteri, democrazia, virtù. Montesquieu nei movimenti repubblicani all'epoca della Rivoluzione francese*, Milán, Franco Angeli, 2000, recoge el contenido de la mesa redonda celebrada en el X Congreso internacional sobre el Iluminismo, reunido en Nápoles el 6 de agosto de 1999. GODOY ARCAÑA, O., "Antología política de Montesquieu", *Estudios Públicos*, 62, 1996, pp. 337-406. GOYARD-FABRE, S., *Montesquieu, la nature, les lois, la liberté*, Paris, PUF, 1993. GRAVEN, J., "Montesquieu y el Derecho penal", *Revista CENIPEC*, 25, 2006, pp. 328-378. IGLESIAS, M. C., *El pensamiento de Montesquieu: política y ciencia natural*, Madrid, Alianza, 1984; *Razón, sentimiento y utopía*, Barcelona, Círculo de Lectores, 2006. JOLY, M., *Diálogo en el infierno entre Maquiavelo y Montesquieu*, Barcelona, Muchnik Editores, 1982. KNEE, PH., "La question de l'appartenance: Montesquieu, Mirabeau et la Révolution française", *Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique*, 2, 1989, pp. 285-311. REALE, G., ANTISERI, D., *Historia...*, cit., pp. 627-635. SABINE, G., *Historia...*, cit., pp. 406-411. SHACKLETON, R., *Montesquieu. Biographie critique*, Grenoble, Presses universitaires, 1961. THEIMER, W., *Historia de las ideas políticas*, Barcelona, Ariel, 1969, pp. 138 y ss. THOMSON, D., *Las ideas...*, cit., pp. 81-95. TOUCHARD, J., *Historia...*, cit., pp. 307-313. VV.AA., *La Pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'esprit des lois, 1748-1948*, Paris, Sirey, 1948. VALLET DE GOYTISOLO, J., *Montesquieu. Leyes, gobiernos y poderes*, Madrid, Civitas, 1986. VERNIÈRE, P., *Montesquieu et l'esprit des lois ou la raison impure*, Paris, SEDES, 1977.

observado contradicciones en sus propuestas sobre la división de las formas de gobierno, la clasificación de moderados e inmoderados y el concepto de soberanía²⁰⁵. Trató de separar su obra del momento histórico de Francia, aunque le estaba aplicando las experiencias inglesas. Calificó su obra de “tratado de moral”: “este libro, no habiendo sido hecho para ningún Estado, ningún Estado puede quejarse por ello. Está hecho para todos los hombres. Nunca se dijo que ofende un tratado de moral”²⁰⁶.

Georges VEDEL resumió la doctrina de MONTESQUIEU con la aseveración de que

“trata de moderar, contener y aplacar a un monstruo irremplazable, el poder, y de hacer vivir en sociedad, conforme a procedimientos inspirados de un pesimismo sin desesperación, a este ‘ser inteligente’ que como tal ‘viola sin cesar las leyes que Dios ha establecido y cambia por las que impone por sí mismo’. La empresa para MONTESQUIEU no desemboca en un paraíso terrestre reencontrado, pero el planeta de los hombres puede resultar razonablemente habitable”²⁰⁷.

Según GARCÍA DE ENTERRÍA, el modelo del Estado de MONTESQUIEU establece una estructura y un contenido funcional basado en “leyes, Tribunales y orden público”²⁰⁸.

3.2.1. *El espíritu y significado de las leyes*

Buscó el espíritu de las leyes en las causas físicas o morales de su espíritu:

“las leyes en su significado más extenso son las diversas relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas, y en este sentido todos los seres tienen sus leyes [...] Decir que no hay nada justo ni injusto, sino lo que ordenan o prohíben las leyes positivas equivale a decir que antes de trazar un círculo los radios no eran

205. CASAJUS, D., “Montesquieu, Tocqueville, Durkheim: variations autour d’une typologie”, *L’Homme*, 140, 1996, pp. 7-24.

206. MONTESQUIEU, *Pensamientos y fragmentos inéditos*, I, Burdeos, Gounouihou, 1899, n.º 193, p. 100.

207. VEDEL, G., Prólogo a MONTESQUIEU, *Oeuvres complètes*, Paris, Gallimard/Bibliothèque de la Pléiade, 1949-51; Seuil, 1964, p. 10.

208. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Revolución...*, cit., p. 21.

iguales”, aunque “el mundo inteligente está lejos de estar tan bien regido como el mundo físico. Porque aunque el primero tiene también sus leyes, las cuales son en su esencia invariables, no se ajustan tan exactamente a él como ocurre en el mundo de la naturaleza” (I, I).

Consideró que antes de todas las leyes están las de la naturaleza

“llamadas así porque derivan únicamente de la constitución de nuestro ser. Para conocerlas bien, hay que considerar a un hombre antes del establecimiento de las sociedades. En semejante estado, las leyes que reciben serán las de la naturaleza” (I, II).

Identificó la ley con la

“razón humana que gobierna todos los pueblos de la tierra; las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser otra cosa que supuestos particulares a los que se aplica esta razón humana. Por ello, dichas leyes deben ser adecuadas al pueblo para el que fueron dictadas. Es preciso que las leyes se adapten a la naturaleza y al principio del gobierno establecido, o que se quiera establecer, para formarlo, como hacen las leyes políticas, o para mantenerlo como hacen las leyes civiles” (I, I).

Las leyes son las condiciones de la libertad, que consiste en hacer lo que estas permiten, ya que en el Estado

“la libertad es el derecho a hacer todo aquello que la ley permite [...] en sociedades que se rigen por La Ley, la libertad solo puede consistir en hacer lo que debemos querer y no poder hacer aquello que no se debe querer [...] Hay que tomar conciencia de la diferencia entre lo que es la independencia y la libertad. Esta es el derecho de hacer lo que las leyes permiten, porque si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, no habría libertad, porque los demás tendría la misma facultad” (XI, III)²⁰⁹.

Las leyes constituyen “instituciones particulares y precisas del legislador” (XIC, XIV) y la “sublimidad de la razón humana consiste en no confundirse

209. BERLIN, I., “Dos conceptos de libertad”, en *Libertad y necesidad en la historia*, Madrid, Revista de Occidente, 1958, p. 160. JAUME, L., *La liberté et la Loi. Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Fayard, 2000, chap. 2. TEISSIER, P., “La notion de loi selon Montesquieu: lecture du chapitre premier de L'Esprit des lois”, *L'Ecole des lettres*, 10, 1994, pp. 3-7.

en los principios que deben gobernar a los hombres”, regidos por el espíritu de la moderación, porque “el bien político y el bien moral se encuentran siempre entre dos límites” (XXVI, I). El fin de la ley no es “la gloria del Estado, sino la libertad del ciudadano” (XI, V)²¹⁰.

Son las leyes generales las que establecen la garantía y el límite externo de la libertad, cuya aplicación se realiza libremente por los ciudadanos con las garantías de que una instancia independiente resolverá los conflictos que se planteen en el ejercicio de la libertad. Para el sostenimiento efectivo de la Ley y la ejecución de las sentencias el Estado organiza un régimen coactivo de respaldo a la ley que cierra el conjunto. De tal modo que “el Estado ofrece un marco puramente formal dentro del cual la sociedad vive de su propio dinamismo espontáneo, por la propia concurrencia indefinida de las libertades de sus miembros”²¹¹.

Valoró la forma de las leyes, cuyo “estilo debe ser conciso”, invocando como ejemplo las XII Tablas; además

“el estilo de las leyes debe ser simple; la expresión directa se entiende siempre mejor que la expresión reflexionada [...] Cuando el estilo de las leyes es recargado, no se ven más que como una ostentación. Se esforzará para que las palabras de las leyes despierten en todos los hombres las mismas ideas [...] están hechas para gente de entendimiento medio; no son un arte de lógica, sino la razón sencilla de un padre de familia [...] definidas bien las cosas no es necesario recurrir a expresiones vagas” (XXIX, XVI).

Aconsejó adecuar las leyes a las circunstancias institucionales, de tiempo y lugar:

“así como las leyes civiles dependen de las leyes políticas, puesto que siempre se hacen por una sociedad, sería bueno que cuando se quiera llevar una ley civil de

210. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución...*, cit., pp. 18-19, afirma invocando a KANT: “La salud del Estado (*salus rei publicae suprema lex esto*) no ha de entenderse como el bien de los ciudadanos y su felicidad, ya que ambos pueden resultar más cómodos y deseables (como afirma ROUSSEAU) en estado de naturaleza o bajo un gobierno despótico; por salud del Estado ha de entenderse aquella situación de mayor armonía de la Constitución con los principios del Derecho a que la razón nos hace aspirar obligadamente por un imperativo categórico”.

211. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Revolución...*, cit., p. 22.

una nación a otra, se estudie antes si poseen las mismas instituciones y el mismo derecho político” (XXIX, XIII).

En la concepción de la ley de MONTESQUIEU existe una idea cósmica y un “programa para una nueva época cuando deduce, como última exigencia política y último resultado de sus reflexiones, que el mejor régimen político es aquel que mejor se concilia con el carácter y constitución natural del pueblo y realiza la libertad compatibles con esa constitución”²¹².

3.2.2. *El poder controla al poder*

En el Libro II del Espíritu de las leyes expuso una nueva tipología de las formas de gobierno, que no responde a la clásica del *quien y como*, ni a la formulada por MAQUIAVELO entre principados y repúblicas: “el republicano, el monárquico y el despótico [...] el gobierno republicano es aquel en que todo el pueblo o una parte tiene el poder supremo; en el gobierno monárquico gobierna uno solo, con sujeción a leyes fijas y preestablecidas; en el despótico el poder está en uno solo, sin leyes ni frenos porque arrastra todo por su voluntad y capricho. [...] Cuando en la república el poder supremo reside en el pueblo entero es una democracia. Cuando el poder supremo está en manos de una parte del pueblo es una aristocracia”. A cada una de ellas atribuye un “resorte”, “pasión” o principio que la caracteriza. Destacó que en el despótico quien manda, el *visir*, “maneja todo según su voluntad y caprichos”, porque es el juez y la regla, estableciendo la igualdad en la esclavitud. Por el contrario, en la república el fundamento era la virtud como civismo y rechazo del despotismo para mantener la libertad y la dignidad humana.

Su mayor aportación fue la relativa a la división de poderes, que formuló en el capítulo VI del Libro XI de su conocida obra *El espíritu de las leyes*, publicada en 1748, tratando de configurar el modo de que el Estado quede autolimitado en el ejercicio de su poder, para lograr la máxima libertad para los individuos que lo componen. Inició el capítulo titulado “De la Constitución de Inglaterra”²¹³,

212. HOLSTEIN, G., *Historia de la Filosofía Política*, Madrid, IEP, 1969, p. 262.

213. ARON, R., *Les étapes de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard, 1967, p. 41, afirma que el análisis de Montesquieu de la constitución inglesa “encuentra la diferenciación social, la distinción de clases y de rangos conforme a la esencia de la monarquía, como la define y es imprescindible

afirmando la existencia en cada Estado de “tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las que dependen del derecho civil”:

“Mediante el primero, el príncipe o el magistrado hace leyes para un tiempo determinado o para siempre, y corrige o deroga las existentes. Mediante el segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadas, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los crímenes o juzga las diferencias entre particulares. A este último se le llamará poder judicial, y al otro simplemente poder ejecutivo del Estado”²¹⁴.

Relacionó la separación de poderes con la distribución del poder entre las potestades del rey, la nobleza y el pueblo, que integran la sociedad, como expuso en el capítulo 4 del libro II, sobre “las leyes y su relación con la naturaleza del gobierno”²¹⁵:

“los poderes intermedios, subordinados y dependientes constituyen la naturaleza del gobierno monárquico, es decir, de aquel en el que uno solo gobierna por medio de leyes fundamentales. [...] en efecto, en la monarquía, el príncipe es el origen de todo poder político y civil. Las leyes fundamentales suponen necesariamente canales por los que corre el poder: pues si no existe en el Estado más que la voluntad momentánea y caprichosa de uno solo, nada puede fijarse y consecuentemente ninguna ley fundamental” (II, I).

Consideró que en el Estado existen tres funciones básicas:

- a) El establecimiento por vía general de las distintas normas a que deben acomodar su conducta los componentes de dicha comunidad. Tales normas son generales y obligatorias, se dictan de modo abstracto e impersonal.

para la moderación del poder”. James MADISON en *El Federalista* de 1 de febrero de 1788, contestando a los reproches sobre la inexistencia de una adecuada división de poderes en la Constitución norteamericana de 1787, aludió a que, aunque MONTESQUIEU no era el autor, tenía el mérito de exponerla, con base en el modelo que fue la constitución inglesa “espejo de la libertad política, y extrajo de ella, como verdades elementales, los diversos principios característicos del sistema”.

214. TOUCHARD, J., *Historia...*, cit., p. 311: “En realidad, sin embargo, la doctrina de la separación de poderes no tiene en Montesquieu el alcance que le han atribuido sus sucesores. Se contenta con afirmar que el poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial no deben encontrarse en las mismas manos; pero que de ningún modo piensa en preconizar una rigurosa separación entre los tres poderes, inexistente por lo demás en el régimen inglés”.

215. ALTHUSSER, L., *Montesquieu. La politique et l'histoire*, Paris, PUF, 1959, p. 104.

- b) La ejecución concreta de las medidas pertinentes establecidas por la Ley, a los efectos de atender las demandas sociales que genera la vida en común.
- c) Resolver los conflictos que puedan plantearse entre los distintos componentes de la comunidad o entre estos y la propia comunidad, aplicando la Ley al caso concreto.

Estas funciones se encomiendan a distintos poderes para garantizar la libertad y evitar el abuso de uno sobre el otro, porque *le pouvoir arrête le pouvoir*²¹⁶. Para ello reconoce las facultades de estatuir e impedir:

“llamo facultad de estatuir al derecho de legislar por sí mismo o de corregir lo que haya ordenado otro. Llamo facultad de impedir al derecho de anular una resolución tomada por cualquier otro [...] Aunque aquel que tiene la facultad de impedir tenga también el derecho de aprobar, esta aprobación no es, en este caso, más que la declaración de que no hace uso de su facultad de impedir, y se deriva de esta misma facultad” (XI, VI).

Todos los poderes se encadenan en su funcionamiento, de modo que

“en el cuerpo legislativo, que está compuesto de dos partes –los representantes del pueblo y de la nobleza–, la una encadenará a la otra mediante su recíproca facultad de impedir. Ambas serán frenadas por el poder ejecutivo, el cual lo será por el legislativo. Los tres poderes [...] por el movimiento necesario de las cosas están obligados a funcionar de acuerdo”.

Para respetar la libertad es precisa la separación de los poderes:

“Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos

216. DUVERGER, M., *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1962, p. 222: “Históricamente, la teoría de la separación de poderes fue concebida por Locke y Montesquieu como medio de limitar al gobierno”. SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, pp. 186 y ss., expone como en la separación de poderes se trasponen las leyes de la física newtoniana de la teoría del equilibrio de la atracción y la repulsión en la gravitación.

sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo el legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza del poder” (XI, VI).

El principio de separación de poderes lo formuló MONTESQUIEU al afirmar que “para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por disposición de las cosas, el poder detenga al poder”: “la libertad política de un ciudadano es la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad: para que esta libertad exista es necesario un gobierno tal, que ningún ciudadano pueda temer a otro”. Pero cuando

“el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo no hay libertad; falta la confianza porque puede temerse que el monarca o el senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente. No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo el juez podría tener la fuerza del opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares”.

Los tres poderes disponen de medios de fiscalización y de veto sobre los demás, sin peligro de la paralización de la acción del Estado, porque “impulsados por el movimiento necesario de las cosas, han de verse forzados a ir de acuerdo” (XI, VI)²¹⁷.

a) El poder judicial:

Lo describió con su carácter temporal, de extracción popular, que no forme parte de un estamento social, con el fin de que un poder tan terrible no esté vinculado a un estado determinado, ni a una profesión, sino que sea invisible, lo que le llevó a concluir que “de los tres poderes de que hemos ha-

217. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1972. BINOCHE, B., *Introduction à De l'esprit des lois de Montesquieu*, Paris, PUF, 1998. BONNO, G., “Le modernisme de Montesquieu”, *French Review*, 4, 1941, pp. 288-293. DE AGAPITO SERRANO, R., *Libertad y división de poderes*, Madrid, 1989. CARRÉ DE MALBERG, R., *Théorie générale de l'État*, Paris, 1922, pp. 1-20. MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. y PUGET, H., *Bicentenaire de L'esprit des Lois: Montesquieu. Sa pensée politique et constitutionnelle*, Paris, Sirey, 1962.

blado, el de juzgar es, en cierto modo, nulo e invisible” [*en quelque façon, nulle et invisible*]²¹⁸. Dos garantías son la recusación y el juicio por los iguales para que el acusado “no pueda creer que ha caído en manos de gentes inclinadas a hacerle violencia”. El juez debe ser “*la bouche qui prononce les paroles de la loi, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes*”. La parte del cuerpo legislativo que considerábamos como tribunal necesario, anteriormente, lo es también en esta ocasión: corresponde a su autoridad suprema moderar la ley a favor de la propia ley, fallando con menos rigor que ella”. Porque “el poder judicial se pronuncia por la cabeza en el poder legislativo que concibe y decreta, de velar por la humanidad de la ley y por la justa proporción del castigo”. Si sus sentencias no fueran “siempre acordes con la letra de la ley, si fuesen una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin conocer con exactitud la naturaleza de los deberes que le obligan” (XI, VI). Por tanto, “el espíritu de moderación debe ser el del legislador; tanto el bien político como el bien moral se encuentran siempre entre dos límites” (XXIX, I).

Contempló que el ejercicio del castigo por el poder judicial estuviera atribuido al jurado popular, no a

“un Senado permanente, sino que lo deben ejercer personas del pueblo [...] para formar un tribunal que solo dura el tiempo que la necesidad lo requiera. De esta manera, el poder de juzgar, tan terrible para los hombres se hace invisible y nulo al no estar ligado a determinado estado o profesión. Como los jueces no están permanentemente a la vista, se teme a la magistratura, pero no a los magistrados. [...] Es necesario que los jueces sean de la misma condición que el acusado, para que este no pueda pensar que cae en manos de gentes propensas a irrogarle daño” (XI, V).

218. TOCQUEVILLE, A. DE, *La democracia en América*, México, FCE, 1963, p. 638, destacó la importancia del poder judicial “esencialmente aplicable a las necesidades de la libertad, en una época en que la vigilancia y la autoridad del soberano se introducen sin cesar en los más mínimos pormenores de las acciones humanas, y en que los ciudadanos demasiado débiles para protegerse a sí mismos, están muy aislados para poder contar con la ayuda de sus semejantes. Si la fuerza de los tribunales ha sido en todos los tiempos la garantía más grande que se puede ofrecer a la independencia individual, esto es particularmente cierto en los siglos democráticos: los derechos y los intereses particulares se hallan siempre en peligro, si el poder judicial no crece ni se extiende a medida que las condiciones se igualan”.

Sobre el modo de actuar de los jueces expuso “que no hay que regular los tribunales humanos por las reglas de los tribunales que velan sobre la otra vida” (XXVI, XI). Había advertido que los tribunales no pueden inspirarse

“en las doctrina monásticas, donde el que niega parece que está en la impenitencia y en la condena eterna, mientras que el que confiesa está arrepentido y salvado [...] esta distinción no puede afectar a los tribunales humanos: la justicia humana solo examina las acciones, únicamente reposa sobre el pacto entre los hombres, que es el de la inocencia; la justicia divina que ve los pensamientos reposa sobre los de la inocencia y el arrepentimiento” (II, IV).

Recordando a la Inquisición rechazó el procedimiento inquisitorial secreto y defendió el principio acusatorio.

b) El poder legislativo:

Le atribuye carácter permanente y colegiado, de origen electivo y hereditario, como el bicameralismo inglés, porque no se ejerce sobre un particular como el judicial, sino que es “la voluntad general del Estado”, mientras que al ejecutivo corresponde “la ejecución de esa voluntad general”. Afirmó que en “un Estado libre, todo hombre libre con alma libre debe gobernarse por sí mismo, por lo que es necesario que el pueblo en su conjunto tenga un poder legislativo”. Pero como no es posible que el pueblo ejerciese corporativamente el poder legislativo, “hace por medio de sus representantes todo lo que no puede hacer por sí mismo”, por la ventaja de que “son capaces de discutir los asuntos, mientras que el pueblo no es apropiado para ello”. El bicameralismo permitiría mantener en el Estado las mismas condiciones que en la sociedad entre los grupos sociales (pueblo y aristocracia), lo que “se lograría si ellos forman un cuerpo que tenga derecho a frenar los proyectos del pueblo, como el pueblo tiene el derecho de frenar los suyos”. A aquellos les reconoce una facultad de impedir determinadas disposiciones de la asamblea popular, pero no la de establecerlas.

Sus misiones fundamentales son la legislativa y el control de su ejecución: “no debe adoptar resoluciones activas, que no haría bien, sino para elaborar las leyes y para comprobar si son bien ejecutadas, que puede hacer muy bien y que solo él puede realizar en condiciones”. Solo en materias concretas y excepcionales se le reconoce alguna potestad jurisdiccional, como en el proceso a un noble ante sus iguales, para moderar el rigor de la ley y cuando a los nobles se

les encomiende conocer de las violaciones de los derechos del pueblo porque no tienen ni los intereses ni las pasiones de aquel. Consideró inconveniente

“que el poder legislativo tuviera el derecho de establecer al ejecutivo. [...] si no hubiera un monarca y el poder ejecutivo debiera encomendarse a un cierto número de personas selectas del cuerpo legislativo, sería el fin de la libertad, en razón de que los dos poderes estarían unidos, dado que las mismas personas podría poseer, y serían capaces de hacerlo, participación en ambos” (XI, VI).

c) Poder ejecutivo:

De carácter unipersonal y permanente, “en manos del monarca, porque esta parte del gobierno, que precisa de la acción momentánea, está mejor administrada por uno que por muchos; a diferencia del poder legislativo, que generalmente está mejor ordenado por muchos que por uno solo” (XI, VI).

Además de la libertad vinculada al orden constitucional de separación de los poderes del Estado, existe la libertad política general que es “aquella tranquilidad de espíritu que proviene de la opinión que tiene cada uno de su seguridad”, porque “el gobierno sea tal que un ciudadano no pueda temer a otro” (XI, VI). La libertad cívica individual está

“en la seguridad o en la opinión que cada cual tenga sobre la misma, que nunca ha sido más atacada que en las acusaciones públicas o privadas. La libertad del ciudadano depende principalmente de la bondad de las leyes criminales” (XXII, I).

3.3. El pacto social y la soberanía de la ley de ROUSSEAU²¹⁹

Como se ha expuesto en relación con los paradigmas del Derecho y su evolución histórica, uno de los más relevantes fue el del *iusrracionalismo* del siglo

219. Nació en Ginebra, Suiza, el 28 de junio de 1712 y falleció en Ermenonville, Francia, el 2 de julio de 1778, durante la revolución americana y once años antes de la francesa. Intentó aprender diversos oficios, sirvió a varios nobles, fue comentarista de música en la *Enciclopedia* y autor de óperas como *El adivino de la aldea* y *Narcisse*. En su obra escrita destacan el *Discurso sobre las ciencias y las artes* de 1750, el *Discurso sobre el origen y fundamentos de la desigualdad de los hombres* de 1755, *Emilio o de la educación* de 1759, el *Contrato social* y las *Cartas auto-biográficas a Malesherbes* de 1762, y las *Confesiones* de 1782; en la literaria *Julia o la nueva Eloisa* de 1761, y un *Ensayo sobre el origen de las lenguas*, inacabado. Elaboró un proyecto de Constitución para Córcega. ROUSSEAU, J. J., *Oeuvres com-*

XVIII o paradigma físico-matemático, sistemático-deductivista y mecanicista, basado en la aplicación del conocimiento científico. KANT comparó a ROUSSEAU con los descubrimientos de NEWTON, porque aquel

“descubrió por primera vez entre la variedad de las formas humanas admitidas la naturaleza profundamente escondida del hombre y la ley oculta por virtud de la cual queda justificada la providencia, a tono con sus observaciones”²²⁰.

Su obra sintetizó la doctrina de la Ilustración, en cuanto a racionalismo, sensualismo y derecho natural, de un modo radical. Definió el estado de naturaleza y la fórmula del contrato, asumiendo la soberanía popular inalienable e indivisible, ejercida directamente sin aceptar la representación²²¹. Su pensamiento fue el más revolucionario y el que tuvo mayor repercusión en el hecho histórico que fue la Revolución francesa. Su ideología no tuvo un sentido reformista del orden anterior, porque en él

“no hay manera de conciliar lo que es con lo que debe ser, [...] de hacer simples reformas que, salvaguardando lo adquirido, permitieran hacerlo evolucionar hacia un mejor estado de cosas. Hay tesis y antítesis”²²².

Destacó GARCÍA DE ENTERRÍA la influencia del pensamiento rusioniano en el revolucionario, porque

“esencial componente utópico de la Revolución viene, indudablemente, de los ilustrados, pero de manera especial de ROUSSEAU, cuya influencia determinante en

plètes, Paris, Gallimard, 1964. *Del contrato social*, Madrid, Taurus, 1969, con prefacio de E. TIerno GALVÁN; se cita por remisión al Libro y capítulo. BURDEAU, G., *Traité de science politique*, IV, Paris, LGDJ, 1970, pp. 82-87. CHARTIER, R., *Les origines culturelles de la révolution française*, Paris, Seuil, 1990, pp. 95-115. DERATHÉ, R., *J.-J. Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, PUF, 1950. DURKHEIM, E., “Le ‘Contrat social’ de Rousseau. Histoire du livre”, *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1 y 2, 1918, pp. 1-23 y 129-161. IGLESIAS, M. C., *Razón y sentimiento en el siglo XVIII*, Madrid, Real Academia de la Historia, 1999. LEVY-STRAUSS, C., *Jean-Jacques Rousseau, fundador de las ciencias del hombre*, México, Siglo XXI, 1979. MANDOLFO, R., *Rousseau y la conciencia moderna*, Buenos Aires, EUDEBA, 1967. MORRIS, CH. W., *The Social Contract Theorist: Critical Essays on Hobbes, Locke and Rousseau*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1999.

220. Citado por CASSIRER, E., *Kant, vida y doctrina*, México, FCE, 1997, p. 111.

221. THOMANN, M., “Origines et sources doctrinales de la Déclaration des droits”, en *Droits*, 8, 1989, pp. 65-66.

222. GROETHUYSEN, B., *J.-J. Rousseau*, México, FCE, 1985, p. 245.

la doctrina revolucionaria es bien conocida. Es el mito de la libertad, taumátúrgicamente introducido en la construcción del orden político a través del concepto de voluntad general, que permite ‘obedeciendo a todos obedecerse en realidad a sí mismo’. Sería, pues, la restitución de la libertad humana originaria, corrompida por siglos de abuso y de despotismo”²²³.

3.3.1. *De la sociedad natural a la civil por medio del pacto*

ROUSSEAU afirmó que el pacto fundamenta la organización social a partir del hecho de que “el hombre ha nacido libre, y no obstante está encadenado”²²⁴. Se cree señor de los demás seres, sin dejar de ser tan esclavo como ellos”. El hombre primitivo en estado de naturaleza, el “buen salvaje”, vive aislado con una bondad innata y una inocencia natural, que pierde cuando convive con otros en sociedad. Para recuperar su bondad se precisa la educación y el orden social, que es un “derecho sagrado que sirve de base a los demás” (Lib. I, Cap. I). Consideró la familia como una sociedad natural y el “primer modelo de las sociedades políticas” en las que el mando del poder sobre los miembros de aquellas sustituye al amor del padre a sus hijos (I, II).

Pero sólo el poder no sirve para fundar el orden social “si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber”, lo que se consigue por “las convenciones como base de toda autoridad legítima entre los hombres” (I, IV), que son “el acto por el que un pueblo es un pueblo” y fundamento de la sociedad (I, V): “Hallar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede así tan libre como antes. Tal es el problema fundamental al que el *contrato social* da la solución”. En este pacto “cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y recibe corporativamente a cada miembro como parte indivisible del todo”,

223. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, cit., p. 22.

224. DUGUIT, L., *Traité de Droit constitutionnel*, I, Paris, Rocard, 1927, p. 210, rechazó la idea afirmando que, “de hecho, el hombre nace miembro de una colectividad; ha vivido siempre en sociedad y no puede vivir más que en ella, el punto de partida de toda doctrina sobre el fundamento del derecho debe ser sin duda el hombre natural; pero el hombre natural no es el hombre aislado y libre de los filósofos del siglo XVIII; es el individuo unido por el vínculo de la solidaridad social”.

de tal modo que cuando “cada uno se une a todos [no obedece] más que a sí mismo, y queda tan libre como antes [porque cuando] se entrega a todos no se entrega a nadie” (I, VI). El pacto es revocable, porque

“no hay en el Estado ley alguna fundamental que no se pueda revocar, incluso el pacto social, porque si todos los ciudadanos se reúnen para romper este pacto de común acuerdo, no puede dudarse de que sería legítimamente roto” (III, XVIII).

Gracias a ello se mantiene la libertad dentro de la sociedad, pasando del estado de naturaleza al estado civil o de sociedad, que le proporciona una nueva naturaleza “al sustituir en su conducta el instinto por la justicia dando a sus acciones la moralidad de la que antes carecía”:

“lo que el hombre pierde por el contrato social es su libertad natural [...] lo que gana es su libertad civil y la propiedad de todo lo que posee. [...] la libertad, que no tiene más límites que las fuerzas individuales, de la libertad civil, limitada por la libertad general, y la posesión, efecto únicamente de la fuerza o derecho del primer ocupante de la propiedad, que solo puede fundarse en un título positivo. Se podría agregar a lo adquirido con el estado civil la libertad moral, que hace al hombre verdaderamente dueño de sí mismo, porque el impulso de los apetitos de la esclavitud, y la obediencia a la ley que uno mismo se prescribe es la libertad” (I, VIII).

Con el cambio de naturaleza que se deriva del pacto social

“la voz del deber sucede al impulso físico y el derecho al apetito, el hombre [...] se ve forzado a obrar de acuerdo con otros principios y a consultar a su razón antes de escuchar sus inclinaciones. Aunque en este estado se prive de muchas ventajas que le da la naturaleza, obtiene otras muy grandes: se ejercitan y desarrollan sus facultades, se ennoblecen sus sentimientos, su alma se eleva por entero” (I, VIII).

Para garantizar la libertad de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, el pacto exige un comportamiento leal y respetuoso con la voluntad general:

“El pacto social, para que no sea una vana fórmula, encierra tácitamente esta obligación [...] que aquel que rehúse obedecer a la voluntad general, será a ello obligado por todos; [...] se le obligará a ser libre, porque tal es la condición que, ofreciendo cada ciudadano a la patria, le libra de toda sumisión personal; condición que constituye el artificio y el juego de la máquina política y que legitima

las relaciones civiles, las cuales sin ella serían absurdas, tiránicas y expuestas a los mayores abusos” (I, VII).

El pacto que crea el cuerpo político lo hace también “soberano” y se manifiesta por su inalienable voluntad general que se plasma en la ley: “no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, no puede enajenarse, y que el soberano, que es un ser colectivo, no puede representarse sino por sí mismo, pudiendo el poder transmitirse, pero no la voluntad” (II, I). Además de inalienable por no poder representarla, considera que la soberanía es indivisible porque la mataría, infalible porque no puede actuar contra sí misma, y absoluta, aunque con el límite de no perjudicar a los derechos de los ciudadanos.

ROUSSEAU consideró un artificio la representación por diputados en una asamblea, porque

“la soberanía no puede representarse ni enajenarse, consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad general no se representa. [...] los diputados del pueblo no son, pues, ni pueden ser sus representantes; no son sino sus comisarios, que nada pueden concluir definitivamente. Toda ley que el pueblo en persona no ha ratificado es nula, no es una ley” (III, XV)²²⁵.

Defendió ROUSSEAU la democracia directa, sin “pandillas y asociaciones parciales a expensas de la total, la voluntad de cada una de estas se convierte en general respecto de sus miembros y particular respecto del Estado; puede entonces decirse que no hay ya tantos votantes como hombres, sino como asociaciones” (II, III)²²⁶. La voluntad general es la soberanía absoluta, porque “el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos, y este poder es el que, dirigido por la voluntad general, lleva el nombre de soberanía” (II, IV).

225. El artículo 2 de la Constitución de 1791 estableció la representación de la Nación por delegados y su carácter representativo: “los representantes son el cuerpo legislativo y el Rey”, como había previsto Montesquieu.

226. ROSANVALLON, P., *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, 2004, p. 66, valorando la concepción de Rousseau afirma: “Relacionado con la estigmatización de la entropía representativa, la perspectiva de una democracia directa remite a la utopía de un pueblo activo continuamente, a la vez legislador y magistrado. La idea de una democracia inmediata corresponde a otra cosa. Significa que el pueblo puede expresarse como cuerpo, como conjunto que tiene un sentido claro y adopta forma con evidencia. La democracia directa rechaza la delegación, el principio de una acción y de una palabra por otra. La democracia directa busca eliminar los mecanismos de sustitución que ponen al representante en el lugar del representado”.

3.3.2. *La voluntad general y la ley*

Para el autor ginebrino “el objeto de la Ley debe ser general, así como la voluntad que la dicte, y es esta doble universalidad la que atribuye carácter a la Ley” (II, IV). Existe voluntad general cuando el objeto también lo es, por lo que no existe sobre uno que sea particular. De modo que

“cuando todo el pueblo estatuye sobre todo el pueblo, no se considera sino a sí mismo [...] entonces la materia estatuida es general, como la voluntad que decide. Este acto es el que llamo ley. Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera a los súbditos en conjunto y a los actos como abstractos; jamás a un hombre como individuo ni a un acto particular. [...] en una palabra, toda función que se refiera a un objeto individual no corresponde al poder legislativo. [...] reuniendo la ley la universalidad de la voluntad y del objeto, [...] lo que ordena el soberano sobre un objeto particular tampoco es una ley, sino un decreto, ni un acto de soberanía”.

Identificó la ley con la voluntad general, a la que se ha de acomodar el poder, porque las Leyes

“son actos de la voluntad general, pero el Príncipe no está por encima de las leyes porque es un miembro del Estado; ni la Ley puede ser injusta, porque nadie lo es hacia sí mismo y se puede ser libre y estar sujeto a las leyes, porque las leyes son registros de nuestras voluntades. [...] Llamo República al Estado regido por las Leyes. [...] En el estado civil todos los derechos los fija la Ley” (II, VI)²²⁷.

Entiende que es el pueblo quien debe dictar sus propias leyes, porque “solo a los asociados corresponde reglamentar la sociedad”, aunque considera precisa la existencia de un legislador con el concurso “de las públicas luces [...] y de la voluntad en el cuerpo social”. No considera posible la injusticia de la ley, “puesto que nadie es injusto consigo mismo” (II, VI). La dificultad estriba en que

“para descubrir las mejores reglas de sociedad que convienen a las naciones, se necesitaría una inteligencia superior que conociera todas las pasiones humanas y no experimentase ninguna [...] Serían precisos dioses para legislar a los hombres. [...]

227. CHEVALIER, J.-J., “Jean-Jacques Rousseau ou l’absolutisme de la volonté générale”, *Revue Française de Science Politique*, 1953, pp. 5 y ss.

se hallan a la vez en la obra de la legislación dos cosas que parecen incompatibles: una empresa por encima de las fuerzas humanas y, para ejecutarla, una autoridad que no es nada” (II, VII).

ROUSSEAU justificó la pena de muerte, porque

“si la voluntad general dice a un individuo conviene que mueras, debe morir, porque solo merced a ella vivió en seguridad hasta entonces y su vida no es solo un beneficio de la Naturaleza, sino un don condicional del Estado” (II, IV).

3.3.3. *La división de poderes*

En la diferenciación entre los actos generales del poder legislativo y los particulares del poder ejecutivo, atribuye a este los “que no son propios de la ley y, por tanto, del soberano, todos cuyos actos son leyes”. El gobierno “es solo ministro” del soberano y “agente propio que la reúna y la aplique (la fuerza) según las direcciones de la voluntad general” (III, I). Afirmó la separación entre la soberanía del legislativo y la instrumentalidad del ejecutivo: “el poder legislativo es el corazón del Estado; el ejecutivo es su cerebro, que da movimiento a todas las partes” (III, XI).

El ejecutivo nace de la ley para su ejecución, porque “el poder ejecutivo no es otra cosa que la fuerza aplicada a la ley” (III, XV): “el soberano estatuye que se establece un cuerpo de gobierno con tal o cual forma; este acto es una ley” (III, XVII). El gobierno es “un cuerpo intermedio establecido entre los súbditos y el soberano para su mutua correspondencia, encargado de la ejecución de las leyes y del mantenimiento de la libertad, así civil como política. [...] Llamo, pues, República a todo Estado regido por las leyes [...] gobierno o suprema administración al ejercicio legítimo del poder ejecutivo” (III, I). El déspota actúa por encima de las leyes (III, VI). La función instrumental que reconoce al poder ejecutivo le hace reiterar

“que los depositarios del poder ejecutivo no son amos del pueblo, sino sus empleados; que (el gobierno) puede nombrarlos y destituirlos cuando le plazca; que no les corresponde contratar, sino obedecer, y que, encargándose de las funciones que el Estado les confía no hacen más que cumplir su deber de ciudadanos, sin tener derecho a discutir las condiciones” (III, XVIII).

ROUSSEAU manifestó su desconfianza hacia el poder ejecutivo por su tendencia a actuar “sin cesar contra la voluntad general, así el gobierno hace un esfuerzo continuo contra la soberanía. Cuanto más aumenta este esfuerzo, más se altera la constitución” (III, X).

3.3.4. *El reino y la santidad de la ley en la religión civil*

Afirmó ROUSSEAU que el “reino de la Ley” se produce por el establecimiento de “una forma de gobierno que ponga la Ley por encima del hombre”, porque “un pueblo libre obedece, pero no sirve; tiene jefes, pero no dueños: obedece a las Leyes, pero nada más que a las Leyes, y es por la fuerza de las Leyes por lo que no obedece a los hombres. [...] Un pueblo es libre, sea cual sea la forma de su gobierno, cuando en quien gobierna no ve al hombre, sino al órgano de la Ley”²²⁸. Hasta el punto de que “no existe libertad sin Leyes, ni nadie está por encima de ellas [...] En una palabra, la libertad sigue siempre la suerte de las Leyes, reina o perece con ellas; no conozco nada más cierto”.

El respeto a la ley como expresión de la voluntad popular forma parte de la “religión civil” que defendió ROUSSEAU. Se basa en que

“importa al Estado que cada ciudadano tenga una religión que le haga amar sus deberes; pero los dogmas de esta religión no le interesan ni al Estado ni a sus miembros sino en tanto que estos dogmas se refieren a la moral y a los deberes que aquel que la profesa está obligado a cumplir respecto a los demás. Cada cual puede tener, por lo demás, las opiniones que le plazca, sin que necesite enterarse de ello el soberano; porque como no tiene ninguna competencia en el otro mundo, cualquiera que sea la suerte de sus súbditos en la vida postrera no es asunto que a él competa, con tal de que sean buenos ciudadanos en esta”.

Los artículos de la fe civil los fija el soberano “no precisamente como dogmas de religión, sino como sentimientos de sociabilidad, sin los cuales es imposible ser buen ciudadano ni súbdito fiel. No puede obligar a nadie a creerlos, pero puede desterrar del Estado a cualquiera que no los crea; puede desterrar-

228. ROUSSEAU, J.-J., “Lettres écrites de la Montagne”, VIII, citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Administración Pública...”, *cit.*, p. 569; *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza, 1999, pp. 125-126.

los, no por impíos, sino por insociables, por incapaces de amar sinceramente las leyes, la justicia, e inmolar la vida, en caso de necesidad, ante el deber”. Se trata de una actitud de respeto a la sociedad, a los principios y valores que la fundamentan y permiten la convivencia:

“Quisiera que hubiera en cada Estado un código moral, o una especie de profesión de fe civil, que contuviera positivamente las máximas sociales que cada uno estuviera obligado a admitir. [...] Así, toda religión que se acomodara al código sería admitida: toda la que no se acomodara, sería proscrita; y cada uno sería libre de no tener ninguna otra que el mismo código”²²⁹.

Los dogmas de la religión civil, que “la moral y los deberes que el que profesa está obligado a cumplir respecto de los demás”, los concretó distinguiendo entre los positivos y los negativos. Son dogmas positivos de la religión civil: “la existencia de la Divinidad poderosa, inteligente, bienhechora, previsora y providente; la vida futura, el bienestar de los justos, el castigo de los malvados, la santidad del contrato social y de las leyes”²³⁰. El dogma negativo es “la intolerancia, que entra en los cultos que hemos excluido”, y son inseparables la intolerancia civil y la religiosa, de modo que

“no existe ni puede existir religión nacional exclusiva, se deben tolerar todas aquellas que toleran a las otras, mientras sus dogmas no tengan nada contrario a los deberes del ciudadano. Pero cualquiera que se atreva a decir fuera de la Iglesia no hay salvación, debe ser echado del Estado, a menos que el Estado no sea la Iglesia y que el príncipe no sea el pontífice. Tal dogma no conviene sino a un gobierno teocrático en cualquier otro es pernicioso” (IV, VIII).

229. ROUSSEAU, J.-J., “Lettre à Voltaire”, en *Œuvres complètes*, IV, Paris, Gallimard, 1969, p. 1.073.

230. BOURDIEU, P., *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*, Barcelona, Anagrama, 1997, p. 106, sostuvo que “la acción unificadora del Estado en materia de cultura es elemento fundamental del Estado-Nación” con la conversión de los individuos en ciudadanos dotados de los medios culturales que les permitan ejercer sus derechos, por medio de los “fundamentos de una verdadera religión cívica, y más precisamente, los presupuestos fundamentales de la imagen (nacional) de uno mismo”. FURET, F., *La Gauche et la Révolution française au milieu du XIX^e siècle. Edgar Quinet et la question du Jacobinisme (1865-1870)*, Paris, Hachette, 1986, p. 19, expone la preocupación por identificar estas virtudes con las propias del cristianismo y su relación con el igualitarismo revolucionario, como recogen TOCQUEVILLE, MICHELET y otros historiadores de la Revolución. En 1789 el *abbé* Claude FAUCHET escribió su libro *De la religion nationale*, y en 1847 CABET, E., *Le vrai Christianisme suivant Jésus-Christ*. SAINT SIMON escribió en 1825 el *Nouveau Christianisme*.

La idea de la religión civil se convirtió en uno de los referentes ideológicos del liberalismo y de la concepción laica de la sociedad, que se fue imponiendo durante el siglo XIX:

“El punto de partida de los partidarios de la religión civil es la convicción de que hombres de distintas confesiones religiosas e ideológicas pueden participar en pie de igualdad en un proceso político que, en el absoluto respeto de la libertad de conciencia, favorezca el progreso y el bienestar de la nación. Con la sacralización de valores inmanentes, aunque a menudo auténticos, la religión civil genera y favorece un comportamiento civil íntegro y honrado y el desarrollo de sentimientos ciertamente positivos y de alto valor ético, como el amor a la patria, la justicia, la solidaridad entre compatriotas, el compromiso por el bien común, etc. Actualmente la religión civil se fundamenta cada vez más en una ética postconfesional, demócrata-liberal, que considera a la religión como un asunto privado, estrictamente separado de la vida pública y privada. Esta privatización de la religión del ciudadano por una parte, y la insistencia en su capacidad de hacer política por otra parte, componen dos polos de una relación de tensión dentro del Estado liberal, en el que este ciudadano percibe sus propias obligaciones”²³¹.

Destaca CHEVALLIER que el dogma de la santidad de la Ley en ROUSSEAU

“participa verdaderamente del carácter de lo sagrado; siente hacia ella un respeto religioso. Sabemos que su corazón herido ve en ella, en su generalidad, en su impersonalidad, el único remedio al capricho, a la arbitrariedad de los hombres particulares detentadores del Poder. Únicamente a la ley se deben la justicia y la libertad”²³².

Este carácter sagrado de la ley se plasmó en la Declaración de derechos de 1793 al atribuirle la misión de protectora de la libertad, que “tiene por principio la naturaleza, por regla la justicia, por salvaguardia la ley”.

231. WATERLOT, G., *Rousseau. Religion et politique*, Paris, PUF, 2004. PETER, E., “Religione civile e religione religiosa”, *Seminario del Centro de Estudios sobre las Nuevas Religiones (CESNUR)*, Turín, 14 de enero de 1992; recogido en INTROVIGNE, M., *Tra leghe e nazionalismi*, Milán, Effedieffe, 1992. RIZZI, L., *Liberalismo etico e religione civile in Rousseau*, Milán, Edizioni Franco Angeli, 1997. Sobre la religión civil en los EE.UU.: BELLAH, R., “Civil Religion in America”, en BELIEF, B., *Essays on religion in a Post-Traditional World*, Nueva York, Harper & Row, 1970; BELLAH, R. y GREENSPAHN, F. E., *Uncivil Religion, Interreligious Hostility in America*, Nueva York, Crossroad, 1987.

232. CHEVALLIER, J.-J., *Los grandes...*, cit., p. 157.

La santidad de la ley como dogma de la religión civil vincula a ROUSSEAU con las posiciones de LOCKE y MONTESQUIEU sobre un esquema de Estado que, como expuso GARCÍA DE ENTERRÍA, se basaba en las leyes, los Tribunales y el orden público.

4. La Revolución Francesa

Los principios de la ideología de los autores expuestos suponían una ruptura total con el orden del Antiguo Régimen, que se plasmaron en el acontecimiento histórico que conocemos como la Revolución Francesa²³³. Fue “uno de los más grandes y decisivos momentos de la historia. Nunca antes había intentado el pueblo de un extenso y populoso país reorganizar su sociedad en base al principio de soberanía popular”²³⁴. Como expuso LABOULAYE, la Revolución fue política y social, porque transformó la sociedad entera,

“no un gobernador o un rey por un presidente: la monarquía, la nobleza, el clero fueron cambiados radicalmente. Se transformó la condición del suelo y las personas, la administración, las finanzas, la justicia, la policía, la educación, el ejército, la marina, las leyes civiles y criminales, todas estas instituciones establecidas por la realeza, cayeron con ella; nada quedó del antiguo edificio, todo se arruinó. De sus escombros salió una nueva sociedad, separada del mundo antiguo por un abismo infranqueable. Nada queda de la Francia monárquica; es preciso reconocer, sean cualesquiera nuestras pretensiones, que todos datamos de 1798”²³⁵.

La Revolución produjo “un tajo decisivo entre lo que a partir de entonces se llamaría, muy justamente, el Antiguo Régimen y el nuevo orden político y social que pretendió crearse sobre fundamentos enteramente nuevos. [...]

233. BERTIER DE SAUVIGNY, G. DE, *Historia de Francia*, Madrid, Rialp, 1986. BOIS, J.-P., *La revolución francesa*, Madrid, Historia 16, 1989. CARON, J.-C., *La nation, l'État et la démocratie en France de 1789 à 1914*, Paris, A. Colin, 1995. DUBY, G. (dir.), *Histoire de France*, Larousse, 1971. PLANHOL, X. DE, *Géographie historique de la France*, Paris, Fayard, 1988. TULARD, J., FAYARD, J. F., PIERRO, A., *Histoire et dictionnaire de la Révolution française 1789-1799*, Paris, Robert Laffont, 1987. VICENS VIVES, J., *Historia general moderna*, II, Barcelona, Montaner y Simón S.A., 1971, pp. 147-291.

234. MCPHEE, P., *La Revolución Francesa, 1789-1799*, Barcelona, Crítica, 2003, p. 7.

235. LABOULAYE, E.-LEFEBVRE DE, R., *La Révolution...*, cit., p. 8.

rectificar la historia entera de la humanidad, fundar un orden político y social completamente nuevo, capaz de establecer una nueva etapa de la trágica evolución humana y asegurar para el futuro una felicidad segura e inmarchitable”. Sus postulados básicos fueron la libertad y la igualdad por la eliminación de los privilegios y su proclamación en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano²³⁶. Como expuso Elías DÍAZ:

“La Revolución Francesa, revolución de la burguesía, marca el fin del antiguo régimen absolutista y el comienzo de la instauración de los regímenes liberales; sociológicamente significa el paso de una sociedad estamental a una sociedad clasista. Desde un punto de vista institucional jurídico, con ella se generaliza la fórmula de lo que después se llamaría en seguida Estado de Derecho”²³⁷.

En el orden político, jurídico e institucional el absolutismo de origen divino fue sustituido por el de la libertad y la igualdad de las personas convertidas en ciudadanos titulares de derechos, sujetos activos en la toma de decisiones y atribución del poder que nacía de la nación titular de la soberanía. En Francia la nación era sinónimo de pueblo en 1789, como expuso SIÈYÈS:

“un corps d’associés vivant une loi commune et représentés par la même législateur. La describió con relación a las instituciones de la soberanía nacional: tous les pouvoirs publics, sans distinction, sont une émanation de la volonté générale; tous viennent du peuple, c’est a dire, de la nation. Ces deux termes doivent être synonymes”²³⁸.

236. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, cit., pp. 18 y 20.

237. DÍAZ, E., *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, EDICUSA, 1972, p. 24. LENIN, V. I., “El izquierdismo, enfermedad infantil del comunismo”, *Obras Completas*, XXXIII, Madrid, Akal, 1978, p. 191, expone que la revolución se produce cuando las masas explotadas toman conciencia de la necesidad de superar su situación: “para que tenga lugar una revolución es indispensable que los explotadores no puedan seguir viviendo y gobernando como antes. Sólo cuando *los de abajo* no quieren vivir como antes y *los de arriba* no pueden continuar como antes, puede triunfar la revolución”.

238. SIÈYÈS, E., *Préliminaire de la Constitution, Reconnaissance et exposition raisonnée des Droits de l’Homme et du Citoyen. Lu les 20 et 21 juillet 1789, au Comité de Constitution*, Paris, Baudoïn, 1789, p. 23. BASTID, P., *Sieyès et sa pensée*, Genève, Slatkine Reprints, 1978. BREDIN, J.-D., *Sieyès. La clé de la Révolution française*, Paris, Fallois, 1988. GUILHAUMOU, J., “Nation, individu et société chez Sieyès”, *Genèses*, 26, 1997, pp. 4-24; *Sieyès et l’ordre de la langue. L’invention de la politique moderne*, Paris, Kimé, 2002. MÁIZ, R., “Estado constitucional y gobierno representativo en E. Sieyès”, *REP*, 72, 1991, pp. 57 y ss.

La nación titular de la soberanía era la colectividad indivisible de los ciudadanos, que son el pueblo en cuanto unidad corporativa de personas iguales, incompatible con los privilegios y las distinciones sociales, que solo podían basarse en el principio del mérito. La nación se personificó en el Estado, que terminó siendo el titular de la soberanía²³⁹. La Constitución de 1791 (tit. III, art. 1) estableció la soberanía de la Nación y la de 1873 hizo de la “universalidad de los ciudadanos franceses” el pueblo soberano (art. 7).

Su trascendencia está demostrada y ha sido uno de los puntos de inflexión o cambio de paradigma del comportamiento humano y social, del cambio político y de la realidad institucional cuyos principios y efectos todavía afectan a la humanidad. Como reconoció FICHTE, “la Revolución francesa interesa [...] a toda la humanidad”²⁴⁰.

Así fue porque disolvió el orden anterior y en particular el principio del poder absoluto de origen divino, fuente de Derecho no sujeto al mismo (*princeps legibus solutus est*), origen y administrador de la Justicia, actuando sobre una sociedad organizada en estamentos jerarquizados y unas personas sometidas y súbditas. El orden jurídico experimentó una transformación en su fuente, sistema y destinatario, porque

“a la unidad formal del orden político y jurídico del Estado absolutista suceden toda una serie de separaciones objetivas en la estructura de tales órdenes [...] con lo que surgen objetos perfectamente individualizados dentro de la unidad del orden jurídico-político, los cuales como tales objetos autónomos, exigen también un tratamiento autónomo”²⁴¹.

La Revolución introdujo en la sociedad francesa

“los principios de libertad y, sobre todo, de igualdad, que no existían en las antiguas instituciones, fundadas sobre los principios de orden, jerarquía, subordinación. Hizo preciso proseguir esta transformación en las menores ramas: reformar

239. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, I, Paris, Sirey, 1922, p. 14. REDOR, M.-J., *De l'Etat legal...*, cit., pp. 35-48.

240. FICHTE, J. G., *Considérations destinées à rectifier le jugement du public sur la Révolution française*, Paris, Payot, 1974, p. 79.

241. GARCÍA PELAYO, M., “Derecho Público”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, I, Barcelona, Seix, 1950, pp. 979 y ss.

la monarquía, separar la Iglesia del Estado, cambiar la administración, inventar un nuevo derecho político, civil y criminal, y una nueva organización judicial. [...] Cada día, cada hora, vio nacer un decreto para acabar la caída del mundo antiguo y el advenimiento del nuevo. La historia de la legislación francesa de esta época es la misma historia de la Revolución”²⁴².

En el desarrollo histórico de la Revolución se distinguen varias fases que, como toda división de un período histórico complejo, puede tener muchas otras versiones más matizadas:

a) La primera fue la tentativa de configurar una monarquía constitucional entre 1789 y 1791, a partir de la convocatoria de los Estados Generales el 24 de enero de 1789, por la constitución del Tercer Estado en Asamblea Nacional el 17 de junio y su conversión en Asamblea Constituyente el 9 de julio. Corresponden a este período acontecimientos trascendentales como la toma de la Bastilla el 14 de julio, la abolición de los privilegios el 4 de agosto, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano el 26 de agosto de 1789 y la constitución civil del clero de 12 de julio de 1790. A partir de la constitución de la Asamblea Legislativa el 1 de octubre de 1791 se produjeron acontecimientos que terminaron con la caída de la monarquía, el fin de la Asamblea y el cambio de régimen.

b) La instauración de la República por la Convención Nacional, que se formalizó en la Constitución del año I (24 de junio de 1793), se produjo en un período convulso, con la guerra exterior y la revuelta interior, la formación del Comité de Salud Pública y el terror jacobino, que terminó con la caída de Robespierre el 9 termidor del año II (27 de julio de 1794). Durante el Directorio se votó el 5 fructidor del año II (22 de agosto de 1795) la Constitución del año III y se produjo el golpe de Estado bonapartista del 18 brumario del año VIII (9 de noviembre de 1799), que llevó a la Constitución de 22 frimario del año VIII (13 de diciembre de 1799).

c) El período cesarista del Consulado y el I Imperio (1799-1814). El primero se inició realmente con la Constitución del año VIII, convirtiéndose en vitalicio por la Constitución del 16 termidor del año X (4 de agosto de 1802). Su conversión en Imperio se plasmó en la Constitución del 28 floreal del año XII (18 de mayo de 1804), consagrando a Napoleón Bonaparte como empe-

242. LABOULAYE, E.-LEFEBVRE DE, R., *La Révolution...*, cit., p. 9.

rador el 11 frimario del año XIII (2 de diciembre de 1804). El Imperio duró hasta los votos de inhabilitación de 2 y 3 de abril de 1814.

Como expuso HAURIUO en la historia constitucional de Francia han existido tres corrientes. La primera fue la revolucionaria del gobierno por la Asamblea representativa. La segunda la directoria, consular e imperial, de carácter presidencial, constructora de un Estado fuerte basado en una sólida y centralizada administración, cuya legitimidad procedía de la consulta y apoyo popular directo por medio del plebiscito. La tercera fue la de los intervalos de régimen parlamentario²⁴³.

Esta historia revolucionaria ha sido objeto de diversas interpretaciones, como la cíclica, la del evolucionismo progresista, la dialéctica y la de los períodos homogéneos, a que se refiere GARCÍA PELAYO. Este autor, desde una perspectiva constitucionalista, establece un primer período de 1789 a 1875, caracterizado por la inestabilidad y los cambios bruscos; el segundo de 1875 a 1940, caracterizado por la estabilidad constitucional en que las tensiones políticas no se tradujeron en reformas constitucionales²⁴⁴. En el campo de la historiografía el debate sobre el origen y significado de la Revolución ha tenido una gran profundidad y se ha realizado desde perspectivas ideológicas muy distintas²⁴⁵.

La gran repercusión que la Revolución tuvo en las instituciones políticas y en Derecho, hasta el punto de configurar un orden jurídico a partir de nuevos paradigmas, justifica su estudio desde esta perspectiva²⁴⁶, porque “la Revolución y el Derecho forman evidentemente una pareja real”²⁴⁷. Se trata de acep-

243. HAURIUO, M., *Précis de Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923, pp. 325 y ss.

244. GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 1959, pp. 457-462.

245. DOYLE, W., *Les origines de la Révolution française*, Paris, Calmann-Lévy, 1988. SOLÉ, J., *La Révolution en questions*, Paris, Seuil, 1988, recoge las visiones de la Revolución de D. M. G. SUTHERLAND, G. LEFEBVRE, E. LABROUSSE, J. GODECHOT, F. FURET y D. RICHET, M. VOVELLE, G. CHAUSSINARD-NOGARET, A. SOBOUL, G. RUDÉ, R. COBB, J. TULARD, L. LEVY-LEBOYER, A. HUNT, M. COBBAN, M. OZOUF, *La Révolution française*, Paris, PUF, 1951. VOVELLE, M., *La Révolution française*, Paris, A. Colin, 2000.

246. LABOULAYE, E.-LEFEBVRE DE, R., *La Révolution...*, cit., p. 18: destaca la importancia del estudio de las instituciones, porque “esto no es la voz de un partido, la apología de una idea o de un hombre; es un juicio imparcial y todas las opiniones pueden comparecer ante este tribunal, donde se responde no de lo que se ha pensado, sino de lo que se ha hecho”.

247. PERTUE, M., “Révolution et Droit”, en *AHRF*, 2002, p. 1. LABOULAYE, E.-LEFEBVRE DE, R., *La Révolution...*, cit., p. 19, destacó que “los historiadores tienen poca afición por el de-

tar los consejos de MESTRE y GARCÍA DE ENTERRÍA de situar el Derecho en su marco histórico e ideológico, así como de acercarse a aquellos paradigmas, mayores o menores, al mismo tiempo que se supera la tendencia que ha dejado “inexplorado el campo de las relaciones entre el Derecho y la Revolución francesa, pues del mismo modo que la lectura marxista, la lectura política de la Revolución, centrada en el acontecimiento, ha rehusado que el Derecho ocupe la autonomía que le corresponde”²⁴⁸.

4.1. El espíritu de la Revolución según SAINT-JUST

4.1.1. *Los jacobinos*

El club y el partido de los jacobinos representaron la revolución dentro de la Revolución, por la radicalidad, dogmatismo e intolerancia de sus ideas hasta el punto de establecer la dictadura del terror y la salud pública, de modo que el término *jacobinismo* se ha identificado con la dictadura revolucionaria y la imposición ideológica por el terror a costa de la libertad²⁴⁹. MARX definió el jacobinismo como “el intento plebeyo de acabar la revolución burguesa”. Por el contrario, no solo fue un movimiento radical burgués, sino que los enemigos de ROBESPIERRE lo entendieron como la degeneración del espíritu de la Revolución por ser una dictadura sangrienta y una dominación autoritaria. Este significado originario ha dado paso a la identificación actual con el po-

recho, y no se dan suficiente cuenta del lugar que le corresponde en la historia moderna. Cuando relatan brillantemente la noche del 4 de agosto y la proclamación de la abolición de los privilegios, creen haber dicho bastante; pero a los que no creemos que se transforma una sociedad por un decreto, nos corresponde estudiar como y con que inmenso trabajo los Comités persiguieron el feudalismo y lo cazaron en su último refugio; como se reformó la legislación penal y aplicaron los principios de la libertad; como toda la nación recibió de las instituciones un nuevo principio y un nuevo espíritu”.

248. BEAUD, O., “Ouverture: l’histoire juridique de la Révolution française est-elle possible?”, en *Droits*, 17, 1993, pp. 3-18.

249. GASTON-MARTIN, F., *Les jacobins*, Paris, PUF, 1945. LEFORT, C., *Essais sur le politique*, Paris, Seuil, 1986. ROSANVALLON, P., *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, 2004. SIRINELLI, J.-F. y COUTY, D. (dirs.), *Dictionnaire...*, cit., pp. 813-814. GUILHAUMOU, J., “Jacobinisme”, en *Dictionnaire critique du marxisme*, Paris, PUF, 1985. VOVELLE, M., *Les jacobins. De Robespierre à Chevènement*, Paris, La Découverte, 1999.

der ejecutivo fuerte y el centralismo del poder²⁵⁰, contrapuesto a los modelos federales o descentralizados o, incluso, al mayor o menor protagonismo de la sociedad civil²⁵¹.

BURDEAU expone que “el jacobinismo expresa una concepción de las cosas de una gran importancia. Es la tendencia a reducir lo múltiple a la unidad; es el amor de la homogeneidad, el rechazo de la diversidad, de la diferencia; es la religión de la identidad”. En el campo social “la identidad es la igualdad al menos en apariencia [...] en materia de comportamiento, la identidad es la confusión de las virtudes privadas y públicas; y no es por azar si uno de los títulos de Robespierre para ser uno de los grandes hombres de los jacobinos era parecer personalmente irreprochable”. En el ámbito administrativo

“la identidad es el rechazo a admitir la existencia de una categoría de intereses públicos distintos de los de toda la nación. Entre los intereses privados, en los que se integran los propios del poder municipal, y los intereses colectivos que interpretan los poderes nacionales no existe, a sus ojos, ningún nivel intermedio”, lo que llevó a algunos a suprimir los que existieran entre el Estado y el municipio, dando una imagen de totalidad nacional en la “que el interés de cada parte es reducible al del todo”²⁵².

El nombre procede del convento de los dominicos de Saint Honoré, conocidos en París como jacobinos²⁵³, donde se ubicó el *Club Bretón*, convertido

250. BURDEAU, F., *Liberté, libertés locales chéries! L'idée de décentralisation administrative des Jacobins au Maréchal Pétain*, Paris, Cuias, 1983. Recoge que en la Asamblea Constituyente la derecha demandó un régimen centralista, invocando a algunos diputados y el proyecto de decreto de 23 de noviembre de 1789: “las asambleas administrativas que están instituidas en el orden del poder ejecutivo serán los agentes de este poder; depositarias de la autoridad del rey como jefe de la administración general, actuarán en su nombre y bajo sus órdenes y le estarán estrechamente subordinadas”.

251. ROSANVALLON, P., *Le modèle...*, cit., p. 432, afirma que “tras la denuncia recurrente de la sociedad bloqueada y de la herencia jacobina está la dificultad de pensar la democracia y su historia que no ha cesado de ocultarse de hecho. El lugar de los cuerpos intermedios ha sido cierta y notablemente revaluado, pero la democracia francesa no ha sido, por tanto, intelectualmente refundada. Si la primera organización jacobina ha sido fuertemente corregida, la cultura política de la generalidad queda en las mentes con todas sus consecuencias en términos de concepción de la soberanía o del interés general”. Alude el autor a la existencia del centralismo como efecto de un “jacobinismo reformado” (p. 245).

252. BURDEAU, F., “Pouvoir administratif...”, cit., p. 43.

253. Cuando se fundó en el siglo XIII dependía del convento italiano de *Saint-Jacques Alto passo* situado en Génova, que dio nombre al parisino y a la calle de la *Île de la Cité* en que se ubicó inicialmente, pasando en el siglo XVII a la calle Saint-Honoré.

en la “Sociedad de amigos de la Constitución”, de la que formaban parte unos doscientos diputados, que actuaron decididamente en el proceso revolucionario en todo el país junto con los clubs y sociedades locales. Su primer presidente fue el diputado bretón LE CHAPELIER²⁵⁴. Inicialmente eran burgueses, con un nivel de renta que hacía posible su elección, defensores de la monarquía constitucional, que fueron radicalizándose conforme otros sectores sociales se oponían a la transformación del Estado, alineándose con las demandas populares más radicales que las de la burguesía, como también ocurrió a una parte de la Iglesia y a algunos nobles. En julio de 1791 se separaron los más moderados para formar el *Club des Feuillants*, nombre del convento de los bernardos o religiosos fuldenses. Los burgueses jacobinos terminaron convertidos en fervientes demócratas y defensores hasta la muerte, propia y ajena, de los valores revolucionarios consagrados por la Declaración de Derechos del Hombre y por el eslogan revolucionario de “Libertad, Igualdad, Fraternidad”²⁵⁵.

La ideología jacobina plasmó los principios de ROUSSEAU²⁵⁶. Se fundamentó en la soberanía del Estado, el respeto de la Declaración de Derechos y la Constitución, la obediencia a la ley y la honestidad pública, impuesta por la

254. Conocido por el decreto de la Asamblea Constituyente de 14 de junio de 1791, que estableció el libre mercado suprimiendo las corporaciones de oficios y profesiones, y de 30 de septiembre de 1791, que al abolir las corporaciones y regular las actividades políticas, dispuso: “Ninguna sociedad, club, asociación de ciudadanos puede tener, en forma alguna, entidad política, ni ejercer acción o inspección alguna sobre los actos de los poderes constituidos y de las autoridades legales; sin que bajo ningún pretexto pueden aparecer con nombre colectivo, sea para formular peticiones o representaciones, para asistir a ceremonias públicas, o para cualquier otro objeto”. La ley D’Allarde de abril de 1790 suprimió los gremios. El artículo 291 del Código penal de Napoleón declaró ilegal toda asociación no autorizada de más de veinte personas.

255. BARRUEL, A., *Mémoires pour servir à l’histoire du Jacobinisme (1797-98)*, I, Hamburgo. P. FAUCHE, 1798-1799, en el Discurso Preliminar afirma: “Bajo el nombre desastroso de Jacobinos, en los primeros días de la Revolución francesa ha aparecido una secta que enseña que los hombres son todos iguales y libres; que en nombre de esa igualdad y de esa libertad creadoras de desorden atropella los altares y los tronos; que en nombre de esa misma igualdad y de esa misma libertad convoca a los pueblos a los desastres de la rebelión y a los horrores de la anarquía” (V). Los consideró el producto de la acumulación de las sectas de los “sofistas de la incredulidad”, de los “sofistas de la rebelión”, de los “sofistas de la impiedad y la anarquía”, que eran los ilustrados, todos ellos formaron los clubs de los jacobinos: “bajo este nombre, en lo sucesivo común a la triple secta, los adeptos reunidos continúan tramando su triple conspiración contra el altar, el trono y la sociedad” (XXII).

256. BOUDON, J., *Les jacobins. Une traduction idéologique et institutionnelle des principes de Jean-Jaques Rousseau*, Paris, LGDJ, 2006.

fe revolucionaria o por el terror. También en la exaltación de la Nación identificada en sus símbolos, la bandera e himno, y del concepto de Patria unida y uniforme en sus valores políticos y culturales, principalmente en cuanto a la unificación por la “lengua de la nación”, convertida en la “lengua del pueblo” y la desaparición de las lenguas antiguas de Francia, como defendió BARÈRE DE VIEUZAC ante el Comité de Salud Pública²⁵⁷. La libertad ciudadana y los derechos en que se concretaba permitirían el ejercicio directo de la soberanía popular en los municipios descentralizados y elegidos. La igualdad entre los ciudadanos y los pueblos condujo a la abolición de la esclavitud en 1794²⁵⁸. La fraternidad es la solidaridad activa y la distribución igualitaria de los bienes, aunque respetando la propiedad. Para que existan ciudadanos libres y activos consideraban precisa la educación de las personas por la enseñanza primaria obligatoria que se estableció en 1793.

Fue ROBESPIERRE quien dirigió la opción más radical y se hizo con el control del club, mientras sus miembros formaban parte activa de los movimientos revolucionarios a partir de agosto de 1791. El 22 de septiembre de 1792 la sociedad cambió su nombre por el de “Sociedad de los Jacobinos amigos de la libertad y la igualdad”, y se configuró como el espacio de encuentro de los contrarios a los moderados y girondinos de la Convención. Fueron decisivos en la condena y muerte del rey y en la caída de los diputados girondinos el 2 de junio de 1793. A partir de ese momento los jacobinos dirigieron la Convención con un control total del poder, salvo la comuna de París, en poder de los radicales dirigidos por HÉBERT, al que llevaron a la guillotina, con lo que lograron hacerse con el control de la ciudad.

Las reformas que introdujeron en el gobierno perseguían asegurar la acción política revolucionaria por medio del establecimiento de un poder fuerte y centralizado y de técnicas para imponerse a la sociedad. Organizaron el gobierno por medio de comités de la Asamblea con competencias concretas sobre guerra, socorros y trabajos públicos, instrucción pública, finanzas, etcétera. Los más importantes fueron el Comité de Seguridad General y el de Salud Pública. Los comités gobernaron Francia, dejando a los ministros en funcio-

257. LAPORTE, D., *Le français national*, Paris, Hachette, 1974. SCHLIEBEN-LANGE, B., *Idéologie, révolution et uniformité de la langue*, Liège, Mardaga, 1996.

258. GROSS, J.-P., “El liberalismo igualitario de los jacobinos”, en *Le Monde-diplomatique*, Julio-agosto, 1997.

nes secundarias, a veces como simples comisarios de aquellos. Las Comisiones ejecutivas eran prolongación del Comité de Salud Pública.

Aplicaron técnicas para imponer el poder y los principios revolucionarios en todo el país, asegurar la obediencia y castigar a los enemigos. Trataron de configurar una administración de personas fieles a la causa y dóciles al poder central, utilizando las depuraciones, los comisarios políticos que eran los “representantes en misión” por todo el territorio, los comités locales de vigilancia, los ejércitos revolucionarios, el control y la imposición de las decisiones²⁵⁹. La conocida “centralización jacobina” supuso la aplicación de la vigilancia y el control, la concentración de decisiones y responsabilidades para poner al servicio de la Revolución y bajo la dirección del gobierno a toda la organización administrativa del país. Fue una

“empresa de politización como jamás se había conocido, que elevó la función administrativa al rango de actividad misionera: salvar la República asegurando las subsistencias, persiguiendo a los sospechosos y preparando la victoria de los ejércitos. [...] Convertida en una máquina política no dispuso de los medios para afrontar las tareas ordinarias de gestión. En tiempos menos turbulentos, se hubiese actuado de otro modo, y las libertades locales y municipales no hubiesen sido tal maltratadas”²⁶⁰.

Las depuraciones de los enemigos de la Revolución fueron externas e internas, por cualquier crítica, separación o sospecha de abandono de la ortodoxia oficial, consideradas actitudes contrarrevolucionarias, y se exigió una entrega total a la causa revolucionaria en una actitud totalitaria²⁶¹. Todos ellos eran “malos ciudadanos”, que debían eliminarse porque, como declaró ROBESPIERRE, “el gobierno revolucionario debe a todos los buenos ciudadanos la protección nacional, y no debe a los enemigos del pueblo más que la muerte”. Los enemigos del pueblo eran quienes “pretender eliminar la libertad pública por la fuerza o por la aña-gaza”. En su propuesta a la Convención del 5 de febrero de 1794 sobre los “principios de moral pública que deben guiarla”, afirmó: “El

259. BURDEAU, F., *Histoire de l'administration...*, cit., pp. 58-61.

260. BURDEAU, F., *Histoire de l'administration...*, cit., p. 62.

261. MONTESQUIEU, *Pensamientos...*, I, cit., p. 417, al hablar de los gobiernos despóticos afirmó que la única condición para ello “es que existan pasiones violentas para establecerlos, todo el mundo es capaz de hacerlo”.

fundamento del gobierno popular en la revolución es simultáneamente la virtud y el terror; la virtud, porque sin ella el terror es funesto; el terror, sin el cual la virtud es impotente”. Su mesianismo quedó expresado en sus palabras:

“Ha comenzado la más bella revolución que haya honrado nunca a la humanidad; mejor dicho, la única que ha tenido un objeto digno del hombre, el de fundar al fin sociedades políticas sobre los principios inmortales de la igualdad, de la justicia y de la razón [...] la libertad del mundo será a la vez nuestra obra y nuestra recompensa”²⁶².

El mesianismo y el totalitarismo llevó a la depuración ideológica y física, constituyendo un claro precedente de las actitudes de los totalitarismos del siglo XX²⁶³, demostrando, una vez más, el fundamento de la opinión de ARISTÓTELES cuando dijo que “aquellos que piensan que toda la razón se encuentra en los principios de su partido, empujan la situación a los extremos”²⁶⁴. Como expuso TOLMAN:

“Robespierre no es más que el primero de los revolucionarios europeos que una vez en el poder, se convirtió en perseguidor encarnizado de la prensa de oposición, después de haber sido un defensor a fondo de la libertad de prensa bajo la antigua administración. Recogiendo el célebre sofisma lanzado en un periódico posterior de la revolución, el hecho mismo de pedir prensa libre, cuando la revolución ha triunfado, es contrarrevolucionario. Eso implica la libertad de combatir a la revolución: para adherirse no es necesario permiso especial. Y no puede haber libertad para combatir a la revolución”²⁶⁵.

Como se expondrá más adelante, a propósito de la Convención, el imperio del Terror que impusieron alcanzó a miembros del Club como DAN-

262. Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, cit., p. 24.

263. MCPHEE, P., *La Revolución...*, cit., p. 178, cita a Pierre CHAUNU, quien escribió en 1983: “El período jacobino no puede aparecer hoy más que como el primer acto, la primera piedra fundacional de una larga y sangrienta serie que se extiende desde 1792 hasta nuestros días, desde el genocidio franco-francés en el oeste católico hasta los gulags soviéticos, hasta la destrucción causada por la revolución cultural china y hasta el genocidio Khmer Rojo de Camboya”.

264. ARISTÓTELES, *Política*, V, IX. FERRY, L. y RENAUT, A., *Philosophie Politique: des droits de l'homme à l'idée républicaine*, Paris, PUF, 1985, p. 37, exponen el voluntarismo ético de los jacobinos que, como está históricamente verificado, tiene el riesgo de imponerlo por medio del terror.

265. TOLMAN, *Les origines de la démocratie totalitaire*, Paris, Calman Levy, 1966, p. 53.

TON²⁶⁶, DESMOULINS²⁶⁷ y otros críticos porque, en expresión de SAINT-JUST, *ce qui constitue une république, c'est la destruction totale de ce que lui est opposé*. Una conspiración interna llevó a la detención de ROBESPIERRE, SAINT-JUST, COUTHON y otros muchos el 9 termidor del año II (27 de julio de 1794), y fueron decapitados al día siguiente²⁶⁸. El 9 termidor del año II (12 de noviembre de 1794) se clausuró el club jacobino por decisión de la Convención, pasando a la clandestinidad. El nuevo *Club de Manège* fue el lugar de encuentro y de una nueva actividad que se vio frustrada por el golpe de Estado de BONAPARTE del 18 y 19 brumario del año VIII. No obstante, la ideología estuvo presente en muchos de los movimientos posteriores de 1830, 1840 y la Comuna.

4.1.2. *La obra de Saint-Just*

Luis Antonio León de SAINT-JUST fue un revolucionario y republicano que, como diputado de la Convención, intervino y votó en 1792 a favor de la ejecución inmediata del rey²⁶⁹. Formó parte del grupo montañés y participó en la elaboración de la Constitución del año I (1793). Miembro del club de los jacobinos, colaboró con ROBESPIERRE en el Comité de Salud Pública²⁷⁰, contribuyó a reorganizar los ejércitos del Este y del Norte y a reforzar su mo-

266. SAINT-JUST, L., *L'esprit...*, cit., p. 99: "Danton fut plus admirable par sa fermeté que par ses discours pleins de force".

267. SAINT-JUST, L. *L'esprit de la révolution et de la constitution de la France*, Paris, Éditions 10/18, 2003, p. 99: "Camille des Moulins, quelles que soient l'ardeur et la passion de son style, ne put être redouté que par des gens qui méritaient qu'on informât contre eux; l'orateur, d'ailleurs estimable, qui le dénonça, justifia le cri des tribunes, il était ami ou dupe de ceux qu'épouvantait le censure".

268. BRUNEL, F., 1794. *Thermidor. La chute de Robespierre*, Bruselas, Complexe, 1989.

269. Nació en Décize el 25 de agosto de 1767 y murió guillotinado en París el 28 de julio de 1794, con veintisiete años. Fue hijo de un oficial. Estudió en Soissons y Reims. Al estallar la Revolución abandonó los estudios de Derecho para participar activamente en ella y en la Guardia Nacional, de la que fue coronel con veintitrés años. En 1787 compuso una obra de teatro, *Arlequin-Diogenès*, y en mayo de 1789 publicó el poema *L'Organt*.

270. GROSS, J.-P., *Saint-Just, sa politique et ses missions*, Paris, Bibliothèque National, 1976. JAMET, D., *Robespierre y Saint-Just, o el Terror sin la virtud*, Barcelona, Luis de Caralt, 1990. LIÉ-NARD, A., *Théorie politique de Saint-Just*, Paris, 1976. OLLIVIER, A., *Saint-Just et la force des choses*, Paris, 1954. VELLAY, C., édition de SAINT-JUST, L., *Œuvres complètes*, Paris, 1908.

ral republicana, participando en el éxito de Fleurs. Recibió la denominación del “arcángel del terror”, por su rostro juvenil y su elegante porte y vestido, que testimonian los retratos de Proudhon y David. Su idealismo revolucionario le llevó a perseguir a cuantos entendía que se separaban de él, fuesen girondinos, herbetistas o dantonistas, y participó en la condena a muerte de sus dirigentes y antiguos compañeros. Fue uno de los “déspotas de la libertad y la Revolución”. Presidió la Convención entre el 19 de febrero y el 6 de marzo de 1794. Junto con su líder y amigo ROBESPIERRE fue condenado y guillotinado el 28 de julio de 1794, acusados de dictadores y enemigos de la República.

En toda su obra literaria, informes y discursos en la Convención demostró una preocupación por los más pobres, del mismo modo que el odio hacia la nobleza y los poderosos, identificándose con las masas parisinas de los *sans culottes*²⁷¹. ROBESPIERRE y SAINT-JUST reflejaron el jacobinismo más radical, que expusieron en los discursos y debates del club y la Asamblea, y en la actividad de gobierno en la Convención²⁷².

Las convicciones revolucionarias de SAINT-JUST le impulsaron a escribir y publicar en 1791 *L'esprit de la révolution et de la constitution de la France*²⁷³, obra en la que se aprecia su conocimiento de ROUSSEAU y MONTESQUIEU. Del primero tomó el contrato social, aunque no le perdonó que justificara la pena de muerte. Del segundo aceptó la división de poderes, el rechazo de despotismo, la necesidad de la moral y la virtud²⁷⁴. El libro se compone de un prólogo y tres partes. En la primera, sin título, se expone los orígenes de la Revolución; en la segunda, la naturaleza de la constitución e instituciones francesas. El título de la tercera se refiere al “estado civil de Francia, sus leyes y su relación con la Constitución”. En las ciento veinte páginas expone sus ideas con poca precisión y sistemática, invocando referentes clásicos y con un carác-

271. Sus discursos más conocidos son los pronunciados el 27 de diciembre de 1792 y el 9 de termidor del año II (27 de julio de 1794), con motivo de su condena.

272. ROBESPIERRE, M. DE, *El discurso jacobino en la Revolución Francesa*, Barcelona, Ariel, 1967.

273. Otras obras suyas fueron: *De la Nature, de l'état civil de la cité ou les règles de l'indépendance de gouvernement de 1771-1772* y *Les Fragmentes d'institutions républicaines de 1773*.

274. PLATANIA, M., “Virtù, repubbliche, rivoluzione: Saint-Just e Montesquieu”, en FELICE, D. (dir.), *Poteri, democrazia, virtù. Montesquieu nei movimenti repubblicani all'epoca della Rivoluzione francese*, Milán, Franco Angeli, 2000, pp. 11-44.

ter de difusión ideológica para adoctrinar en los principios revolucionarios por medio de afirmaciones y aforismos que los recogen, más que en una exposición razonada como la de los autores precedentes. A veces se hacen referencias a acontecimientos y personajes del momento con una descripción épica, tal y como la apreciaban sus coetáneos. No obstante, invocamos la obra en cuanto testimonio vivo de un protagonista de los hechos, que nos ayuda a entender la influencia de las doctrinas invocadas anteriormente y la configuración del régimen revolucionario, aunque la práctica jacobina del terror fue mucho más radical y despótica.

Se encuentran en su obra los conceptos de la doctrina revolucionaria jacobina: el *Deísmo*, representado por el “Ser Supremo” como principio general, impersonal y no revelado, absoluto moral en el que se basa la virtud ciudadana; la *División del Poder*, y el *Legicentrismo*, basando el nuevo orden en la voluntad soberana que se expresa en la ley. También recoge una concepción humanista e igualitaria, un moralismo virtuoso, la consideración de la persona y sus derechos individuales, la fraternidad universal en la libertad y la justicia, todo ello en la mejor línea ilustrada.

En el prólogo advierte SAINT-JUST que en la revolución entre el pueblo y el príncipe se ha “buscado a sí mismo y, como miembro del pueblo soberano, he querido saber si era libre, y si la legislación merecía obediencia; con este propósito he indagado sobre el principio de armonía de nuestras leyes y en modo alguno afirmaré, como MONTESQUIEU, *que he encontrado sin cesar nuevas razones para obedecer*, sino que las he hallado para creer que solo obedeceré a mi virtud”. Advierte de que “no esperemos de él ni adulación, ni sátira, he dicho de buena fe lo que pienso. Soy muy joven [tenía veinticuatro años], he podido pecar contra la política de los tiranos, censurar leyes famosas y costumbres recibidas; pero, porque soy joven, me parece que estoy más cerca de la naturaleza”²⁷⁵. Esta no es la obra del jacobino de poco tiempo después, sino la de un moderado partidario de la monarquía constitucional, que reconoce la aristocracia y le atribuye un papel en la división de poderes, sin declararse igualitarista furibundo y, paradójicamente con su conducta posterior, contrario a la pena de muerte, que aplicó al rey, a los enemigos contrarrevolucionarios y a sus compañeros de la Convención.

275. SAINT-JUST, L., *L'esprit...*, cit., p. 8.

A) *Estado de naturaleza y contrato político*

“Quiero saber qué es la independencia del hombre en el estado de naturaleza y qué es su libertad en la sociedad. En la ley de la naturaleza el hombre solo es dependiente cuando comienza a civilizarse sin principios, y en la sociedad el hombre no es esclavo más que cuando prefiere a su conservación los placeres y la dicha” (IV, I).

Juramento y contrato político:

“El que se presta en Francia es el vínculo del contrato político; es para el pueblo un acto de consentimiento y obediencia; para el cuerpo legislativo, el testimonio de la disciplina; para el monarca, el respeto de la libertad, así la religión es el principio del gobierno, se dirá que está extrañamente debilitada entre nosotros; estoy de acuerdo en ello, pero afirmo que la vergüenza del perjurio queda todavía cuando la piedad no existe, y que tras la pérdida de la religión, un pueblo conserva todavía el respeto por sí mismo, que le conducen a ello si sus leyes le llevan a restablecer sus costumbres” (p. 74) (III, XXII).

B) *Los principios de la Revolución*

El principio fundamental es el hombre y sus derechos:

“Los antiguos legisladores hicieron todo por la república, Francia lo ha hecho todo por el hombre [...] Los derechos del hombre afirman a Francia; aquí la patria se entrega a sus hijos [...] la patria renuncia a la gloria por el reposo de sus hijos y solo les pide su conservación” (II, II).

“En Francia, la constitución es la libertad; la igualdad, la justicia; el espíritu público, la soberanía, la fraternidad, la confianza; la opinión, la nación, la ley y el rey” (II, XII).

Igualdad:

“El espíritu de la igualdad no es otra cosa que el hombre pueda decir a otro: soy tan poderoso como tú. [...] que cada individuo es una parte igual de la soberanía, es decir del todo” (II, III). “Cuando todos los hombres sean libres, serán iguales; cuando sean iguales, serán justos. La honestidad procede de sí mismo” (V, X).

Democracia:

“El principio de la democracia francesa es la aceptación de las leyes y el derecho de sufragio. [...] El principio del sufragio es la soberanía, toda ley que la violara

es tiranía. El derecho que se atribuyen las administraciones (gobiernos) de sacar las asambleas fuera de su territorio es tiranía. El poder que se atribuyen los administradores (gobernantes) de enviar a las asambleas del pueblo comisarios o de adquirir un rango es tiranía; matan la libertad, que es la vida, y llaman a la decencia y la calma, que son la muerte” (II, V).

La justicia:

“Es el espíritu de todo lo que es bueno, y el colmo de la sabiduría, que, sin ella, no es más que artificio y no puede prosperar largo tiempo. El fruto más dulce de la libertad es la justicia, es la guardiana de las leyes, las leyes son la patria” (II, III).

La libertad de prensa:

“Es la del espíritu humano y uno de los resortes de la libertad civil liberadora de la opresión” (IV, XIII).

C) *La Constitución*

“La constitución es el principio y el nudo de las leyes, toda institución que no emane de la constitución es tiranía; por eso las leyes civiles, las leyes políticas, las leyes del derecho de gentes deben ser positivas, y no dejar nada a las fantasías o a las presunciones del hombre” (III, I).

“La virtud es de tal modo el alma de una constitución, que forma el carácter nacional, que todo es patria y religión” (IV, XI).

D) *La soberanía del pueblo se manifiesta en la ley*

“Para que un Estado se mantenga necesita una fuerza común, esa fuerza es el poder; para que este poder se mantenga, tiene necesidad de leyes que regulen sus infinitas relaciones; para que estas leyes se conserven, es preciso que la sociedad tenga costumbre y actividad, o está próxima la disolución del poder” (IV, I).

“Cuando un pueblo es libre establece leyes sabias y ha hecho su revolución; si estas leyes son propias del territorio, la revolución permanece” (II, I).

“La servidumbre consiste en depender de leyes injustas; la libertad, en leyes razonables; la licencia, de sí mismo. Sabía bien que los belgas no serían nunca libres, no se dieron nunca leyes” (II, III).

“Un pueblo es libre cuando no puede ser oprimido ni conquistado, igual cuando es soberano, justo cuanto está regulado por las leyes” (II, III).

“Las leyes francesas son buenas en cuanto hacen que la sociedad gane y que el poder gaste” (IV, I).

“Cuando las leyes rigen solas con vigor, el gobierno no es débil ni severo” (IV, VII).

“Las leyes no son solo convenciones, la sociedad es una en ellas: las leyes son las relaciones posibles de la naturaleza de esta convención” (IV, VIII).

“Las leyes tienen el rango de Dios, de la naturaleza y del hombre, pero no deben nada a la opinión y deben doblegar todo a la moral y doblegarse ellas mismas” (IV, X).

E) *División de poderes*

“Francia ha asociado la democracia, la aristocracia y la monarquía; la primera forma la sociedad civil, la segunda el poder legislativo, y la tercera el poder ejecutivo. [...] Era preciso que los poderes fuesen modificados de tal modo que ni el pueblo, ni el cuerpo legislativo, ni el monarca tuviese un ascendente tiránico. Es preciso un príncipe en este gran imperio; la república solo conviene a un territorio pequeño. Cuando Roma se engrandeció tuvo necesidad de magistrados con una autoridad inmensa” (II, I).

“Se ha dicho que, allí donde los poderes no están separados, no habrá constitución; se puede añadir que, allá donde los hombres sean socialmente iguales, no existiría en modo alguno armonía. [...] La aristocracia de Francia, mandataria de la soberanía nacional, hace las leyes a las que obedece, y que el príncipe hace ejecutar; regula los impuestos, determina la paz y la guerra; el pueblo es monarca sometido y sujeto libre. El poder legislativo es permanente, los legisladores cambian cada dos años” (II, VI).

“La libertad, la igualdad y la justicia son los principios necesarios de lo que no está depravado, todos los acuerdos descansan en ellas [...] la nación ha recibido lo que le convenía de la libertad para ser soberana; la legislación se ha convertido en popular por la igualdad, la monarquía ha conservado el poder del que tenía necesidad para ser justo. [...] la democracia constituye, la aristocracia hace las leyes, la monarquía gobierna. Todos los poderes nacen de estos principios y se elaboran sobre su base inamovible; la libertad los ha hecho nacer, la igualdad los mantiene, la justicia regula su uso. [...] las leyes mandan solas, sus ministros se controlan los unos a los otros y todos juntos en la opinión, que es el espíritu de los principios” (II, X).

“Un cuerpo social tiene marcadas sus proporciones cuando los poderes no son igualmente separados el uno del otro, cuando el pueblo demasiado alejado de su soberanía está demasiado cerca del gobierno o muy sometido, de modo que se resiente sobre todo de la obediencia más que de la virtud o de la fidelidad, que el poder legislativo es demasiado próximo de la soberanía y demasiado distante del pueblo, de

modo que este sea inclusivamente representado, y que el príncipe en fin demasiado apretado entre la legislación y el pueblo, de manera que está como arrugado por uno, y oprimido por el segundo que no le sirve más que para rechazar” (V, X).

a) Poder legislativo:

“Todo emana de la nación, todo vuelve a ella y la enriquece; todo sale del poder legislativo y todo le retorna y se depura, y este flujo y reflujo de la soberanía y de las leyes une y separa los poderes, que se alejan y se encuentran” (II, VIII).

“El cuerpo legislativo es semejante a la luz inmóvil que distingue la forma de todas las cosas y hasta el aire que las rodea: en efecto, mantiene el equilibrio y el espíritu de los demás poderes, por la severa ordenación de las leyes. Es el punto hacia el que todo se dirige; es el alma de la constitución, como la monarquía es la muerte del gobierno. Es la esencia de la libertad. Que el cuerpo legislativo delibere sobre los problemas públicos, que alguna ley no pueda ser restringida o ampliada, algún movimiento no pueda ser dado o recibido, si no emana de la legislación. [...] el juez o el hombre público que corrompe las leyes es más culpable respecto a la constitución que el parricida o el envenenador que las ofende; debe ser detenido y castigado severamente” (IV, IV).

b) Poder ejecutivo:

“Todas las armas posibles están en manos del poder ejecutivo para aplastar al pueblo; este no tiene leyes, o, por decir mejor, tribunos para defenderle. Las leyes que obstruyen los canales por donde corre la libertad, y tienen abiertos por donde circula el poder, unen los poderes y forman una aristocracia ejecutiva. [...] Si la administración circula inclusivamente entre los poderes, ¿quién responderá de la libertad? La desgracia irá a gritar a las puertas del palacio de los legisladores, ellos mismos no tienen leyes detalladas, y actuarán como los demás. En materia de aplicación, los legisladores son siempre incompetentes, es el espíritu de la ley; nadie puede ser sancionado salvo por una ley anterior al delito; los que hacen las leyes son malos jueces” (IV, XVI).

“Los legisladores de Francia han imaginado el más sabio equilibrio; no se pueden confundir las administraciones con el príncipe, pues entonces no se entendería todo lo que he dicho antes” (V, X).

“El gobierno es en la Constitución lo que la sangre en el cuerpo humano; ambos mantienen el movimiento y la vida. [...] cuando el cuerpo político está mal gobernado, todo se llena de licencia o cae en la esclavitud (V, X).

“...el príncipe mismo es intermediario; recibe las leyes del cuerpo legislativo y le rinde cuenta de la ejecución; no puede acudir más que al texto, y remite a los le-

gisladores lo que atenta al espíritu. La sanción del monarca ejerce menos su omnipotencia que una delegación inviolable de la del pueblo; el modo de su aceptación o de su rechazo es una ley positiva, de modo que la aceptación o el rechazo son el uso de la ley y no de la voluntad” (II, VIII).

c) Poder judicial:

“En una constitución donde todo el que gobierna es mandatario del pueblo, donde los grados emanan y son mandatarios el uno del otro, ¿a quién pertenece el poder de juzgar la regularidad con la que se ejerce el derecho de soberanía?” (IV, VI).

“¿Será la administración la que juzgará el contencioso de las asambleas del pueblo? ¿Será el poder judicial? Si se me cree, no será ni el uno ni el otro, a menos que los que ejercen estos poderes como los ejercieron no renuncien al derecho de soberanía. [...] El poder judicial es el nervio de la libertad, es de todos los resortes políticos el que se corrompe y usa menos, porque marcha al descubierto y marcha siempre. [...] De todos los poderes de la sociedad es el menos peligroso, no porque sea débil, sino porque es el más reglado y el más pasivo. [...] propongo como principio general y absoluto: por todas partes donde el pueblo es ofendido debe hablar y explicarse el mismo; se habla por él, o no se hablará nada o se hablará mal. [...] Una administración (gobierno) se dice mandataria de cada individuo de su departamento. Olvida o desconoce sus principios: de este modo la constitución degenera pronto en pura aristocracia. No, el pueblo francés no está en modo alguno representado por sus oficiales solamente, su voluntad reside en el cuerpo legislativo” (pp. 87-88) (IV, VI).

Tras criticar las apelaciones como instrumentos del despotismo, afirma que “los nuevos tribunales de Francia han eliminado los grandes resortes de la tiranía, sustituyendo la justicia irascible de los señores de las jurisdicciones de paz cuyo solo nombre libera de ellos” (p. 85) (IV, V).

F) *Leyes civiles*

“Los contratos son el espíritu de la sociedad civil, de sus relaciones sociales, de lo que se llama interés. [...] el derecho civil es el sistema de la propiedad” (III, III).

G) *Educación*

“Francia no ha dictado todavía leyes sobre la educación en el momento en que escribo; pero sin duda surgirán del tronco de los derechos del hombre. Solo tengo

una palabra que decir: la educación en Francia debe enseñar la modestia, la política y la guerra” (III, VI).

H) Con respecto a la *pena de muerte* invocó a MONTESQUIEU cuando afirmaba que:

“es precisa una ley para imponer la pena capital; la ley supone una voluntad soberana; el derecho de muerte pertenece al soberano, que no abusa de ello jamás porque percibe la importancia y la atrocidad. [...] Toda ley política que no está fundada en la naturaleza es mala; toda ley civil que no está fundada sobre la ley política es mala. La Asamblea nacional ha cometido algunas faltas porque la estupidez pública lo ha querido” (IV, II). Por tanto, reprochó a ROUSSEAU que justificase el derecho de muerte, porque “de inmediato en el que el contrato social se pervierte es nulo y entonces el pueblo debe reunirse en asamblea y formar un nuevo contrato que le regenere. Dice ROUSSEAU que el tratado social tiene por fin la conservación de los contratantes; pues se les conserva por la virtud y no por la fuerza; creo ver una desgracia que se le mate para curarle” (IV, IX).

A pesar de ello, pasó de defender la abolición de la pena de muerte en 1791 a ser uno de los miembros de la Convención jacobina que la impuso a cuantos no consideró “ciudadanos virtuosos” y, por tanto, dignos de la protección del Estado revolucionario, convertido en instrumento del “gran terror” de los enemigos girondinos y hasta de algunos de los suyos.

I) *Cristianismo y España*

“Si Cristo renaciera en España, sería crucificado de nuevo por los sacerdotes, como un rebelde, un hombre sutil que, bajo la apariencia de la modestia y la caridad, meditaría la ruina del Evangelio y del Estado; en efecto este legislador golpeó al Imperio romano. El reino de la virtud, de la paciencia, de la pobreza debía acabar con el orgullo de la monarquía cambiando las costumbres. [...] España será el último pueblo de Europa que conquistará su libertad, porque ha puesto todo su orgullo en la religión [...] Se dice que el cristianismo no era propio del Estado social; los que lo han dicho confundían el Evangelio con las glosas de los sacerdotes” (III, XVIII).

4.2. El inicio del proceso revolucionario

En el otoño de 1787 se produjo una grave tensión entre LUIS XVI y el Parlamento de París, que se negó a registrar un nuevo impuesto territorial uniforme

y universal que sustituyera a la *talla* y la *gabela*, y la abolición de las aduanas interiores. El Parlamento se exilió a Troyes y, tras su regreso a París, pidió la convocatoria de los Estados Generales cuya última reunión había tenido lugar en 1614. En noviembre de 1787 el rey rechazó la pretensión y en una sesión del Parlamento, el *garde des sceaux* LAMOIGNON justificó la decisión real en su poder absoluto en base a “los principios universalmente aceptados por la nación” e “inalienables de la monarquía francesa”:

“Que el poder soberano de su reino pertenece solo al rey; que el rey tan solo es responsable ante Dios por el ejercicio de su poder supremo; que el vínculo que une al rey y a la nación es indisoluble por naturaleza; que los intereses y deberes recíprocos del rey y de sus súbditos garantizan la perpetuidad de dicha unión; que la nación tiene sumo interés en que los derechos de su gobernante permanezcan invariables; que el rey es el gobernante soberano de la nación, y forma con ella una unidad; por último, que el poder legislativo reside en la persona del soberano, depende de él y no es compartido con nadie”²⁷⁶.

Las tensiones continuaron tras los intentos de reducir las funciones de los parlamentos, uniéndose contra el monarca a la nobleza y a las clases urbanas, que en Grenoble expulsaron a las tropas reales. En las proclamas parlamentarias se utiliza el lenguaje propio de la Ilustración sobre la “ley natural” y los “derechos inalienables”. En la nueva solicitud de convocatoria de los Estados Generales de julio de 1788 se demandó que el Tercer Estado tuviera doble representación por su importancia en la vida nacional.

4.2.1. *Los Estados Generales*

El proceso revolucionario se inició con la convocatoria por LUIS XVI de los Estados Generales el 1 de enero de 1789²⁷⁷, para introducir nuevamente una reforma en el régimen fiscal, que superara el establecido por Carlos VII en el siglo XV, en un momento en que la nobleza y otros sectores privilegiados esta-

276. Citado por MCPHEE, P., *La Revolución...*, cit., pp. 48-49.

277. Decisión directamente relacionada con el rechazo por parte del Parlamento de París de la reforma fiscal propuesta por el monarca en el trámite de *remontrance* previo al registro de la disposición, acto con el que entraba en vigor.

ban exentos de los impuestos directos y los campesinos y obreros urbanos eran demasiado pobres para seguir sufriendo un sistema fiscal basado en la imposición indirecta sobre los bienes de consumo y las producciones agrarias. Fueron los primeros quienes dieron lugar a la convocatoria de los Estados generales, tras haber rechazado el Parlamento de París la reforma. Estaban lejos de pensar que con ello iniciaban el proceso que los convirtió en Asamblea nacional y terminó con sus privilegios durante la Revolución.

Por otra parte, el Tercer Estado demandaba tener doble representación y una mayor capacidad de decisión, comprobada su fuerza frente a la nobleza. Como reflejó SIEYÈS pedía “ser algo” y sin el orden privilegiado sería

“todo, pero un todo libre y próspero [...] el temor de ver reformados sus abusos inspira más miedo en los aristócratas que el deseo de libertad que sienten. [...] Hoy temen a los Estados Generales a los que un día convocaron con tanto fervor”²⁷⁸.

La sesión de apertura se produjo el 5 de mayo de 1789 sin que el rey planteara las cuestiones sobre el sistema de voto por individuo, no por estamento, y la periodicidad de las sesiones, por lo que un grupo dirigido por SIEYÈS y MIRABEAU²⁷⁹ decidió convocar a la Nobleza y al Clero a constituirse como Asamblea Nacional, lo que ocurrió el 17 de junio con una significativa participación de los representantes del clero y algunos nobles liberales, porque “siendo la representación una e indivisible, ningún diputado, sea cualquiera el orden o clase por el que fuera elegido, no tiene derecho a ejercer sus funciones por separado de esta Asamblea”. Este hecho significó la decisión del Tercer Estado de rechazar el orden jerárquico conforme al cual se constituyeron los Estados Generales y actuar con voluntad propia, sin sometimiento ni subordinación al clero y la nobleza. El 20 de junio pretendieron reunirse pero, al encontrar cerrado por orden real el salón, lo hicieron en el del Juego de Pelota comprometiéndose por juramento, a propuesta de MOUNIER, “a no disolverse nunca [...] hasta haber adoptado la constitución del reino y consolidado en una base firme”²⁸⁰. Al día siguiente se reunieron en la iglesia de San Luis, incorporándose una parte del clero y de la nobleza.

278. SIEYÈS, E., *¿Qué es el tercer estado?*, Madrid, Aguilar, 1973.

279. SAIN-JUST, L., *L'esprit...*, cit., p. 105: “M. de Mirabeau s'est partout conduit avec justice et pénétration; il connut surtout l'art délicat de jouer les calomnies et de dissimuler sagement”.

280. *Gazette nationale ou le Moniteur universel*, 10, 20-24 juin 1789.

En la sesión de los Estados Generales de 23 de junio el rey se pronunció por la deliberación por órdenes, no por cabezas, y por el debate sobre los impuestos pero no sobre los privilegios, lo que contrarió las demandas del Tercer Estado, que permaneció reunido mientras el rey, la nobleza y el clero abandonaban la sesión. Cuando sus representantes recibieron la orden de abandonar, MIRABEAU respondió al marqués de DREUX-BRÉZÉ diciendo: “Señor, id a decir a vuestro amo que estamos aquí por la voluntad del pueblo y que no saldremos sino por la fuerza de las bayonetas”. A continuación pidió a la Asamblea que se declarara inviolable. Como comentó MAUROIS, “por primera vez el rey de Francia era tratado por el pueblo, no como protector, sino como adversario”²⁸¹. Al día siguiente se incorporaron a la Asamblea la mayoría del clero y una parte de la nobleza liderada por el duque de ORLEANS. A partir de ese momento el rey reconoció a los Estados Generales la posibilidad de aprobar los impuestos y las libertades individuales y de prensa²⁸².

4.2.2. *La Asamblea Nacional Constituyente*

La Asamblea creó el 7 de julio de 1789 un Comité constitucional y el 9 de julio se constituyó como Asamblea Nacional Constituyente (1789-1791), con el fin de sentar las bases del nuevo orden jurídico e institucional²⁸³. Esta decisión

281. MAUROIS, A., “Historia de Francia”, en *Obras completas*, II, Barcelona, Janés, 1968, p. 315.

282. SAINT-JUST, L., *L'esprit...*, cit., pp. 124-125: afirmó que “la Asamblea nacional, únicamente legisladora, no tuvo ni poder legislativo, ni carácter representativo, fue el espíritu del soberano, es decir, del pueblo. Después de que se sacudió el yugo, abdicó los poderes que había recibido de la tiranía, incluso de los poderes que eran injustos después de que la nación se había hecho libre. [...] Convirtió el nombre de Estados Generales en el de Asamblea Nacional: el primero significaba un mensaje, el segundo una misión. [...] bajo la simple denominación de Asamblea Nacional, el legislador, hablando solo a los hombres de sí mismos, les dota de un santo vértigo y los hace dichosos. [...] La Asamblea Nacional no fue en modo alguna una legisladora; esta institución comenzó tras ella, porque su misión solo está limitada por el fin de su obra. [...] He dicho que la Asamblea Nacional había puesto bajos sus poderes, sus decretos puramente ficticios no tenían fuerza de ley hasta la sanción (real)”.

283. NEGRI, A., *Le pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1997, califica al poder constituyente como la fuente de un nuevo orden normativo, invocando el concepto de poder-fuente que utiliza CASTORIADIS, *Les Carrefours du Labyrinthe III*, Paris, Seuil, 1990, p. 134. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, cit., pp. 19-20.

superó la monarquía absoluta²⁸⁴. A la derecha del presidente de la Asamblea se reunió la aristocracia defensora del régimen, a su izquierda los burgueses defensores de la soberanía popular. Estos se dividieron en los moderados monárquicos partidarios de la monarquía constitucional con dos Cámaras, situados al centro, y los constitucionales favorables a una sola Cámara, que quedaron ubicados en el extremo izquierdo.

El 11 de julio se inició en París una revuelta popular por problemas de suministro de alimentos, tras conocerse el cese de NECKER, la amenaza de la toma de París por los ejércitos reales y los encendidos discursos de DESMOULINS sobre un nuevo San Bartolomé. El pueblo parisino se armó en los Inválidos y el 14 de julio tomó La Bastilla, símbolo del poder real, iniciando las “jornadas revolucionarias”, que tendrían un carácter simbólico en la lucha contra el despotismo a favor de la libertad. Como expresó SAINT-JUST, “la Bastilla se abandonó y tomó, y el despotismo, que no es más que la ilusión de los esclavos, pereció con ella”²⁸⁵. No hubo reacción real, aunque la burguesía parisina creó para su defensa una Guardia Nacional y en toda Francia gobiernos provisionales y unidades de milicia²⁸⁶. Se encomendó el mando de la Guardia Nacional al héroe de la independencia norteamericana marqués de LA FAYETTE. El rey llamó de nuevo a NECKER, aceptó las decisiones de la Asamblea Nacional y el día 17 recibió en el Hôtel de la Ville de París la escarapela tricolor símbolo de la Revolución.

Fuera de París los acontecimientos de la capital produjeron el abandono de los cargos por los representantes del poder regio, configurándose nuevos municipios por representantes de la burguesía triunfante. En el medio rural se levantó una insurrección campesina, conocida como el “Gran Pánico”, contra las condiciones de la explotación que mantenían la nobleza y los grandes propietarios rurales.

284. BERTIER DE SAUVIGNY, G. DE, *Historia...*, cit., pp. 285-295. SAINT-JUST, *L'esprit...*, cit., p. 20, describe poéticamente la sabiduría y la labor de la Asamblea que “ha encadenado el pueblo a su libertad, lo ha unido estrechamente a la constitución erigiendo sus derechos en máximas, y seduciendo sus pasiones; ha sacado de las luces y vanidades de este tiempo el mismo partido que Licurgo de las costumbres del suyo; es necesario comprobar con que precisión ha dejado sus principios, de modo que el gobierno ha cambiado de sustancia y nadie sabría parar la suya”.

285. SAINT-JUST, L., *L'esprit...*, cit., p. 13.

286. El artículo 3 del Título IV de la Constitución de 1791 dispuso que “los guardias nacionales no forman ni un cuerpo militar ni una institución del Estado, son los mismos ciudadanos llamados al servicio de la fuerza pública”. Los ciudadanos solo podían formar y actuar como guardias nacionales en virtud de un requerimiento o de autorización legal (art. 4).

La crisis financiera del país dio lugar a que la Asamblea acordara créditos a partir del decreto de 9 de agosto de 1789 y por resolución de 29 de septiembre dispuso de los tesoros eclesiásticos no adscritos al culto²⁸⁷. En la sesión de 10 de agosto de 1789 TALLEYRAND pronunció el discurso sobre los bienes eclesiásticos y propuso que se pusieran a disposición de la Nación. Se acordó por decreto de 2 de noviembre convirtiéndolos en bienes nacionales; en contrapartida la Nación se hizo cargo de los gastos del culto, del pago a los eclesiásticos y del mantenimiento de los pobres, que ya se había iniciado por medio de los talleres de caridad y la subvención de los productos de primera necesidad.

Ante la negativa del rey a sancionar los decretos de agosto, la concentración de tropas en Versalles, los rumores de conspiraciones monárquicas y el grave problema de la falta de alimentos, el pueblo parisino y la Asamblea Nacional vieron de nuevo el riesgo de la ocupación, y marcharon el 5 de octubre a Versalles para obligarle a acudir a París. La familia real fue rescatada por LA FAYETTE y acompañada hasta París.

Desde el inicio del proceso revolucionario y a lo largo del mismo, sobre todo en el momento inicial de la monarquía constitucional, se percibe una total desconfianza respecto al orden judicial del Antiguo Régimen, representado por los Parlamentos, reductos del poder aristocrático y feudal frente a las reformas propiciadas por los monarcas y, por tanto, con las que se derivaran del nuevo orden. THOURET denunció que eran “émulos del poder legislativo” y “rivales del poder administrativo, al que perturbaban en sus operaciones, paralizaban el movimiento e inquietaban a los agentes”. LE CHAPELIER, afirmó que “eran peligrosos, no porque eran jueces, sino porque eran administradores y legisladores”²⁸⁸. A petición de la Comuna de París, la Asamblea creó una comisión sobre la reforma del derecho penal.

Se trató de superarlo con una rígida división de poderes que lo configurara como una organización limitada a la pura y simple aplicación de la ley, sin capacidad normativa, ni interpretativa. Tampoco podrían interferir las decisiones del poder ejecutivo ni en su elaboración y ejecución ni en el de su control.

287. El término “decreto” se aplicaba a las decisiones votadas por la Asamblea hasta que por la sanción real se convertían en ley. A partir del I Imperio denomina las normas del poder ejecutivo, frente a las leyes del legislativo.

288. *Archives parlementaires*, sesiones de 24 de marzo y de 23 de julio de 1790, tomos 12 y 17, pp. 344 y 310, respectivamente.

Esto condujo a la creación de una jurisdicción administrativa interna y de una Administración centralista, que era la responsable directa de llevar a buen fin la Revolución. Las exigencias del momento histórico y los graves conflictos internos y externos que se produjeron dieron lugar al incremento del poder y de las prerrogativas administrativas que, durante el período de la Convención jacobina, se tradujeron en una auténtica dictadura del terror.

4.3. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano

Las concepciones de LOCKE y ROUSSEAU sobre la libertad originaria y el pacto social condujeron a conceptualizar y describir los derechos naturales de las personas, ínsitos en su propia naturaleza y, por tanto, inalienables. Como constató la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776, elaborada por JEFFERSON, constituían

“verdades evidentes por sí mismas que los hombres nacen iguales, que su Creador les ha dado algunos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad, y que los gobiernos humanos han sido instituidos para garantizar esos derechos”²⁸⁹.

Para hacerlos efectivos en la sociedad era preciso eliminar todos los obstáculos, que se manifestaban y compendaban en la sociedad estamental y el absolutismo. Para ello era necesario abolir los derechos feudales y formular en una Declaración formal y solemne el elenco de los derechos y libertades del hombre y del ciudadano.

4.3.1. *La abolición de los derechos feudales*

Los derechos feudales se abolieron por la Asamblea Nacional Constituyente en la noche del 4 de agosto de 1789²⁹⁰, a propuesta del Vizconde de NOAILLES,

289. BURDEAU, G., *Traité de science politique*, VI, I, Paris, LGDJ, 1971, pp. 156-172, expuso la influencia de las fuentes norteamericanas en la Revolución.

290. CARON, P. y SAGNAC, PH., *Les Comités des droits féodaux et de législation et l'abolition du régime seigneurial (1789-1793)*, Paris, Imprimerie nationale, 1907. FITZSIMMONS, M. P., *The Night Old Regime Ended: August 4, 1789 and the French Revolution*, Pennsylvania, University Press, 2003.

tras el debate celebrado en el *Club Breton* el día 3 por iniciativa del duque de AIGUILLON. De esa sesión surgieron los decretos de 5 a 11 de agosto de 1789, que suprimieron la sociedad estamental y establecieron la igualdad civil. El artículo 1 dispuso la total desaparición del régimen feudal, la abolición sin indemnización de los derechos y deberes feudales, de los censos y las servidumbres personales, los derechos de caza, los palomares; declaró redimibles todos los demás conforme al precio que fijase la Asamblea Nacional. Se suprimieron todas las justicias señoriales sin indemnización, aunque permanecieron sus oficiales hasta la creación del nuevo orden judicial (art. 4). Otro tanto ocurrió con los diezmos de cualquier tipo (art. 5). Se hicieron rescatables las rentas perpetuas (art. 6). Se prohibió la venta de los oficios judiciales y municipales, siendo gratuita la justicia (art. 7)²⁹¹. Se abolieron los privilegios pecuniarios (art. 9). El artículo 10 suprimió las diferencias y privilegios de cualquier naturaleza del régimen provincial y local, de modo que se registrarán “por el derecho común de todos los franceses” (art. 10). El artículo 11 dispuso que “todos los ciudadanos, sin distinción de nacimiento, podrán ser admitidos a los empleos y dignidades eclesiásticas, civiles y militares, sin que ninguna profesión útil implique degradación”. La Asamblea proclamó al rey “restaurador de la libertad francesa” (art. 17) disponiendo la celebración de un *Te Deum* y la acuñación de una medalla conmemorativa con el lema: *Abandon de tous les privilèges* (art. 16)²⁹². Estas medidas implicaron que

“todos los privilegios de los estamentos, de las provincias, de las ciudades, se sacrificasen en el altar de la Patria. Derecho de caza, cotos, palomares, jurisdicciones señoriales, venalidades de cargos, todo quedó abolido. A propuesta de un noble, el clero renunció al diezmo. Para clausurar esta abjuración tan grandiosa, a las dos de la mañana LUIS XVI fue proclamado restaurador de la libertad francesa. La unidad administrativa y política del país, cosa que la monarquía absoluta no había podido llevar a cabo, parecía terminada. El Antiguo Régimen había acabado”²⁹³.

HIRSCH, J.-P., *La nuit du 4 août 1789*, Paris, Gallimard, 1978. KESSEL, P., *La nuit du 4 août 1789*, Paris, Arthaud, 1969. VARDI, L., “The Abolition of the Guilds during the French Revolution”, en *French Historical Studies*, 4, 1988, pp. 704-717.

291. El artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano estableció la igualdad de acceso a los cargos y empleos públicos y la Constitución de 1791 prohibió su venta o herencia.

292. *Gazette nationale ou le Moniteur universel*, 40, 11-14 de agosto de 1789.

293. SOBOUL, A., *Compendio de la Historia de la Revolución francesa*, Madrid, Tecnos, 1972, p. 117.

Resume BURDEAU el efecto de esta ley como la “demolición de los engranajes tradicionales del Estado monárquico”. La supresión de la patrimonialización, transmisión hereditaria y venta de los cargos en favor del derecho de todos a ocuparlos según su capacidad, transformó el régimen de la función pública. Produjo una

“revolución en todas las modalidades de la actividad administrativa a la que invitaba la proclamación de los nuevos principios constitucionales. Se consagró una doctrina de la unidad nacional, que implicaba, en principio, el fin de los privilegios territoriales [...] Sobre las ruinas de un reino hecho de una mezcolanza de estatutos, de formas y regímenes administrativos, tomó cuerpo una nación regida uniformemente por un mismo derecho”²⁹⁴.

El 15 de marzo de 1790 la Asamblea avanzó en la igualdad respecto a la herencia de los varones y primogénitos, aboliendo “todos los privilegios, aniquilando el sistema feudal y las propiedades de la nobleza, los derechos de nacimiento y de varonía respecto a los feudos de la nobleza, dominios y descendencia, y desigual distribución por razones de título”. Las herencias serían distribuidas entre los herederos de acuerdo a la ley, los estatutos y costumbres que lo regularan para todos los ciudadanos.

Por decreto de la Convención de 17 de julio de 1793 se suprimieron sin indemnización todos los cánones señoriales, los derechos feudales, los censos fijos o temporales, incluso los conservados por el decreto de 25 de agosto de 1792.

4.3.2. *Los derechos del hombre como ciudadano*

La Asamblea Nacional Constituyente elaboró a partir del 14 de julio varios textos sobre los derechos del hombre inspirados en la Declaración de Virginia de 11 de junio de 1776, que fue la base de la Declaración de independencia americana de 4 de julio de 1776, y aportó los conceptos de constitución, republicanismo, federalismo, democracia e igualdad²⁹⁵. Con base en el proyecto

294. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 41.

295. Su precedente francés fue el Edicto de Nantes dictado por Enrique IV el 13 de abril de 1598. BURDEAU, G., *Traité de science politique*, IV, Paris, LGDJ, 1970, pp. 116-133. SIRINELLI, J.-F. y COUTY, D., *Dictionnaire...*, cit., I, pp. 484-485. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, cit.,

de SIEYÈS²⁹⁶, aprobó el 26 de agosto de 1789 la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, sintetizados en los principios revolucionarios de *Liberté, Egalité, Fraternité*. LUIS XVI la ratificó en Versalles el 5 de octubre por la presión de la Asamblea y del pueblo²⁹⁷.

Fue el documento que representó el fin del absolutismo por el reconocimiento de la soberanía de la nación, la división de poderes y los derechos del hombre y del ciudadano. Con la introducción del término “ciudadano”, referido a quien había sido súbdito sin derechos, se “declara una finalidad, la conquista de la libertad, los diputados instauran la expresividad revolucionaria de los derechos”²⁹⁸.

La Declaración fue el referente de la ideología liberal, convirtiéndose en la Biblia del régimen con un valor sustancial y universal, que haría posible construir de nuevo la historia de la humanidad²⁹⁹. Era la fuente de la nueva legitimidad política frente a la del Antiguo Régimen, apoyada en los principios monárquicos de origen divino, que dotaría a la Constitución de los principios filosóficos del nuevo régimen. Así lo expresó su preámbulo: “para fijar el espíritu de la legislación, a fin de que no cambie en el porvenir. [...] Es necesario que sea sencilla al alcance de todas las inteligencias, y que se convierta en el catecismo nacional”, como expuso BARNAVE. La Declaración de Derechos

“constituye el catecismo del orden nuevo. Todo el pensamiento de los constituyentes no se encuentra en ella [...] Pero su preámbulo, que recuerda la teoría del Derecho natural y en los diecisiete artículos redactados sin plan alguno, la Decla-

pp. 65-71. GONZÁLEZ AMUCHÁTEGUI, J., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Madrid, Editora Nacional, 1984, recoge los trabajos de G. JELLINEK y E. BOUTMY. GODECHOT, J., *Les Révolutions (1770-1799)*, Paris, PUF, 1963.

296. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, cit., p. 120.

297. Poco después OLIMPIA DE GOUGES (*Les Droits de la femme*, Paris, 1791) creó la *Société populaire de femmes* y formuló la Declaración de Derechos de la Mujer y de la Ciudadana. Era el seudónimo de Marie Grouze, que fue guillotinado por Robespierre. Otras declaraciones posteriores fueron la Declaración de 1793, de mayor contenido social a partir del principio de solidaridad reconoció los derechos de asistencia, trabajo, instrucción, y el de insurrección; sirvió de preámbulo a la Constitución del mismo año.

298. GUILHAUMOU, J., *La langue politique et la Révolution française. De l'évènement à la raison linguistique*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1989, p. 45.

299. PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, EUDEMA, 1991, pp. 19 y ss. RIALS, S., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1989, expone las influencias ideológicas que actuaron sobre la Declaración. THOMANN, M., “Orígenes...”, cit., pp. 55 y ss.

ración precisa lo más esencial de los derechos del hombre y de la nación. Lo hace con preocupación por lo universal, que supera en mucho el carácter empírico de las libertades inglesas, tal y como habían sido proclamadas en el siglo XVII; en cuanto a las declaraciones americanas de la guerra de independencia, aunque querían ser universalistas, con el universalismo del Derecho natural, contenían ciertas restricciones que limitaban su alcance”³⁰⁰.

En efecto, el preámbulo, con un significado didáctico, expone la filosofía liberal y el significado de los principios universales y supralegales, inspirados por la misma razón³⁰¹, vinculantes para todos los poderes públicos que deben respetar y proteger los derechos:

- a) Parte de la enumeración de las causas de las “calamidades públicas y la corrupción de los gobiernos”, que son “la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre”.
- b) Para evitarlo realiza una “declaración solemne (de) los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”, como “principios simples e indiscutibles, [que] redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos”.
- c) El propósito del inventario de derechos es que esté “constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes”, en especial para que los poderes públicos los respeten: “los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse a cada instante con la finalidad de toda institución política, sean más respetados”.

Se ha valorado la Declaración no como una enumeración de principios o normas obligatorios, sino como

“una exposición de verdaderas proposiciones que expresan la verdad del Derecho natural. De estas proposiciones el órgano legislativo [...] podrá deducir analíticamente otras proposiciones verdaderas que son las leyes”³⁰².

300. SOBOUL, A., *Compendio...*, cit., p. 138.

301. MANIN, B., “Montesquieu”, en FURET, F. y OZOUF, M., *Diccionario de la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza, 1989, p. 651: “los revolucionarios franceses rechazan esta racionalidad prudente que se expresa en una forma moderna en la teoría de la moderación. [...] la revolución no muestra el triunfo de la razón sobre el relativismo, sino la victoria de una forma de racionalidad sobre otra”.

302. TROPER, M. y JAUME, L., *1789 et l'invention de la Constitution, actes de colloque du Paris, 2-4 mars 1989*, Paris, LGDJ, 1994, avant-propos.

La diferenciación entre los derechos del hombre y los del ciudadano se explican porque

“los derechos naturales son los que pertenecen al hombre por el mero hecho de existir. De este género son todos los derechos intelectuales, o derechos de la mente, así como todos los derechos de actuar como individuo para su bienestar y felicidad propios, siempre que no vayan en contra de los derechos naturales de otros. Los derechos civiles son los que pertenecen al hombre por su condición de miembro de la sociedad. Cada derecho civil tiene su base en algún derecho natural preexistente en el individuo, pero para el goce del cual sus facultades individuales no son en todos los casos, suficientes”³⁰³.

En el articulado se recogen los principios dogmáticos de los derechos innatos, el pacto social, la soberanía nacional y la legalidad:

- a) “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común” (art. 1).
- b) “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión” (art. 2).
- c) “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella” (art. 3).
- d) El imperio de la ley (arts. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11).

Se concretaron los derechos en cuanto hombre y ciudadano:

- a) Los “derechos naturales e imprescriptibles [...] son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión” (art. 2), directamente relacionados con los principios republicanos de libertad (arts. 4, 7, 8, 9, 10, 11), igualdad (arts. 6 y 13) y propiedad (art. 17).
- b) Los derechos ciudadanos implican un orden constitucional: soberanía nacional (art. 3), imperio de la ley (arts. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11), garantía de los derechos (art. 7, 8, 9, 10, 11, 12), contribución común (arts. 13, 14), responsabilidad de los agentes públicos (art. 15) y división de poderes (art. 16)³⁰⁴.

303. PAINE, T., *Derechos del hombre*, Madrid, 1984, pp. 65-66.

304. TROPER, M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980.

La Declaración supuso la condena formal y material del Antiguo Régimen y la total separación de sus principios ideológicos y de los postulados que ni reconocían ni garantizaban los derechos personales, ni la condición de ciudadano titular de derechos políticos. Su contenido es, también, organizativo del nuevo orden, basado en la garantía de los derechos, la legalidad, la separación de poderes y la Constitución (art. 16). Precisamente al servicio de todos ellos se reorganizó el orden judicial y la justicia administrativa, encomendada a la Administración, interprete de los principios y garante, que actuaría bajo el principio de responsabilidad del poder público (art. 17). Así lo reconoció el decreto de la Asamblea de 13 de diciembre de 1790 al afirmar que “el fin de toda organización política es la conservación de los derechos de los ciudadanos y se debe una justa indemnización cuando el interés particular se sacrifica por razones de interés general”³⁰⁵. Afirmó RIVERO que, a partir del reconocimiento de los derechos ciudadanos de las personas, forma parte de la

“tradicción del Derecho público francés [...] una evidente disociación entre la situación del hombre frente al poder político y al poder administrativo; ciudadano respecto del primero, no es más que sujeto respecto al otro”³⁰⁶.

La Declaración se incorporó como preámbulo a la Constitución revolucionaria de 1791 y en las constituciones de 1852, 1946 y 1958³⁰⁷, adquiriendo valor constitucional³⁰⁸. En la primera su Título primero estableció la disposi-

305. Los daños causados por obras públicas al derecho de los propietarios fueron reconocidos por la ley de 6, 7-11 de septiembre de 1790 en el ámbito de la regulación de la expropiación forzosa. Como se expone, las leyes de 14 de diciembre de 1789 (art. 61), de 16-24 de agosto de 1790 (art. 13), 7-14 de octubre de 1790 (art. 13) y las constituciones de 1791 (art. 3 del Tit. III, cap. V) y 1795 (arts. 196 y 203) establecieron el requisito de la autorización previa o la remisión por el superior para que pudiera conocer la jurisdicción ordinaria. Las leyes de 23-26 de febrero de 1790 y 10 vendimiario del año IV (2 de octubre de 1795) hicieron a los municipios responsables de los daños causados por grupos. Las leyes de 11 de agosto de 1792 y 16 de agosto de 1793 previeron ayudas a las víctimas por los daños causados por hechos bélicos.

306. RIVERO, J., “A propos des métamorphoses de l’administration d’aujourd’hui: démocratie et administration”, en *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 825.

307. BURDEAU, G., *Traité de science politique*, IV, Paris, LGDJ, 1970, pp. 135-139.

308. VEDEL, G., *Droit constitutionnelle*, Paris, Sirey, 1949, p. 72. WACHSMANN, P., “Déclaration ou constitutionnalisation des droits?”, en TROPER, M. y JAUME, L., *1789...*, cit., p. 51. Según decisión del Consejo Constitucional 71-44 DC de 16 de julio de 1971, *Liberté d’Association*, forma parte del bloque de constitucionalidad.

ciones de garantía de los “derechos naturales y civiles”, con referencia expresa al poder legislativo, que no podía “dictar leyes que atenten u obstaculicen el ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados y garantizados por la Constitución”³⁰⁹. De ese modo, los derechos declarados en 1789 pasaron a ser derechos garantizados por el Título I de la Constitución de 1791, que “recoge de algún modo las obligaciones de los gobernantes respecto a los ciudadanos, ciertamente desprovistas de sanción (jurisdiccional), pero que concretan el contrato social y constituyen un conjunto de principios de valor constitucional”³¹⁰.

Las constituciones francesas posteriores integraron otras declaraciones de derechos. La declaración de la Constitución de 1795 fue más limitada que las anteriores y buscó equilibrar los derechos y deberes. La de 1848 estableció el sufragio universal, abolió la pena de muerte por motivos políticos y la esclavitud, reconoció los derechos de asociación y petición, redujo las horas de trabajo e introdujo mejoras sociales.

En relación con la declaración-madre de 1789 se ha discutido su alcance. FAVOREU sostuvo que “la declaración de derechos y la constitución de la Revolución son textos simbólicos sin valor jurídico”³¹¹. Por el contrario, para RIVERO existió

“una pirámide de normas jurídicas en cuyo vértice estaban los derechos del hombre, naturales, inalienables y sagrados como los definió la Declaración; por debajo estaba la Constitución que, por la garantía que les da, transformó los derechos naturales en derechos civiles; finalmente, estaba la ley, que encuentra su límite en el respeto de los derechos garantizados por la Constitución [aunque] un escrúpulo heredado de Rousseau, o su experiencia, les impidió concretar el principio establecido en las propias instituciones para prevenir su violación”³¹².

309. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, cit., p. 78, destaca que “la idea de supremacía constitucional sobre las Leyes fue arrumbada en Francia por la potenciación del principio de voluntad general en el legislador (lo que se ha llamado el jacobinismo), de modo que hasta 1958 (y, en realidad, hasta 1971, en virtud de la propia jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel*) no llegó a admitirse el control de constitucionalidad de las Leyes, que encontró en Estados Unidos un cauce normal desde el origen”.

310. DUBOIS, J.-P., “Déclaration des droits et dispositions fondamentales”, en *1791: la première constitution française*, Paris, Economica, 1993, p. 45, pp. 45 y 47.

311. FAVOREU, L., “La déclaration de 1789 et le juge: une problématique américaine?”, en *La revue Tocqueville*, XIV, 1, 1993, p. 147.

312. RIVERO, J., “La fin d’un absolutisme”, en *Pouvoirs*, 13, 1980, pp. 6 y 14.

El contenido de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, convertida en el epítome de la dogmática revolucionaria, se fundamentó en los conceptos doctrinarios de LOCKE, ROUSSEAU y el Derecho natural racionalista³¹³. Hicieron real el principio establecido por el filósofo ginebrino: “En el Estado civil, todo los derechos se fijan por la ley” (II.6). Como expresó RIALS,

“la escuela moderna del Derecho natural lleva casi inevitablemente en sus flancos el voluntarismo legicentrista. La transmutación del Derecho natural en Derecho positivo, los derechos naturales en civiles, la naturaleza en voluntad, los derechos del hombre en leyes del hombre aparece así casi inevitable”³¹⁴.

4.3.3. *La lengua de los derechos*

La diversidad cultural y lingüística de Francia suponía una dificultad para la transmisión de los nuevos conceptos ideológicos de la Revolución, lo que exigía iniciar un camino de unificación que hiciese desaparecer las lenguas y *patois* existentes en beneficio de la “lengua de la nación”, convertida en la “lengua del pueblo”. La lengua francesa era para el ABBÉ GRÉGOIRE en la Convención el 27 de enero de 1794

“la más bella lengua de Europa, la primera que ha consagrado los derechos del hombre y del ciudadano, la que se ha encargado de transmitir al mundo los más sublimes pensamientos de la libertad y las mayores especulaciones políticas”³¹⁵.

313. BLOCH, E., *Droit naturel et dignité humaine*, Paris, Payot, 1976, pp. 213 y ss.

314. RIALS, S., “Des droits de l’homme aux lois de l’homme. Aux origines de la pensée juridique moderne”, en *Commentaire*, 34, 1986, p. 288.

315. CERTEAU M. DE, JULIA, D., REVEL J., *Une politique de la langue. La Révolution Française et les patois*. Paris, Gallimard, 1975, recogen el texto del Abbé Grégoire titulado “Rapport sur la nécessité et les moyens d’anéantir les patois et d’universaliser l’usage de la langue française” en el que destacó que solo hablaban exclusivamente en francés quince de los ochenta y tres departamentos y que la ignoraban seis millones de los veinticinco de la población. La utilización obligatoria de la lengua francesa en actos judiciales, contratos y documentos había sido impuesta por la Ordenanza de Villers-Cotterêts de 1539. La utilización de la escuela obligatoria como medio de unificación lingüística, incluidos castigos a quienes utilizasen el *patois*, culminó durante la III República. El artículo 1 de la Ley 94-665 de 4 de agosto de 1994, sobre el empleo de la lengua francesa, la declaró “elemento fundamental de la personalidad y del patrimonio de Francia. Es la lengua de la

El adoctrinamiento revolucionario se realizó por los textos legales, la escuela, la propaganda revolucionaria y los *missionnaires patriotes*, que contribuyeron a la configuración de la conciencia y realidad de la Nación. Fueron los jacobinos y, en particular, ROBESPIERRE quienes promovieron el proceso y fijaron las nociones fundamentales de la lengua del pueblo que le instruyera para hacerlo libre. MARX aludió a la “lengua de la política y del pensamiento intuitivo” de la Revolución Francesa refiriéndose al lenguaje, a los juicios y a los recursos dialécticos propios de los actores del proceso, que fueron los pensadores (filósofos), los políticos y los espectadores, convertidos en protagonistas en los momentos decisivos.

El léxico utilizado en la Declaración es nuevo respecto al anterior, que ha de adecuarse a la representación de un mundo social, político e institucional distinto. La interiorización del lenguaje y de sus conceptos condujo a la asimilación de la ideología y a crear una identidad liberal en las personas y la sociedad cuando comparte y practica sus valores, convirtiéndose en una idea de la totalidad, que termina por superar y transformar las estructuras sociales y políticas anteriores³¹⁶.

Como expuso GARCÍA DE ENTERRÍA, “todo el sistema léxico de representación del mundo colectivo tuvo que sufrir, y así fue, en efecto, una conmoción profunda, como muy pocas veces en la historia”³¹⁷. El nuevo léxico tuvo particular importancia en el orden jurídico para dotarse de los instrumentos necesarios para transformar el orden social e institucional en una

“reordenación completa de toda la vida colectiva a través de los mitos esenciales de la utopía revolucionaria, el de la libertad y la igualdad y el de su articulación como ley, llamada a la protección y garantía de tales dos valores. Los instrumentos básicos que se acierta a diseñar para esa magna operación son esencialmente dos [...] el concepto institucional de derecho subjetivo y la técnica de ejercicio del poder político y, a la vez, de garantías de la libertad y los derechos a ella inherentes”³¹⁸.

enseñanza, del trabajo, de los intercambios y de los servicios públicos. Es el vínculo privilegiado de los Estados que constituyen la comunidad de la francofonía”. Impone su utilización obligatoria en contratos públicos y documentos comerciales; otras disposiciones la exigen en los contratos de seguros y de trabajo.

316. SCHLIEBEN-LANGE, B., “Révolution française”, en AUROUX, S., *Histoire de idées linguistiques*, III, Liège, Mardaga, 2000.

317. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, cit., pp. 26-34.

318. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, cit., p. 42.

Se crearon nuevos conceptos o se les dio nuevo significado y dimensión a los existentes. Los mitos revolucionarios fueron el medio colectivo para el pensamiento individual, cuyos principios básicos tuvieron su primera formulación en las doctrinas sociales y filosóficas invocadas:

“tales principios se encuentran, coherentemente y a través de una argumentación, interconectados con todas las otras afirmaciones de hecho que la teoría interpreta; sus pretensiones de verdad se sustentan mediante argumentos racionales. Los mitos, en cambio, son por lo general creados en la recepción parcial de teorías sociales y filosóficas. De la teoría como un todo, los mitos aíslan ciertos principios y los reúnen en un collage con principios tomados de otras teorías. [...] Pero aun cuando todos los principios de un mito provengan de la misma teoría, quedan aislados de ciertas afirmaciones de hecho con las que hasta entonces habían estado en conexión recíproca en la teoría. De tal suerte que los principios comienzan su vida independiente como mitos y llegan a ser utilizados de un modo pragmático como medio de legitimación o de deslegitimación”³¹⁹.

La Declaración fue un acto legislativo en el que se conceptualizó para su manifestación una construcción espiritual e ideológica, convirtiendo su lenguaje en el medio de manifestación de aquella para hacerla operativa. Porque se trataba de exponer nuevos principios era preciso un nuevo lenguaje que es el elemento público y no mitológico o ideológico en que se manifiestan. Por eso, la aproximación al lenguaje y a los términos utilizados ayuda a conocer el pensamiento, porque el sentido se desprende de las palabras. Los términos de la ley sujetan el pensamiento porque, como dijo LACAN, “todo enunciado de autoridad no tiene otra garantía que su mismo enunciado, pues es vano que se busque en otro significado, que no podría aparecer fuera de este lugar”³²⁰.

4.4. La división territorial y la Administración revolucionaria

La necesidad de estructurar un nuevo poder ejecutivo, capaz de asegurar el éxito de la Revolución, llevó a dotar a la Administración de nuevos poderes y organización. La desconfianza con el orden jurisdiccional anterior produjo

319. HELLER, A., *Anatomía de la izquierda occidental*, Barcelona, Península, 1985, p. 59.

320. LACAN, J., *Ecrits, II*, Paris, Seuil, 1971, pp. 151-191.

una nueva estructura del poder judicial con una rígida y, por otra parte, peculiar interpretación del principio de división de poderes.

4.4.1. *La organización territorial y la competencia jurisdiccional*

La organización territorial, además de las funciones vinculadas al centralismo, la jerarquía administrativa y el control del territorio por parte del gobierno y de las autoridades delegadas, sirvió para potenciar la función jurisdiccional de la administración en general, excluyendo del conocimiento de los asuntos administrativos a los jueces ordinarios, y de la estatal sobre la local en esta misma función. A ese fin se utilizaron las normas de organización y contenido administrativos, así como las de organización del poder judicial. El ámbito material del control jurisdiccional por la administración se amplió a materias como la imposición indirecta, las vías públicas, las aguas y montes, las obras públicas, en aras a una mayor protección del interés general, utilizando la valoración discrecional y el mejor equilibrio en el conflicto de intereses públicos y privados. Todo ello contribuyó a configurar un poder administrativo sin interferencias ni control judicial, a salvo de la intervención de los jueces, solo sometido a controles internos de carácter jerárquico.

La ley municipal de 14 de diciembre de 1789, que refleja la idea de un “poder municipal” (*pouvoir municipal*) autónomo, creó una organización local uniforme, respetuosa con la realidad y la identidad multiseccular de los núcleos existentes, frente a la pretensión de SIEYÈS de establecer grandes municipios³²¹. Esta norma estableció la separación de poderes en cuanto al orden judicial. Por una parte, reconoció la existencia de “funciones administrativas” y encomendó a los directores de los departamentos conocer de las reclamaciones de los ciudadanos lesionados en sus derechos por cualquier acto de los cuerpos municipales (art. 60). Además, se prohibió a los jueces conocer directamente de los “delitos de administración” de los funcionarios municipales, a no ser que el departamento la considerase suficientemente grave para autorizar su consideración (art. 61).

321. BURDEAU, F., *Histoire de l'administration...*, cit., pp. 51-52. LANZA, A., *L'expression constitutionnelle de l'administration française. Contribution à l'étude des constantes constitutionnelles*, Paris, LGDJ, 1984, pp. 425-582.

La “garantía de los funcionarios” frente al poder judicial de la ley municipal de 14 de diciembre de 1789, se reforzó por el artículo 13 de la ley de 16-24 de agosto de 1790, que delimitó la competencia al disponer que “las funciones judiciales son distintas [...] de las funciones administrativas” y prohibió a los jueces citar a los administradores por razón de sus funciones. El artículo 2 de la ley de 7-14 de octubre de 1790 dispuso que “ningún administrador pudiera ser conducido ante los tribunales por causa de sus funciones públicas, a menos que hubiera sido enviado por la autoridad superior conforme a las leyes”. Además, impidió a los tribunales conocer de los actos administrativos afectados de incompetencia³²².

La necesidad de la autorización previa a la intervención judicial se incorporó al artículo 3 del Tít. III, cap. V de la Constitución de 1791, a los artículos 196 y 203 de la Constitución del año III (1795) y al artículo 75 de la Constitución del año VIII (1799)³²³. La motivación de las decisiones judiciales que exigió su artículo 5 fue “una de las conquistas más felices en la administración de justicia”³²⁴.

La dependencia de las autoridades locales de las departamentales se reforzó por las leyes de 25-30 de mayo de 1790 que atribuyó a los comisarios departamentales “verificar las reclamaciones por ilegalidad, doble imposición y errores en cuanto al reparto de impuestos entre los municipios”. Las leyes de 6-13 de junio y 30 de junio-2 de julio de 1790 atribuyeron a las asambleas departamentales el conocimiento de las demandas de los contribuyentes sobre la reducción o descargo de la imposición. La instrucción de 16-20 de agosto de 1790 encomendó a los directores de los departamentos los contenciosos de elecciones locales.

La ley de 6, 7-11 de septiembre de 1790 fue una ley fundamental en la estructuración del ámbito material contencioso concretando aquellos de los que se excluía al poder judicial. Encomendó a los directores de distrito y, en

322. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 29. GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Consideraciones...”, cit., 13-16.

323. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 79-81. BIGOT, G., *L'autorité judiciaire...*, pp. 60-65.

324. DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, XXIX, 1854, Vº Jugement, n. 947. Confirmada por los artículos 208 de la Constitución de 5 fructidor del año III, 141 del Código de procedimiento civil, 7 de la ley de 20 de abril de 1810 y 455-458 del Código de procedimiento civil.

apelación a los de departamento conocer de las cuestiones sobre contribuciones directas, de las obras públicas (art. 1), y las “dificultades que se derivaran de la interpretación o ejecución de las cláusulas” de los contratos de obras públicas entre los contratistas y la administración (art. 3), y las indemnizaciones a los particulares por los terrenos ocupados y afectados (art. 4). Los daños y perjuicios derivados de falta personal de los contratistas se plantearían ante los municipios y, posteriormente, a los directores de distrito que decidían en última instancia (art. 5). Por el contrario, a pesar de que la gran vialidad era competencia administrativa (art. 6), se dejó en manos del poder judicial el conocimiento de las sanciones de vialidad, aguas y bosques y contribuciones indirectas³²⁵. Estas atribuciones se realizaron por puros criterios de oportunidad, encomendando al ámbito de la justicia administrativa de naturaleza jerárquica las cuestiones de naturaleza administrativa con mayor contenido discrecional en la valoración del interés público, que eran más fácilmente apreciables por aquella que por el poder judicial.

La ley de 22 de diciembre de 1789 suprimió las intendencias y dividió el territorio nacional en departamentos, distritos, cantones y comunas, con cierto respeto de la historia y la geografía, como unidades descentralizadas en manos de la burguesía local³²⁶. Su artículo 7 dispuso que las administraciones de los departamentos y distritos “no podían ser perturbadas en el ejercicio de sus funciones administrativas por ningún acto del poder judicial”. Aquellas autoridades podrían controlar la validez legal de los actos de los municipios. Lo reiteró la instrucción legislativa de 8 de enero de 1790. Esta medida estaba en la misma línea de la prohibición a los jueces de conocer directamente de los “delitos de administración” de los funcionarios municipales, a no ser que el departamento la considerase suficientemente grave para autorizar su consideración, conforme al artículo 61 de la ley municipal de 14 de diciembre de 1789, posteriormente confirmada por la ley de 16-24 de agosto de 1790.

Como se ha expuesto, esas leyes, además de la organización administrativa, establecieron las reglas para el control del respeto a la ley, por un orden administrativo y jerárquico, a fin de evitar la interferencia de otros poderes en la actividad administrativa. Ese régimen permitía la anulación o la reforma por

325. BIGOT, G., *L'autorité judiciaire...*, cit., pp. 66-69.

326. BURDEAU, F., *Histoire de l'administration...*, cit., pp. 52-57.

recurso jerárquico de las decisiones administrativas, como consecuencia de un recurso ciudadano o de una decisión de la autoridad superior, manteniéndose el derecho de petición ante el cuerpo legislativo sobre las ilegalidades cometidas por los administradores y oficiales municipales. Este régimen se reforzó por la ley de 15-27 de marzo de 1791, que permitió a los directores de los departamentos anular los actos irregulares de las administraciones de distrito, los de aquellos por los ministros, y el rey respecto a estos últimos (arts. 25-27 y 32).

El modelo de dualidad jurisdiccional establecido por las citadas disposiciones, ha sido objeto de estudio por el Consejo Constitucional en la decisión 86-224, DC de 23 de enero de 1987, *Conseil de la Concurrence*³²⁷, reconociéndole su estatuto constitucional³²⁸. Constata que la separación de poderes y de autoridades administrativas y judiciales obedece a principios y normas distintos: el primero del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de rango constitucional, y el segundo de la Ley de 16-24 de agosto de 1790 y el Decreto de 16 fructidor del año III. Afirma que,

“conforme a la concepción francesa de la separación de poderes, figura entre los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, según el cual, con la excepción de las materias reservadas por su naturaleza a la autoridad judicial, se manifiesta como el último recurso de la competencia de la jurisdicción administrativa la anulación o la reforma de las decisiones, tomadas en ejercicio de las prerrogativas del poder público, por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo, sus agentes, las colectividades territoriales de la República o los organismos públicos establecidos bajo su autoridad o control”.

4.4.2. *La nueva Administración*

La Declaración de Derechos tenía como referente la soberanía nacional (art. 3), fuente de la ley, a la que se sometían todos los poderes públicos (art. 6). Las

327. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 699-714.

328. CHAPUS, R., *Droit du contentieux...*, cit., pp. 55-60. La justicia administrativa está considerada como institución exclusiva del Estado, porque “la justicia se administra de manera indivisible en nombre del Estado” (CE 27 de febrero de 2004, *Mme. Popin*) y no está subordinada a las jurisdicciones internacionales (CE 11 de febrero de 2004, *Mme. Chevrol*).

invocaciones de naturaleza administrativa están contenidas en el artículo 12 en cuanto instrumenta la fuerza pública para la “garantía de los derechos” de todos, sin que se pueda utilizar para “la utilidad particular de aquellos a quienes se les encomiende” (art. 12). Para mantener esta fuerza y toda la organización estatal eran necesarios medios económicos por el pago de impuestos, “que debían repartirse entre todos los contribuyentes en proporción a sus recursos” (art. 13). Las decisiones sobre el pago y el gasto se adoptarían por los ciudadanos o sus representantes (art. 14), a los que “la sociedad tiene el derecho de pedir cuenta de su administración” (art. 15).

En el artículo 1 del Título 3, capítulo IV de la Constitución de 1791 se emplazó la Administración dentro del poder ejecutivo presidido por el Rey, que lo tenía delegado (art. 4 del Título III), que era “jefe supremo de la administración general del Reino” (art. 1.2), en quien también “reside exclusivamente el poder ejecutivo supremo” (art. 1 del Tít. III, cap. IV), en cuanto “jefe supremo” le correspondía la dirección de las fuerzas militares, mantener el orden y la tranquilidad pública y el control de legalidad de la acción administrativa (arts. 1 y 5 del Tít. III, cap. IV, secc. III). Estaba subordinado a la ley porque “no hay en Francia autoridad superior a la de la ley. El Rey solo reina por ella, y tan solo en nombre de la ley puede exigir obediencia” (art. 3). Lo que configuraba a la administración como una parte del poder ejecutivo subordinada a la ley. Sus agentes eran “elegidos por el pueblo para un momento determinado, para ejercer las funciones administrativas bajo la vigilancia de la autoridad del Rey”, sin carácter representativo (art. 2 del Título 3, capítulo IV). Su subordinación a la Asamblea la reflejan los artículos 3 y 8, cuando le reconocen el poder de “determinar las normas y el modo de sus funciones” y el de levantar o confirmar la suspensión por el Rey de los administradores o subadministradores, “o incluso disolver la administración culpable y, si ha lugar, llevar a todos los administradores o a algunos de ellos ante los tribunales de lo penal, o pronunciar contra ellos auto de procesamiento”. De todo ello se desprende que la Administración estaba concebida como “instrumento del Estado y agente de la sociedad”. Diferencian entre *administration générale* y *exécution des lois*, confiando la primera a los administradores–funcionarios y la segunda al poder ejecutivo compuesto por órganos distintos de la Administración³²⁹.

329. LANZA, A., *L'expression...*, cit., pp. 230-244 y 596-609.

Las tensiones derivadas de la guerra y los conflictos interiores llevó a la Asamblea a crear el Consejo Ejecutivo Provisional el 10 de agosto de 1792, al que acompañó el 6 de abril de 1793 el Comité de Salud Pública con la misión de impulsar y controlar la actividad administrativa de los órganos ejecutivos (art. 2), autorizándole también a dirigirlos (art. 3). El Consejo Ejecutivo fue incorporado a la Constitución de 1793, encomendándole la “dirección y vigilancia de la administración general; tan solo puede actuar en ejecución de las leyes y decretos del Cuerpo legislativo” (art. 65); nombraba los “agentes jefes de la administración general de la República” (art. 66), los revocaba y reemplazaba (art. 73) y era “responsable de la ejecución de las leyes y decretos y de los abusos que no denuncie” (art. 72). El Consejo Ejecutivo aparece como institución distinta de la Administración con “función directiva”³³⁰ y de control sobre la misma para

“asegurar que el instrumento de acción que es la Administración actúe del todo conforme a los objetivos revolucionarios. Es preciso organizar su subordinación real con respecto al órgano gubernamental, órgano de representación: la Convención y después el Cuerpo Legislativo. Los constituyentes de 1793 fueron mucho más lejos que los de 1791 que no estaban preocupados por la subordinación de la Administración al Gobierno que se disociaban solo en la practica [...] Es realmente el punto de partida de lo que podemos calificar de concepción ideológica de la disociación Gobierno-Administración que se ampliará el año III para proseguir en el año VIII, hasta desaparecer con el régimen parlamentario”³³¹.

La Constitución del Directorio del año III (1795) trató de evitar los males del período jacobino y diferenció la Administración del Gobierno-Directorio al que reforzó encomendándole actuar “conforme a las leyes” sobre la seguridad exterior e interior, hacer proclamas para su ejecución (art. 144), “vigila y asegura la ejecución de las leyes en las administraciones y tribunales por medio de comisarios nombrados por él” (art. 147) y nombra a los ministros que dirigían la Administración (arts. 148-152)³³². Se mantuvo el dualismo de la

330. CARRÉ DE MALBERG, L., *Contribution à la théorie générale de l'État*, I, Paris, Sirey, 1920-1922, p. 498.

331. LANZA, A., *L'expression...*, cit., p. 625. La concepción de la Administración jacobina se expone en la Segunda parte, epígrafe 5.2.

332. LANZA, A., *L'expression...*, cit., pp. 626-637.

Constitución de 1793, pero fundado sobre un análisis de la naturaleza real de la función ejecutiva. Los dos órganos del Ejecutivo son de la misma naturaleza, pero corresponde a dos tiempos distintos de la misma función³³³. Según expresó THIBAUDEAU en un discurso de 26 fructidor del año III,

“La Constitución ha distinguido siempre dos cosas en el poder encargado de la ejecución de las leyes: el pensamiento y la acción, el gobierno y la administración. En el Directorio reside el pensamiento, la deliberación y el conjunto de gobierno. Saliendo del Directorio todo se divide naturalmente entre los ministros, según la naturaleza de sus funciones: es allí donde la deliberación acaba y la acción comienza a comunicarse rápidamente a todos los niveles de la escala administrativa”³³⁴.

Como se expondrá en la segunda parte, fueron los jacobinos quienes se plantearon con mayor profundidad la valoración y reforma de la Administración que, en parte, era herencia de la monarquía, para convertirla en propiamente revolucionaria. Durante el período revolucionario la distinción entre Gobierno y Administración fue funcional, entre la labor de dictar la legislación y de controlar su cumplimiento, y la de ejecutarla; también fue orgánica en cuanto instituciones distintas.

Un nuevo Estado exigía una nueva Administración, que se concretó tanto en su organización como en sus competencias. Los principios doctrinarios del liberalismo se plasmaron, sobre todo, en el respeto a la propiedad, reconocida como sagrada por la Declaración de Derechos, y en el establecimiento de un régimen que favoreciese a la nueva clase dominante que era la burguesía. La Administración no fue pasiva, sino que se dedicó a crear un marco legal para el libre desarrollo de las iniciativas económicas, la libertad de mercados y la puesta en circulación de los bienes, antes limitada por los privilegios hereditarios de la nobleza y por las manos muertas que los poseían sin obtener sus potencialidades económicas.

Se dictaron normas de policía como las leyes de 21 de septiembre-13 de noviembre de 1791, sobre el establecimiento de empresas nocivas a la seguridad o salubridad, y de 28 de septiembre-6 de octubre de 1791, de policía rural, que protegía la propiedad respecto a las ocupaciones y expropiaciones por

333. LANZA, A., *L'expression...*, cit., p. 634.

334. Discurso de 26 fructidor del año III, citado por LANZA, A., *L'expression...*, p. 631.

obras públicas. La ley de 20 de marzo-12 de julio de 1791 amplió los derechos de los propietarios sobre las minas existentes en su propiedad. La explotación de los bosques libremente y sin necesidad de intervención administrativa fue establecida por la ley de 18-29 de septiembre de 1791.

Frente al Estado de los derechos y garante de los mismos, las circunstancias históricas obligaron a extremar las medidas represivas. El poder de coerción se fue consolidando a partir de la ley de 11 de agosto de 1792, que encomendó a los municipios la policía de seguridad general con capacidad para investigar, instruir y arrestar provisionalmente, ampliada por la ley de 18 de agosto de 1792. Durante el período del terror los “representantes en misión” dispusieron de un gran poder sobre la administración y los ejércitos, dictando resoluciones con fuerza de ley, incluida la persecución de los sospechosos de contrarrevolucionarios por la ley de 3 de agosto de 1793. Los decretos de 17 de septiembre de 1793 y 7 de enero de 1794 autorizaron a los comités de vigilancia a arrestar a los sospechosos. Estas medidas se suavizaron a partir de la Constitución del año III (1795), que prohibió los arrestos y detenciones arbitrarios. La ley de rehenes de 21 mesidor del año VI (11 de julio de 1798) autorizó a redactar listas de familias de emigrados y nobles en los departamentos con graves conflictos, para prenderlos en caso de asesinato de funcionario, militar o adquirente de bienes nacionales³³⁵. Los problemas de suministros de alimentos obligaron a una intervención directa por medio de requisas y contra el acaparamiento de productos por las leyes de 4 de mayo y 29 de septiembre de 1793.

En el período napoleónico se configuró una Administración potente, jerárquica y centralista, al servicio del poder autoritario del emperador, que personificó el poder Ejecutivo, asesorado por el Consejo de Estado y por los ministros responsables de la Administración.

Con la Restauración y la Carta de 1814 se asimiló el principio monárquico y cambió el significado de la monarquía y del gobierno. Aquella se vinculó a la forma de gobierno y, concretamente, al poder ejecutivo concebido como un poder distinto de la Asamblea y no representante de ella, porque el monarca tenía su propio poder y, en el ámbito legislativo, lo compartía con aquella. La Carta le encomendó la coordinación ministerial y la unidad de acción, que no se realizaron. El control de la Administración fue *a posteriori* por medio de la

335. BIGOT, G., *L'autorité judiciaire...*, cit., pp. 55-56.

jerarquía y la responsabilidad ministerial. El Acta adicional de 1815 de los cien días de NAPOLEÓN introdujo un cambio abriendo el camino a la monarquía parlamentaria de julio. El gobierno lo integraban el monarca y los ministros, al que la ordenanza de 9 de julio de 1815 dotó de un Presidente, que terminó desapareciendo por la presencia del rey en esa función. La administración queda subordinada orgánicamente y controlada por el Gobierno en la consecución de la unidad de acción y la unidad de administración. El problema más importantes era el de garantizar que la unidad del órgano controlase a la Administración³³⁶.

Las Cartas de 1814 y 1830 y el régimen parlamentario de la II República establecieron una responsabilidad directa individual y colectiva de los ministros ante la Asamblea, lo que permitió un mayor control de la acción gubernamental, debilitando la diferencia entre Gobierno y Administración, que integraban el Ejecutivo, aquella más dirigida que controlada por el Gobierno. En el debate de la constitución de 1848 se plantearon dos posturas sobre la relación del lugar y control de la Administración. En primer lugar la representada por TOCQUEVILLE para quien formaba parte del Gobierno y se le controlaba por la Asamblea a través de aquel. De este modo el control *a priori* del poder administrativo no era visto como un problema constitucional, sino que se trataba indirectamente a través de las relaciones del Ejecutivo y del Legislativo. El control es, fundamentalmente, vigilancia en cuanto a la responsabilidad ministerial y al ejercicio de la potestad reglamentaria. La otra opción, que no prosperó, planteó la relación del Gobierno y la Administración en una perspectiva global con el legislativo, desde una cierta autonomía administrativa por una consideración puramente jurídica de la última³³⁷.

Tanto la Constitución de 1848 como la de 1852 establecieron la separación entre el Gobierno y la Administración, que al final del II Imperio condujo a la interpenetración anticipando el futuro régimen parlamentario de la Constitución de 1875. La consideración del Gobierno con entidad propia, aunque controlado en su acción por la Asamblea, se manifiesta en el significado del Consejo de ministros y en la responsabilidad de sus miembros ante la Cámara. Los ministros eran miembros del Gobierno y, a la vez, responsables de

336. LANZA, A., *L'expression...*, cit., pp. 651-671.

337. LANZA, A., *L'expression...*, cit., pp. 673 y ss.

un departamento, con la doble función política y administrativa. La creación del Consejo de Estado en 1848 que amplió los medios del Gobierno para el control de la Administración y su subordinación, supuso la creación de un cuerpo intermedio entre el Presidente y la Asamblea, encomendándole las “competencias disciplinarias, de alto control y de censura respecto a todos los funcionarios del orden administrativo”, según VIVIEN, prohibiendo que fueran nombrados por el poder ejecutivo (arts. 71 y 74). Tenía funciones de apoyo en la legislación (art. 75) y, a instancia de la Asamblea y del Presidente de la República, podía realizar el examen de los actos de los funcionarios (art. 99)³³⁸.

El significado del Consejo de Estado como institución de gobierno se amplió por la Constitución de 1852, recuperando la función de la Constitución del año VIII. NAPOLEÓN III intentó controlar el poder de la burocracia administrativa a través de la centralización y del control jerárquico y político *a posteriori* del cumplimiento de las decisiones y de la legalidad. A partir del decreto de 24 de noviembre de 1860 se amplió el control por la Asamblea para dar una imagen más liberal³³⁹.

Las leyes constitucionales y la práctica de la III República condujeron a establecer la unidad de dirección gubernamental y la gestión departamental, así como su control por la Asamblea, consagrando el parlamentarismo. La Administración se subordinó orgánicamente al Gobierno y este a la Asamblea, ante la que respondía colectiva e individualmente cada uno de sus miembros en su condición de directores políticos y cabeza de la organización administrativa, de modo individual o como miembros del Consejo de ministros. Este dualismo funcional generó una dificultad respecto al “control del poder administrativo [...] pues el controlado era al mismo tiempo, al menos por una parte, el controlador en cuanto miembro del Consejo de Ministros”³⁴⁰. Sin embargo, el Presidente de la República, a quien correspondía la dirección de la Administración, solo respondía por alta traición, lo que era contrario a los principios parlamentarios. Esta situación determinó la mayor responsabilidad gubernamental y administrativa de los ministros, a partir del refrendo de los actos de aquel. Condujo a reforzar el poder político y administrativo de los ministros y a un sistema “monista de tipo colegial”, a pesar de la diferencia en los textos

338. LANZA, A., *L'expression...*, cit., pp. 687-700.

339. LANZA, A., *L'expression...*, cit., pp. 701-710.

340. LANZA, A., *L'expression...*, cit., p. 712.

entre el Gobierno y la Administración, dada la difícil diferenciación entre los ministros como miembros de aquel y como gestores de un departamento, entre sus funciones gubernamentales y administrativas³⁴¹.

Por otra parte, la identificación de la administración con la ejecución de las leyes se inició a partir del año VIII cuando se encomienda al Gobierno o al Rey dictar reglamentos “para la ejecución de las leyes³⁴², sin poder jamás ni suspenderlas ni dispensar de su ejecución” (art. 13 de la Carta de 1830). Esta continuidad llevó a CARRÉ DE MALBERG a afirmar, con base en el artículo 3 de la Constitución de 1875, que “la función administrativa consiste en vigilar y asegurar la ejecución de las leyes. [...] La función de los administradores, comenzando por el Presidente de la República, está caracterizada únicamente por la relación de dependencia y de subordinación que se establece entre el acto administrativo y la ley”³⁴³. El período napoleónico, que reforzó la Administración, mantuvo muy clara la distinción entre el Gobierno de los Consejos y la estructura de ejecución.

Uno de los aspectos destacables de la nueva Administración fue la atribución de la potestad reglamentaria. Inicialmente se planteó por la prohibición a los jueces de dictarlos (art. 12 de la Ley de 3 de noviembre de 1789), para pasar a reconocérselo a la Administración. En la Constitución de 1791 se facultó al Rey para hacer declaraciones conformes a las leyes que serían ratificadas por la Asamblea. Frente a la división de poderes y la falta de cualquier poder normativo en el ejecutivo, la monarquía constitucional y, sobre todo, por el Comité de Salud Pública de la Convención y durante el Directorio se dictaron reglamentos de carácter general³⁴⁴. En la Constitución del año III (1795) se

341. LANZA, A., *L'expression...*, cit., pp. 718-736.

342. Así lo recogen los artículos 14 de la Carta de 1814, 49 de la Constitución de 1848, 6 de 1852 y 14 de 1870.

343. CARRÉ DE MALBERG, L. *Contribution...*, cit., I, pp. 474 y ss. VEDEL, G., “Les bases...”, *cit.*, p. 39, afirmó que el artículo 3 de la Constitución de 1875, con la misión de la ejecución de las leyes, “confiere un título general de competencia para todo lo que es necesario a las condiciones de continuidad de la vida nacional, es decir para todo lo que exigen el mantenimiento del orden y la marcha de los servicios públicos. La ejecución de las leyes no consiste solo, en efecto, en la ejecución de cada ley, sino en el mantenimiento de todo el orden jurídico y de lo que para ello es condición necesaria, es decir, la continuidad del estado y de la vida nacional”.

344. VERPEAUX, M., “Le pouvoir réglementaire sous la Révolution”, en *Droits*, 17, 1993, pp. 121-124.

reconoció al Directorio la competencia para dictar reglamentos autónomos en materia de policía y financiera (art. 307).

La Constitución del año VIII (1799) facultó al Gobierno para hacer “los reglamentos necesarios par asegurar la ejecución de las leyes” (art. 44), poderes generales de policía y la organización de la guardia nacional (art. 47), pero exige adoptar reglamentos de administración cuando estuviera en actividad (art. 48) y encomendó al Consejo de Estado, entre otras, la misión de “redactar los proyectos de ley y los reglamentos de administración pública, y resolver las dificultades que se planteen en materia administrativa” (art. 52)³⁴⁵. Se desarrolló ampliamente la potestad reglamentaria a partir de diferenciar entre los reglamentos de ejecución de las leyes del artículo 44 y los autónomos del artículo 48 que, según DUGUIT, estaban destinados en un sentido amplio a determinar la organización de la administración pública y de los servicios administrativos³⁴⁶.

4.5. El poder judicial y la jurisdicción administrativa

4.5.1. *Su origen en el Antiguo Régimen*

El punto de partida de la reforma de la organización judicial del Antiguo Régimen fue, precisamente, la confusión entre los poderes y la ausencia de una división que les diese independencia, como lo pusieron de manifiesto LOCKE, MONTESQUIEU y ROUSSEAU. Así lo reflejó TOCQUEVILLE, al afirmar que

“los tribunales toman parte indirectamente en el poder legislativo, y tienen el derecho de hacer reglamentos administrativos obligatorios en el ámbito de su competencia. Otras veces hacen frente a la administración propiamente dicha, censurando ruidosamente sus medidas y procesando a sus agentes. Simples jueces redactan ordenanzas de policía en las ciudades y burgos donde residen”.

El mismo autor aludió al Consejo Real como institución que era tribunal supremo de justicia, tribunal superior administrativo, consejo de gobierno con

345. LANZA, A., *L'expression...*, cit., pp. 611-625 y 637-648.

346. DUGUIT, L., *Traité...*, cit., IV, pp. 673-674. El poder reglamentario autónomo fue reconocido por el CE 2 de diciembre de 1982, *Mogambury*.

iniciativa legislativa, consejo superior de la administración, capaz de decidir en los asuntos importantes y supervisor de los poderes secundarios:

“todo termina conduciendo a él, y de él parte el movimiento que se comunica a todo. Empero carece de jurisdicción propia. El rey es el único que decide, aun cuando parezca que es el consejo el que se pronuncia. Incluso cuando aparenta administrar justicia, en realidad no está compuesto sino de dadores de consejos, tal y como lo ha expresado el parlamento en una de sus amonestaciones”³⁴⁷.

Sin embargo, como señaló MESTRE, a pesar de la confusión y de la inexistencia de una especificidad contenciosa, esta se hallaba en germen desde el siglo XIV hasta el fin del Antiguo Régimen. En primer lugar, por la propia confusión del poder de mandar, administrar y juzgar en materia administrativa. Por la asimilación del juicio a la administración al de los civiles entre particulares y a las causas criminales. En tercer lugar, porque determinadas materias administrativas se encomendaban a una jurisdicción con competencia excepcional, que ofrecía “importantes garantías a los administrados, distinguiendo los procesos del orden administrativo de los privados”³⁴⁸.

En el proceso de configurar un ámbito administrativo fuera del control judicial se han situado los intentos de la monarquía de limitar la interferencia de los Parlamentos en la materia administrativa, como el edicto de Saint-Germain de 21 de febrero de 1641, que provocó el movimiento de La Fronda. Declaró que ni el Parlamento de París ni los demás tribunales se habían establecido para administrar justicia, sin poder conocer de las materias que afectasen “al estado, la administración y el gobierno que reservamos exclusivamente a nuestra persona [...] a no ser que les encomendemos en poder y mandato especial por nuestras cartas patentes”³⁴⁹. En el edicto de Fontainebleau de 8 de julio de 1661 se dispuso la remisión al Consejo Real, con inhibición expresa y prohibición

“de tener cualquier conocimiento de los asuntos y procesos sobre los que Su Majestad haya mantenido o reservado el juicio para sí y su Consejo, con pena de

347. TOCQUEVILLE, A., DE, *El Antiguo Régimen...*, cit., Lib. II, cap. II, pp. 90-91. BURDEAU, G., *Traité de science politique*, VI, I, Paris, LGDJ, 1971, pp. 202-210, expone la valoración por parte de Tocqueville del proceso revolucionario.

348. MESTRE, J.-L., “Introduction...”, cit., pp. 181-182. CHÉRUEL, A., *Histoire de l'Administration monarchique en France*, Paris, Defobry, 1885.

349. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 22.

incurrir en su indignación, salvo que se le dirijan en vía de súplica y de advertencia sobre los inconvenientes que consideren pudieran derivarse con la ejecución de dichas resoluciones sobre las cuales Su Majestad hará la gracia de considerarlas”³⁵⁰.

Al orden judicial se le reprochaba su “desconocimiento del interés general, la usurpación de funciones de los administradores, la lentitud y el coste de sus procedimientos, mientras que se presentaba como el guardián de los intereses de los administrados. En estos términos se planteó el debate ante la Asamblea nacional constituyente”³⁵¹. Para conocer de los litigios administrativos no se crearon tribunales (*cours* o *tribunaux*) sino consejos (*conseils*) como el Consejo de Estado para todo el reino o los consejos de prefectura para los departamentos³⁵².

Por tanto, durante el Antiguo Régimen ya existía alguna exclusión del conocimiento de los jueces ordinarios de los asuntos relacionados con la administración, que iba a ser uno de los campos de batalla del orden institucional establecido por la Revolución. Según TOCQUEVILLE, “la idea pertenece al Antiguo Régimen” y se estableció “como máxima de Estado, no en las leyes, sino en el espíritu de quienes las aplican, que todos los litigios en los que se mezcle un interés público, o que deriven de la interpretación de un acto administrativo, no sean de la competencia de los jueces ordinarios, cuya sola tarea es la de pronunciarse sobre intereses particulares”. Invocó los litigios sobre impuestos, transporte y vehículos públicos, carreteras, navegación fluvial, etc., “por lo general, todos los procesos en los que está interesada la autoridad pública se celebran ante los tribunales administrativos”. Esta jurisdicción excepcional tenía como razón justificativa que “el juez ordinario se halla sometido a reglas fijas, que le obligan a reprimir un hecho contrario a la ley; pero el Consejo puede, en aras de un fin útil, derogar tales reglas”. Concluyó con el análisis del nuevo régimen establecido por la Revolución:

“hemos expulsado la justicia de la esfera administrativa en la que el Antiguo Régimen la había dejado introducirse en manera harto indebida; pero al mismo tiempo, como se ve, el gobierno se introducía sin parar en la esfera natural de la justicia y esto aún perdura; como si la confusión de poderes no fuese tan peligrosa en esto

350. ISAMBERT, J., *Recueil général des anciennes lois françaises*, Paris, Plon, XVII, n.º 375, p. 403.

351. MESTRE, J.-L., “Introduction...”, *cit.*, p. 219.

352. CHAPUS, R., *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 2006, pp. 43-44.

como en aquello, si no peor, pues la intervención de la justicia en la administración no perjudica más que a los asuntos, en tanto la intervención de la administración en la justicia deprava a los hombres y tiende a volverlos a una revolucionarios y serviles”³⁵³.

4.5.2. *La reforma judicial por la Asamblea Constituyente*

Una de las cuestiones más debatidas en la Asamblea Constituyente fue el estudio de las diversas reformas del poder judicial. A partir de la propuesta de BERGASSE del 24 de marzo de 1789 decidió revisarlo y reformarlo completamente basándose en los proyectos de SIEYÈS, DUPORT y THOURET³⁵⁴.

La revisión del orden judicial del Antiguo Régimen se planteó como una necesidad urgente por la absoluta desconfianza sobre su poder y actividad, que, por el control de la aristocracia, podía poner en cuestión los objetivos revolucionarios. Nicolás BERGASSE presentó el 17 de agosto de 1789 un informe sobre la “organización del poder judicial”³⁵⁵. Afirmó que “la libertad política consiste en la facultad que tiene todo ciudadano de concurrir, por sí mismo o por sus representantes, a la formación de la ley” y la libertad civil “consiste en la facultad que tiene todo ciudadano de hacer todo lo que no está prohibido por la ley”. Sostuvo que

“el poder judicial estaría mal organizado si los depositarios de este poder tomaran parte activa en la legislación, o pueden influir, de cualquier modo que sea, sobre la formación de la ley. [...] porque, si el ministro de la ley puede influir en su for-

353. TOCQUEVILLE, A., DE, *El Antiguo Régimen...*, cit., Lib. II, cap. IV, pp. 108-110.

354. MADIVAL, J., LAURENT, E. y CLAVEL, E., *Archives parlementaires de 1787 à 1860, Première série (1787 à 1789)*, Tome X, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1878. BIGOT, G., *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition 1800-1872*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 17-25.

355. MADIVAL, J., LAURENT, E. y CLAVEL, E., *Archives Parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des assemblées françaises*, X, Paris, 1867, p. 725. Sobre el valor de los Archives, señala AULARD, A., *Histoire politique de la Révolution française*, Paris, 1901, p. XII, que al no existir métodos taquigráficos, proceden de la reconstrucción de las crónicas periodísticas y de las notas que los intervinientes aportaban a los medios; poniendo en duda su fiabilidad. BERGASSE, L., *Un philosophe lyonnais: Nicolas Bergasse. Essai de philosophie chrétienne sous le premier empire*, Paris, J. Vrin, 1938.

mación, tiene el riesgo cierto de influir en su beneficio, de incrementar su poder y disminuir así la libertad pública o la particular”.

Entre sus trece propuestas finales incluyó las de que “el poder judicial no dependa esencialmente más que de la voluntad de la nación”; que “los depositarios del poder judicial no participen en modo alguno en el poder legislativo”; “que los magistrados no sean venales, y el derecho de actuarla no sea propiedad o prerrogativa de ningún ciudadano en el Estado”; que “solo el príncipe nombre los jueces, elegidos entre las personas designadas por el pueblo”; que “ningún juez en materia civil o criminal tenga el derecho de interpretar la ley, o de entender las disposiciones a su gusto”³⁵⁶. Sus propuestas las calificó de “verdades demostradas”, con base a las que elaboró el Proyecto de constitución del poder judicial, que, según DUGUIT, preparó la Ley de 16-24 de agosto de 1790 sobre el orden judicial y el capítulo V del Título VI de la Constitución de septiembre.

DUPORT elaboró los “Principios fundamentales de la policía y de la justicia, presentados en nombre del Comité de la Constitución” el 22 de diciembre de 1789. Enumeró en el artículo 17 la existencia de dos instituciones distintas para garantizar la libertad, la propiedad, el honor y la vida, que eran la policía y la justicia. Según el artículo 18, competía a aquella todo lo relativo a la prevención de los delitos, al restablecimiento del orden de un modo rápido y detener y arrestar a los que lo perturban; mientras que eran propios de la justicia los medios para verificar los hechos que den lugar a la persecución y aplicación de la ley³⁵⁷.

En un Proyecto de Constitución del poder judicial de BERGASSE de 1789, el artículo 2 del título I, sobre los tribunales y jueces en general, dispuso que “los tribunales y los jueces no deben participar de ningún modo en el ejercicio de la potestad legislativa; y todo ciudadano que ocupe cualquier puesto en la magistratura, en tanto lo haga, no podrá ser miembro del Cuerpo legislativo”. El artículo 9 prohíbe a los jueces “interpretar la ley, y en el caso de que sea dudosa, se retirará ante el Cuerpo legislativo, para obtener, si fuera necesario, una

356. Años después, el redactor del *Code Civil*, PORTALIS, afirmó que “en matière criminelle, il faut des lois précises et point de jurisprudence” (*Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement*, Paris, Videcoq, 1836, p. 473).

357. BERGASSE en su propuesta consideró que “la arbitrariedad se encuentra necesariamente hasta cierto punto en las medidas que la policía está obligada a adoptar para mantener el orden público, y en los actos de vigilancia sobre las personas y las cosas, que es indispensable permitírsela”.

ley precisa". El artículo 1 del Título IV sobre "los Tribunales y jueces en materia de policía" diferenció entre la policía penal y la administrativa, de modo que "solo se trata aquí de la policía que tiene por fin prevenir los delitos, no de la policía que administra los intereses políticos y económicos de la ciudad"³⁵⁸.

THOURET³⁵⁹ presentó el 22 de diciembre de 1789 un proyecto cuyo Título XV, referido a los jueces en materia de administración y de impuestos, proponía en su artículo 1 que en cada departamento se estableciera "un tribunal con el nombre de tribunal administrativo [...] que conocerá del contencioso en materia de impuestos y de administración", precisando en los artículos posteriores sus competencias en materia administrativa sobre contribuciones, obras públicas, aguas y bosques. En su "Discurso sobre la organización del poder judicial" de 24 de marzo de 1790, denunció que "el espíritu de las grandes corporaciones judiciales es un espíritu enemigo de la regeneración", así como "los abusos que habían desnaturalizado al poder judicial por realizar funciones propias con otras funciones incompatibles e inmutables de otros poderes públicos", como emular al poder legislativo, revisando, modificando o rechazando las leyes, o ser

"rival del poder administrativo, enturbiando sus actividades, parando su movimiento e inquietando a sus agentes. [...] Los ministros de la Justicia distributiva no deben mezclarse en modo alguno con la administración cuyo cuidado no se les ha encomendado. [...] Tal desorden es intolerable en una buena Constitución, y la nuestra hace desaparecer, para el porvenir, los motivos que han podido hacerla soportable antes: decimos que una nación que ejerce el poder legislativo por un cuerpo permanente de representantes, no puede dejar a los tribunales ejecutores de sus leyes y sometidos a su autoridad, la facultad de revisarlas; decimos, en fin, que cuando esta nación elige sus administradores, los ministros de la justicia no deben en ningún caso interferir en la administración cuyo cuidado no se les ha encomendado".

358. *Edition originale du rapport*, Paris, Baudouin, imprimeur de l'Assemblée Nationale, 1789.

359. Fue abogado en el Parlamento de Normandía, diputado del Tercer Estado por Rouen en los Estados Generales, presidió la Asamblea en tres períodos, formó parte del Tribunal de Casación en 1793. Participaba de la actitud girondina y fue víctima del Terror, condenado a muerte y ejecutado el 22 de abril de 1794, junto con Eprêmesnil y Malesherbes. Tuvo papel relevante en relación a la institución del jurado y pidió la redacción de un Código civil uniforme para toda Francia. THOURET, J.-G., *Abregé des Révolutions. De l'Ancien Gouvernement François*, Paris, Pierre et Firmin Didot, 1800. BILICI, F., "Thouret: sa vie, ses idées, son procès", en *Livre hommage à Jacques-Guillaume Thouret, 1746-1794*, Rouen, 1990, pp. 43-53.

THOURET invocó los artículos 6, 7, 8 y 9 del título I de su proyecto, que “establecen la total subordinación de los tribunales de justicia al poder legislativo y la explícita separación del poder judicial del poder de administrar”³⁶⁰.

En el debate el diputado PEZOUS propuso encomendar a órganos administrativos como los directores de departamento y de distrito juzgar las cuestiones que afectasen a la administración, porque “los administradores son, sin duda, más adecuados que los jueces para vaciar las diferencias en la solución de toda la complejidad del pleito”. Afirmó que el plan propuesto “distingue y separa profundamente el orden administrativo del orden judicial, es el único digno de Vosotros, que solo merece vuestra aprobación y los votos del pueblo”³⁶¹. En la sesión de 20 de julio THOURET expuso la opinión del Comité de la constitución que “se proponía atribuir al cuerpo administrativo la mayor parte de las cuestiones relativas a los impuestos, reservando solo a los tribunales de distrito el conocimiento de los contenciosos entre individuos”.

Con base en los proyectos de BERGASSE, THOURET, DUPORT y SIEYÈS, la ley de 16-24 de agosto de 1790 organizó la justicia general y, particularmente, la civil. Fue la obra más importante en la materia de la Asamblea constituyente, que se completó por la de 16 de septiembre de 1791 en cuanto a la criminal. El nuevo Código penal se aprobó el 25 de septiembre de 1791.

4.5.3. *La ley de 16-24 de agosto de 1790 y la jurisdicción administrativa*

Partiendo del principio de unidad del Poder judicial, el 22 de diciembre de 1789 y el 5 de julio de 1790 se debatieron en la Asamblea Nacional dos proyectos que configuraban Tribunales para conocer de lo contencioso-administrativo dentro del Poder judicial. Sin embargo, prevaleció el dogma de la división de poderes, porque “la Constituyente consideró que la misión de aplicar

360. THOURET, J.-G., *Discours de M. Thouret devant l'Assemblée nationale fait au nom du comité de la Constitution: sur l'obligation du roi de résider dans le royaume, séance du 28 mars*, Paris, Imprimerie nationale sur ordre de l'Assemblée nationale. MADIVAL, J., LAURENT, E. y CLAVEL, E., *Archives Parlementaires*, X, p. 718, 22 de diciembre de 1789. Citado por DUGUIT, L., *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, Madrid, CEC, 1996, pp. 123-131. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 30.

361. MADIVAL, J., LAURENT, E. y CLAVEL, E., *Archives Parlementaires*, XIII, pp. 450-451, 30 de marzo de 1790. Citado por DUGUIT, L., *La separación...*, cit., pp. 126-127.

el Derecho a la actividad administrativa es, hablando en términos absolutos, inseparable del de aplicar el Derecho a la actividad de los particulares”³⁶².

La Ley de 3 de noviembre de 1789 suspendió la actividad de los Parlamentos y que fueron disueltos por la de 16-24 de agosto de 1790, que estructuró el nuevo poder judicial³⁶³. El Título II, artículo 10 concretó la división de poderes, limitando el poder judicial respecto al legislativo y el ejecutivo:

“Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le roi, à peine de forfaiture”.

El artículo 12, sobre la organización judicial, diferenció las funciones judiciales de las legislativas, prohibió a los Tribunales dictar reglamentos y podían solicitar del legislativo la interpretación de la ley o hacer una nueva:

“Ils ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle”.

El artículo 13 separó rígidamente las funciones judiciales y las administrativas excluyendo estas últimas del conocimiento de los tribunales ordinarios (*judiciaires*):

“Las funciones judiciales son y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, interferir de cualquier modo que sea en las labores de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”³⁶⁴.

En este precepto se ha fundado, además de la separación de las funciones administrativas y judiciales, el origen de la competencia contenciosa de la Administración y de la jurisdicción administrativa, de los Consejos de Prefectura y del Consejo de Estado³⁶⁵.

362. SANDEVOIR, P., *Études sur le recours de pleine juridiction*, Paris, LGDJ, 1964, p. 58.

363. Número monográfico de la *RFDA*, 1990. VEDEL, G., “La loi des 16-24 août 1790: Texte? Prétexte? Contexte?”, *RFDA*, 1990, pp. 698-711. MESTRE, J. L., “Aux origines du contentieux administrative”, *RFDA*, 1996, pp. 289-300.

364. Art. 13: Las fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quel que manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.

365. MESTRE, J.-L., “La signification de la loi des 7-14 octobre 1790 d'après des documents inédits”, *Études et documents du Conseil d'État*, Paris, Documentation française, 43, 1991, pp.

Esta diferencia de jurisdicciones, que ya existía en el Antiguo Régimen, fue asumida “como la aplicación normal del principio de separación de poderes”³⁶⁶, motivada por la profunda desconfianza en el poder judicial de los Parlamentos, a fin de evitar que se configurara un “gobierno de los jueces” que diera al traste con el proceso revolucionario. Se perseguía limitar “este terrible poder” (THOURET) para que “no atente ni a la libertad política ni a la libertad civil” (CHABROUD)³⁶⁷, huyendo de las prácticas judiciales anteriores para colocar a la libertad y a la ley fuera de la arbitrariedad de los tribunales. Así lo expuso la resolución de 12 frimario del año VI al afirmar que

“la acción de los jueces [sobre la venta de bienes nacionales] llevaba a entablar una lucha peligrosa entre las autoridades, y a confundir todos los poderes, a estorbar la acción del Gobierno y a destruir las medidas más adecuadas para consolidar la Revolución y perpetuar la existencia de la República”³⁶⁸.

Como expuso AUCOC, el propósito de la Asamblea constituyente fue

“dejar a la administración su libertad de acción bajo el control del poder legislativo. No quiso que la autoridad administrativa pudiese estar dirigida por otros que por ella misma. Por ello decidió que el poder administrativo fuera independiente de la autoridad judicial, y que, después de destruir todas las jurisdicciones administrativas del Antiguo Régimen, reconstruyó de nuevo una jurisdicción administrativa. [...] Una jurisdicción compuesta por jueces implicados en la acción administrativa está mejor situada para hacer respetar los derechos de la autoridad administrativa, que no son otros que los derechos del público, para evitar el exceso de celo. Puede ser una jurisdicción moderadora y moderada”.

En su opinión, los principales motivos que justificaron la separación jurisdiccional entre la judicial y la administrativa y la existencia de esta última

281-298, afirma que la citada ley no pretendió establecer el principio de separación entre las autoridades administrativas y judiciales como órdenes jurisdiccionales distintos (p. 291). CHEVALLIER, J., “Du principe de séparation au principe de dualité”, en *RFDA*, 1990.

366. LAFERRIÈRE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, I, Paris, 1896, p. 12. DUGUIT, L., *Traité...*, cit., II, 1923, pp. 514 y ss. CARRÉ DE MALBERG, R., *Contribution...*, cit., II, pp. 115 y ss.

367. MADIVAL, J., LAURENT, E. Y CLAVEL, E., *Archives...*, cit., pp. 443 y 473.

368. Citada por CORMENIN, L.-M., *Droit administratif*, II, Paris, G. Thorel, 1840, pp. 47-55. Recogido por BIGOT, G., “Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875”, en *RFDA*, 2003, p. 219; *L'autorité...*, cit., pp. 50-55, 294-299.

son: “la necesidad de una instrucción especial y de un espíritu particular para aplicar la legislación administrativa” y “la necesidad de un procedimiento más rápido, más simple, menos costoso que el procedimiento civil”. Concluyó afirmando que

“las jurisdicciones compuestas de hombres que intervienen en la administración y que forman parte de la jerarquía administrativa están mejor situadas que los jueces civiles para conseguir una instrucción completa de los asuntos y la producción de documentos que la administración difícilmente remitiera a los tribunales civiles”³⁶⁹.

4.5.4. *La atribución de competencias a la jurisdicción administrativa y la inmunidad de la administración*

A partir de la Asamblea Constituyente se incrementaron considerablemente las competencias de la jurisdicción administrativa sobre numerosas cuestiones, en un proceso de descalificación de la autoridad judicial y de aumento de los conflictos de competencias entre las autoridades administrativas y las judiciales. Se le atribuyó el conocimiento de las cuestiones sobre las elecciones judiciales (ley de 7-11 de noviembre de 1790), las elecciones departamentales y municipales (ley de 15-25 de marzo de 1791), los alistamientos (ley de 9-25 de marzo de 1791), la liquidación de deudas de comunidades suprimidas (ley de 14-27 de abril de 1791) y la venta de bienes nacionales (leyes de 23 de octubre-5 de noviembre de 1790 y 30 de marzo-8 de abril de 1792). Durante la Convención se continuó ampliando su competencia. La ley de 25 de febrero de 1793 declaró nulos y no celebrados todos los juicios que se hubieran celebrado o celebrasen por los tribunales de distrito sobre asuntos de emigración y envió al conocimiento de la Convención a los magistrados que lo hubieran hecho.

El Directorio le encomendó conocer de los recursos sobre listas de emigrados (leyes de 28 de marzo de 1793 y 15 de noviembre de 1794) y expedición de certificados de civismo (20 de septiembre de 1794). Durante la Convención

369. AUCOC, L., *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'Ecole des Ponts et Chaussées*, Paris, Dunod, 1878-1879, 1885, pp. 89-91.

se continuó potenciando la jurisdicción administrativa, como hizo la ley de 1 fructidor del año III (18 de agosto de 1795) sobre validez de las adjudicaciones de bienes nacionales, cuyos adjudicatarios estaban protegidos por el artículo 374 de la Constitución del año III (1795)³⁷⁰.

Siguiendo lo dispuesto por la ley de 16-24 de agosto de 1790, otras normas también atribuyeron a la Administración la competencia para conocer las cuestiones contenciosas. En este sentido fue decisivo el Decreto del Directorio de 16 fructidor del año III (3 de septiembre de 1795) que dispuso: *défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit*³⁷¹. Se dictó por iniciativa de MONNOT para precisar la jurisdicción competente a propósito de las reclamaciones sobre devolución de tasas, a fin de anular los juicios de los tribunales judiciales y de prohibirles “inmiscuirse en este tipo de asuntos”. A su amparo se creó una inmunidad jurisdiccional a favor de la Administración en materia fiscal, considerando de naturaleza administrativa “todas las operaciones que se ejecuten por orden del gobierno, por sus agentes inmediatos y con los fondos suministrados por el Tesoro público”³⁷². Esta misma naturaleza administrativa se atribuyó a los actos sobre venta de bienes nacionales, porque “la actividad de los jueces tiende a establecer una lucha peligrosa entre las autoridades y a confundir todos los poderes, a estorbar la marcha del gobierno, y a destruir las medidas más propias para consolidar la Revolución y perpetuar la existencia de la República”³⁷³. Con el mismo criterio se extendió a los actos dictados sobre los emigrados y su patrimonio secuestrado.

370. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 60-61. BIGOT, G., *L'autorité...*, cit., pp. 55-56.

371. DEBBASCH, CH. y PINET, M., *Les grands textes...*, cit., p. 487. BENOIT, F.-P., *El Derecho administrativo francés*, Madrid, IEP, 1977, pp. 350 y ss.; “Les fondements de la justice administrative”, en *Mélanges Waline: le juge et le droit public*, II, Paris, LGDJ, 1974, pp. 283 y ss. BIGOT, G., “Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875. Définir le droit administratif”, en *Giornale di storia costituzionale*, 5, 2003, pp. 153-166 y *RFDA*, 2, 2003, pp. 218-224; “La dictature administrative au XIX^e siècle: théorie historique du droit administratif (Définir le droit administratif)”, en *RFDA*, 4, 2003, pp. 435-441; *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration, vicissitudes d'une ambition (1800-1872)*, Paris, LGDJ, 1991; “Le Conseil d'État, juge gouvernemental”, en BLUCHE, F. (dir.), *Le Prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, Paris, PUF, 2000, pp. 171-188.

372. Resolución del Directorio de 2 germinal del año V.

373. Resoluciones del Directorio de 12 frimario y 4 nivoso del año VI, citadas por BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 39-40; *L'autorité...*, cit., pp. 50-55.

La protección de los agentes gubernamentales o administrativos frente a la acción judicial se formuló en beneficio de la jerarquía administrativa, única competente para realizar el control, como se recogió en el artículo 61 de la ley municipal de 14 de diciembre de 1789, sobre denuncia de delitos, que reconoció la competencia administrativa. La ley 7-11 de septiembre de 1790 prohibió en su artículo 1 las denuncias ante los tribunales ordinarios sobre contribuciones directas, mientras que el artículo 5 del Código Civil les prohibió dictar *arrêts de réglemant*, que eran decisiones en un caso concreto con valor de disposición general.

El artículo 8 del Tít. III del Cap. IV de la Constitución de 3 de septiembre de 1791 dispuso que correspondía al cuerpo legislativo decidir si se podía perseguir ante los tribunales a los administradores de departamento o de distrito. En sus artículos 196 y 203 se reconoció al Directorio ejecutivo la facultad de enviar ante los tribunales ordinarios a los administradores por hechos relacionados con sus funciones. Así lo constató una resolución del 6 floreal del año V: “la autoridad judicial no puede arrogarse el derecho de inmiscuirse en las operaciones administrativas, lo que no implica que quedarán impunes los administradores que han cometido delitos en el ejercicio de sus funciones; sino que pertenece al Directorio ejecutivo, conforme al artículo 196 de la Constitución, decidir si los delitos por ellos cometidos, como administradores, dan lugar a reparaciones o a penas, cuya persecución deba encomendarse a los tribunales”³⁷⁴. Esta protección a los agentes gubernamentales fue incorporada al artículo 75 de la Constitución del año VIII, que prohibió perseguirlos por los hechos relativos a sus funciones, salvo decisión del Consejo de Estado.

Por resolución del 2 germinal del año V (22 de marzo de 1787) quedaron fuera del conocimiento de los tribunales judiciales “todas las operaciones que se ejecuten por orden del gobierno y por sus agentes inmediatos, con los fondos proporcionados por el Tesoro público”. Este texto fue el apoyo de la “teoría del Estado deudor”, que justificó la exclusión del conocimiento de los tribunales ordinarios de los litigios sobre condena pecuniaria del Estado³⁷⁵.

La preocupación por impedir el control de la Administración por los jueces ordinarios llevó a privarles de la valoración de la conformidad a la ley y de la

374. Invocada por BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 41.

375. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 62 y 128-129.

oportunidad de la actividad administrativa. Como constató el comisario del gobierno en el *arrêt Blanco*

“la Asamblea no quería que la autoridad judicial pudiera ejercer una acción cualquiera sobre la Administración; no quería que pudiera perturbar de cualquier manera que fuera sus actividades. Quería que la autoridad administrativa conservara su completa libertad de acción frente a la autoridad judicial a fin de que la responsabilidad fuera total frente al cuerpo legislativo, que debía tener el control exclusivo de su actividad y sus actos”³⁷⁶.

El 16 de agosto de 1790 se aprobó la Ley sobre organización judicial, salvo en lo relativo al ámbito administrativo y la casación. Su artículo 27 dispuso que “el ministro de Justicia denunciará ante el Tribunal de Casación por medio del comisario del rey, los actos por los cuales los jueces se hubieran excedido de los límites de su poder”. Esta ley, además, suprimió instituciones anteriores como el Tribunal de las ayudas y los despachos de finanzas y otras compañías. Les seguirían las Cámaras de cuentas que lo fueron por la ley de 17-29 de septiembre de 1791.

El 6 de septiembre de 1790 DÉMEUNIER presentó las propuestas del Título XIII sobre el contencioso de la Administración y los impuestos. Aunque fue profundamente modificada, sin embargo se configuró una distribución de las materias administrativas en el seno de la propia Administración, y mantuvo la idea de que

“un asunto administrativo, incluso contencioso, sigue siendo administrativo; no puede someterse a los tribunales de justicia; es competencia exclusiva de las au-

376. Resolución del Tribunal de Conflictos de 8 de febrero de 1873, en LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 5-8. Resolvió un conflicto entre el juez ordinario y el administrativo atribuyendo a este la competencia para conocer las acciones sobre la responsabilidad contra el Estado por daños a los particulares ocasionados por los empleados públicos. Lo hizo a partir de que constituía una “sanción del principio de división de poderes”: “la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por los hechos de personas que emplea en el servicio público, no puede regirse por los principios establecidos en el Código civil para las relaciones entre particulares; que esta responsabilidad no es ni general, ni absoluta; tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”. Vinculó la competencia del juez administrativo a la utilización de un derecho distinto al común, que fue el administrativo elaborado progresivamente por el Consejo de Estado y, posteriormente, por las sucesivas regulaciones de la actividad administrativa. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 233-235.

toridades administrativas. [...] desaparece la distinción entre la administración ordinaria y la administración contenciosa. [...] La Ley de 6-7 de septiembre de 1790 formula el principio mismo de nuestra teoría moderna. [...] la Asamblea comprendía claramente el sistema que establecía y que vinculaba la separación de la Administración y de la justicia con la autonomía del poder judicial”.

La consideración como materia administrativa y la competencia atribuida inicialmente al ámbito administrativo sobre impuestos (contribuciones directas), obras y vías públicas y daños derivados de ellas, se amplió posteriormente a las elecciones departamentales, municipales, judiciales y eclesiásticas, alistamientos militares, guardia nacional, venta de bienes nacionales, reparto de comunales, emigrantes³⁷⁷. Destacó que el nuevo orden judicial no había previsto los “medios de represión respecto a los jueces de paz y los tribunales de distrito que interfirieran las funciones administrativas”.

DUGUIT concluyó afirmando que la ley de 6-7 de septiembre de 1790

“fundaba así [...] la verdadera teoría del contencioso-administrativo, aunque partiendo de un principio falso: la autonomía del poder judicial³⁷⁸. Pero el tiempo hará su obra: todo lo que hay de artificial en la creación de 1790 desaparecerá, y la doctrina correcta de la administración y la justicia separadas se establecerá definitivamente, precisándose y desarrollándose”.

Consideró que no se sacaron todas las consecuencias, porque “los autores de las Leyes de 16 de agosto y 6-7 de septiembre de 1790 no organizaron una verdadera sanción de la regla que establecieron; se limitaron a declarar culpables de prevaricación a los magistrados que la vulneren” en los artículos 10 y 14 de la primera de ellas y el Código Penal de 1791³⁷⁹, aunque se encomendó a

377. Leyes de 7 de noviembre y 8 de diciembre de 1790, y 9 de marzo y 22 de septiembre de 1791. DUGUIT, L., *La separación...*, cit., p. 127.

378. BIGOT, G., “Les mythes fondateurs du droit administratif”, en *RFDA*, 528, 2000, p. 535, califica esta concepción francesa de la separación de poderes de “falsification du passé”. VELLEJ, S., “La constitutionnalisation d’un mythe: justice administrative et séparation des pouvoirs”, *RDP*, 3, 1989, pp. 766-767.

379. DUGUIT, L., *La separación...*, cit., pp. 125-126 y 127-128. Invoca el decreto de 7 de octubre de 1790 en un conflicto de competencias, en que se declaró que “los requerimientos de incompetencia respecto de los cuerpos administrativos [...] se plantearán ante el Rey, jefe de la administración general” (p. 130).

juez civil el conocimiento del contencioso sobre las contribuciones indirectas. En definitiva, corresponde a

“la autoridad administrativa ejecutar en el interés colectivo y a la autoridad judicial para ejecutar en el interés privado; estas dos autoridades son distintas y están separadas siempre en materia contenciosa y en materia no contenciosa, bajo la alta vigilancia de la Asamblea y del Gobierno; estas dos autoridades están siempre separadas porque su separación es el único medio de establecer el justo equilibrio entre el interés colectivo y el interés individual, y porque solo ese feliz equilibrio puede asegurar el funcionamiento normal y el desarrollo progresivo de una sociedad civilizada”³⁸⁰.

Por su parte, la ley de 7-14 de octubre de 1790 estableció un recurso jerárquico ante el rey para resolver los conflictos de competencia entre las diversas administraciones, entre autoridades administrativas de un municipio y el director de departamento sobre alineaciones³⁸¹:

“las reclamaciones de incompetencia respecto a los cuerpos legislativos no son en ningún caso competencia de los tribunales; serán elevadas al rey, jefe de la administración general; y en el caso de que se pretendiera que los Ministros de Su Majestad hubieran tomado una decisión contraria a las leyes, las demandas se dirigirán al cuerpo legislativo”³⁸².

La ley de 15-27 de marzo de 1791 hizo más efectiva la subordinación jerárquica al permitir a los directores de los departamentos anular los actos irregulares de las administraciones de distrito; los de aquellos por los ministros y el rey respecto a los de estos últimos (arts. 25-27 y 32)³⁸³. Se atribuyó a la Asamblea el conocimiento de los recursos en materia electoral de las administraciones locales.

Se incorporaron a la Constitución de 1791, que consagró al máximo rango la exclusión del control judicial de la administración, para evitar que las nuevas

380. DUGUIT, L., *La separación...*, cit., p. 134.

381. El régimen resolvió un debate sobre incompetencia y se incorporó al artículo 17 de la ley de 27 de abril-25 de mayo de 1791, del Consejo de Estado. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 32-33; *L'autorité...*, cit., pp. 285-289, 430-434.

382. MESTRE, J.-L., “La signification...”, cit., pp. 281-298. BURDEAU, F., *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1979)*, Paris, PUF, 1995, pp. 46-47.

383. Se les atribuyó competencia sobre las cuestiones en relación con la administración de bienes secuestrados a los emigrados (art. 12 de la Ley de 30 de marzo de 1792) y cuestiones sobre bienes comunales (arts. 1 y 2 de la Ley de 10 de junio de 1793).

organizaciones administrativas al servicio del gobierno revolucionario estuvieran sometidas al poder de la aristocracia controladora del poder judicial de los Parlamentos, impidiendo de ese modo la eficacia de las medidas de aquellos. El artículo 5 reconoció al rey “el derecho de anular los actos de los administradores de departamento, contrarios a las leyes o a las órdenes que se les haya dirigido”, pudiendo suspenderles de sus funciones por desobediencia o por comprometer la seguridad y tranquilidad públicas. El artículo 6 lo extendió a los administradores de los departamentos. La ley de 27 de noviembre de 1790 privó al Consejo Real de los poderes judiciales, que se encomendaron al Tribunal de Casación por la ley de 14-17 de abril de 1791³⁸⁴. Desapareció por ley de 27 de abril-6 de julio de 1791, que encomendó a los tribunales ordinarios el conocimiento de los recursos pendientes contra las decisiones de los intendentes y de otros administradores, y de los créditos litigiosos contra el Tesoro (art. 10 y ley de 8 de agosto de 1791)³⁸⁵.

La ley de 27 de abril-25 de mayo de 1791 estableció con la organización ministerial un Consejo de Estado formado por el rey y los ministros, de carácter ejecutivo, que conocía “del examen de las dificultades y la discusión de los asuntos cuyo conocimiento corresponde al poder ejecutivo”³⁸⁶, y de los “motivos que pudieran precisar la anulación de los actos irregulares de los cuerpos administrativos y la suspensión de sus miembros conforme a la ley” (art. 17). La justicia administrativa se prestaba por la competencia reservada a la propia administración³⁸⁷.

Los textos revolucionarios fueron valorados por la doctrina posterior por su significación en cuanto al principio de división de poderes y de base para la

384. Sobre el Consejo del Rey durante el siglo XVIII: BURDEAU, F., *Histoire de l'administration...*, cit., p. 26. Se mantuvo provisionalmente por el decreto de 20 de agosto de 1789.

385. La ley de 26 de septiembre de 1793 dispuso que “todos los créditos contra el Estado serán regulados administrativamente”.

386. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 31: “Los textos mencionan las *difficultés* y no el contencioso propiamente dicho, porque la materia de la administración activa comporta y engloba la facultad de decidir sobre las reclamaciones formuladas por los ciudadanos. Estas inexactitudes léxicas traducen un estado de espíritu: el contencioso del impuesto permanecía indiferenciado; la administración de las contribuciones era para los diputados la principal preocupación. La voluntad deliberada de crear derecho no existía todavía. Esta incapacidad de pensar claramente la administración contenciosa separada de la administración activa se ampliaría a todo lo largo de la Revolución”.

387. MONNIER, F., “Le Deuxième centenaire du Conseil d'État et des conseil de préfecture”, *EDCE*, 47, 1995, pp. 545 y ss.

construcción del régimen del Derecho administrativo. Para HAURIUO los textos invocados contienen prohibiciones distintas que implican la separación de las funciones administrativas y judiciales, y la diferencia entre lo contencioso administrativo y lo judicial:

a) Por una parte, se prohíbe a los tribunales judiciales inmiscuirse directamente en las funciones de la administración activa por medio de reglamentos o de órdenes a los administradores, lo que entraña la separación de la función administrativa y de la judicial y significa que nunca los tribunales se pueden ocupar de la administración activa como lo hacían durante el Antiguo Régimen.

b) Además, el que los tribunales no pueden aceptar el contencioso de las reclamaciones formuladas contra la acción de la actividad administrativa, implica diferenciación entre un contencioso administrativo y un contencioso judicial. Ha tenido por efecto la institución de una jurisdicción administrativa, absolutamente separada de la jurisdicción civil y, por el contrario, muy vinculada con la administración activa, tanto que, desde el punto de vista constitucional forma parte del mismo poder ejecutivo³⁸⁸.

De los textos revolucionarios que consagraron el principio de separación de las autoridades administrativa y judiciales se desprendía, a su vez, el mantenimiento del principio del Antiguo Régimen sobre la “justicia retenida”. Se estableció que el control y la rectificación de los actos constituyen por sí mismos actos de la administración que no pueden emanar más que de otra autoridad jerárquica superior. No hay diferencia entre el control que pueda ejercer de oficio y el provocado por las reclamaciones de los terceros interesados; no hay diferencia alguna entre las reclamaciones fundadas sobre un interés lesionado o sobre un derecho desconocido. En todos los casos, el único recurso posible es un recurso ante la administración mejor informada o a la administración superior”. Con ello se trató de proteger a los administradores,

“reservando la valoración de los actos administrativos y [...] un derecho de control y de veto sobre las investigaciones dirigidas contra los funcionarios. [...] Entre los diferentes sistemas que podían asegurar, en este caso, la separación de poderes, la legislación revolucionaria adoptó uno de los más absolutos, el que somete las diligencias a la autorización previa del Gobierno”³⁸⁹.

388. HAURIUO, M., *Précis élémentaire de Droit Administratif*, Paris, Sirey, 1925, pp. 448-449.

389. LAFERRIÈRE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1896, pp. 153 y 155.

Esta inmunidad del orden administrativo, dotado de una jurisdicción propia, respecto a la ordinaria no cabe contraponerla de un modo absoluto con el régimen del *common law*, porque en los EE.UU. también existe una inmunidad en el artículo XI, 11.^a enmienda: *The judicial power of the US shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by citizens or subjects of any Foreign State*. La pretensión exclusiva contra un Estado miembro de la Unión por sus propios ciudadanos se mantiene hasta tanto renuncie a su soberanía e inmunidad en beneficio de la federación: *Statues waiving the sovereign immunity of the Unites States must be construed strictly in favour of the sovereign (McMahon v. United States, 342 U.S. 25, 27, 1951)*³⁹⁰.

4.6. La Asamblea legislativa y la Constitución de 1791

El primer borrador de Constitución fue aprobado por el rey el 14 de julio de 1790 en la *Fête de la Fédération* celebrada en el Campo de Marte. En el texto se estableció el poder legislativo en una Asamblea Nacional, elegida de modo indirecto, de clases medias y altas con determinada propiedad. El rey ejercía el poder ejecutivo con veto suspensivo sobre las leyes. Se creó una nueva organización territorial en departamentos. Se estableció el jurado para los juicios penales. Se pusieron límites al poder eclesiástico con la elección de los obispos y sacerdotes y juramento de lealtad al Estado, disolviendo las órdenes monásticas, en lo que se llamó la “constitución civil del clero” de 12 de julio de 1790, sancionada por el rey el 24 de agosto y condenada por el Papa Pío VI en marzo de 1791³⁹¹.

No fue suficiente el haberse iniciado el proceso constituyente para calmar las demandas populares, ni la pretensión de ejercer el derecho al voto por los

390. HAMILTON, *The Federalist*, 81: *It is inherent in the nature of sovereignty not to be suit of an individual without its consent. This is the general sense, and the general practice of mankind; and the exemption, as one of the attributes of sovereignty, is now enjoyed by the government of every State in the Union.*

391. Se estableció un control de los nombramientos eclesiásticos que debían pronunciar un juramento y recibirían la retribución del Estado, produciendo un auténtico cisma que motivó la persecución de los clérigos “refractarios”, que no aceptaron el nuevo régimen y permanecieron fieles a la autoridad del Papa. Se agravó con la Convención que declaró la libertad de cultos el 21 de febrero de 1795 y resolvió por el concordato de 1801.

excluidos, ni la pobreza de gran parte de las personas, ni el radicalismo de los jacobinos y los *cordeliers*. Se desconfiaba de la monarquía, de los apoyos exteriores al absolutismo por parte del emperador Leopoldo II y del rey de Prusia, sobre todo cuando el rey pretendió huir de Francia por Varennes el 25 de junio. El 17 de julio una concentración de los republicanos *sans-culottes* en el Campo de Marte fue reprimida por LA FAYETTE, y dió lugar a un debate en la Asamblea y a la privación de sus poderes al rey.

Tras la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 4 de agosto de 1789, la Constitución de 3 de septiembre de 1791 fue el hito más relevante de la Revolución, porque “establece reglas para instituir órganos, determina sus competencias, organiza sus relaciones recíprocas, enuncia los principios que justifican estas reglas y de donde ellas parecen derivar”. Hasta el punto de “fundar una ciencia del Derecho Público y del Estado”³⁹².

Esta Constitución fue el fin del absolutismo y todo lo que representaba el Antiguo Régimen, por lo que se le denominó la “monarquía republicana”³⁹³. Transfirió la soberanía y prerrogativas del Rey a la nación, que aquel ejercía en nombre de esta. Estableció una monarquía constitucional y la separación de poderes, con un predominio del legislativo de la Asamblea nacional permanente, de única cámara, con competencia universal para legislar³⁹⁴. Estuvo directamente inspirada en MONTESQUIEU, como reconoció MOUNIER en su *Consideraciones* ante la Asamblea:

“Para impedir la tiranía, es absolutamente indispensable no confundir con el poder de hacer las leyes el que debe hacerlas ejecutar; si su ejecución estuviera confiada a quienes las establecen, no se considerarían nunca sujetos por leyes anteriores”³⁹⁵.

392. BURDEAU, G., *Traité de science politique*, IV, Paris, LGDJ, 1970, pp. 90-101. FURET, F. y HALÉVI, R., *La Monarchie républicaine. La constitution de 1791*, Paris, Fayard, 1996. TROPER, M., “La Constitution de 1791 aujourd’hui”, *RFDC*, 9, 1992, pp. 4 y 10. GILISSEN, J., *Introduction...*, cit., pp. 390-401.

393. FURET, F. y HALÉVI, R., *La monarchie républicaine: la Constitution de 1791*, Paris, Fayard, 1996. GARCÍA PELAYO, M., *Derecho...*, cit., pp. 462-466.

394. Sobre la influencia de las citadas constituciones, DUGUIT, L., *La separación...*, cit., pp. 12-21.

395. Citado por DUGUIT, L., *La separación...*, cit., p. 12. DUGUIT, L., *La separación...*, cit., p. 11, tras exponer los sucesivos intentos de limitar el poder real terminó afirmando: “No fue, pues, ni en las instituciones de nuestro país, ni en los memoriales de agravios de los antiguos Estados, ni en las reivindicaciones de los Parlamentos, ni siquiera en los Cuadernos de 1789 donde los cons-

4.6.1. *Los derechos y libertades*

La Constitución incorporó en el Preámbulo la anulación del régimen feudal de los privilegios y la Declaración de derechos de 1789³⁹⁶:

“La Asamblea nacional, queriendo establecer la Constitución francesa sobre los principios que acaba de reconocer y declarar, suprime irrevocablemente las instituciones que lesionan la libertad y la igualdad de derechos. No hay ni nobleza, ni pares, ni distinciones hereditarias, ni de órdenes, ni régimen feudal, ni justicia patrimonial, ni título alguno, denominación y prerrogativa que deriven de ellos, ni orden de caballeros, ni corporaciones o condecoraciones, para las que se exijan pruebas de nobleza, o que supongan distinciones de nacimiento, ni cualquier superioridad sobre los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. No hay venta o herencia de cargo público. No existe en parte alguna de la Nación, ni para algún individuo, ningún privilegio, ni excepción al derecho común de todos los franceses. No existen ni jurados, ni corporaciones profesionales, de artes u oficios. La ley no reconoce los votos religiosos, ni otro compromiso contrario a los derechos naturales o a la Constitución”.

El Título primero estableció como disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución los “derechos naturales y civiles”: la admisión a plazas y empleos públicos sin otra distinción que sus cualidades y talentos; el reparto de las contribuciones en proporción a sus medios y la aplicación a los mismos delitos de las mismas penas sin distinción de personas. Se garantizaba, igualmente, la libertad de movimientos y la detención solo en las condiciones de la Constitución; la libertad ideológica, de cultos, opinión y expresión; la libertad de manifestación pacífica y sin armas conforme a las leyes de policía, y la libertad de dirigir a las autoridades establecidas peticiones individuales.

La Constitución prohibió al poder legislativo

“dictar leyes que atenten u obstaculicen el ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados y garantizados por la Constitución; como la libertad consiste

tituyentes encontraron la teoría de la separación de poderes, de la que quisieron hacer la panacea universal. Es fácil, por otro lado, determinar las fuentes en las que bebieron: se trata de las obras de Montesquieu, la Constitución inglesa y la Constitución americana”.

396. DUGUIT, L., MONNIER, H., BONNARD, R., *Les constitutions et principales lois politiques*, Paris, 1952. DUVERGER, M., *Constitutions et documents politiques*, Paris, PUF, 1974. HAURIU, M., *Précis de Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, pp. 296-299.

en poder hacer todo lo que no perjudica a los derechos de otros ni a la seguridad pública, la ley puede establecer penas contra los actos que ataquen a la seguridad pública o a los derechos de otros, que sean perjudiciales para la sociedad”.

La Constitución garantizaba propiedad y las enajenaciones que se hubieran realizado o se realizaran conforme a las formas legalmente establecidas:

“la inviolabilidad de las propiedades o la justa y previa indemnización de aquellas que la necesidad pública, legalmente constatada, exigiera sacrificar. Los bienes destinados a la atención del culto y a los servicios de utilidad pública pertenecen a la Nación y estarán siempre a su disposición”.

Se reconoció el derecho de los ciudadanos a elegir los ministros de su culto.

La Constitución previó la creación y organización de establecimientos generales de socorros públicos para educar a los niños abandonados, socorrer a los pobres enfermos y proporcionar trabajo a los pobres válidos que no pudieran procurárselo.

También se dispuso crear y organizar una instrucción pública común para todos los ciudadanos, gratuita en las partes de la enseñanza indispensables para todos los hombres y cuyos establecimientos se distribuirán gradualmente en relación con la división territorial. Se haría un código de leyes civiles comunes para todo el Reino.

4.6.2. *Los poderes públicos*

El Título II, sobre la división del reino y el estado de los ciudadanos, dispuso en su artículo 1 el carácter uno e indivisible del Reino, organizado en ochenta y tres departamentos, estos en distritos, y los distritos en cantones. Los artículos 2 a 6 fijaron las condiciones de la ciudadanía. El artículo 7 calificó el matrimonio de contrato civil.

Respecto al régimen local, los artículos 8 a 10 establecieron la posibilidad de que el legislativo delimitara sus términos, el método de elección y las reglas para el ejercicio de sus funciones.

En el Título III, sobre los poderes públicos, se declaró que la soberanía era una, indivisible, inalienable e imprescriptible; pertenece a la Nación y ninguna parte del pueblo ni individuo alguno se puede atribuir su ejercicio (art. 1). “La Nación, de la cual únicamente emanan todos los poderes, no puede ejercerlos

más que por delegación. La constitución francesa es representativa: los representantes son el cuerpo legislativo y el Rey” (Tít. III, art. 2).

a) Poder legislativo

El poder legislativo estaba encomendado a la Asamblea Nacional, formada por representantes temporales, libremente elegidos por el pueblo, que lo ejercería con la sanción del rey (Tít. III, art. 3).

La Asamblea Nacional era el cuerpo legislativo permanente y formado por una sola Cámara (Tít. III, cap. I, art. 1). Se constituiría cada dos años por nuevas elecciones (Tít. III, cap. I, art. 2). Solo podría ser disuelto por el rey (Tít. III, cap. I, art. 5).

Se reguló con gran detalle el número de representantes, las bases de la representación, las asambleas primarias y nominación de los electores, las asambleas electorales y la nominación de sus representantes y su régimen de reunión.

Los diputados elegidos representaban a la Nación, no a los territorios: “Los representantes elegidos no lo eran de un departamento particular sino de la Nación entera y no podía dárseles mandato alguno”. Todo ello a pesar de que habían sido elegidos por un procedimiento censitario en el que participaban una minoría de burgueses y propietarios. En menos de un año fue rechazada.

El Cap. III del Tít. III reguló el ejercicio del poder legislativo, concretó detalladamente en la sección primera los poderes y funciones de la Asamblea sobre potestad legislativa, tomaba en consideración las propuestas del rey, fijaba los gastos públicos, establecimiento y reparto de contribuciones, vigilaba el empleo de los recursos públicos, creaba o suprimía los empleos públicos, emitía moneda, aprobaba la organización militar, regulaba la administración; disponía la enajenación de bienes nacionales, la responsabilidad de los agentes públicos, la regulación y concesión de honores y condecoraciones (art. 1). Se le encomendaron las cuestiones sobre la guerra y la paz (arts. 2 y 3).

La sanción real de los decretos del Cuerpo legislativo se reguló en la sección III, previendo que el monarca rechazara otorgar su consentimiento, que no era suspensivo (arts. 1-8). Las relaciones del Cuerpo legislativo con el rey las reguló la sección IV (arts. 1-10).

b) Poder ejecutivo

El gobierno era monárquico y el poder ejecutivo estaba delegado en el rey, que se ejercería bajo su autoridad por los ministros y otros agentes responsa-

bles (Tít. III, art. 4). Estos últimos eran los administradores generales, los de los departamentos y distritos así como los municipales³⁹⁷.

El reino era indivisible y se transmitía por herencia de varón (Tít. III, cap. II, art. 1). La persona del rey era inviolable y sagrada con el título de rey de los franceses (Tít. III, cap. II, art. 2).

Consagró el imperio de la Ley al disponer: “No hay en Francia autoridad superior a la Ley; el rey no reina más que por ella, y solo en virtud de las leyes se le puede exigir obediencia” (Tít. III, cap. II, art. 3)³⁹⁸. La ley se impone al rey y cualquier autoridad, correspondiendo al poder legislativo establecer las reglas y el modo de sus funciones, tanto sobre los objetos señalados antes como sobre todo el resto de la administración interior” (art. 4).

El capítulo IV reguló el ejercicio del poder ejecutivo por el rey, que era el jefe supremo de la administración general del reino, le correspondía vigilar y mantener el orden y la tranquilidad pública; era el jefe supremo del ejército de tierra y de la armada naval y tenía delegada la seguridad exterior del reino, de sus derechos y posesiones.

El monarca era el “primer magistrado”, que presta juramento a la Constitución, no puede salir del reino y pierde automáticamente la máxima magistratura si se pone a la cabeza de un ejército. Tenía poderes muy limitados y ni él ni el gobierno gozan de poder legislativo, aunque pueden dictar resoluciones conforme a las leyes para ordenar su ejecución. Se le reconoció un veto suspensivo de cuatro años para demorar la aplicación de una ley, que adquiriría vigencia pasado el plazo.

Conforme al artículo 6 de la sección primera, “el poder ejecutivo no puede hacer ley alguna, incluso provisional, sino solo las declaraciones conformes a las leyes, para ordenar o recordar su ejecución”.

397. El Decreto de 14 de diciembre de 1789 introdujo la denominación de “administración municipal” en sentido orgánico, a la que, además de las funciones propias, se le pueden encomendar otras “propias de la administración general del Estado”. Se someten al control e inspección de las asambleas administrativas de distrito y departamento.

398. MOUNIER, J.-J., *Considérations sur les gouvernements et principalement sur celui qui convient à la France*, Versailles, Imprimerie de Ph. Pierres, 1789, p. 22, expresa que en el gobierno de la monarquía constitucional “uno solo dirige siguiendo la ley”. BANCAL, H., *Secondes réflexions sur l'institution du pouvoir exécutif*, Paris, Beaufils, 1791, p. 2: “es necesaria una forma de poder ejecutivo, en la que la voluntad del que ejecuta pueda estar siempre conforme a la de la ley”. COLOMBO, P., “La question du pouvoir exécutif dans l'évolution institutionnelle et le débat politique révolutionnaire”, en *Annales historiques de la Révolution française*, 319.

c) La Administración interior

En la Sección II del capítulo IV se reguló la administración interior, en la que se distinguió en cada departamento la superior y en cada distrito una subordinada (art. 1). La diferenciación entre los poderes quedó reflejada en los artículos 2 y 3 al negar a los administradores cualquier carácter representativo y encomendarles las funciones administrativas, que se ejercían jerárquicamente. No podían inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, ni suspender la ejecución de las leyes, ni el orden judicial, ni las disposiciones u operaciones militares³⁹⁹.

Los miembros de la administración no tenían carácter representativo, eran elegidos por el pueblo para ejercer, bajo la vigilancia y autoridad real, las funciones administrativas (art. 2). No podían, “ni inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni acometer nada que afecte al orden judicial, ni sobre las disposiciones u operaciones militares” (art. 3). En el artículo 4 se detallaron las competencias sobre contribuciones directas y otras rentas públicas.

De entre ellos se ha de destacar el artículo 5 en cuanto reconocía al rey “el derecho de anular los actos de los administradores de departamento, contrarios a las leyes o a las órdenes que se les haya dirigido”, pudiendo suspenderles de sus funciones por desobediencia o por comprometer la seguridad y tranquilidad públicas. El artículo 6 previó respecto a los administradores de los departamentos el mismo derecho de anular los actos de los subadministradores de distrito, contrarios a las leyes o a las resoluciones de los administradores de los departamentos, o a las órdenes que estos últimos les hayan dado o transmitido”. Cuando no lo hicieran aquellos, el rey podía anular directamente los actos de los subadministradores y suspenderlos en los mismos casos (art. 7), comunicándolo al Cuerpo legislativo, que elevaría o confirmaría la suspensión o procedería a disolver a la administración culpable (art. 8). En estos preceptos se encuentra el origen del control de legalidad de los actos administrativos por parte de la jurisdicción administrativa y contencioso-administrativa.

399. DUGUIT, L., *La separación...*, cit., pp. 28-56 y 115: “Los administradores son simples agentes, que operan bajo la autoridad del Rey. Si este carece de autoridad sobre el orden judicial, *a fortiori* sus agentes no pueden emprender ninguna acción referente a los tribunales”.

d) El poder judicial

El poder judicial se configuró claramente como un “poder distinto y autónomo”, tras haberse discutido su consideración como una función del poder ejecutivo⁴⁰⁰. No podía ser ejercido ni por el legislativo ni por el rey (ejecutivo) (art. 1 del Cap. V)⁴⁰¹, ni los tribunales “inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni interferir las funciones administrativas, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones” (art. 3). Se encomendaba a jueces elegidos por el pueblo temporalmente (Tít. III, art. 5). El ministerio de justicia denunciaría ante el Tribunal de Casación, por medio del comisario del rey, los actos por los que los jueces se hubieran excedido de los límites de su poder” (Tít. III, Cap. IV, art. 67)⁴⁰².

4.7. La Convención nacional y la Constitución del año I (1793)

4.7.1. *El fin de la monarquía y la proclamación de la república*

La Asamblea constituyente se disolvió el 30 de septiembre de 1791 y le sucedió la Asamblea legislativa, cuyas sesiones duraron del 1 de octubre hasta el 20 de junio de 1792⁴⁰³. Los setecientos cincuenta miembros se dividieron en tres grupos en función de su radicalismo revolucionario y de la forma de gobierno que pretendían. En la derecha del Presidente se situaron los girondinos o *brissotins*; en el centro, el grupo del Llano, de actitud moderada, que defendía la monarquía constitucional, contrario al radicalismo de los girondinos de la izquierda, partidarios de la república federal, próximos a los *montagnards* de la parte alta de la Cámara, la Montaña, que agrupaba a los jacobinos y los *cordeliers*⁴⁰⁴, todos ellos republicanos y centralistas. Se ha de destacar que los girondinos representaron la opción reformista ilustrada, que produjo la revolu-

400. DUGUIT, L., *La separación...*, cit., pp. 82-88.

401. DUGUIT, L., *La separación...*, cit., pp. 101-110 y 111-121.

402. Su antecedente fue la ley de 16 de agosto de 1791, que encomendó al Ministerio de Justicia la posibilidad de denunciar al Tribunal de Casación los actos judiciales dictados con exceso de poder, que tiene carácter de resolución de los conflictos de competencia.

403. BERTIER DE SAUVIGNY, G. de, *Historia...*, cit., pp. 295-299.

404. GUILHAUMOU, J. y MONNIER, R., “Les cordeliers et la République de 1793”, en *Révolution et République. L'exception française*, Paris, Kimé, 1994.

ción liberal con sus medidas y propuestas constitucionales y legislativas. Por el contrario, los jacobinos terminaron siendo la opción radical y autoritaria que pretendió imponerse por el terror de la dictadura revolucionaria.

Los monárquicos del exilio y algunos del interior, junto con eclesiásticos contrarios a la Revolución, presionaban a los monarcas europeos para que declararan la guerra a la República y acabaran con su gobierno. Por su parte, el rey utilizó tres veces su derecho de veto a los decretos de la Asamblea sobre emigrantes y sacerdotes que se negaban al juramento cívico. El 20 de marzo la Asamblea aprobó el uso de la guillotina para las ejecuciones de los contrarrevolucionarios. El 20 de abril de 1792 declaró la guerra al Sacro Imperio Romano Germánico, contra la opinión de ROBESPIERRE, para quien los enemigos estaban dentro de Francia⁴⁰⁵. El rey no ratificaba los decretos más importantes e inmovilizaba al ejecutivo. La invasión de Francia por las tropas de Federico Guillermo II y el manifiesto de Brunswick amenazando con la destrucción de París provocaron la caída del gobierno de ROLAND DE LA PLATIÈRE. El rumor sobre un complot antirrevolucionario determinó que las masas parisinas asaltaran las Tullerías y desembocó en la declaración del estado de excepción el 11 de julio. Para defender el país de los ejércitos extranjeros se dispuso un reclutamiento general y los marseleses llegaron a París con un canto patriótico con letra de ROUGET DE LISLE, que se convirtió en el himno revolucionario y nacional.

El 10 de agosto de 1792 la Asamblea derrocó al Trono, a la nobleza liberal y a la alta burguesía, y se inició un período de gran inestabilidad. En París se creó un ejecutivo provisional controlado por los *montagnards* dirigidos por DANTON, que se impusieron en la Asamblea Nacional. Aprobó la celebración de elecciones con derecho de voto de todos los varones y la constitución de la Convención Nacional⁴⁰⁶. El avance de los ejércitos aliados provocó una fuerte represión entre los días 2 y 7 de septiembre. El general francés DUMOURIEZ paró el avance hacia París en la batalla de Valmy el 20 de septiembre, se lograron posteriormente importantes avances y la conquista de Maguncia, Frankfurt del Main, Niza, Saboya y los Países Bajos austríacos.

405. En esta misma fecha presentó CARITAT DE CONDORCET (1743-1794) ante la Asamblea un proyecto de decreto sobre la organización general de la instrucción pública laica: *Rapport et projet de décret sur l'organisation de la instruction publique*. En 1790 había publicado la *Premier mémoire sur l'instruction publique*. BADINTER, E., *Condorcet, un intellectuel en politique*, Paris, Fayard, 1988. COUTEL, Ch., *Analyses et réflexions sur Condorcet*, Paris, Ellipses, 1989.

406. BERTIER DE SAUVIGNY, G. de, *Historia...*, cit., pp. 300-310.

El Decreto de la Convención de 21 de septiembre de 1792 declaró que no podía existir otra Constitución que la aceptada por el pueblo, y que las personas y sus propiedades estaban bajo la protección de la Nación. Se decretó la abolición de la monarquía, y el 22 de septiembre dispuso el nuevo calendario que inició la era republicana⁴⁰⁷. La importancia de esta fecha fue reconocida por el artículo 372 de la Constitución del año III (22 de agosto de 1795), que declaró: “la era francesa comenzó el 22 de septiembre de 1792, día de la fundación de la República”.

En la Convención los radicales plantearon juzgar al rey por el delito de traición, que fue aprobada por mayoría, declarándosele culpable casi por unanimidad el 15 de enero de 1793. La condena a muerte se produjo por poca diferencia, y fue guillotinado el 21 de enero.

La mayoría girondina, que votó la muerte del rey, se vio afectada por sus divisiones, la presión jacobina y las derrotas militares frente a Gran Bretaña, los Países Bajos y España en febrero y marzo de 1793. La Convención acordó una leva de trescientos mil hombres, que justificó la sublevación monárquica de La Vendée e inició de la guerra civil. El 18 de marzo el general DUMOURIEZ fue derrotado en Neewinden y desertó.

4.7.2. *La Convención jacobina*

La guerra civil y la derrota militar generó una profunda crisis que utilizaron los radicales de La Montaña, capitaneados por ROBESPIERRE, para organizar el Comité de Salud Pública, el Tribunal Revolucionario y los Comités de vigilancia que persiguieron y ejecutaron a los girondinos⁴⁰⁸.

407. El calendario fue presentado ante la Convención por Charles Gilbert Romme el 20 de septiembre de 1793, que entró en vigor por decreto de 14 vendimiario del año II (5 de octubre de 1793), refundido el 4 frimario del mismo año (24 de noviembre de 1793), aboliendo la *ère vulgaire* y definiendo el 22 de septiembre de 1792 como el primer día de la *ère des Français*, que iniciaba el año I. Un senado-consulta sancionado por Napoleón el 22 fructidor del año XIII (9 de septiembre de 1805) derogó el calendario republicano y restauró el gregoriano a partir del 1 de enero de 1806. Fue recuperado durante la sublevación de la Comuna de París de 1871 (año LXXIX).

408. El número de miembros fue variable, entre nueve y doce, distribuyéndose las funciones; Robespierre, Saint-Just y Couthon se ocuparon de los asuntos más importantes, Carnot de la guerra, Prieur del armamento, Lindet de las subsistencias, Saint-André de la marina, Collot d'Herbois y Billaud-Varenne de la política interior, y Barreré era el portavoz ante la Asamblea.

Para reducir la presión de los conflictos rurales y conseguir la adhesión de la población, los jacobinos aprobaron el 14 de agosto de 1792 la división de las tierras comunales no boscosas. El 10 de junio de 1793 se modificó disponiendo la división en lotes iguales para hombres, mujeres y niños si era solicitada por un tercio de los hombres adultos del municipio. El decreto de 17 de julio ratificó la anterior abolición de los señoríos reduciendo las rentas.

El Comité de Salud Pública estableció una dictadura, actuó como gobierno en estado de guerra, creó el ejército de la Nación y encomendó el control y la represión al Comité de Seguridad General durante el período del Terror. MARAT, *l'ami du peuple*, justificó el terror, diciendo: *C'est par la violence que doit s'établir la liberté, et le moment est venu d'organiser momentanément le despotisme de la Liberté!* El asesinato del líder jacobino MARAT (1743-1793) por la girondina Charlotte de CORDAY favoreció el radicalismo y convirtió a ROBESPIERRE *el incorruptible* en miembro del Comité de Salvación Pública. Con el apoyo de SAINT-JUST, CARNOT y otros dispuso medidas policiales radicales para abortar cualquier intentona antirrevolucionaria, considerando sospechosos “a los que por su conducta, sus relaciones, sus palabras o sus escritos se muestren partidarios de la tiranía, del federalismo y enemigos de la libertad”. El decreto de 22 pradiel del año II (10 de junio de 1794) declaró contrarrevolucionarios a

“las siguientes personas consideradas enemigas del pueblo: aquellas que [...] intentan menoscabar o disolver la Convención Nacional [...] que intentan sembrar el desaliento [...] que intentan confundir las opiniones [...] para mermar la energía y la pureza de los principios revolucionarios y republicanos. [...] La pena impuesta para todos los delitos bajo la jurisdicción del Tribunal Revolucionario es la muerte” (arts. 6 y 7).

Los poderes se renovaron desde abril de 1793 hasta julio de 1794, durante el Reinado del Terror, justificándolo en el principio de que “el gobierno provisional de Francia será revolucionario hasta la paz”, momento que permitiría aplicar la nueva constitución, que no era posible por los conflictos y las guerras interiores y exteriores. El lema de la llamada “República de la Virtud” fue: *La vertu, sans laquelle la terreur est funeste; la terreur, sans laquelle la vertu est impuissante*. Pretendió superar tanto el catolicismo oficial del Antiguo Régimen como el ateísmo militante de HEBERT (1757-1794)⁴⁰⁹, invocando la inmorta-

409. Fue fundador del periódico revolucionario *Père Duchêne*, autor de panfletos, orador populista y líder de los *sans-culottes*, a quien conocieron por sus *grandes colères* como *l'Homère de*

lidad del alma y la Divinidad o Ser Supremo, cuya fiesta se estableció para el 8 de junio de 1794.

La evolución de la guerra era contraria a la República, porque la ofensiva aliada y los sublevados de La Vendée hacían considerables progresos al mismo tiempo que muchas ciudades importantes eran controladas por los girondinos. Para defender la República de unos y otros se realizó una leva de unos setecientos cincuenta mil hombres y continuó la represión interna. La reina MARÍA ANTONIETA fue ejecutada el 16 de octubre, y muchos girondinos perecieron durante ese verano por considerarlos contrarrevolucionarios tanto en París como en otras ciudades, en una cuantía estimada de más de diecisiete mil víctimas. Se establecieron medidas antirreligiosas, como la clausura de las iglesias y el Culto a la Razón en el altar de la Patria⁴¹⁰. A final de 1793 la guerra se mostraba favorable a los ejércitos franceses que lograron vencer a los austríacos y recuperar Toulon, en poder inglés, triunfo del que fue responsable el capitán Napoleón BONAPARTE.

4.7.3. *La Constitución jacobina*

La Convención montañesa proclamó la Constitución del año I (24 de junio de 1793) elaborada por HÉRAULT DE SÉCHELES con la participación de SAINT-JUST⁴¹¹. Configuró una República democrática con sufragio universal masculino y muy descentralizada. Consagró la soberanía popular por encima del anterior concepto de soberanía nacional⁴¹², reconociendo el derecho de in-

l'ordre. Robespierre y Saint-Just decidieron eliminar al agitador que revolvía al pueblo de París y fue guillotinado el 24 de marzo de 1794 ante las masas que le habían seguido.

410. Una crítica ideológica desde la visión católica fue realizada por BARRUEL, A., *Mémoires pour servir à l'histoire du Jacobinisme (1797-98)*, Hamburgo, P. Fauche, 1798-1799.

411. Caritat de Condorcet (1743-1794), que había redactado anteriormente un borrador de constitución fue crítico con el proyecto jacobino, por lo que fue condenado por traición y se dictó orden de arresto. Salvó la cabeza por haber huido refugiándose en la casa de Mme. Vernet, donde escribió su *Esbozo para un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, que se publicó tras su muerte en prisión el 27 de marzo de 1794. Entre sus obras destacan: *Du calcul intégral* (1765), *Lettres d'un théologien à l'auteur du Dictionnaire des trois siècles* (1774) y la *Vie de Turgot* (1786), y otras sobre matemáticas, influencia de la revolución americana y la necesidad de una nueva constitución para Francia.

412. ROSANVALLON, P., *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, 2000.

surrección cuando el gobierno violase los derechos del pueblo y la prohibición de la esclavitud⁴¹³.

Su nueva Declaración de derechos plasmó en treinta y cinco artículos los de contenido social (asociación, reunión, trabajo, asistencia, instrucción), que representaron un progreso sobre los puros derechos políticos anteriores, porque “el fin de la sociedad es la felicidad común. El Gobierno ha sido constituido para garantizar al hombre el goce de sus derechos naturales e imprescriptibles” (art. 1), que son la igualdad, la libertad, la seguridad y la propiedad (art. 2). Se reconoció la igualdad natural y legal de todos los hombres (art. 3). La ley era la expresión libre y solemne de la voluntad general; es la misma para todos, al que protege o al que castigue; solo puede ordenar lo que es justo y útil a la sociedad; solo puede prohibir lo que es perjudicial (art. 4). Estableció el principio del mérito en el artículo 5: “Todos los ciudadanos pueden ser igualmente admitidos a los empleos públicos. Los pueblos libres no conocen otros motivos de preferencia en sus elecciones que las virtudes y los talentos”. Definió la libertad como “el poder del hombre de hacer todo lo que no perjudique los derechos de otro: tiene por principio la naturaleza; por regla la justicia; por salvaguarda la ley; su límite moral está en la máxima: no hagas a otro lo que no quieres que te haga” (art. 6).

Con respecto al derecho de propiedad dispuso en el artículo 16 que pertenece a todo ciudadano usar y disponer a su gusto de sus bienes, rentas, el fruto de su trabajo e industria. Nadie podrá ser privado de la menor porción de su propiedad sin su consentimiento, si no es cuando la necesidad pública legalmente constatada lo exija, con la condición de una justa y previa indemnización (art. 19).

Se consagró la asistencia pública como “una deuda sagrada. La sociedad debe mantener a los ciudadanos desgraciados, sea procurándoles trabajo, sea asegurando los medios de existir a aquellos que no están ya en edad de trabajar” (art. 21). El artículo 22 declaró que “la instrucción es una necesidad general. La sociedad debe favorecer con todo su poder el aumento del nivel intelectual de los ciudadanos, y poner la instrucción al alcance de todos”. La garantía social consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el disfrute y la conservación de sus derechos; esta garantía reposa en la soberanía

413. GARCÍA PELAYO, M., *Derecho...*, cit., pp. 466-468.

nacional (art. 23). Aquella “no puede existir si los límites de las funciones públicas no están claramente determinados por la ley, y si no está asegurada la responsabilidad de todos los funcionarios” (art. 24).

La misma Declaración de derechos reconoció que “la soberanía reside en el pueblo y es una e indivisible, imprescriptible e inalienable” (art. 25), sin que una parte del pueblo pueda ejercer el poder de todo, aunque cada parte de la soberanía en asamblea use el derecho de expresar su voluntad con total libertad (art. 26). La sanción para “cualquier individuo que usurpara la soberanía sería su muerte inmediata por los hombres libres” (art. 27).

Declaró el poder constituyente del pueblo para modificar su marco constitucional: “Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede sujetar a sus leyes a las generaciones futuras” (art. 28). También lo hizo con el derecho a resistirse contra la opresión que es consecuencia de los Derechos del hombre (art. 33), que existe contra el cuerpo social cuando uno cualquiera de sus miembros es oprimido, y contra cada miembro cuando afecta a aquel (art. 34). Reconoció el derecho a la insurrección: “cuando el gobierno niega los derechos del pueblo, la insurrección es para el pueblo y para cada porción del pueblo el más sagrado de los derechos y el más ineludible de los deberes” (art. 35).

En la parte de la Constitución que denominó “Acta constitucional” partió de la unidad e indivisibilidad de la República. Reconoció la soberanía del pueblo constituido por “la universalidad de los ciudadanos franceses” (art. 7), que nombra sus diputados (art. 8) y les delega la elección de los administradores, árbitros públicos, jueces criminales y de casación (art. 9). Para el ejercicio de la soberanía el pueblo se distribuía en Asambleas primarias de cantón (art. 2) y para la administración y la justicia en departamentos, distritos y municipalidades (art. 3). La Asamblea primaria designaba representantes para la Asamblea nacional, cuyo régimen se definió con gran precisión, pronunciándose sobre los proyectos de ley (arts. 59-60).

No se garantizó la división de poderes, porque estableció un régimen de soberanía popular en el que la Asamblea única, elegida por un año por sufragio universal directo de los varones, concentraba el poder y ejercía el legislativo con referéndum de los ciudadanos. El poder ejecutivo se encomendaba a un “Consejo ejecutivo” de veinticuatro miembros elegidos por la Asamblea, sin poder de acción frente a ella, ni veto, disolución o iniciativa legislativa. Le correspondía “la dirección y la vigilancia de la administración general; no puede

actuar más que en ejecución de las leyes y decretos del cuerpo legislativo” (art. 65)⁴¹⁴, respondiendo de la inejecución de las leyes y decretos y de los abusos que no denuncie (art. 72). El Consejo ejecutivo residía junto al legislativo y tenía acceso y lugar separado en sus sesiones (art. 75).

Se creó el cuerpo de los “representantes en misión”, auténticos comisarios políticos jacobinos para asegurar la coordinación entre el Gobierno y los departamentos, con poderes administrativos y gran capacidad de decisión, incluso de control de los actos y la depuración de los administradores poco adictos. El decreto de 9 de marzo de 1793 les encomendó funciones militares sobre reclutamiento y “el derecho de adoptar todas las medidas que les parezcan necesarias para restablecer el orden allí donde se perturbe”. El decreto de 7 de septiembre dictado “en nombre del pueblo francés” atribuyó a sus resoluciones fuerza de ley, “en tanto que el Comité de Salud Pública no los haya denunciado como contrarios a los principios”.

4.7.4. *El gobierno y la administración jacobinos*

Durante el gobierno jacobino, como expuso CORMENIN, “el poder administrativo, amparado por el terror, ampliaba de día en día sus atribuciones, limitaba el poder civil, y ponía sus manos en todas partes sobre las cosas y las personas”⁴¹⁵. Su purismo revolucionario fue consecuencia de su dogmatismo y de las circunstancias históricas, porque

“las necesidades de la lucha revolucionaria, la crisis de las subsistencias y las actitudes contrarrevolucionarias favorecieron la eclosión de una legislación muy poco liberal, que sustituyó la antigua reverencia por los derechos individuales por la preocupación prioritaria por la salud pública”⁴¹⁶.

414. En un Proyecto de Constitución se afirmaba que había “opresión cuando la ley era violada por los funcionarios públicos en su aplicación a hechos individuales [...] cuando los actos arbitrarios violan los derechos de los ciudadanos contra la expresión de la ley. En todo gobierno libre la resistencia a estos actos de opresión debe estar regulada por la Constitución” (art. 23).

415. CORMENIN, L.-LAHAYE, M. DE, *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Hérisant Le Doux, 1818, p. 17.

416. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 55.

Con independencia de que más adelante se haga referencia a la concepción y organización administrativa jacobinas, se ha destacado que, amparándose en las circunstancias de la guerra contra la República, se adoptaron medidas centralistas y de control total del poder y la administración. En la Convención se utilizó el término “centralidad” (*centralité*) para calificar el nuevo régimen⁴¹⁷, cuya acción fue denominada “centralizar” (*centraliser*) y a la acción “centralización” (*centralisation*)⁴¹⁸. SAINT-JUST afirmó en la Convención el 24 de abril de 1793 que “la división del Estado no está en el territorio; esta división está en la población, está establecida por el ejercicio del derecho del pueblo y la unidad del gobierno”⁴¹⁹. Con este régimen se pretendía que la administración funcionase como una “máquina”, según la expresión de LEVASSEUR⁴²⁰. Fue calificada de “tiranía organizada bajo el nombre de centralización de los poderes”⁴²¹.

El gobierno revolucionario trató de asegurar la total obediencia de la población, encomendando la actividad gubernamental y administrativa a los patriotas, depurando a los que consideró que no lo eran, con el fin de regenerar los cuerpos administrativos. Crearon distintos niveles de vigilancia de los ciudadanos y los gestores públicos por la ley de 14 frimario del año II (4 de diciembre de 1793), como los agentes nacionales y exigieron un informe a la administración superior. También concentraron las responsabilidades en las comisiones, que sustituyeron a los ministerios suprimidos el 1 de abril de 1794. Los comités de vigilancia y los “representantes en misión” actuaron sobre las instituciones administrativas departamentales y municipales.

El decreto de 14 frimario del año II (4 de diciembre de 1793) estableció el régimen del gobierno revolucionario y suprimió los Comités de vigilancia. El artículo 4 encomendó al Consejo ejecutivo “la vigilancia activa sobre las

417. Intervenciones en la Convención de Billaud-Varenne el 28 brumario del año II (18 de noviembre de 1793), Danton el 3 frimario del año II (23 de noviembre de 1793) y Couthon el 14 frimario (4 de diciembre). BURDEAU, F., “Pouvoir administratif...”, *cit.*, p. 43.

418. Intervenciones en la Convención de Barère el 14 mesidor del año II (2 de julio de 1794) y Thibadeau el 20 floreal del año III (10 de mayo de 1795). BURDEAU, F., “Pouvoir administratif...”, *cit.*, p. 43.

419. Citado por BURDEAU, F., “Pouvoir administratif...”, *cit.*, p. 44.

420. En la Convención el 5 de junio de 1793. Citado por BURDEAU, F., “Pouvoir administratif...”, *cit.*, p. 44.

421. Fréron en la Convención el 21 floreal del año III (11 de mayo de 1795). BURDEAU, F., “Pouvoir administratif...”, *cit.*, p. 44.

leyes y medidas militares, las leyes administrativas, civiles y criminales”, informando al Comité de Salud Pública cada diez días, denunciando los “retrasos y negligencias en las ejecución de las leyes civiles y criminales, así como la violación de estas leyes y medidas”. La aplicación de la ley promulgada por la Convención fue establecida por el artículo 11, que “prohibía a toda autoridad y funcionario público hacer proclamaciones o dictar resoluciones extensivas, limitativas o contrarias al sentido literal de la ley con pretexto de interpretarla o de suplirla. Solo la Convención tenía el derecho de interpretar los decretos y solo podía dirigirse a ella para este objeto”. En el orden organizativo creó instrumentos como los agentes nacionales en los distritos y municipios “para la vigilancia activa y aplicación de la ley y de las medidas de seguridad general y de salud pública”, que debilitaron la estructura departamental, y obligaron a todos los niveles a enviar un informe cada diez días a la administración superior. El artículo 14 autorizó al Comité a adoptar las medidas necesarias para proceder al cambio de las autoridades constituidas.

4.7.5. *El fin de la Convención jacobina*

Los jacobinos se enzarzaron en contiendas entre el Comité de Salud Pública controlado por los centristas de ROBESPIERRE y los radicales de HEBERT que lideraba los movimientos de París, lo que dio lugar a su decapitación el 24 de marzo de 1794. También ejecutaron a DANTON, DESMOULINS y los críticos con el terror, y se extendió el temor a las duras represalias dentro de la filas jacobinas, porque, en expresión de SAINT-JUST, *ce qui constitue une république, c'est la destruction totale de ce que lui est opposé*.

El triunfo militar de Feurus el 26 de junio de 1794 puso a Bélgica en poder de Francia, dio confianza en el fin de la guerra y produjo mayor rechazo del terror del Comité. Con esos ingredientes se fraguó una conspiración que llevó a la exclusión del club de los jacobinos acusados de dictadores y tiranos, a la detención de ROBESPIERRE, SAINT-JUST, COUTHON y otros muchos el 9 termidor del año II (27 de julio de 1794)⁴²², y a su decapitación al día siguiente,

422. Saint-Just pretendió exponer un informe ante la Convención, fue interrumpido por Tallien, quien acusó a Robespierre de tirano. Collot d'Herbois y Thuriot le impidieron, lo que provocó el tumulto y que la Convención los arrestara. Se sublevó la comuna de Paris y el jefe de la

poniendo fin al período del terror y a la denominada República de la Virtud. Durante el invierno de 1794 y la primavera de 1795 se produjeron importantes éxitos militares, como la toma de Ámsterdam el 19 de enero, que terminaron deshaciendo la coalición antifrancesa.

La Convención termidoriana dominada por los girondinos puso fin a los graves problemas de orden público, como la revuelta de París e invasión de la Convención el 1 de abril y 20 de mayo demandando pan, abolió los tribunales revolucionarios, clausuró los clubs jacobinos, revocó decretos y reanudó el culto en las iglesias. También acordó la paz con Prusia, Holanda y España por los tratados de Bâle y de La Haya de 5 de abril y 22 de julio de 1795, quedó así solo en guerra Austria. Puso en marcha la República burguesa, que superó la rebelión parisina de los jacobinos y el intento realista de 27 de junio de 1795, sofocado por NAPOLEÓN BONAPARTE, quien ya había liberado el puerto de Toulon de los ingleses en 1793. Se dictó el *decreto de los dos tercios* de 22 de agosto, conforme al cual dos tercios de los futuros diputados deberían elegirse de entre los salientes y encomendó a la *Comisión de los Once* la redacción de una nueva Constitución.

4.8. La Convención termidoriana, la Constitución del año III (1795) y el Directorio

La Convención termidoriana encomendó la redacción de una nueva Constitución a republicanos moderados y monárquicos constitucionales el 5 fructidor del año III (22 de agosto de 1795), recuperando los principios de 1789 en un régimen burgués, con sufragio censitario de dos grados frente al universal anterior⁴²³.

Guardia nacional Hanriot los rescató, la Convención declaró fuera de la ley a los partidarios de Robespierre. Tropas de la Convención asaltaron el Municipio y detuvieron a este y a sus compañeros procediendo a guillotinarlos.

423. MCPHEE, P., *La Revolución...*, cit., p. 190, cita las palabras del presidente de la Convención, BOISSY D'ANGLAS, el 5 mesidor del año III (23 de junio de 1795): "Deberíamos estar gobernados por los mejores de entre nosotros; los mejores son los que tienen mayor educación, y los que más interés tienen en defender las leyes; salvo raras excepciones, esta clase de hombres solo se encuentra entre aquellos que, siendo propietarios, son fieles a las tierras en las que está ubicada su propiedad [...] Si se concediesen derechos políticos ilimitados a hombres sin hacienda, y si

En la Declaración de derechos se reconocieron los de libertad, igualdad, seguridad y propiedad (art. 1), reiterando conceptos de las declaraciones anteriores sobre la libertad (art. 2), la igualdad ante la ley (art. 3) y la propiedad (art. 5). El “cultivo de la tierra, la producción, todo tipo de trabajo, y el orden social entero dependen del mantenimiento de la propiedad” (art. 8). En el Título XV de la Constitución, dentro de las disposiciones generales, se recogieron declaraciones anteriores sobre el derecho de libertad de crear establecimientos educativos sin subordinación ni dependencia administrativa (arts. 299 y 300), el no reconocimiento de los votos religiosos ni compromisos contrarios a los derechos naturales del hombre (art. 352), ni límites al derecho de pensamiento y expresión (art. 353), de culto (art. 354) y de prensa (art. 356). La Constitución “garantiza la inviolabilidad de todas las propiedades, con la justa indemnización de las que la necesidad pública, legalmente constatada, exija su sacrificio” (art. 358)⁴²⁴ y la inviolabilidad de domicilio (art. 359).

A partir de la Declaración de derechos sociales de 1793 establecieron deberes generales, por cuanto “el mantenimiento de la sociedad exige que quienes la componen conozcan y cumplan igualmente sus deberes” (art. 1), que nacen de dos principios: “No hagas a otro lo que no quisieras que te hagan” y “Haz a los demás constantemente el bien que quisieras recibir” (art. 2). Las obligaciones respecto a la sociedad consisten en “defenderla, servirla, vivir sometidos a las leyes y respetar sus instituciones” (art. 3). “Nadie es buen ciudadano si no es buen hijo, buen padre, buen hermano, buen amigo, buen esposo” (art. 4), tampoco es “hombre de bien si no observa las leyes franca y religiosamente” (art. 5); quien las viola “se declara en estado de guerra con la sociedad” (art. 6). El último precepto constitucional es el artículo 377, ejemplo del contenido moralizante del texto:

“El pueblo francés encomienda el depósito de la presente Constitución a la fidelidad del Cuerpo legislativo, del Directorio ejecutivo, de los administradores y

tuvieran que ocupar su puesto en la asamblea legislativa, provocarían disturbios, o contribuirían a su creación sin temor a las consecuencias; impondrían o permitirían que se recaudase impuestos fatales para el comercio y la agricultura” (*Moniteur universel*, 281, 11 mesidor III). HAURIOU, M., *Précis...*, cit., pp. 299-301.

424. El artículo 374 garantizó al adjudicatario legítimo las adjudicaciones de bienes nacionales, cualquiera que fuera su origen, que no podría ser desposeído, salvo reclamaciones de terceros con indemnización por parte del Tesoro. Lo reiteró el artículo 94 de la Constitución del año VIII (1799).

de los jueces; a la vigilancia de los padres de familia, a los esposos y a las madres, al afecto de los ciudadanos jóvenes y al valor de todos los franceses”.

La República era una e indivisible (art. 1) y “la soberanía reside en la universalidad de los ciudadanos franceses” (art. 2). En la Declaración de derechos estableció la “garantía social” de la separación de poderes para evitar la dictadura republicana y regular las crisis, porque aquella “no puede existir si no está establecida la división de poderes, ni fijados sus límites y no está asegurada la responsabilidad de los funcionarios públicos” (art. 22)⁴²⁵.

Identificó la ley con “la voluntad general expresada por la mayoría de los ciudadanos o de sus representantes” (art. 6), residiendo la soberanía esencialmente en la universalidad de los ciudadanos (art. 17), por lo que “ningún individuo, ni una parte de los ciudadanos puede atribuirse la soberanía” (art. 18). La ley establecía los límites de la libertad: “lo que no está prohibido por la ley no puede impedirse. Nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordene” (art. 7).

El poder legislativo era bicameral: Consejo de los Quinientos o Cámara Baja (arts. 73-81) y Consejo de los Ancianos o Cámara Alta (arts. 82-109). Al primero correspondía la iniciativa legislativa, renovándose por tercios anualmente. No podía ejercer, por sí o por delegados, ni el poder ejecutivo ni el judicial (art. 46), y era incompatible la condición de miembro del cuerpo legislativo y el ejercicio de otra función pública (art. 47). En materia de contribuciones directas y control del gasto público, determinaba las reglas y el modo de su funcionamiento y de sus objetos, del mismo modo que de las otras partes de la administración interior (art. 190).

El Poder ejecutivo estaba encomendado a un Directorio de cinco miembros nombrados por el legislativo, que lo presidían por trimestres, que carecía de iniciativa legislativa y de cualquier autoridad sobre los Consejos del legislativo. Tenía atribuidas, entre otras, la competencia para “anular inmediatamente los actos de las administraciones departamentales o municipales” (art. 196), exigiéndose que “toda resolución que conllevara la casación de actos, suspensión o destitución de administrador, debía estar motivada” (art. 197). Las administraciones departamentales y municipales “no podían modificar los actos del

425. GARCÍA PELAYO, M., *Derecho...*, cit., pp. 568-469.

cuerpo legislativo, ni los del Directorio ejecutivo, ni suspender su ejecución, ni inmiscuirse en los asuntos que dependan del orden judicial” (art. 189).

La jerarquía del sistema centralista se compendia en el artículo 193, que disponía la subordinación de los administradores municipales a los del departamento, y de estos a los ministros: “en consecuencia los ministros pueden anular, cada uno en su parte, los actos de las administraciones de los departamentos; y estos las de las administraciones municipales, cuando sean contrarios a las leyes o a las órdenes de las autoridades superiores” (art. 193). También podían suspender, en el mismo orden, los ministros a las administraciones departamentales, y estas a las municipales (art. 194). Ni la suspensión ni la anulación eran definitivas sin la confirmación formal del Directorio ejecutivo (art. 195).

Las funciones jurisdiccionales no podían ejercerse ni por el legislativo ni por el ejecutivo (art. 202), y los jueces no podían inmiscuirse ni reglamentar aquellos, ni parar o suspender la ejecución de la ley ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones (art. 203).

El Título X de la Constitución se dedicó a la instrucción pública a partir de las “escuelas primarias donde los alumnos aprenden a leer, a escribir, los elementos del cálculo y la moral”. Dispuso la creación de escuelas superiores y un instituto nacional para los descubrimientos y el perfeccionamiento de las artes y las ciencias (arts. 296-299).

4.8.1. *La constitucionalización de la jurisdicción administrativa*

Las disposiciones constitucionales confirmaron el Decreto de 16 fructidor del año III (3 de septiembre de 1795) en cuanto a la separación de poderes y a la inmunidad administrativa⁴²⁶. El Decreto de 16 fructidor del año III, sobre el informe MONNOT, confirmó la separación entre el poder judicial y la Administración al disponer en su artículo único: *Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, avec peine de droit*, y “anuló todos los procedimientos y juicios existentes ante los tribunales ordinarios contra los miembros de los cuerpos administrativos

426. BIGOT, G., *L'autorité...*, cit., pp. 30-35.

y los comités de vigilancia”, que afectasen a la ejecución de actos tachados de ilegales.

La ley de 21 fructidor del año III (7 de septiembre de 1795) encomendó al ejecutivo la solución de los conflictos competenciales con el judicial, disminuyendo el papel de este frente al primero, aun cuando el artículo 262 de la Constitución de 5 fructidor mantenía la denuncia ante el Tribunal de Casación. El artículo 27 dispuso que, “en caso de conflicto de atribución entre las autoridades judiciales y administrativas”, resolvería el ministro y, una vez confirmado por el Directorio, se remitiría al cuerpo legislativo si hubiera necesidad (art. 23). Con esta ley la Convención superó la previsión de la ley de 16 de agosto de 1791 que permitió al ministro de Justicia denunciar ante el Tribunal de Casación los actos judiciales que excedieran de su competencia por incidir en la acción administrativa, reservada a su jurisdicción. De este modo, según CORMENIN, “el conflicto se establecía entonces por la reivindicación formal de las administraciones centrales o por su prohibición de obedecer los juicios de los tribunales por resultar contrarias las decisiones administrativas y las judiciales [...] Todas las resoluciones, fueran de las administraciones locales, o de los comisarios o de los jefes de servicio constituían conflicto”⁴²⁷. La administración se convertía en juez de la atribución de la competencia entre la jurisdicción administrativa y los tribunales, porque “la solución de un conflicto planteado por orden del Directorio no podía ser dudosa, porque era el mismo Directorio quien la resolvía”⁴²⁸.

La víspera de concluir la Convención, el decreto de 3 brumario del año IV (25 de octubre de 1795) anuló “las resoluciones de los comités de la Convención y de los representantes del pueblo en misión contrarios a las leyes”. Poco después, la ley de 25 ventoso del año IV (15 de marzo de 1796) se manifestó en sentido contrario a la decisión administrativa y dispuso que las reclamaciones sobre las resoluciones de los representantes en misión debían formularse ante el cuerpo legislativo, que anularía las que fueran ilegales y juzgaría los problemas derivados de la aplicación de sus actos reglamentarios.

427. CORMENIN, L. M., *Droit administrative*, II, Paris, Thorel, 1840, apéndice, p. 47. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 38.

428. SIREY, J. B., *Du Conseil d'État selon la Charte constitutionnelle, ou notions sur la justice d'ordre politique et administratif*, Paris, Agasse-Cour du Harly, 1818, p. 18. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 38; *L'autorité...*, cit., pp. 29-30.

4.8.2. *El golpe de Estado de 18 y 19 brumario del año VIII*

La Convención concluyó el 26 de octubre de 1795, y el nuevo gobierno constitucional inició su mandato el 2 de noviembre. Tuvo dificultades financieras y una amenaza constante de revueltas jacobinas y monárquicas, mientras que la burguesía quería consolidar su poder en el nuevo régimen que había instaurado. El Directorio aspiró a la conquista de Italia nombrando jefe del Ejército para tal fin al general BONAPARTE, quien reprimió la insurrección monárquica del 13 vendimiario del año IV (5 de octubre de 1795). Desde el propio gobierno se dieron los golpes de Estado de 18 fructidor (4 de septiembre de 1797), 22 floreal (11 de mayo de 1798) y 30 de pradial (18 de junio de 1799) para anular las intentonas jacobinas o realistas, y se frustró el intento de la “conspiración de los Iguales” liderada por BABEUF para exigir la distribución de rentas, ejecutándolo el 8 de pradial (28 de mayo de 1797)⁴²⁹.

Con el fin de superar las continuas crisis, políticos destacados del régimen como el Presidente del Consejo de los Quinientos, Luciano BONAPARTE, el ministro de Policía, FOUCHÉ, el miembro del Directorio SIEYÈS y TALLEYRAND-PÉRIGORD dieron un golpe de Estado de 18 y 19 de brumario del año VIII (9 y 10 de noviembre de 1799) a favor del general Napoleón BONAPARTE, tras el rechazo por el Consejo de los Quinientos de su pretensión de revisar la Constitución⁴³⁰.

4.9. El Consulado y la Constitución del año VIII (1799)

El golpe de Estado hizo caer al Directorio e inició el Consulado, formado por BONAPARTE, SIEYÈS y DUCOS⁴³¹. El 15 de diciembre de 1799 se promulgó la

429. BERTIER DE SAUVIGNY, G. DE, *Historia...*, cit., pp. 310-316. DUPRAT, A., “Un nouveau Jacobinisme?”, en *Annales historiques de la Révolution française*, 329, 2004. GUENIFFEY, P., *Le Dix-huit Brumaire. L'épilogue de la Révolution française*, Paris, Gallimard, 2008.

430. LACRETELLE, P.-L., *Sur le dix-huit brumaire. À Sieyès et à Bonaparte*, Paris, Les marchands de nouveautés, an VIII.

431. El artículo 24 de la Constitución del año VIII los designó miembros del Senado conservador y, reunidos con el segundo y tercer cónsules que la misma designa en su artículo 39, nombraban la mayoría del Senado. BERTIER DE SAUVIGNY, G. DE, *Historia...*, cit., pp. 317-324. BOUDON, J.-O., *Histoire du Consulat et de l'Empire*, Paris, Perrin, 2003. LENTZ, T., *Le Grand Consulat*, Paris, Fayard, 1999.

Constitución del año VIII redactada por SIEYÈS⁴³² y DAUNOU⁴³³, que se ratificó en plebiscito en febrero de 1800. Configuró la República con un poder ejecutivo fuerte y concentrado, que permitiera el poder personal del Primer Cónsul⁴³⁴. En la Proclama de los Cónsules, que presentó el texto constitucional de 24 frimario del año VIII (15 de diciembre de 1799), afirmaron que se fundamentaba en los “verdaderos principios del gobierno representativo y los derechos sagrados de la propiedad, la igualdad y la libertad” y que los poderes que establecía eran “fuertes, estables, como deben ser para garantizar los derechos de los ciudadanos y los intereses del Estado”. La continuidad con la Revolución era explícita a pesar de la reducción del ímpetu revolucionario y realizó la

“fusión de lo más importante de la tradición despótica monárquica con el jacobinismo [...] la prerrogativa real de la práctica administrativa del Antiguo Régimen con la desconfianza de todos los franceses por la interferencia de los tribunales con la acción libre del gobierno”⁴³⁵.

El nuevo régimen consolidó la obra de la Revolución y la extendió por Europa con los ejércitos triunfantes de Napoleón. Sustituyó la vieja idea girondina de establecer “repúblicas hermanas” (*républiques soeurs*) por el mundo por la de la liberación de los pueblos europeos oprimidos y su control por Francia, olvidando que, como dijo ROBESPIERRE a los girondinos, *la plus extravagante idée qui puisse naître dans la tête d'un politique, est de croire qu'il suffise à un peuple d'entrer à main armée chez un peuple étranger, pour lui faire adopter ses lois et sa constitution. Personne n'aime les missionnaires armés*⁴³⁶.

BONAPARTE se propuso superar la confrontación anterior para conseguir los objetivos de la Revolución, como lo afirmó en la Proclama de 24 frimario del año VIII (15 de diciembre de 1799): *la Révolution est fixée aux principes qui*

432. PASQUINO, P., *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998. BASTID, P., *Sieyès...*, cit., pp. 416-434.

433. MENART, G., *Pierre Daunou, l'anti-Robespierre de la Révolution à l'Empire, l'itinéraire d'un juste*, Toulouse, Privat, 2001.

434. HAURIOU, M., *Précis...*, cit., pp. 303-305.

435. DICEY, A., *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, London, 1979, p. 336.

436. ROBESPIERRE, M. DE, *Oeuvres complètes*, VIII, Paris, Phénix, 2000, p. 81.

l'ont commencée: elle est finie. Propuso a Francia un proyecto común de reconstrucción nacional y de integración:

“Basta de facciones: no las quiero ni sufriré ninguna. Acójase a todos los franceses sea cual fuere el partido al que hayan pertenecido. Unid todos los corazones en un sentimiento común: el amor a la Patria. Júzguese a los hombres, no por las vanas y ligeras acusaciones de los partidos, sino por los conocimientos adquiridos acerca de su probidad y su capacidad”⁴³⁷.

4.9.1. *La Constitución del año VIII*

La Constitución de 22 frimario del año VIII no dispuso de Declaración de derechos y libertades, aunque se recogieron algunos dentro de sus disposiciones, como los referidos a la inviolabilidad de domicilio (art. 76), la seguridad de las personas (arts. 77-82) y el derecho de petición (art. 83).

Se estableció el sufragio universal masculino, pero se suprimieron las elecciones y sustituyeron los representantes de los ciudadanos por las *listas de los notables*, de entre las que se elegirían por el Gobierno o el Senado los miembros de las asambleas, los cónsules y los funcionarios. Para elegir los funcionarios del *arrondissement* y la lista departamental se realizaba el sufragio a nivel cantonal. Aquella elegía los funcionarios del departamento y los miembros de la lista nacional, que, a su vez, lo hacía de los funcionarios nacionales, los miembros del Cuerpo legislativo y del Tribunal (arts. 7-14)⁴³⁸.

El poder predominante era el ejecutivo o *Consulado* de tres miembros designados entre los elegidos por un *Elector proclamador* por un período de diez años, reelegibles indefinidamente por el Senado. De entre ellos, el segundo y tercer cónsules eran consultivos del primero (arts. 39-47)⁴³⁹. El nombramiento de BONAPARTE como Primer Cónsul inició la consolidación del Estado por el poder personal que dirigía el ejecutivo, designaba y revocaba los principales funcionarios, y tenía cierto poder legislativo para proponer y promulgar las

437. MAUROIS, A., *Historia...*, cit., p. 379.

438. GARCÍA PELAYO, M., *Derecho...*, cit., pp. 469-471.

439. El artículo 39.c) de la Constitución designó cónsules a Napoleón Bonaparte, Jacques-Regis de Cambacérès y Charles-François Lebrun.

leyes y no respondía ante nadie (arts. 41 y 69)⁴⁴⁰. Estaba asesorado por el Consejo de Estado, formado por entre treinta y cincuenta miembros nombrados por el primer cónsul de una lista nacional, que tenía la misión de “redactar los proyectos de ley y los reglamentos de administración pública, y resolver las dificultades que se planteen en materia administrativa” (art. 52).

Los ministros eran responsables de los actos de gobierno firmados por ellos y declarados inconstitucionales por el Senado, de la inejecución de leyes y reglamentos de administración pública y de las órdenes particulares que dictaran si fueran contrarias a la Constitución, a las leyes o a los reglamentos (art. 72). Los agentes del Gobierno “no podían ser perseguidos por hechos relativos a sus funciones, más que por resolución del Consejo de Estado y en tal supuesto ante los tribunales ordinarios” (art. 75)⁴⁴¹. Reforzó la protección a los agentes administrativos que había establecido la Constitución de 1791 y estuvo vigente hasta 1870, dejando en manos de los tribunales ordinarios el conocimiento de las faltas personales de los agentes públicos, pero no de las faltas de servicio⁴⁴².

El legislativo, que no era el poder principal, como ocurrió anteriormente, estaba dividido en tres cámaras. El *Tribunado* era una asamblea de cien miembros, elegidos por cinco años, que deliberaba y emitía su opinión sobre los proyectos de ley, que eran votados posteriormente por la asamblea legislativa de trescientos miembros, que era el *Cuerpo legislativo* (arts. 25-38). El *Senado conservador* tutelaba la constitucionalidad de las leyes y de los actos inconstitucionales, elegía los miembros del Cuerpo legislativo y del Tribunado, los jueces de casación y los comisarios de la contabilidad (art. 89), y redactaba textos legislativos como *senado-consultos* (arts. 15-23)⁴⁴³. Estaba formado por ochenta

440. La Constitución de 16 termidor del año X (4 de agosto de 1802) estableció el consulado vitalicio.

441. Esta “garantía de los funcionarios” les protegía de las denuncias temerarias y estuvo vigente hasta su derogación por el decreto legislativo de 19 de octubre de 1870, que suprimió la autorización previa sin ampliar la competencia de los tribunales ordinarios ni permitirles conocer de los actos administrativos, como recogió el Tribunal de Conflictos en su resolución de 30 de julio de 1873, *Pelletier*, Rec. Lebon, p. 117. BIGOT, G., *L'autorité...*, cit., pp. 60-65. MESTRE, J.-L., “La garantie des fonctionnaires”, en CLÉMENT, J.-P., JAUME, L., VERPEAUX, M., *Liberté, libéraux et Constitutions*, Paris, Economica, 1997, pp. 77-96.

442. AUBY, J.-M. y DRAGO, R., *Traité de Contentieux Administratif*, I, Paris, PUF, 1975, pp. 167-168.

443. FAURÉ, C. (dir.), *Manuscrits de Sieyès 1773-1779*, Paris-Genève, H. Champion-Slatkine, 1999, p. 522, recoge la opinión de SIEYÈS sobre el colegio conservador: “la garantía del orden

miembros, de los cuales sesenta nombraba el Primer Cónsul y estos cooptaban los veinte restantes. Sus miembros estaban libres de responsabilidad, lo mismo que los cónsules y los consejeros de Estado (art. 69). La apariencia de las asambleas no ocultaba la realidad de un gobierno autoritario y monocrático.

El poder judicial no fue tratado como tal sino como organización de los Tribunales (arts. 60-68). Sin embargo, salvo los jueces de paz que eran elegidos, estableció los jueces y magistrados profesionales e inamovibles. Su régimen se perfiló en la Constitución del año X (1802).

4.9.2. *El Consejo de Estado*

Con la institucionalización del Consejo de Estado se recuperó una institución del Antiguo Régimen y su nomenclatura (*conseillers d'État* y *maîtres de requêtes*)⁴⁴⁴, atribuyendo nuevas funciones a unos miembros de muy distinto origen político⁴⁴⁵. Fue una institución decisiva en el proceso codificador. Sus miembros presentaban y defendían los proyectos de ley ante el Cuerpo legislativo, tenían ante la justicia la inmunidad de los parlamentarios, y las diligencias contra ellos debían ser autorizadas por el Consejo. Carecía de jurisdicción propia, limitándose a informar y realizar propuestas, porque aquélla estaba retenida (justicia o jurisdicción retenida), y la decisión correspondía al Primer Cónsul, aun cuando confirmara la propuesta del Consejo⁴⁴⁶. Respecto al Primer Cónsul los miembros del Consejo de Estado

“constituían su verdadero consejo, su pensamiento deliberante, como los ministros constituían su pensamiento ejecutivo. En el Consejo de Estado se preparaban las leyes que el emperador presentaba al Cuerpo legislativo [...] Allí se redactaban los

social está en la organización del establecimiento público. La garantía de la libertad civil contra el establecimiento público está en la verdadera división de poderes; la garantía de los poderes de unos contra los otros está en el colegio de los conservadores”.

444. MONNIER, F., “D'un Conseil d'État à l'autre”, en BADINTER, R. (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, pp. 283-303.

445. Entre los primeros miembros estaban el jacobino Merlín de Douai, el revolucionario Roederer y el realista Dumas.

446. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 66-68. SAUVEL, R., “La justice retenue de 1806 à 1872”, en *RDP*, 1970. BIGOT, G., *L'autorité...*, cit., pp. 38-41.

decretos del emperador, sus reglamentos de administración pública, allí se examinaban, discutían y corregían los proyectos de sus ministros, etc.”⁴⁴⁷.

La creación del Consejo de Estado respondía perfectamente a su modo de ser y actuar y era

“un fruto natural del despotismo napoleónico. Sabía los límites de sus conocimientos, muy evidentes en el ámbito de la administración civil y financiera; no era hombre de decisiones apresuradas ni un autócrata iluminado, BONAPARTE asumía que no debía decidir sin un perfecto conocimiento de causa. Era, además, celoso de la efectividad de su poder; que no podía reducirse, como les había ocurrido a los últimos soberanos de la antigua monarquía, a aprobar las decisiones tomadas por sus ministros o despachos”⁴⁴⁸.

El Consejo de Estado fue decisivo en el gobierno, en la obra legislativa y en la justicia⁴⁴⁹. CORMENIN lo describió como “la sede del gobierno, la única palabra de Francia, la llama de las leyes y el alma del emperador [...] cabeza fuerte y universal”⁴⁵⁰. Resumió la importancia del Consejo de Estado en el modelo napoleónico:

“secunda totalmente la acción de su gobierno interior. Sus atribuciones se ampliaron pronto con todas las que BONAPARTE [...] había quitado al Cuerpo legislativo, a los tribunales y a los ministros. Solo el Consejo se encargaba de preparar las leyes y de defenderlas ante el Cuerpo legislativo, cuerpo sin voz ni alma, que las aprobaba solo por la forma. [...] las interpretaba⁴⁵¹ [...] y hacía el oficio del legislativo en el largo intervalo de sus sesiones. [...] regulaba por simples decretos una gran cantidad de materias que debieran estarlo por medio de leyes; de modo que el Consejo de Estado, sin que pareciera que violaba la Constitución, explicaba en sus resoluciones los decretos que había propuesto”⁴⁵².

447. CONDE DE LAS CASAS, *Memorial de Santa Elena*, I, Barcelona, 1854, p. 152.

448. BURDEAU, F., *Histoire de l'administration...*, cit., p. 76.

449. PACTEAU, V. B., *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, Paris, PUF, 2003. DICEY, A., *Introduction...*, cit., p. 348, lo denominó “verdadero centro de toda la fábrica gubernamental”.

450. CORMENIN, M. L. DE LAHAYE, *Livre des orateurs*, Bruselas, 143; reimpresión, Genève, 2000, pp. 130-131.

451. El artículo 11 del reglamento de 5 nivoso del año VIII dotó al Consejo de Estado del poder de interpretar las leyes oscuras por resolución del envío realizado por los cónsules.

452. CORMENIN, M. L. de LAHAYE, *Du Conseil...*, cit., pp. 28-20. BASTIDE, P., *Un juriste pamphlétaire, Cormenin*, Paris, Hachette, 1948. LACHARIÈRE, R., LADREIT DE, *Cormenin, politique*,

Las funciones del Consejo de Estado eran muy amplias en el orden administrativo:

a) Competencias normativas y disciplinarias:

Redactaba los reglamentos, garantizaba a los funcionarios frente a las persecuciones y disponía de la policía administrativa proponiendo sanciones a los funcionarios culpables de prevaricación.

b) Competencias jurisdiccionales:

La previsión de separación de poderes que había realizado la Asamblea en 1790, impidiendo que la administración se sometiera a la autoridad judicial, fue reformulada con la creación de una jurisdicción particular que se encomendó al Consejo de Estado en funciones de tribunal administrativo con jurisdicción retenida. El Consejo de Estado y sus funciones jurisdiccionales fueron la

“primera etapa en la institución de una justicia administrativa equilibrada e imparcial. No era un nuevo régimen para garantizar los derechos de los administrados, sino la consecuencia natural de la concentración de toda la autoridad en las manos de un solo hombre: la autocracia implicaba la formación de instituciones consultivas, de modo que su acción no pudiese enturbiar el crédito del poder hiriendo inútilmente los intereses y violando malintencionadamente los derechos”⁴⁵³.

Supuso un gran progreso respecto a la época revolucionaria, porque sustituyó el sistema de justicia administrativa burocrática por la dictada por un cuerpo de altos funcionarios especializados, integrado en el Consejo e independientes de los ministros. Así lo expresó NAPOLEÓN en marzo de 1806:

“Quiero establecer un cuerpo semi-administrativo, semi-judicial que regulará el empleo de esta parte del arbitrio necesario en la administración del Estado; no se puede dejar esta arbitrariedad en manos del príncipe, porque la ejercería mal o dejaría de hacerlo. En el primer caso existiría tiranía, el peor de los males para un pueblo civilizado; en el segundo caso, el gobierno caería en el desprecio”⁴⁵⁴.

pamphlétaire et fondateur du droit administratif, Paris, LGDJ, 1941. “Notice sur la vie et les travaux de Cormenin”, en *RDPSP*, 1941, pp. 151-199.

453. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 68.

454. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 52; *L'autorité judiciaire...*, cit., pp. 38-42.

Intervenía como jurisdicción administrativa para “resolver las dificultades que se le eleven en materia administrativa” (art. 52 de la Constitución del año VIII). El artículo 11 del reglamento de 5 nivoso del año VIII (26 de diciembre de 1800) precisó que las dificultades sobre las que se pronunciaba el Consejo de Estado eran “los conflictos que pueden producirse entre la administración y los tribunales; sobre los asuntos contenciosos cuyo decisión era anteriormente remitida a los ministros” (*décision préalable*)⁴⁵⁵, esto es, los asuntos administrativos de cuyo conocimiento se excluía a los tribunales ordinarios. Tras las reformas del año VIII se suprimieron a los ministros y a los prefectos las atribuciones contenciosas, que se encomendaron a los Consejos de Prefectura⁴⁵⁶, pero su aplicación no fue tan rigurosa como para eliminar totalmente el ejercicio de esa competencia, que se incrementó con el debilitamiento del Consejo durante la Restauración, dando lugar al concepto del “ministro-juez” (*ministre-juge*) que se abandonó durante el II Imperio⁴⁵⁷.

En apelación conocía, por su carácter de autoridad suprema de la jurisdicción administrativa, de los recursos que se formulaban ante los cónsules o el Emperador contra las decisiones de los Consejos de Prefectura⁴⁵⁸ y, posteriormente, de otros consejos o jurisdicciones administrativas especializadas como el Tribunal de cuentas (ley de 16 de septiembre de 1807), el Consejo de liquidación de la deuda (resolución de 15 pradiel del año X)⁴⁵⁹ y del Jurado de tasaciones (resolución de 6 germinal del año VIII), sin otra capacidad que la de propuesta, no de decisión. Así lo confirmó el decreto de 11 de junio de 1806 de creación de la Comisión del contencioso. El concordato de 1801 le encomendó el conocimiento de los abusos de los eclesiásticos y contra el ejercicio público del culto (arts. 6 y 7).

Explicó LAFERRIÈRE cómo los ministros que, durante el período revolucionario, eran jueces de lo contencioso-administrativo, salvo en lo atribuido a los departamentos, se convirtieron en justiciables ante el Consejo de Estado.

455. LAUBADÈRE, A. DE, *Traité de Droit Administratif*, I, Paris, Pichon et Durand, 1973, p. 496.

456. BIGOT, G., *L'autorité judiciaire...*, cit., pp. 41-42.

457. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 86-88 y 226-229. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 154-158; *L'autorité...*, cit., pp. 41-42, 87-90. GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Consideraciones...”, cit., p. 20.

458. CE 21 de diciembre de 1808, *Vanden-Nieuwen-Huisen*.

459. BIGOT, G., *L'autorité judiciaire...*, cit., pp. 57-60.

Aunque conservaban el derecho de decisión inherente a sus funciones de administradores en primera instancia,

“en realidad la legislación consular tendió a separar la función administrativa de la jurisdiccional, tanto en el centro como en los departamentos; aplicó en todo el principio formulado por ROEDERER, ponente de la Ley de 28 pluvioso del año VIII (17 de febrero de 1800): “administrar debe ser realizado por un solo hombre; juzgar por muchos [...] encomendar el contencioso de la administración a un consejo de prefectura ha parecido necesario para proporcionar al prefecto el tiempo que exige la administración [...] para darle a la vez toda la seguridad que conviene al interés particular y al interés público, que no se puede esperar del juicio realizado por un solo hombre”⁴⁶⁰.

La Ley estableció el principio en el departamento, “donde el prefecto administra y el consejo de prefectura delibera y juzga, y en el gobierno central en el que la acción administrativa pertenece a los ministros y la jurisdicción al Consejo de Estado”. Lo confirmó el decreto de 11 de junio de 1806, sobre organización y atribuciones, dictado durante el I Imperio, encomendado al Consejo de Estado, en materia administrativa, conocer de los asuntos de la alta policía y “de todas las reclamaciones o demandas relativas a los contratos con los ministros, con el intendente de la casa imperial o en su nombre, a las obras o suministros hechos para el servicio de sus departamentos” y de las decisiones sobre contabilidad nacional, aunque sin aludir a los poderes ministeriales de jurisdicción en primera instancia, para

“evitar el reproche que se había hecho a la legislación precedente de confundir en una misma autoridad el papel de jueces y de parte; buscó impedir esta confusión en el mismo seno del Consejo de Estado, suprimiendo a los miembros que administraban servicios públicos el derecho de deliberar sobre los asuntos contenciosos relativos a sus servicios”⁴⁶¹.

Se creó en el Consejo una “comisión de lo contencioso”, completada por el decreto de 22 de julio de 1806 con contenido procesal, que superara las graves

460. BIGOT, G., *L'autorité...*, cit., p. 47.

461. LAFERRIÈRE, E., *Traité de la juridiction...*, cit., pp. 183 y ss.

deficiencias en este orden como la falta de un procedimiento contradictorio y de garantías⁴⁶². Los decretos contenciosos tenían autoridad de cosa juzgada y con la denominación de *arrêts* se les quiso atribuir un significado jurisdiccional. Los justiciables obtenían el derecho de ejecución directamente del Consejo y no estaban obligados a solicitar el visto bueno de los ministros para que sus causas fueran introducidas en la jurisdicción suprema.

El Consejo de Estado creó una jurisprudencia administrativa, que no se había producido en el Antiguo Régimen por la confusión de las funciones administrativas y contenciosas. Se pronunció sobre el ámbito del control por la jurisdicción administrativa y la delimitación de las competencias administrativas y judiciales⁴⁶³, y empezó a conceder garantías a los ciudadanos, que precisó y amplió a partir de su jurisprudencia⁴⁶⁴.

c) Conflictos de atribución:

El Consejo de Estado también determinaba la competencia de los tribunales judiciales y de las autoridades administrativas, resolviendo los conflictos de atribución. Respecto a los conflictos de atribución entre la Administración y los tribunales se pronunciaba el jefe del gobierno en su Consejo de Estado⁴⁶⁵.

Los conflictos de atribución fueron regulados por el reglamento de 13 brumario del año X. Se encomendó a los comisarios del gobierno ante los jueces ordinarios requerir la remisión ante la autoridad competente de las “cuestiones atribuidas por la ley a la autoridad administrativa que se hubieran llevado ante un tribunal” (art. 1). Si el tribunal no accediera el prefecto plantearía el conflicto para su remisión al Consejo de Estado, con la obligación de hacerlo “cuantas veces sean informados de que un tribunal ha conocido de un asunto que por su naturaleza es competencia de la administración” (art. 4)⁴⁶⁶.

462. Esta organización estuvo vigente hasta la ordenanzas de 2 de febrero y 12 de marzo de 1831. CHAPUS, R., *Droit du contentieux...*, cit., pp. 70-71.

463. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 81-85.

464. MESTRE, J.-L., “Les fondements historiques...”, *cit.*, pp. 63-80.

465. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 78-79.

466. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 58-61.

4.9.3. *La organización del Estado y la Administración*

El Consulado realizó una importante labor de configuración del Estado y su Administración. En 1800 creó el Banco de Francia, realizó la reforma fiscal, saneó y equilibró la Hacienda estatal.

La organización administrativa consagrada por la Constitución, fue desarrollada por la llamada “Constitución administrativa de Francia”, que fue la ley del 28 pluvioso del año VIII (17 de febrero de 1800). Esta ley ha sido considerada el origen de la Administración moderna y del Derecho administrativo⁴⁶⁷.

Organizó la administración local y las prefecturas, conservando los departamentos de la Revolución, reconfigurando su organización interior en *arrondissements*, comunas y cantones, con un funcionario nombrado y una asamblea consultiva en cada nivel. Suprimió las administraciones colegiadas y electivas que habían funcionado durante la Revolución y reforzó el poder de la administración. Encomendó al prefecto la administración propiamente dicha y a los Consejos de Prefectura, cuyo presidente era el prefecto, la jurisdicción con el mismo papel del Consejo de Estado respecto a las propuestas al Prefecto. Los miembros del Consejo no eran delegados elegidos por los ciudadanos, como en 1790 y el año III, sino funcionarios nombrados por el Gobierno.

La atribuciones jurisdiccionales de los consejos de prefectura fueron enumeradas por el artículo 4 de la Ley de 28 pluvioso del año VIII, recuperando parte del texto de la ley de 7-11 de septiembre de 1790 sobre la competencia del Directorio. Les encomendó los contenciosos sobre contribuciones directas, obras públicas (interpretación y ejecución de los contratos, daños, indemnizaciones por terrenos ocupados), bienes nacionales y “las dificultades que se pudieran producir entre los contratistas de obras públicas y la administración, sobre el sentido o la ejecución de las cláusulas de los contratos”, en materia de gran vialidad (ley de 29 floreal del año X), sobre la cual también tuvieron competencia sancionadora de las infracciones, que antes estaba atribuida a los tribunales ordinarios; sobre las reclamaciones de los particulares que sufrieran daños por faltas personales de los contratistas y no de hechos de la administración; ocupaciones de terrenos para obras de caminos, canales y obras públicas,

467. CHINCHILLA MARÍN, C., “Reflexiones...”, *cit.*, p. 23.

mientras que la llamada “pequeña vialidad” se atribuyó al poder judicial. La ley del 14 floreal del año XI les encomendó las cuestiones sobre mantenimiento de los cauces no navegables y la de 16 de septiembre de 1807 atribuyó al gobierno la concesión y contencioso de los trabajos sobre desecación de marismas⁴⁶⁸.

Configuró la Administración francesa en consonancia con los principios republicanos⁴⁶⁹:

a) Organización uniforme y centralizada del territorio, con el modelo de la Asamblea Constituyente: departamento, *arrondissement*, comuna. Se mantuvieron los mismos órganos: administrador dependiente del poder central, Consejo consultivo, prefecto y consejo general del departamento, subprefecto y consejo del *arrondissement*, alcalde y consejo municipal, todos ellos de nombramiento directo. El prefecto era el representante del poder central con gran poder de decisión respecto al resto de la organización. La ley de 28 pluvioso ha sido considerada la base de la centralización moderna, pero

“se personaliza abusivamente un estilo de administración con raíces multiseculares, [...] como si la centralización encontrara en ella su más perfecta manifestación; se atribuye al genio de un solo hombre a lo que muchos otros han contribuido: los liberales que, antes de brumario, habían seguido este camino en las constituciones [...] y que en 1799 preconizaron una concentración del poder administrativo más rigurosa que la que contiene la ley pluviosa. Esta ley puede ser tan militar como la imagen de BONAPARTE; pero es también producto del diseño de SIEYÈS, DAUNOU y sus amigos políticos liberales”⁴⁷⁰.

b) Servicios administrativos continuadores de la gestión anterior por medio de cuerpos con tareas específicas, con organización centralizada y jerárquica conforme al modelo militar, sometida a la legalidad; funcionarios protegidos contra las acciones de los particulares.

c) Justicia administrativa distinta de la jurisdicción ordinaria, en virtud de la separación de poderes, con prohibición a los tribunales de inmiscuirse en las funciones administrativas, y con encomienda competencial por materias

468. LAFERRIÈRE, E., *Traité de la juridiction...*, cit., pp. 188-189. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 53-57; *L'autorité...*, cit., pp. 46-48, 69-77, 82-83, 149-158, 423-430.

469. RIVERO, J., *Droit administratif*, Paris, Dalloz, pp. 20 y ss. HAURIU, M., *Précis élémentaire de Droit Administratif*, Paris, Sirey, 1943, pp. 3 y ss.

470. BURDEAU, F., *Histoire de l'administration...*, cit., p. 81.

a aquella. El Consejo de Estado y los Consejos de Prefectura, creados por la ley de 28 pluvioso del año VIII (17 de febrero de 1800)⁴⁷¹, fueron el medio para conocer de las impugnaciones contra los actos de la Administración, con el sistema de jurisdicción retenida concretada en propuestas al ejecutivo, que resolvía por resolución consular, posteriormente imperial⁴⁷². En esto siguió el camino trazado por la monarquía y los revolucionarios, consagrando la eliminación del control del poder público por los tribunales, encomendado a los citados consejos “los asuntos contenciosos cuya decisión correspondía antes a los ministros” (resolución del 5 nivoso del año VIII).

d) Potente organización policial y prerrogativas del poder público en las actividades administrativas.

e) Poder central fuerte y autoritario sobre la estructura orgánica y funcional, con la cooperación consultiva del *Conseil d'État*, que continuaba la labor del anterior Consejo Real.

f) Configuración del poder reglamentario para dictar los “reglamentos de administración pública” previstos por la Constitución del año VIII, sin precisar su alcance, aunque con el significado de normas administrativas de carácter general. Fue ampliamente desarrollado para la concreción del régimen jurídico de los servicios públicos y determinar las reglas de las relaciones administrativas y con los particulares⁴⁷³.

El régimen napoleónico fue decisivo en la historia del Derecho administrativo, construyéndolo como un cuerpo distinto del derecho común, sobre instituciones y reglas con origen en el Antiguo Régimen y en los principios revolucionarios, que sentaron las bases de la evolución y consolidación del Estado de Derecho, que se ampliaría durante la Restauración.

4.9.4. *La organización de la sociedad por la codificación*

Para organizar la sociedad confió en los códigos como armazón jurídico de las estructuras sociales directamente vinculadas con las personas, sus relaciones

471. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 68-70.

472. Por los Decretos de 11 de junio y 22 de julio de 1806 se creó en el Consejo de Estado la “Comisión del contencioso” y dictaron las reglas de procedimiento. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 70-73.

473. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 74-75.

intersubjetivas y materiales, sus obligaciones y sus bienes, que recogieron y sancionaron los cambios sociales y los nuevos comportamientos, apoyados en los principios de igualdad (art. 1), libertad (art. 4) y respeto a la propiedad privada (art. 17). A este propósito respondieron los códigos Civil de 1804, de procedimiento civil (1806), de Comercio de 1807, de Instrucción Criminal de 1808 y el Penal de 1810.

Los nuevos códigos instauraron el orden jurídico burgués y fueron instrumento de regulación y control de la nueva sociedad⁴⁷⁴. Se atribuye a NAPOLEÓN la afirmación de la trascendencia histórica del Código Civil: *Ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles: Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce que vivra éternellement, c'est mon Code Civil*⁴⁷⁵. Constituye la expresión de la filosofía del Derecho natural, como un “término medio entre dos corrientes de la doctrina jurídica francesa. Por un lado, una corriente empírica, positivista, austera y reaccionaria, sostenida por una suerte de jansenismo jurídico y, por otro, una tendencia iusracionalista moderna”⁴⁷⁶. Como expuso JOSSERAND, el *Code Civil* consagró la

“Nación una e indivisible, la unidad de legislación; obra a la vez individualista e igualitaria, liberal y profundamente humana, hace tabla rasa de las distinciones sociales y de jerarquías desaparecidas, fuesen territoriales o nobiliarias, religiosas o laicas, financieras o burguesas, corporativas o individuales; no reconoce ni clases ni privilegios [...] con su protección y bajo su égida, los franceses pueden considerarse verdaderamente iguales ante la ley”⁴⁷⁷.

474. ESMEIN, A., *Précis Élémentaire de l'histoire du Droit français. Révolution, Consulat et Empire*, Paris, Recueil Sirey, 1911, pp. 31-56; *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, Paris, Sirey, 1920.

475. TRISTAN DE MONTHOLON, CH. F., *Récits de la captivité de l'Empereur Napoléon à Sainte-Hélène*, Paris, 1847, t. I., p. 401, citado por HALPÉRIN, J.-L., “L'histoire de la fabrication du code. Le code de Napoléon?”, en *Pouvoirs*, 107, 2003, pp. 11-22; *Le code civil*, Paris, Dalloz, 1996. SOREL, A., “Introduction”, en *Le livre du centenaire*, Paris, Arthur Rousseau Editeur, 1904, p. XXIV.

476. ARNAUD, A.-J., *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, LGDJ, 1969, p. 20.

477. JOSSERAND, L., “Sur la reconstitution d'un droit de classe” (1937), en *Bicentenaire du Code civil*, *Recueil Dalloz*, 8 abril 2004, p. 3. La identificación de la unidad nacional con la unidad jurídica fue afirmada por BERTRAND, V., *De la codification. Discours prononcé le 16 octobre 1888 à l'audience de rentrée de la Cour de Cassation*, Paris, 1888, p. 18: “Si chez une nation [...], l'État dégage des souverainetés, le temps est venu: c'est l'heure des codes”.

PORTALIS veía en el Código Civil la obra de la Revolución que consagraba la uniformidad,

“género de perfección que toca a veces los grandes espíritus, pero golpea siempre a los pequeños. [...] De repente tiene lugar una gran revolución. [...] Entonces se vuelve a la idea de la uniformidad de la legislación, porque se adivina la posibilidad de realizarla”⁴⁷⁸.

4.10. El Consulado vitalicio y la Constitución del año X (1802)

Por resolución de los Cónsules de 20 floreal del año X (10 de mayo de 1802) se dispuso una consulta sobre la atribución a NAPOLEÓN BONAPARTE de la condición de Cónsul vitalicio, abriendo en cada municipio un registro para que los ciudadanos consignaran su voto.

Un senado-consulta de 14 termidor del año X (2 de agosto de 1802), dictado por iniciativa de NAPOLEÓN y aprobado por plebiscito, le designó Primer Cónsul vitalicio (art. 1). Creó el símbolo del reconocimiento de la Nación por una estatua de la Paz, con el laurel de la Victoria y el Decreto del Senado en cada mano (art. 2). El Senado manifestó al Primer Cónsul “la expresión de la confianza, del amor y de la admiración del pueblo francés” (art. 3).

El 16 termidor del año X (4 de agosto de 1802) se dictó el senado-consulta orgánico de la nueva Constitución, por el que se aumentaron los poderes del Primer Cónsul sobre el Senado, el Cuerpo legislativo y el Tribunal. Se le atribuyó la ratificación de los tratados de paz y alianzas (art. 58) y el derecho de gracia (art. 86). Se establecieron normas sobre la organización judicial (arts. 1-3), las asambleas municipales (arts. 4-17) y los colegios electorales (arts. 18-38) con gran intervención en los nombramientos por parte del Gobierno. Se redujo el alcance del sufragio universal con la introducción del voto censitario (art. 11). Los cónsules serían vitalicios y miembros del Senado, presidiéndolo (art. 39); el segundo y tercero serían nombrados por el Senado a

478. FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, pp. 463-176. LAURENT, F., *Principi di diritto civile*, I, Nápoles, 1879, pp. 7-8. SCHIMSEWITSCH, L., *Portalís et son temps: l'homme, le penseur, le législateur*, Paris, 1936.

propuesta del primero (art. 40). Podría proponer a su sucesor (arts. 41, 46-52), regulándose hasta la fórmula de juramento (arts. 43 y 44)⁴⁷⁹.

El Senado podía dictar senado-consultos orgánicos de contenido constitucional (art. 54) y de otro alcance (art. 55). Los proyectos de ambos se discutían en un consejo privado formado por los cónsules, dos ministros, dos senadores, dos consejeros de Estado y dos grandes oficiales de la Legión de Honor, designados por el primer cónsul. Se modificó la composición del Tribunado reduciéndolo a cincuenta miembros limitando su función legislativa en beneficio del Senado.

El Consejo de Estado estaría formado por un máximo de cincuenta miembros, se dividía en secciones y los ministros participaban en él (arts. 66-68). También reguló aspectos de la composición y organización del Cuerpo legislativo (arts. 69-75), del Tribunado (arts. 76-77) y de la justicia y tribunales (arts. 78-85).

4.11. El Imperio, la Constitución del año XII (1804) y el Acta adicional de 1815

Por medio del senado-consulta del 28 floreal del año XII se dictó una Constitución, que fue ratificada por plebiscito de 6 de noviembre de 1804⁴⁸⁰. Instauró el Primer Imperio, encomendando el gobierno de la República a un emperador con el título de “emperador de los Franceses” (art. 1), designando a NAPOLEÓN BONAPARTE (art. 2) y estableciendo la sucesión imperial en su descendencia directa, natural y legítima (art. 3) o en quien adopte de entre los miembros de su familia (art. 4). En otro caso, encomendaba la dignidad imperial a su hermanos José y, si faltase, a Luis y a sus descendientes (arts. 5-7). Dotó al Imperio de una familia imperial con título de Príncipes, estableciendo su tratamiento, régimen, participación institucional, etcétera. (arts. 9-15). Estableció la Regencia (arts. 17-31)⁴⁸¹.

479. GARCÍA PELAYO, M., *Derecho...*, cit., pp. 471-472.

480. La proposición para la consulta figuraba como artículo 142 en la Constitución y se refería a la sucesión hereditaria de la dignidad imperial en la descendencia de Napoleón y de sus hermanos José y Luis, conforme al senado-consulta de la misma fecha.

481. BERTIER DE SAUVIGNY, G. de, *Historia...*, cit., pp. 324-339. HAZAREESING, S., *La légende de Napoléon*, Paris, Tallandier, 2005.

También creó la nueva nobleza en las seis “grandes dignidades del Imperio”: gran elector, archicanciller del Imperio, archicanciller del Estado, architeesorero, condestable y gran admirante (arts. 32-47), y en los “grandes oficiales del Imperio”: dieciséis mariscales, ocho inspectores y coroneles generales de armas y dos grandes oficiales civiles de la corona (arts. 48-51).

Se crearon en el Senado las comisiones de la libertad individual (arts. 60-63) y la de la libertad de prensa para controlar los abusos de la censura (arts. 64-67). Reguló la composición y el procedimiento del Cuerpo legislativo (arts. 78-87) y del Tribunado (arts. 88-97), los colegios electorales (arts. 98-100), la Alta Corte Imperial (arts. 101-133), el orden judicial (arts. 134-136) y la promulgación de las disposiciones (arts. 137-141)⁴⁸².

Se atribuyó al Consejo de Estado la deliberación sobre los proyectos de ley y los reglamentos de administración pública (art. 75), dividiéndolo en seis secciones (legislación, interior, finanzas, guerra, marina y comercio) (art. 76).

Tras la caída del I Imperio NAPOLEÓN fue desterrado en la Isla de Elba, restaurándose la monarquía en LUIS XVIII. El regreso del emperador a Francia le permitió gobernar durante los “cien días” (del 20 de marzo al 22 de junio de 1815), que concluyeron con su derrota en Waterloo⁴⁸³. El emperador encomendó a Benjamín CONSTANT introducir algunas reformas en la Constitución de 1804, a las que se dio el carácter de “adiciones a las constituciones del Imperio” y fueron aprobadas por referéndum el 1 de julio de 1815. Tuvo escasa vigencia por la propia duración del gobierno, y las Cámaras que formaban el poder legislativo solo estuvieron reunidas entre el 3 de junio y el 7 de julio de 1815. Las reformas introducidas fueron de carácter liberal, como el reconocimiento de derechos (arts. 59-66), la elección de alcaldes en municipios de menos de cinco mil habitantes y de los representantes para enmendar la misma Constitución. Se suprimió la censura y se garantizaban los derechos y libertades.

El preámbulo del Acta adicional a la Constitución aludió al régimen del Imperio y al proyecto de “organizar un gran sistema federal europeo [...] conforme al espíritu del siglo y favorable a los progresos de la civilización”. Con el nuevo texto se propuso “modificar y perfeccionar sus actos constitucionales,

482. GARCÍA PELAYO, M., *Derecho...*, cit., p. 473-474.

483. DE VILLEPEIN, D., *Les Cent-Jours: ou l'esprit de sacrifice*, Paris, Perrin, 2001.

proteger los derechos de los ciudadanos de todas sus garantías, dar al sistema representativo toda su amplitud, investir a los cuerpos intermedios de la consideración y del poder deseables⁴⁸⁴; en una palabra, a combinar la mayor libertad política y seguridad individual con la fuerza y la centralización necesarias para hacer respetar a los extranjeros la independencia del pueblo francés y la dignidad de nuestra corona”. Sus artículos “forman un acta suplementaria a las constituciones del Imperio, sometidas a la aceptación libre y solemne de todos los ciudadanos, en toda la extensión de Francia”.

En su artículo 1 enumeró las constituciones del Imperio a las que se adicionaba: el acta constitucional de 22 frimario del año II, los senado-consultos de 14 y 16 termidor del año X y el del 28 floreal del año XII, que serían modificados por el nuevo texto.

El poder legislativo se encomendó al Emperador y a un Parlamento bicameral (art. 2). La Cámara de los Pares estaría formada por miembros nombrados por el Emperador con carácter hereditario (arts. 3-6). La de los Representantes la integrarían los elegidos por sufragio censitario para un mandato de cinco años reelegibles indefinidamente (arts. 7-12). El artículo 58, dentro del título del poder judicial, dispuso que la “interpretación de las leyes demandada por el Tribunal de Casación será dada con forma de ley”, que recogió el principio revolucionario de pura aplicación de la ley por aquel, sin que pudiera proceder a interpretarla.

Los ministros del ejecutivo respondían de los actos de gobierno y de la ejecución de las leyes (art. 39) ante las Cámaras en los casos previstos (arts. 41-45), pero en otros no pueden ser llamados ni mandados por ellas (art. 46).

El poder judicial estaba formado por jueces nombrados por el Emperador (art. 51), se mantuvo el jurado (art. 52) y la competencia especial de los tribunales militares para los delitos de esa naturaleza (art. 54). Correspondía a los civiles el conocimiento de los demás delitos (art. 55). El artículo 52 modificó el régimen del poder judicial delegado encomendado a jueces elegidos por el

484. ROSANVALLON, P., *Le modèle...*, cit., p. 11, nota 1, expone que el sintagma “cuerpos intermedios” no tiene una definición estricta ni sociológica ni jurídica, aunque designa a las organizaciones existentes entre el Estado y los individuos, como las asociaciones, sindicatos, partidos, colectividades locales, instituciones de autorregulación de la sociedad civil, etcétera. Como ocurre con la “sociedad civil” han de comprenderse de modo dinámico, dentro del movimiento de oposición y demanda social que explican su existencia y desarrollo.

pueblo en los artículos III-2 y 5 de la Constitución de 1791, sustituyéndolo por juristas profesionales nombrados por el ejecutivo⁴⁸⁵.

El último artículo supuso un rechazo del Antiguo Régimen, que representaba la Restauración borbónica, y la vigencia de los logros de la Revolución, de la que BONAPARTE se reconocía continuador, declarando que el pueblo francés,

“en la delegación que ha hecho y hace de sus poderes, no comprende ni quiere otorgar el derecho de proponer el restablecimiento de los Borbones o de algún príncipe de esta familia al trono, incluso por extinción de la dinastía imperial, ni el derecho de restablecer ni la antigua nobleza feudal, ni los derechos feudales y señoriales, ni los diezmos, ni ningún culto privilegiado ni dominante, ni la facultad de atentar a la irrevocabilidad de la venta de los bienes nacionales; se prohíbe formalmente al gobierno, a las Cámaras y a los ciudadanos cualquier propuesta al respecto”.

5. La evolución del Estado de Derecho en las constituciones posrevolucionarias

El período posrevolucionario se inició con la Restauración y la Carta de 1814, que supusieron el debilitamiento de los derechos y el incremento del poder y la discrecionalidad administrativas. Con la Monarquía de Julio y la Constitución de 1830 se abrió un nuevo horizonte al progreso de los principios fundamentales del derecho administrativo por la doctrina del Consejo de Estado sobre el control de la discrecionalidad y del exceso de poder. Los momentos históricos y las constituciones de los diversos regímenes políticos se exponen para comprobar el mantenimiento y evolución del Estado de Derecho y de los principios republicanos en su adaptación a los distintos tiempos y avatares de Francia.

Ha venido siendo una práctica entre los historiadores franceses establecer el período revolucionario entre 1789 y 1814, incluyendo el Consulado y el I

485. Leyes del 28 pluviioso del año VIII (17 de febrero de 1800), sobre organización administrativa y judicial; ley del 27 ventoso (18 de marzo de 1800) sobre la organización judicial, que quedó configurada en Juzgados de Paz, Tribunales de Primera Instancia, Tribunal de apelación y Tribunal de Casación. Por Ley de 18 de marzo de 1806 se establecieron los Tribunales Laborales.

Imperio. A partir de la Restauración se considera período postrevolucionario, a pesar de que el régimen salido de la Revolución se consolidó con la III República y la Constitución de 1875. Según FURET, la Revolución continuó hasta la consolidación de la III República:

“la Revolución Francesa explotó en 1789, pero la fecha en que termina es incierta [...] La idea central es que sólo con la victoria de los republicanos sobre los monárquicos en 1867-1877 se consagró en Francia un régimen que estableció solidamente el conjunto de los principios de 1789”⁴⁸⁶.

Se incluye el análisis de las constituciones por entenderlo conveniente para conocer la evolución del Estado de Derecho y sus crisis hasta su total consolidación como modelo de organización del Estado en Europa.

El período comprendido entre 1814 y 1830 consagró el bicameralismo, la colaboración entre los poderes y el nacimiento del parlamentarismo. Entre 1830 y 1870 se produjo el triunfo del sufragio universal y la manifestación del rechazo al poder personal. De 1870 a 1958 se consolidó el régimen republicano y aparece la idea de la democracia social y económica. A partir de la Constitución de 1958 cede el parlamentarismo en beneficio del presidencialismo, con un nuevo equilibrio de poderes entre el Presidente y el Gobierno, el ejecutivo y el legislativo, consagrándose el control de constitucionalidad y configurándose la reserva reglamentaria.

5.1. La Restauración y la Carta de 1814

Tras las desastrosas campañas de Rusia de 1812 y la batalla de Leipzig de 15 de octubre de 1813, se produjo la derrota militar de NAPOLEÓN y la toma de París por la coalición. El Senado y el Cuerpo legislativo lo depusieron y ofrecieron el trono a LUIS XVIII el 2 de abril, firmando aquel la abdicación el 6 de abril de 1814 en Fontainebleau. El Tratado de París supuso el acuerdo de paz y el restablecimiento de las fronteras de Francia de 1792.

486. FURET, F., *La Révolution de Turgot à Jules Ferry, 1770-1880*, Paris, Hachette, 1988, p. 8. Se ha expuesto como MESTRE, refiriéndose al Derecho administrativo, considera el primer período de gestación entre 1789 y 1870.

Los aliados restauraron la monarquía en la persona de LUIS XVIII por el período comprendido entre el 6 de abril de 1814 y el 29 de julio de 1830, interrumpido por el regreso del emperador y el gobierno de los cien días (20 de marzo a 22 de junio de 1815), por lo que se diferencia entre la primera y la segunda restauración, que concluyó con la revolución de julio de 1830.

5.1.1. *La Carta otorgada de 1814*

Los aliados que habían derrotado a NAPOLEÓN y restaurado la monarquía borbónica en la persona de LUIS XVIII, impusieron la Carta constitucional de 4 de junio de 1814, de naturaleza otorgada, como recoge el preámbulo: “voluntariamente y por libre ejercicio de nuestra autoridad real, acordada y acordamos, concedo y otorgo”. Fue una simple ley promulgada por el rey en virtud de una soberanía anterior, que no era otra que la real de origen divino, tradicionalmente ejercida por él en el marco de las leyes fundamentales del reino; se sustituyó la soberanía popular por la soberanía real⁴⁸⁷. Toda ella era un concesión graciosa del monarca a sus súbditos, en la que establecía compromisos y limitaciones a su poder originario y propio. La primera solemnidad de este texto, la gran importancia moral era el compromiso adquirido por su autor de respetarla, no podía limitar su revisión, por la vía legislativa ordinaria, o –en caso de necesidad reconocida por el rey– por medio de ordenanza⁴⁸⁸. No fue una monarquía absoluta restaurada en su situación anterior, sino que incorporó algunos elementos del liberalismo y el parlamentarismo, concesión a los cambios producidos por la Revolución⁴⁸⁹.

En la parte denominada “Derecho público de los Franceses” se mantuvieron principios propios de la Revolución, como la garantía de los derechos individuales, la propiedad, la libertad de prensa y expresión y la libertad religiosa, aunque se proclamó el catolicismo religión oficial del Estado. Se respetó la venta de los bienes nacionales que se habían confiscado a la nobleza y la iglesia (art. 9), previendo la reintegración a sus antiguos dueños de los no enajenados.

487. AUBY, J.-M. y AUBY, J.-B., *Droit Public*, I, Paris, Dalloz, 1993, p. 40.

488. RIALS, S., *Révolution et contre-révolution au XIXe siècle*, Paris, DUC, 1987, p. 112.

489. BERTIER DE SAUVIGNY, G. de, *Historia...*, cit., pp. 340-353.

Se restableció la nobleza con sus títulos, incluso la imperial, sin que implicara exención de cargas y deberes sociales⁴⁹⁰.

El artículo 14 dispuso que el rey era el jefe de las fuerzas armadas y la cabeza del poder ejecutivo con la iniciativa legislativa, el derecho de guerra y paz, la firma de alianzas y el nombramiento de los empleados públicos, dictaba los reglamentos y las ordenanzas para ejecutar las leyes y la seguridad del Estado. Al tratarse de una Carta otorgada, el monarca definía su poder que, además del descrito, comprendía la iniciativa legislativa, el control del propio poder por su designación, así como el de los miembros del poder judicial. No era, por tanto, una monarquía constitucional, sino que estaba apoyada en el principio monárquico⁴⁹¹, aunque hiciese alguna concesión formal a la separación de poderes y se mantuviera el reconocimiento de derechos.

El poder legislativo se ejercía por el rey y dos cámaras. El monarca proponía las leyes (art. 16), las sancionaba y promulgaba (art. 22). La Cámara de los Pares era nombrada por el Rey entre los nobles, con carácter vitalicio y hereditario. Los miembros de la Cámara de los Diputados eran elegidos por los departamentos mediante voto censitario formado por electores con contribución directa de trescientos francos y más de treinta años (art. 40), y los diputados debían ser contribuyentes que pagaran más de mil francos de impuestos directos y tuvieran más de cuarenta años (art. 38).

El poder judicial se encomendó a jueces nombrados por el rey e inamovibles (arts. 57-60), se mantuvieron el jurado (art. 65) y todos los códigos (art. 68).

Tras el gobierno de los cien días de NAPOLEÓN, se produjo la Segunda Restauración borbónica por los aliados, con el retorno el 8 de julio de 1815 de LUIS

490. GARCÍA PELAYO, M., *Derecho...*, cit., pp. 474-478. BIGOT, G., *L'autorité...*, cit., pp. 178-181.

491. Fue teorizado en los primeros años del siglo XIX e incorporado al derecho constitucional alemán a partir de la Constitución de Baviera de 26 de mayo de 1818: "El Rey es el Jefe del Estado, reúne en sí todo el poder del Estado y lo ejerce bajo las condiciones por él mismo establecidas en el presente documento constitucional. Su persona es sagrada e inviolable". Así fue recogido en las posteriores de Baden de 1818, Württemberg de 1819 y de Essen-Darmstadt de 1820. El principio reapareció en el artículo 57 del Acta Final del Congreso de Viena, tras la derrota de Napoleón y la restauración de las monarquías absolutas: "Dado que la Federación alemana, con excepción de las ciudades libres, está compuesta por reinos soberanos, todo el poder del Estado debe permanecer reunido en el Jefe del Estado, como consecuencia del concepto fundamental aquí establecido, y el soberano solo puede estar vinculado a la participación de los estamentos en el ejercicio de determinados derechos en virtud de una Constitución estatal".

XVIII, la pérdida de plazas fuertes y el pago de una indemnización de guerra a los aliados. Se persiguió a los bonapartistas y funcionarios del Imperio por el denominado “Terror Blanco” y hubo inestabilidad política por las demandas liberales y la añoranza del Imperio, aunque los más moderados consiguieron que se promulgasen leyes de ese carácter, como las Leyes LAINÉ, que simplificó el votó y favoreció a los liberales, o las de SERRE y GOUVION SAINT-CYR, que reorganizaron el reclutamiento militar por sorteo. Después del asesinato del nieto del rey, el DUQUE DE BERRY, se adoptaron medidas antiliberales, como la suspensión de las libertades individuales, las limitaciones a la libertad de prensa y la censura, la depuración en la Universidad, la represión de las sociedades secretas y la encomienda de la enseñanza primaria a la Iglesia⁴⁹².

Las monarquías europeas se reunieron en el Congreso de Viena (1814-1815) y los emperadores de Rusia y Austria y los reyes de Prusia, Francia y España formaron en el Congreso de Troppau de octubre de 1820 la Santa Alianza para impedir los intentos revolucionarios contra las monarquías. En el Congreso de Verona decidieron intervenir en España para restaurar el absolutismo y evitar el contagio liberal. Enviaron a España al DUQUE DE ANGULEMA con un ejército francés denominado los *Cien mil hijos de San Luis*, que, apoyados por los guerrilleros realistas, entró en España el 7 de abril de 1823. Restauraron el absolutismo por un período conocido como la *ominosa década* (1823-1833).

5.1.2. *El Consejo de Estado y la jurisdicción administrativa*

La Carta de 1814 no hizo referencia alguna al Consejo de Estado, que permaneció con una práctica consultiva muy limitada, pero ejerciendo la función contenciosa respecto a los ministros y los prefectos. Su nueva organización se reguló por la ordenanza de 29 de junio de 1814. Perdió su función de Consejo de Ministros, que correspondía a un Alto Consejo formado por el rey y los ministros. Se crearon comités contenciosos en los departamentos y un Comité de lo contencioso en la Cancillería, al que se le encomendó conocer de “todo lo contencioso de la administración de todos los departamentos, de los juicios de los administradores y encargados, y de los conflictos” (art. 9)⁴⁹³.

492. BERTIER DE SAUVIGNY, G. de, *Historia...*, cit., pp. 353-359.

493. BIGOT, G., *L'autorité judiciaire...*, cit., pp. 111-121.

En Consejo de Estado del I Imperio se restauró durante los Cien Días de NAPOLEÓN, para volver a ser reformado por la ordenanza de 23 de agosto de 1815, tras la segunda restauración, en los términos de la de 1814.

Se mantuvo la institución a pesar de las críticas radicales y de las peticiones de suprimirlo que formularon los realistas en el primer período de la Restauración, por considerarlo una institución napoleónica, y al final, durante el reinado de CARLOS X, por parte de la izquierda liberal, dentro de sus ataques al gobierno, por considerarlo un puro mecanismo ministerial sin independencia, sometido al poder político y falto de garantías. Se argumentó que la relación entre la justicia administrativa y el poder ejecutivo era inconstitucional, por no estar previsto en la Carta de 1814. Rechazaron la existencia de una jurisdicción especial como la administrativa, porque su artículo 62 prohibía las jurisdicciones de excepción. No obstante, admitían su carácter de órgano consultivo del gobierno en materia legislativa y administrativa para “ilustrar a la administración”⁴⁹⁴, pero eliminando su carácter jurisdiccional por considerarlo poco objetivo⁴⁹⁵.

En el debate, HENRION DE PANSEY defendió la institución por su capacidad y conocimiento para aclarar la legislación revolucionaria y napoleónica, y por la eficacia de su intervención en la justicia para adaptarla a las posibles transformaciones de la jurisdicción administrativa. CORMENIN⁴⁹⁶ y MACAREL apoyaron la creación de un alto tribunal administrativo, con poder jurisdiccional delegado y personal inamovible, despojando al Consejo de Estado de la competencia contenciosa. BROGLIE calificó la justicia administrativa de *justice de cadí ou de pacha*⁴⁹⁷. Desde la magistratura defendieron la competencia del poder judicial ordinario sobre las violaciones de derechos, manteniendo en

494. Discurso del rey el 3 de agosto de 1814, en *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, Paris, CNRC, 1974, p. 218; “le but de votre institution n'est pas, et votre nom l'indique assez, de former un conseil qui prononce, mais un conseil qui dirige; vous n'êtes pas appelés à administrer, mais à éclairer l'administration”.

495. PACTEAU, B., *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XX^e siècles*, Paris, PUF, 2003, pp. 65 y ss. RIVERO, J., y WALINE, J., *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2000, p. 143. CHAPUS, R., *Droit du contentieux...*, cit., p. 69. BIGOT, G., *L'autorité...*, cit., pp. 113-121, 175-193, 196-197.

496. CORMENIN, L. M., *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Hérisant Le Doux, 1818, pp. 28-29. MASSOT, J., *Le Conseil d'État: 1799-1999*, Paris, Documentation française, 1999.

497. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 86.

el Consejo el conocimiento de las reclamaciones sobre el mérito o la oportunidad de las medidas discrecionales del gobierno⁴⁹⁸. Por el contrario, SIREY afirmó su necesidad, porque

“querer que la justicia administrativa deje de estar bajo la influencia gubernamental [...] es olvidar cual es su naturaleza, su objeto y sus medios. [...] En un gran número de casos, cuando las leyes civiles son inaplicables y los reglamentos mudos, la justicia administrativa debe elevarse hasta la razón de Estado; debe presentir, adivinar, interpretar el pensamiento gubernamental, dirige igualmente la administración y la justicia hacia el mantenimiento de los derechos, de todos los tipos de interés o utilidad. Intérprete del gobierno, dirigida por sus reglamentos, la justicia administrativa ¿podría no estar bajo su influencia? [...] El Rey debe corregir las injusticias de la administración”⁴⁹⁹.

En un ambiente contrario a la Revolución y a la obra napoleónica, incluida la jurisdicción administrativa y el Consejo de Estado, se introdujeron reformas en beneficios de la competencia de los tribunales judiciales. La ordenanza de 1 de junio de 1828 restringió las prerrogativas gubernamentales en los conflictos de atribuciones, sin que pudieran plantearse en materia criminal ni contra un pronunciamiento definitivo; además permitió a las autoridades judiciales pronunciarse con carácter previo sobre su competencia en las declinatorias que se les propusiesen⁵⁰⁰. La ordenanza de 12 de marzo de 1831 favoreció la competencia judicial para pronunciarse sobre el fondo, si no se resolviera el conflicto en un plazo de dos meses. A partir de estas decisiones el Consejo de Estado perdió su importancia y dejó de ser competidor con el poder judicial, convirtiéndose en una institución administrativa auxiliar, aunque indispensable para la acción del gobierno.

Esta situación afectó al proceso de construcción del Derecho administrativo por parte del Consejo de Estado, al reducir su actividad en beneficio de poder judicial por medio de una interpretación restrictiva del artículo 4 de la ley de 28 pluvioso del año VIII, aceptando que las cuestiones relativas a los contra-

498. BURDEAU, F., “Les crises du principe de dualité des juridictions”, *RFDA*, 1990, pp. 724-733; *Histoire du droit...*, cit., pp. 90-92 y 108.

499. SIREY, J.-B., *Du Conseil d'État selon la Charte constitutionnelle, ou notions sur la justice d'ordre politique et administratif*, Paris, Agasse-Cour du Harley, 1818, pp. 462-463. BIGOT, G., *L'autorité...*, cit., pp. 117-121.

500. BIGOT, G., *L'autorité...*, cit., pp. 193-195.

tos de obras estaban sometidas al régimen natural de las obligaciones y a los jueces ordinarios (CE 29 de agosto de 1821, *Ville de Poitiers*; 17 de agosto de 1825, *Manisse*; 25 de abril de 1828, *Urbain*), o estimando que las cuestiones de responsabilidad se basaban en el régimen del artículo 1.382 del Código Civil (CE 21 de septiembre de 1827, *Rousseau*).

5.2. La Monarquía de Julio y la Carta de 1830

Al morir el rey el 16 de septiembre de 1824, le sucedió CARLOS X, un monarca añorante del Antiguo Régimen, que se apoyó en los ultra monárquicos realistas y propuso indemnizar a los emigrados de la Revolución, favorecer a la aristocracia en su papel social y político, renovar la consagración real en la catedral de Reims, prohibir el divorcio, limitar la libertad de prensa, poner la enseñanza en manos de la Iglesia y el retorno de los jesuitas. Sin embargo, sus planes se frustraron porque, tras las sucesivas renovaciones parciales, la Cámara fue cada vez más liberal, lo que llevó a enfrentamientos con el rey y su gobierno. Todo ello condujo a que la parte monárquica más avanzada, dirigida por CHATEAUBRIAND, retirara la confianza al gobierno de VILLÈLE.

El mayor conflicto se produjo cuando el rey provocó la caída del ministerio liberal moderado del vizconde de MARTIGNAC e impuso el ministerio del realista POLIGNAC, que fue rechazado por la iniciativa de ROYER-COLLARD apoyada por más de la mitad de los diputados. El monarca disolvió la cámara el 16 de mayo de 1830 e impuso nuevas reglas electorales para hacer perder peso a los liberales. Las elecciones de julio les dieron el triunfo, sin que hubiera producido efecto favorable a los monárquicos la conquista de Argel.

El 25 de julio CARLOS X suspendió la libertad de prensa, disolvió la Cámara, redujo el número de electores y convocó nuevas elecciones para septiembre; todo ello fue considerado un golpe de Estado. El pueblo de París inició la revuelta liberal conocida como la Revolución del 27 al 29 de julio o de los “Tres Gloriosos”, que terminó con la abdicación real el 2 de agosto de 1830 a favor de su nieto el DUQUE DE BURDEOS, encomendado la regencia al DUQUE DE ORLEANS, que la rechazó⁵⁰¹.

501. WARESQUEL, E. DE y YVERT, B., *Histoire de la Restauration (1814-1830): Naissance de la France moderne*, Paris, Perrin, 2002.

Se instauró la “Monarquía de Julio” de 29 de julio de 1830 en la dinastía de Orleans con LUIS FELIPE I, como “rey de los franceses”, que gobernó hasta la Segunda República⁵⁰². Separó del gobierno y la administración a los legitimistas que no juraron fidelidad al nuevo rey y régimen. Hubo movimientos populares como el republicano de París de junio de 1832 y legitimistas como el promovido por la DUQUESA DE BERRY en La Vendée. El gobierno conservador del mariscal SOULT, THIERS, BROGLIE y GUIZOT persiguió estabilizar el régimen con medidas represivas contra los republicanos y monárquicos legitimistas. En 1835 un atentado contra el monarca provocó medidas de represión y limitaciones a la libertad de prensa. Se produjeron dos intentos de golpe de Estado por parte de LUIS-NAPOLEÓN BONAPARTE. El problema social de los obreros en las ciudades industriales, la pobreza, las malas cosechas y desabastecimientos, el aumento de los precios, la reducción del trabajo, la corrupción, los escándalos, la crisis bursátil y la prohibición de las reuniones a partir de 1835 originaron conflictos sociales y políticos que fueron el caldo de cultivo para la crisis del régimen, con la abdicación del rey a favor de su nieto y la proclamación de la República ante la columna de La Bastilla el 27 de febrero de 1848⁵⁰³.

5.2.1. *La Carta de 1830*

Del mismo modo que ocurrió con la Carta de 1814 de la Restauración, la Carta de la Monarquía de Julio de 1830 fue otorgada por el Rey “de los franceses”: “hemos ordenado y ordenamos que la Carta constitucional de 1814, como fue enmendada por las dos Cámaras el 7 de agosto y aceptada por Nos el 9, será publicada de nuevo en los siguientes términos”. Existió, por tanto, un acuerdo entre los representantes de la soberanía popular y el monarca⁵⁰⁴.

En los primeros once artículos se estableció el “Derecho público de los franceses”. El rey era “el Jefe supremo del Estado, manda las fuerzas de tierra y

502. ANTONETTI, G., *Louis Philippe*, Paris, Fayard, 1994.

503. ROBERT, H., *La Monarchie de Juillet*, Paris, PUF, 2000. STERN, D., *Histoire de la Révolution de 1848*, Paris, Charpentier, 1862.

504. GARCÍA PELAYO, M., *Derecho...*, cit., pp. 478-480, cita a VON STEIN, que valoró esta monarquía “en indisoluble oposición con el verdadero espíritu de la monarquía, la convierte en una institución burguesa”.

mar, declara la guerra, hace los tratados de paz, de alianzas y comercio, nombra todos los empleados de la administración pública, elabora los reglamentos y ordenanzas necesarios para la ejecución de las leyes, sin poder ni suspenderlas ni dispensar de su ejecución” (art. 13). Carecía de iniciativa legislativa y solo podía otorgar los reglamentos y las ordenanzas para hacerlas efectivas.

El poder legislativo se ejercía conjuntamente por el rey, la Cámara de los Pares y la Cámara de los Diputados (art. 14), con veto de cualquiera de ellos en la misma sesión (art. 17). Se mantuvo la primera como “parte esencial del poder legislativo” (art. 20), sin carácter hereditario. Para elegir los miembros de la segunda se mantuvo el sistema censitario rebajando la edad y la cuantía de la renta exigibles para ser elector, por medio de una ley (art. 33)⁵⁰⁵.

El orden judicial partió de la declaración del artículo 48: “toda justicia emana del rey, se administra en su nombre por los jueces que nombra e instituye” con carácter inamovible (art. 48). Se conservaron los jurados (art. 56).

Se reconoció el catolicismo como religión mayoritaria pero sin darle carácter oficial. Se abolió la censura y restableció la libertad de prensa y la enseña tricolor por el artículo 67: “Francia recupera sus colores. En el porvenir, no se llevará otra escarapela que la tricolor”. En el artículo 69.8 se reconoció el principio de libertad de enseñanza.

5.2.2. *El Consejo de Estado*

El Consejo de Estado siguió su lánguida vida del período anterior por la hostilidad de los liberales, manteniendo la función jurisdiccional, aun cuando se hizo una lectura restrictiva⁵⁰⁶. Como lo expresó PORTALIS “solo una autoridad administrativa puede reformar los actos de una autoridad administrativa” y “todas las veces que una contestación pueda ser enviada ante la jurisdicción ordinaria, sin que esta se inmiscuya en la Administración o que la Administra-

505. BOUVET, M., *Discussion sur la loi des élections (session de 1816)*, Paris, P. Gueffier, 1817, p. 85: defendió el voto censitario en manos de los propietarios y arguyó: “Dios me preserve de tener una opinión bastante (pobre) de la naturaleza humana, para creer que un hombre sin bienes no posee un alma libre y un espíritu ilustrado. Pero la ley no puede sondear los corazones y está obligada a considerar los signos exteriores; en el estado actual de la sociedad la fortuna es lo más probable y aparente”.

506. BOUVET, M., *Le Conseil d'État sous la monarchie de Juillet*, Paris, LGDJ, 2001.

ción sea obstaculizada en su actividad”⁵⁰⁷. El destacado científico y consejero CUVIER la consideró una

“institución necesaria, sin la cual sería imposible que el gobierno ejecutivo funcionara [...] de entre todas las partes del sistema administrativo, es la que está fundada sobre los principios más liberales y la que ofrece a los ciudadanos los mayores medios para llegar a una decisión justa de sus reclamaciones”⁵⁰⁸.

La ordenanza de 20 de agosto de 1830 constituyó en el seno del Consejo una comisión presidida por Benjamín CONSTANT⁵⁰⁹ para elaborar una ley de reorganización, que no produjo efecto alguno. Se creó un “Comité de justicia administrativa” y las ordenanzas de 2 de febrero y 12 de marzo de 1831 mejoraron las garantías de los justiciables: publicidad de las audiencias, aportaciones orales de los abogados⁵¹⁰; exclusión de los consejeros en servicio extraordinario y los que hubiesen opinado sobre la decisión objeto del recurso; creación de un “ministerio público” o “comisario del rey” concebido como defensor de la Administración, que se convirtió en “comisario de la ley”⁵¹¹. Se potenciaron, junto con las formas propias de los procesos judiciales, la actividad jurisdiccional, cuya juridicidad y eficacia contribuyeron a que incrementara su prestigio.

La ley de 21 de julio de 1845 estableció el nuevo marco del Consejo de Estado, y supuso su consolidación institucional. Se mantuvo el régimen de justicia retenida con funciones de asesoramiento en materia contenciosa. Los consejeros eran nombrados discrecionalmente por el rey, destituyéndolos por ordenanza especial previa deliberación en el Consejo de ministros. Se garan-

507. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 124.

508. Discurso en la Cámara de los diputados en sesión de 27 de mayo de 1819, *Archives parlementaires*, 1819, p. 616.

509. BURDEAU, G., *Traité de science politique*, VI, I, Paris, LGDJ, 1971, pp. 136-138, lo sitúa entre los personajes de la “Revolución aceptada”, junto con Guizot y Roger-Collard, quienes no siendo revolucionarios la aceptaron como hecho histórico: “Juzgo la Revolución, afirmé el último, tan severamente como conviene y exige la justicia, pero no creo que la contrarrevolución sea buena ni conduzca a parte alguna”. Diferencia BURDEAU las siguientes actitudes francesas: la Revolución aceptada, dividida, traicionada y el culto a la Revolución (pp. 136-156). Sobre su concepción del individualismo absoluto, pp. 197-202.

510. POTIER DE LA VARDE, B., “Les avocats aux Conseils et les grands arrêts”, *RFDA*, 2, 2007, pp. 249-253.

511. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 100-102.

tizaba a los justiciables que si la decisión real discrepaba de la propuesta del Consejo, se sometiera a la opinión del Consejo de ministros⁵¹². El mantenimiento de la institución y las escasas reformas introducidas por quienes mantenían todo tipo de reservas, implicaron que su función se consolidaba en el régimen administrativo como instancia jurisdiccional, aunque retenida.

5.3. La Segunda República y la Constitución de 1848

Tras la revolución de 1848 se constituyó la II República del 4 de noviembre de 1848 al 2 de diciembre de 1851, que fue sustituida por el II Imperio⁵¹³. El gobierno provisional establecido tras la revolución de julio convocó la elección de una Asamblea constituyente elegida por sufragio universal masculino el 23 de abril. En junio los socialistas promovieron una nueva revolución, que fue reprimida.

La Constitución fue aprobada por la Asamblea el 4 de noviembre de 1848⁵¹⁴. El 10 de diciembre de 1848 se eligió como Presidente de la República a Luis-Napoleón BONAPARTE y en las elecciones del 13 de mayo de 1849 se eligieron los representantes de la asamblea en su mayoría monárquicos. El golpe de Estado de 2 de diciembre de 1851 sustituyó la República por el II Imperio, con el simbolismo de la coincidencia de fechas con la consagración de NAPOLEÓN en 1804 y la batalla de Austerlitz en 1805.

En 1850 LABOULAYE hizo un balance comparativo de las revoluciones americana y francesa, muy favorable para la primera por la estabilidad política e institucional lograda, mientras que era muy crítico con el proceso de su país:

“después de sesenta años hemos cambiado ocho o diez veces de gobierno y de Constitución, pasado de la anarquía al despotismo, ensayado dos o tres formas de república y de monarquía, agotada la proscripción, la guillotina, la guerra civil y la guerra exterior, y tras tantos ensayos, pagados con la fortuna y la sangre de Francia, no hemos progresado más que al principio. La Constitución de 1848 ha tomado

512. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 93-94.

513. SEIGNOBOS, CH., “La Révolution de 1848 et le Second Empire (1848-1859)”, en LAVISSE, E. (ed.), *L'Histoire de la France contemporaine*, VI, Paris, Hachette, 1921.

514. BERTIER DE SAUVIGNY, G. DE, *Historia...*, cit., pp. 360-370. MURAT, I., *La IIe République (1848-1851)*, Paris, Fayard, 1987.

por modelo la Constitución de 1791 que no tuvo casi vida, y se plantean hoy las mismas cuestiones que en 1789 que se presumía haber resuelto”⁵¹⁵.

Desconocía el autor que, poco después de su conferencia, la II República se convertiría en el II Imperio y que la estabilidad institucional republicana no se lograría hasta la III República y la Constitución de 1875.

5.3.1. *La Constitución de 1848*

La Constitución de 4 de noviembre de 1848 estableció una total separación de poderes de inspiración norteamericana, tratando de configurarlos con gran fortaleza y legitimación popular. Proclamó en su preámbulo que se dictaba “en presencia de Dios y en nombre del Pueblo francés”. Incorporó una Declaración de derechos y deberes. Se constituyó en República como “forma definitiva de gobierno”, “democrática, una e indivisible”, que “reconocía derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas”. Tenía por principios la Libertad, la Igualdad y la Fraternidad y por fines la Familia, el Trabajo, la Propiedad y el Orden público. Los deberes recíprocos enumerados obligaban a los ciudadanos respecto a la República y a esta hacia aquellos. Su inspiración ideológica fue democrática y liberal, e introdujo un nuevo orden institucional respecto a la jurisdicción administrativa y los conflictos.

La soberanía residía en la universalidad de los ciudadanos franceses, y era inalienable e imprescriptible, sin que individuo alguno o una parte del pueblo pudiera atribuirse su ejercicio (art. 1). Declaró que “todos los poderes públicos, cualesquiera que fueran, emanan del pueblo y no pueden ser delegados hereditariamente” (art. 18) y detalló los derechos de los ciudadanos garantizados por la Constitución (arts. 2-17)⁵¹⁶.

Afirmó que “la separación de poderes es la primera condición de un gobierno libre” (art. 19). El poder legislativo residía en la Asamblea única (art. 20), formada por setecientos cincuenta representantes del pueblo, elegidos por sufragio directo y universal en escrutinio secreto por los franceses de más de veintiún años con la plenitud de derechos civiles y políticos (arts.

515. LABOULAYE, E.-LEFEBVRE DE, R., *La Révolution...*, cit., p. 6.

516. GARCÍA PELAYO, M., *Derecho...*, cit., pp. 480-482.

21-26)⁵¹⁷, eran reelegibles (art. 33) y no recibían mandato imperativo (art. 35). No podía ser disuelta y disponía de pleno poder.

El poder ejecutivo correspondía al Presidente de la República (art. 43), que era elegido por sufragio universal directo por mayoría relativa y un mínimo de dos millones de votos por un mandato de cuatro años, reelegible por otro igual. Era jefe del Estado y del gobierno, con las competencias propias de ambos (arts. 53-67). Tenía la iniciativa legislativa y vigilaba la ejecución de las leyes (art. 49). El Presidente y su gobierno no eran responsables ante la Asamblea nacional ni podían disolverla (art. 68).

Respecto al poder judicial declaró que la justicia se administraba gratuitamente en nombre del pueblo francés (art. 81), mantuvo el jurado en materia criminal (art. 82), al que se le encomendaban los delitos de prensa (art. 83). Se creó un Alto Tribunal de Justicia para conocer de las acusaciones de la Asamblea nacional contra el Presidente o sus ministros (art. 91-100).

La resolución de los conflictos de atribuciones entre las autoridades administrativas y judiciales se encomendaron a un Tribunal de Conflictos, de carácter especial, formado por miembros del Tribunal de casación y del Consejo de Estado (art. 89). Se le encomendó el conocimiento de los recursos por incompetencia y exceso de poder (*excès de pouvoir*) contra las resoluciones del Tribunal de cuentas (art. 90)⁵¹⁸. Se reguló en su organización y funcionamiento por la ley de 3 de marzo de 1849 y el reglamento de 26 de octubre de 1849⁵¹⁹, y la ley de 4 de febrero de 1850. El II Imperio lo suprimió, pero fue recuperado por la Ley de 24 de mayo de 1872⁵²⁰.

Se mantuvo la organización interior formada por los departamentos, los distritos (*arrondissements*), cantones y comunas (arts. 76). En cada departamento existiría un prefecto, un consejo general y un consejo de prefectura; en cada distrito, un subprefecto; en cada cantón, un consejo cantonal y en cada comuna, un alcalde, adjuntos y un consejo municipal (arts. 76-80)⁵²¹.

517. HUARD, R., *Le suffrage universel en France, 1848-1946*, Paris, Aubier, 1991, pp. 19 y ss.

518. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 118-120.

519. Los artículos 34 y 35 del Decreto se incorporaron como artículos R771-1 y R771-2 al Código de la justicia administrativa.

520. Se ampliaron sus funciones por la Ley de 20 de abril de 1932 y el Decreto de 25 de julio de 1960. JAKY, F., *Tribunal des conflits et constitutions*, Paris, 1997.

521. ROSANVALLON, P., *Le modèle...*, cit., p. 363, se refirió al papel de la vida local en la organización republicana, destacando que "la elección municipal tiene una dimensión esencialmente

5.3.2. *El Consejo de Estado*

El Consejo de Estado estaba presidido por el vicepresidente de la República (art. 71) y formado por miembros nombrados por la Asamblea nacional por seis años, reelegibles y renovados por mitades (art. 72), revocables por la Asamblea a propuesta del Presidente de la República (art. 74). Se le consultaba sobre los proyectos de ley del Gobierno y sobre los proyectos de iniciativa parlamentaria que le sometiera la Asamblea; preparaba los reglamentos administrativos sobre los que la Asamblea les hubiera atribuido delegación especial. Además “ejerce, respecto a las administraciones públicas, todos los poderes de control y vigilancia que le sean encomendados por la ley” (art. 75)⁵²².

Con este régimen se frustraron las expectativas de quienes, como CORMENNIN, defendían su sustitución por un Tribunal Administrativo superior, aunque su nombramiento como vicepresidente permitió una transacción. Se le dotó de autonomía respecto al Gobierno y a la Administración al vincularlo en los nombramientos directamente a la Asamblea nacional. Se convirtió al Consejo de Estado en “intermediario en materia legislativa entre la Asamblea y el Ejecutivo, que lo elevó al rango de poder político”. El sistema de elección de sus miembros contribuyó a politizarlo, de modo que “convertido en cuerpo político la justicia administrativa superior estaba a merced del cambio constitucional, como se vio con ocasión del golpe de Estado de 2 de diciembre de 1851: un decreto del mismo día lo disolvió”⁵²³.

La ley de 3 de marzo de 1849 atribuyó al Consejo de Estado el régimen de justicia delegada (art. 6) y lo organizó en secciones, una de ellas “encargado del juicio de los asuntos contenciosos” (art. 36). La asamblea general solo conocía de estas materias en los supuestos del artículo 46 y cuando el ministro de Justicia le planteara una decisión de la sección del contencioso sobre exceso de poder o violación de la ley, que pudiera anularse en interés de la ley. Sus miembros eran designados por la Asamblea y los auditores por concurso, conservando el gobierno la capacidad de nombramiento de los letrados del Consejo (*maitres de requêtes*).

funcional: tiene por fin establecer un vínculo de confianza, de cualificar y legitimar la autoridad del gestor. No se inserta en modo alguno en un proyecto de realización de un gobierno representativo”.

522. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 16-117; *L'autorité...*, cit., pp. 340-372.

523. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 95-96.

5.4. El II Imperio y las Constituciones de 1852 y 1870

El golpe de Estado de 2 de diciembre de 1851 de LUIS-NAPOLEÓN BONAPARTE sustituyó la II República por el II Imperio con el fin de restaurar el “sistema creado por el Primer Cónsul”. Duró hasta que en la guerra contra Prusia se produjo la derrota y captura de NAPOLEÓN III en Sedan el 2 de septiembre de 1870. Se distinguen dos períodos: el autoritario y el liberal⁵²⁴. En el primero el gobierno personal redujo la función parlamentaria, el alcance del sufragio universal masculino controlado por las candidaturas oficiales y la división en distritos que redujera la importancia del voto liberal. Limitaron la libertad de expresión por medidas cautelares y preventivas de depósitos de dinero y las advertencias de las autoridades con la amenazas de suspensión. El atentado de 1858 justificó medidas de seguridad como el internamiento, el exilio o la deportación de los sospechosos sin proceso previo. Gobernó sin oposición por medio de los plebiscitos. Coincidió con un período de prosperidad económica, industrialización y especulación que permitió transformar París con la colaboración del Barón HAUSSMANN.

En el período considerado liberal NAPOLEÓN III buscó el apoyo de los sectores progresistas frente a la crítica de la derecha católica dirigida por Louis VEUILLOT y de los proteccionistas, que rechazaban la política de libre cambio y el tratado comercial firmado con el Reino Unido en 1860. Dentro de esta actitud se encuadra la amnistía general de 26 de agosto de 1859, el reconocimiento a las Cámaras del voto sobre el presupuesto y la apertura de los debates a la prensa. La derogación de la Ley CHAPELIER de 1791 permitió la creación de cooperativas de trabajadores por la ley de 23 de mayo de 1863, y la de 25 de mayo del año siguiente reconoció la huelga para mejorar las condiciones de trabajo. Se permitió la creación de sindicatos y de la organización internacional de los trabajadores. De este modo mantuvo una posición de equilibrio entre la burguesía y los sectores sociales. Sin embargo, la oposición agrupada en la “unión liberal”, además de los republicanos, siguieron demandando las *libertés nécessaires* y rechazando la orientación izquierdista, apoyada por el pontificado por el *Syllabus* de 1864.

524. BERTIER DE SAUVIGNY, G. de, *Historia...*, cit., pp. 370-379. ANCEAU, E., *Napoleón III. Un Saint-Simon à cheval*, Paris, Tallandier, 2008.

En política exterior pretendió recuperar el papel de Francia como potencia y superar las consecuencias del Congreso de Viena. Incorporó Saboya y el condado de Niza, aunque por la presión del partido católico dejó a la familia GRIMALDI la roca de Mónaco. Participó con Inglaterra en la guerra de Crimea contra Rusia y en la unificación italiana, favoreciendo al Piamonte-Cerdeña y a CAVOUR frente a Austria con los éxitos de Magenta y Solferino los días 4 y 24 de junio de 1859, firmando la paz en Villafranca, que evitó la alianza entre Austria y Prusia, pero impidió la unificación italiana. Continuó el proceso colonial en Nueva Caledonia, Gabón, Madagascar, la conquista total de Argelia, la obtención de puertos en China y el protectorado de Camboya. Sin embargo, fracasó en la creación del Imperio mejicano a favor del Archiduque Maximiliano en 1863, en sus intentos de intervenir en Polonia y consentir el triunfo de Alemania sobre Dinamarca respecto a Schleswig-Holstein. La paz entre Austria y Prusia y el proceso de unificación alemán en torno a esta última supuso una nueva amenaza contra Francia. Por otra parte, las crisis internas y la pérdida del protagonismo internacional llevaron al Emperador a exigir el desarme de Prusia y a oponerse a la candidatura del príncipe Hohenzollern al trono español, como lo hacía respecto al duque de Montpensier. Francia se consideró desairada, y la Cámara por doscientos cuarenta y seis votos a favor y diez en contra se pronunció a favor de la guerra. Se encontró sola, sin apoyos de nadie, por muy distintas razones, pero todas derivadas de las pretensiones territoriales francesas sobre los Estados alemanes del Sur y de las conductas pasadas en Italia. El fracaso militar fue continuo, como lo demostraron el desastre de Metz y la batalla de Sedán. París, indefenso ante el avance prusiano, con el Emperador prisionero, con los responsables del gobierno y la oposición huyendo, reaccionó con la constitución por los diputados republicanos de un gobierno provisional el 4 de septiembre de 1870, que fue el final del II Imperio⁵²⁵.

5.4.1. *Las Constituciones*

El régimen constitucional del II Imperio se inició con el plebiscito de 21 y 22 de diciembre de 1851 sobre las siguientes bases: un jefe responsable nombrado

525. BERTIER DE SAUVIGNY, G. de, *Historia...*, cit., pp. 380-392. BLANCHARD, P., LEMAIRE, S., BANCEL, N., *Culture coloniale en France. De la Révolution française á nos jours*, Paris, CNRS, 2006.

por diez años; los ministros dependientes solo del poder ejecutivo; un Consejo de Estado que preparaba las leyes y las discutía ante el Cuerpo legislativo; un legislativo que las debatía, nombrado por sufragio universal sin escrutinio de lista que falsee la elección; una segunda Asamblea formada por los más ilustres del país, que actuara como poder moderador, guardián del pacto fundamental y de las libertades públicas. Tras el resultado favorable, promulgó la Constitución el 14 de enero de 1852. Fue modificada por el senado-consulta de 7 de noviembre de 1852, que le designó emperador, ratificado en plebiscito de 21 y 22 de noviembre y sancionado por decreto imperial de 2 de diciembre. El Imperio fue proclamado el 23 de diciembre, al que le dotó el 14 de enero de 1853 de la Constitución promulgada el año anterior.

Los senado-consultos de 12 de diciembre de 1852 y 23 de abril de 1856 establecieron la lista civil y la dotación de la corona. Los de 25 de diciembre de 1852 y 8 de septiembre de 1869 interpretaron y modificaron algunos preceptos de la Constitución. Por el de 17 de julio de 1856 se reguló la regencia. Sobre las competencias del Senado y el Cuerpo consultivo se dictaron los senado-consultos de 2 de febrero de 1861 en relación con el artículo 42, de 18 de julio de 1866 sobre los artículos 40 y 41, y de 14 de marzo de 1867 a propósito del artículo 26 de la Constitución.

Por medio del senado-consulta de 21 de mayo de 1870 se fijó la Constitución del Imperio, en los términos anteriores incorporando algunas de las reformas y reduciendo la extensión del texto. La extensa Proclama que la precedió constituyó una exposición de su contenido, que invocó como “modelo las instituciones políticas que ya, al principio de este siglo, en análogas circunstancias, reafirmaron a una sociedad estremecida y elevaron a Francia a un alto grado de prosperidad y grandeza”. Describió las aportaciones de la Revolución y el Consulado, que “restableció la unidad, la jerarquía y los verdaderos principios de gobierno. Estos todavía en vigor”.

El nuevo Imperio se basó en el poder personal y democrático derivado del sufragio universal por plebiscitos, declarándose continuador de la Revolución y de los principios de 1789, como lo recogió el artículo 1: “La Constitución reconoce, confirma y garantiza los grandes principios proclamados en 1789, que son la base del derecho público de los Franceses”.

El príncipe LUIS-NAPOLEÓN BONAPARTE, presidente de la República, recibió el gobierno por diez años (art. 2). Como emperador concentró los poderes legislativo y ejecutivo, actuando de Jefe del Estado (art. 6) y del gobierno,

porque “gobierna por medio de los ministros, del Consejo de Estado, del Senado y del Cuerpo legislativo” (art. 3). Le correspondía la iniciativa legislativa (arts. 4 y 8), promulgaba las leyes y senado-consultos (art. 10), disponía de veto sobre las leyes y los senado-consultos, y respondía directamente ante el Pueblo francés al que tiene el derecho de apelar (art. 5).

El poder legislativo se ejercía colectivamente por el presidente de la República, el Senado y el Cuerpo legislativo (art. 4). El Senado se componía por un número de entre ochenta y ciento cincuenta miembros nombrados por el emperador, adoptaba los senado-consultos y comprobaba la constitucionalidad de las leyes (arts. 19-33). Sus poderes fueron aumentando en el ámbito legislativo, la iniciativa y enmienda de leyes, y el control del gobierno por senado-consultos como los de 22 de diciembre de 1852, 31 de diciembre de 1861 y 8 de septiembre de 1869. El Cuerpo legislativo tenía un poder legislativo reducido. Estaba integrado por doscientos sesenta miembros elegidos por seis años por sufragio universal directo, no podía ni proponer ni enmendar las leyes, no controlaba al gobierno, ni tenía autonomía, porque el gobierno designaba su presidente y establecía su reglamento (arts. 34-46)⁵²⁶.

5.4.2. *El Consejo de Estado y la jurisdicción administrativa*

El régimen del II Imperio supuso una recuperación de las instituciones anteriores a 1848, principalmente en cuanto al papel del Consejo de Estado. También en la discrecionalidad del jefe del Estado en los nombramientos a favor de quienes habían desempeñado funciones en las épocas anteriores. El Presidente gobernaba con la colaboración del Consejo de Estado que le asesoraba, redactaba los proyectos de ley y los reglamentos de la administración pública, y resolvía las dificultades que se le sometieran en materia de administración (*de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière d'administration*) (art. 50). Defendía ante el Senado y el Cuerpo legislativo los proyectos de ley, cuyo portavoz en nombre del gobierno era designado por el presidente de la República (art. 51)⁵²⁷.

526. GARCÍA PELAYO, M., *Derecho...*, cit., pp. 482-484.

527. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 127-128; *L'autorité...*, cit., pp. 375-489.

El artículo 50 de la Constitución y el decreto de 25 de enero de 1852 recuperaron el régimen y la terminología del año VIII y su carácter de jurisdicción retenida en el monarca para resolver los recursos contra decisiones de la Administración y los conflictos de atribución⁵²⁸. La recuperación del Consejo supuso invalidar el Tribunal de Conflictos de la Constitución republicana. Dividido en seis secciones, la dedicada al contencioso dirigía la instrucción y preparaba el informe sobre los asuntos contenciosos y los conflictos de atribución. El ministerio público introducido por la II República era ejercido por tres comisarios del gobierno. Las propuestas de informes al ministro de Justicia para que se dictara el decreto imperial correspondían a la Asamblea del Consejo, que deliberaba en lo contencioso a instancia de un consejero de la sección o de un comisario del gobierno; si no se producía la petición lo hacía internamente la sección contenciosa. El Emperador apoyó al Consejo y asumió sus propuestas, adquiriendo reputación de imparcial y libre, demostrando “más energía y audacia que la autoridad judicial en defender los derechos privados contra los excesos de poder de la autoridad administrativa”, como expuso AUCOC⁵²⁹.

El Consejo de Estado mantuvo la función contenciosa que le había atribuido BONAPARTE siguiendo el modelo del Consejo del Rey. Conocía como primera y última instancia de los conflictos de atribución, de lo que se le privó en la II República. Realizaba el informe y propuesta de jurisdicción retenida, aunque en la práctica plenamente asumida al dictarse la resolución conforme a aquella, de los recursos contra la mayoría de las decisiones ministeriales y de los prefectos. En apelación contra las decisiones de los Consejos de prefectura, así como de los de anulación de los actos afectadas por exceso de poder. En casación contra las decisiones del Tribunal de cuentas y de algunas jurisdicciones específicas. Además, los ministros podían demandarle la anulación en interés de ley de cualquier decisión jurisdiccional que interesara a su departamento.

El procedimiento ante el Consejo se acomodaba al reglamento de 22 de julio de 1806, con reducidas modificaciones posteriores, principalmente las derivadas del decreto de 2 de noviembre de 1864 sobre plazos.

Los Consejos de prefectura mantuvieron su competencia para conocer de las reclamaciones de ámbito local, como las relativas a las listas electorales,

528. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 128-129.

529. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 97.

decisiones de las autoridades, bienes comunes o establecimientos públicos locales. Sin embargo, sus procedimientos fueron muy imperfectos, como señaló el Consejo de Estado en 1828. Fueron reformados por el Decreto de 30 de diciembre de 1862 y la Ley de 21 de enero de 1865⁵³⁰.

Sin embargo no cesaron las críticas de origen liberal contra el Consejo en su configuración original, realizada dentro de la restauración del Imperio por el nieto de NAPOLEÓN. En la misma línea que durante la II República, se insistió en los privilegios de la jurisdicción administrativa y la funcionarización del Consejo y los Consejos de prefectura. Simbolizaban el incremento de la intervención estatal y “los privilegios de un Estado que los liberales comenzaron a llamar Providencia, cuyo desarrollo se efectuaba con la ruina de las libertades individuales. Con el rechazo del dualismo jurisdiccional se expresaba la aspiración a liberarse del dogal estatal, mientras se reivindicaba una importante descentralización”. También se invocaba las reformas de la institución realizadas en Italia en 1865 y en España en 1868. De todos modos, “estos cambios de humor, menos importantes que en tiempo de Carlos X, no tuvieron ninguna incidencia concreta”⁵³¹.

5.5. La III República y las leyes constitucionales de 1875

Tras la caída del II Imperio con la derrota y captura de NAPOLEÓN III en Sedán el 2 de septiembre de 1870, GAMBETTA promovió la constitución de un gobierno de Defensa Nacional presidido por el general TROCHU, que tuvo que hacer frente a la guerra franco-prusiana. Esta concluyó con la capitulación de París el 20 de enero y la firma entre THIERS y BISMARCK del Tratado de Francfort el 10 de mayo de 1871, que supuso la pérdida por Francia de Alsacia-Lorena⁵³².

La República conservadora y parlamentaria se enfrentó a la revuelta de la Comuna de París, dirigida por el socialista de BLANQUI, cuando el 18 de mar-

530. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 131-133.

531. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 100.

532. AZEMA, J. P. et WINOCK, M., *Naissance et mort de la troisième République*, Paris, Calman-Lévy, 1970. AMBROSI, A. y GALLOUX, B., *La France de 1870 à nos jours*, Paris, A. Colin, 1997. MIQUEL, P., *La troisième république*, Paris, Fayard, 1989. REDOR, M.-J., *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, Economica, 1992. BERTIER DE SAUVIGNY, G. DE, *Historia...*, cit., pp. 393-443.

zo de 1871 THIERS intentó quitar a la Guardia Nacional los cañones que había pagado el pueblo parisino⁵³³. Tras una semana de dura lucha en las barricadas, los sublevados cayeron derrotados en el cementerio de Père-Lachaise, con una represión posterior de los revolucionarios. MARX describió el momento histórico de la caída del II Imperio y la instauración de la República:

“A la monarquía burguesa de Luis Felipe solo puede suceder la república burguesa; es decir que si en nombre del rey, había dominado una parte reducida de la burguesía, ahora dominará la totalidad de la burguesía en nombre del pueblo. Las reivindicaciones del proletariado de París son paparruchas utópicas, con las que hay que acabar. El proletariado de París contestó a esta declaración de la Asamblea Nacional Constituyente con la insurrección de junio, el acontecimiento más gigantesco en la historia de las guerras civiles europeas. Venció la república burguesa. A su lado estaban la aristocracia financiera, la burguesía industrial, la clase media, los pequeños burgueses, el ejército, el lumpemproletariado organizado como Guardia Móvil, los intelectuales, los curas y la población del campo. Al lado del proletariado de París no estaba más que él solo”⁵³⁴.

El período de provisionalidad constitucional concluyó con las leyes de 1875. La Asamblea Nacional elegida el 8 de febrero 1871 fue constituyente y mayoritariamente monárquica con diferentes opciones de régimen, forma de gobierno y monarca⁵³⁵, utilizó la república como forma provisional. Las elecciones parciales de 2 de julio de 1871 representaron un éxito republicano. Por decreto de 17 de febrero de 1871 se designó a THIERS “jefe del ejecutivo de la República francesa”, considerada siempre “provisional”, con el fin de atender a las “necesidades del gobierno y a conducir las negociaciones”⁵³⁶.

533. MESA LEOPART, J., *La commune de Paris de 1871*, Madrid, Gráfica Socialista, s/f.

534. MARX, C., *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte*, en MARX, C. y ENGELS, F., *Obras escogidas*, I, cap. I, Moscú, Editorial Progreso, 1981, pp. 404-498.

535. Estaba compuesta por 80 diputados bonapartistas, 200 republicanos y 400 monárquicos, de los cuales 180 eran legitimistas y 220 orleanistas. El incidente de la “bandera blanca” entre el legitimista Henri d’Artois, que aceptó primero la bandera tricolor para manifestarse el 7 de julio a favor de la bandera legitimista, así como el rechazo a cualquier acuerdo con Felipe de Orleans, impidió cualquier restauración. Lo reiteró el 25 de enero de 1872.

536. AZEMA, J.-P. y WINOCK, M., *Naissance et mort. La Troisième République*, Paris, Pluriel, 1978. BONNEFOUS, G., *Histoire politique de la III^e République*, Paris, PUF, 1955. CHASTENET, J., *Histoire de la III^e République*, Paris, Hachette, 1963.

La falta de acuerdo entre los monárquicos configuró provisionalmente el régimen por medio de las leyes RIVET de 1870 y 1871, de BROGLIE de 1873 y del septenado del mismo año. El carácter del nuevo régimen lo definió THIERS al afirmar: *La République sera conservatrice ou ne sera pas. La France ne peut pas vivre dans de continuelles alarmes*. La pérdida de la mayoría dio la presidencia al monárquico legitimista MAC-MAHON. La ley de BROGLIE de 1873 dispuso en su artículo 5 que la Asamblea no se disolviera hasta establecer la organización de los poderes legislativo y ejecutivo, crear la segunda cámara y dictar la ley electoral. La Asamblea designó a tal fin la Comisión de los Treinta, cuyas propuestas se debatieron a partir del 21 de enero de 1875. La aprobación el 30 de enero de 1875 por un voto de diferencia de una enmienda de WALON sobre la elección del “Presidente de la República” constituyó la opción por el nuevo régimen y le atribuyó la condición de *père de la République*⁵³⁷. Constituida la III República, la Asamblea se disolvió el 31 de diciembre de 1875.

Los sucesivos gobiernos la configuraron como una república parlamentaria, democrática y laica. En su haber se halla el establecimiento por ley de 16 de junio de 1881 de la enseñanza primaria obligatoria, que por la de 28 de marzo de 1882 alcanzaba a los niños de ambos sexos entre los seis y trece años. Los decretos de 29 de marzo de 1880 excluyeron de la enseñanza a las órdenes religiosas. Hubo crisis importantes como la provocada por el general BOULANGER (1885-1889), el escándalo de las condecoraciones, la construcción del canal de Panamá que provocó la ruina de muchos inversores, *l'affaire DREYFUS* y los atentados anarquistas que acabaron con la muerte del Presidente CARNOT el 14 de junio de 1894, dando lugar a las leyes de 12 y 18 de diciembre de 1893 de urgencia antiterrorista.

REDOR afirma que la III República fue la “edad de oro de la doctrina publicista francesa. Durante treinta y cinco años aquella conoció una fase de expansión vinculada al desarrollo de las jurisdicciones administrativas, desarrollo que se produjo tras la ley de 24 de mayo de 1872 gracias a un clima político favorable al control de los actos de la Administración”. Sitúa el inicio real del “Estado de Derecho” en la renovación del primer tercio del Senado con la

537. El texto de la enmienda decía: *Le président de la République est élu à la majorité absolue des suffrages par le Sénat et la Chambre des Députés réunie en Assemblée nationale. Il est nommé pour sept ans; il est rééligible.*

victoria republicana del 5 de enero de 1879 y en la elección el día 30 de GRÉVY como Presidente de la República, con su renuncia a utilizar los poderes más importantes, dando lugar a la denominada “Constitución GRÉVY”. En esta se consagró la supremacía del poder legislativo en la organización constitucional, que pone en práctica el “Estado legal” y se configuró el concepto de la soberanía nacional en el Estado soberano por la identificación Nación-Estado, que evolucionó hacia la teoría de la soberanía limitada y la consideración de la legitimación del poder de los gobernantes⁵³⁸.

En el verano de 1914 estalló la guerra de Alemania con la alianza formada por Francia, el Reino Unido y Rusia, a la que posteriormente se incorporaron los Estados Unidos. El 3 de agosto Alemania declaró la guerra a Francia y a Bélgica, cuya neutralidad garantizaba Inglaterra. Al día siguiente el ejército alemán invadió Bélgica y, al no recibir Inglaterra contestación a su ultimátum, declaró la guerra a Alemania. El 11 de agosto lo hizo Francia respecto a Austria-Hungría, el 13 fue Inglaterra y el 23 Japón.

El desarrollo del conflicto fue inicialmente favorable a las armas alemanas hasta que en el Marne se paralizó la ofensiva y se convirtió en guerra de trincheras. Las ofensivas alemanas de 21 de marzo, 27 de abril y 9 de mayo de 1918 fueron contrarrestadas en la “zona defensiva” establecida por PÉTAIN, obligando a aquellos a aceptar el armisticio de Rethondes de 11 de noviembre de 1918. El artículo 231 del Tratado de Versalles de 1919 hizo responsable total y único del conflicto al Imperio alemán, que lo rechazó afirmando⁵³⁹: “La cuestión de la responsabilidad no puede establecerse unilateralmente por una de las dos partes en conflicto, sino únicamente por una comisión propuesta por ambas partes reconocida como imparcial”.

El Tratado supuso un cambio total en la configuración de los Estados europeos. Desparecieron el *Reich* alemán y los imperios ruso, austro-húngaro y otomano. La Revolución rusa creó un régimen comunista. La responsabilidad imputada a Alemania supuso la reintegración a Francia de Alsacia-Lorena, la

538. REDOR, M.-J., *De l'État légal...*, cit., pp. 9, 15, 52-58, 66-79. GAUDEMET, Y. H., *Les juristes et la vie politique de la Troisième République*, Paris, PUF, 1970.

539. Tuvo su fundamento en la doctrina Wilson que expuso el presidente de los EE.UU. en los catorce puntos de su mensaje al Congreso de enero de 1918, en el que propuso la creación de la Liga de las Naciones sobre los principios de libre autodeterminación de los pueblos, la libertad y la paz.

creación del pasillo de Dantzing, su desmilitarización, la pérdida de las colonias y las indemnizaciones por reparaciones de los daños causados. En Alemania fue la base para las luchas socio-políticas que terminaron con la toma del poder por el partido nazi de HITLER.

A pesar del triunfo, cuatro años de guerra y destrucción en las regiones más prósperas e industriales arruinaron la economía francesa, además de los daños morales por la pérdida de más de un millón de hombres y de la existencia de tres millones de heridos y mutilados. La situación se agravó por la gripe española, que causó veinte millones de muertos. En las elecciones de 1919 triunfó la coalición de centro-derecha, que mantuvo el poder hasta 1924, en que fue sustituida por un gobierno de izquierda formado por socialistas y radicales.

La crisis económica mundial que provocó el hundimiento de la bolsa de Wall Street en 1929, el escándalo de la estafa de los bonos de caja del Crédito Municipal de Bayona y la implicación de responsables políticos provocaron una crítica antisistema por parte de la extrema derecha de MAURRAS y *L'Action française*, incidentes con muertos y la caída del gobierno el 6 de febrero de 1934. Las manifestaciones del Partido Comunista dieron lugar también a graves incidentes, con muertos y heridos. La coalición de los partidos de izquierda en el Frente Popular, que gobernó entre 1936 y 1938, con la presidencia de León BLUM, aportó importantes avances en las políticas sociales, como la jornada semanal de cuarenta horas, las vacaciones pagadas y el establecimiento de los convenios colectivos.

Se considera que la III República comprende el período entre 1875 y 1940, entre la caída del Segundo Imperio y la ocupación de Francia por la Alemania nazi y el Nuevo Estado de Vichy, durante sesenta y cinco años, que ha sido el período republicano mayor de Francia.

5.5.1. *Las leyes constitucionales de 1875*

La III República francesa no tuvo una Constitución, sino tres leyes de carácter constitucional, lo que no fue obstáculo para que consolidara la fórmula republicana en las IV y V Repúblicas⁵⁴⁰. Por la Ley de 24 de febrero de 1875 se

540. GARCÍA PELAYO, M., *Derecho...*, cit., pp. 484-489. LABOULAYE, E.-LEFEBVRE DE, R., *Questions constitutionnelles*, Paris, Charpentier, 1872, formuló una propuesta de Constitución.

estableció la organización del Senado, por la de 25 de febrero la organización de los poderes públicos y por la de 16 de julio las relaciones entre ellos. En 1884 se incorporó a la última la disposición de garantía republicana: *La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision*.

Se realizaron revisiones constitucionales por las leyes de 21 de junio de 1879, 14 de agosto de 1884 y 10 de agosto de 1926. Todas ellas fueron suspendidas por la ley constitucional de 10 de julio de 1940, que otorgó plenos poderes al mariscal PÉTAIN, y derogadas por la Constitución de 27 de octubre de 1946, que instauró la IV República.

No existió ni preámbulo ni declaración de derechos y todo el régimen estaba regulado por treinta y cuatro artículos. Su carácter de compromiso temporal para instaurar la monarquía determinó la ambigüedad de muchos de sus postulados, la consideración de la Presidencia próxima a la monarquía parlamentaria, inspirado en la Carta de 1830 y la Monarquía de Julio. Fue evolucionando conforme los republicanos se impusieron a los monárquicos en las instituciones haciendo una lectura en ese sentido sin introducir reformas legales.

El poder legislativo estaba encomendado a un Parlamento bicameral formado por la Cámara de Diputados elegida por sufragio universal y el Senado (art. 1 de la ley de 25 de febrero de 1875)⁵⁴¹. La importancia de este último la acredita el hecho de disponer de una ley propia de 24 de febrero de 1875, mientras que la primera solo era mencionada por las leyes constitucionales. Su carácter conservador lo reflejó la afirmación de BROGLIE: *une chambre de résistance contre le torrent des innovations téméraires*. Fue modificado por la ley de 14 de agosto de 1884, que suprimió los senadores vitalicios, modificó la distribución territorial en función de la población, y dispuso que la forma republicana no pudiera ser objeto de una proposición de revisión. El régimen era de primacía del Parlamento, aunque el Gobierno podía disolver la Cámara de Diputados previa consulta al Senado. La división y conflictividad en el Parlamento hizo que el poder normativo fuera primordialmente de iniciativa gubernamental⁵⁴². La práctica parlamentaria modificó el diseño inicial y superó la desconfianza

541. DUVERGER, M., *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1970, pp. 296-297.

542. HAURIU, A., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 578.

hacia ella, aunque el exceso de parlamentarismo dieron lugar a un gobierno de asamblea, causa de las continuas crisis que, en parte, sirvieron para justificar el autoritarismo antiparlamentario del régimen de Vichy.

El Presidente de la República ostentaba la condición de Jefe del Estado y del Gobierno elegido por la Asamblea por un período de siete años. Le correspondía la iniciativa legislativa en concurrencia con ambas cámaras, promulgaba las leyes, vigilaba y aseguraba su ejecución, tenía el derecho de gracia, mandaba las fuerzas armadas y nombraba a los empleados y militares, siendo sus actos refrendados por un ministro. Podía disolver la Cámara de diputados, cambiar el Gobierno y proponer la revisión constitucional (art. 3 de la Ley de 25 de febrero de 1875); clausuraba las sesiones de la Asamblea, las convocaba por urgencia y, cuando hubiera solicitud de la mayoría absoluta de sus miembros, negociaba y ratificaba los tratados internacionales (arts. 2 y 8 de la ley de 16 de julio de 1875). Sólo era responsable por alta traición. Sin embargo, ese poder fue teórico en beneficio del mayor protagonismo de las cámaras y del parlamentarismo. La creación de la presidencia del Gobierno por el decreto de 9 de marzo de 1876 confirmó la pérdida de influencia de la Presidencia de la República en beneficio del Gobierno como poder ejecutivo.

CARRÉ DE MALBERG valoró el régimen derivado de las leyes constitucionales de 1875 de “Estado legal”, pero negó su condición de “Estado de Derecho”, por cuanto este se caracteriza por el sometimiento a la ley de todos los poderes constituidos que actúan para la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, el Estado legal es una organización de los poderes públicos, con una autoridad administrativa subordinada al legislativo y al deber actuar conforme a lo previsto por la ley, y el poder legislativo es la autoridad suprema del Estado del que dependen todas las autoridades ejecutivas y administrativas en su actividad⁵⁴³.

5.5.2. *El Consejo de Estado y la jurisdicción administrativa*

Con el nuevo régimen el Consejo de Estado se vio en situación similar a la caída del I Imperio, desde el mismo 4 de septiembre de 1870 en que se cons-

543. CARRÉ DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, I, Paris, Sirey, 1920, pp. 490-491.

tituyó el gobierno provisional, al que GAMBETTA pidió su supresión. Por un decreto de 15 de septiembre el Gobierno de defensa nacional suspendió las funciones de los miembros del Consejo hasta que la Asamblea constituyente lo reorganizara. Fue sustituido por una Comisión provisional para ocuparse de los “asuntos administrativos o contenciosos urgentes”⁵⁴⁴.

La Ley de 24 de mayo de 1872⁵⁴⁵ potenció la función jurisdiccional del Consejo de Estado atribuyéndole la jurisdicción delegada para dictar sus resoluciones “en nombre del pueblo francés” en materia contencioso-administrativa y sobre las demandas de anulación por exceso de poder contra actos administrativos, reduciendo la presencia gubernamental y dotándole de mayor independencia⁵⁴⁶. Esta ley, nacida del rechazo, se convirtió en el medio para garantizar la independencia de la jurisdicción administrativa, aun cuando el sistema de justicia retenida, tal y como se practicaba, puede considerarse de carácter teórico o una ficción, en la medida en que el jefe del Estado asumía las propuestas⁵⁴⁷.

La ley de 13 de julio de 1879 permitió la depuración de sus miembros desde la idea laicista de eliminar los considerados clericales, tratando de convertir al Consejo en un instrumento de la política de la República. AUCOC, que había continuado durante el período provisional, fue también cesado. La vicepresidencia de Firmin LAFERRIÈRE fue decisiva para que la institución recuperara su independencia e imparcialidad⁵⁴⁸.

544. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 172-173.

545. Estuvo vigente hasta la Ley de 18 de diciembre de 1940 que, a su vez, fue sustituida por la Ordenanza 1.728/1945 y el Decreto 1.709/1945, ambos de 31 de julio. La ley de 13 de julio de 1879 permitió una depuración de los miembros del Consejo. GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Consideraciones...”, cit., pp. 20-21.

546. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 173-175. El Consejo Constitucional, en su decisión 80/11 DC, de 24 de julio de 1980, invocó el artículo 64 de la Constitución y “los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República en lo que afecta, después de la ley de 24 de mayo de 1872, a la jurisdicción administrativa, que la independencia de las jurisdicciones es garantía así como el carácter específico de sus funciones sobre las cuales no pueden arrogarse ni el legislador ni el gobierno censurar las decisiones de las jurisdicciones ni sustituirlas en el juicio de litigios sobre su competencia”. Reitera que “la existencia e independencia de la jurisdicción administrativa” es un principio de valor constitucional.

547. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 199-202.

548. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 203-207. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 175-178.

El Tribunal de Conflictos, creado por la Constitución de 1848, fue restaurado por la ley de 24 de mayo de 1872, para resolver los conflictos positivos y negativos de competencia entre los tribunales ordinarios y los administrativos⁵⁴⁹.

Esta ley consolidó la “dualidad de jurisdicciones”, civil y penal por un lado y administrativa por otro. Atribuyó a la jurisdicción administrativa los conflictos con la Administración y a la común los planteados entre particulares⁵⁵⁰. Así lo confirma el que el propio Tribunal en sus resoluciones invoque las leyes de 16-24 de agosto de 1790 y el decreto de 16 fructidor del año III.

Durante la III República se produjo una crisis del régimen representativo manifestada en la del parlamentarismo y la representación por la desviación del régimen parlamentario a un régimen de asamblea y las ambigüedades de la concepción clásica de la representación. Condujo a una revalorización del ejecutivo y a la ampliación de sus funciones y del poder reglamentario, favorecidas por la interpretación del Consejo de Estado⁵⁵¹.

Se incrementó la estructura de la Administración por efecto de las nuevas actividades exigidas por la Primera Guerra, en materia de producción militar, asistencia, actividades económicas y atención a víctimas civiles y militares. Tras la Segunda Guerra mundial se produjo un fenómeno similar, en el que destacó la actividad industrial tras la publicación de empresas consideradas de interés nacional. El desarrollo del Estado social y la concepción francesa del servicio público contribuyeron al protagonismo general de la Administración y de su función de ordenación social.

5.6. El Estado francés y la ley constitucional de 1940

El 10 de mayo de 1940 HITLER invadió los Países Bajos, Luxemburgo y Bélgica, penetró en Francia por las mal defendidas Ardenas, mientras el ejército

549. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 202. La ley de 20 de abril de 1932 le encomendó el conocimiento de los “conflictos de decisión” y el decreto de 25 de julio de 1960 los “conflictos de remisión” de carácter prejudicial. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 178-180.

550. Así lo reconocieron las Leyes de la II República de 3 de marzo de 1849, de la III República de 24 de mayo de 1872 y la Ordenanza de 31 de julio de 1945.

551. REDOR, M.-J., *De l'Etat legal...*, cit., pp. 87-151.

francés se apoyaba en la línea Maginot. El 10 de junio el Gobierno abandonó París, y MUSSOLINI declaró la guerra a Francia sin atacar por los Alpes. El día 14 los alemanes entraron en París. Esta derrota y los problemas de los refugiados produjeron una desmoralización en la población, los políticos y los militares se dividieron entre los partidarios del armisticio y los dispuestos a luchar apoyados por los británicos y las colonias. Entre los primeros estuvieron el héroe de Verdún mariscal PÉTAİN, y los generales WEYGAND, LAVAL y DARLAN; entre los segundos el general DE GAULLE y el Presidente del Consejo REYNAUD, que dimitió el 16 de junio. El Presidente de la República, LEBRUN, nombró Presidente del Consejo al mariscal PÉTAİN, que constituyó el Gobierno en Burdeos el 17 de junio, solicitando el armisticio⁵⁵².

El 22 de junio de 1940 se firmó el armisticio⁵⁵³, y el 29 de junio se trasladaron a Vichy el Gobierno y el Parlamento. La invasión de Francia por la Alemania nazi supuso un paréntesis ideológico e institucional en la vida de la III República. Se estableció un régimen autoritario de “Revolución nacional”, que sustituyó la divisa republicana por la de “Trabajo, familia y patria”, inspirándose en la ideología reaccionaria, antiliberal, nacionalista y antirrepublicana de *L'Action Française* de MAURRAS⁵⁵⁴. Su concepción ideológica muy próxima a los fascismos de la época se basaba en el autoritarismo, el organicismo, la jerarquía, la superación de la lucha de clases, el antisemitismo⁵⁵⁵ y el conserva-

552. AZÉMA, J.-P., *De Munich à la Libération, 1938-1944*, Paris, Le Seuil, 1979. BERTIER DE SAUVIGNY, G. DE, *Historia...*, cit., pp. 445-462. PAXTON, R., *La France de Vichy, 1940-44*, Paris, Le Seuil, 1999. ROUSSO, H., *Vichy, un passé qui ne passe pas*, Paris, Gallimard, 1996. SIRINELLI, J.-F., *Dictionnaire historique de la vie politique française au XIX^e siècle*, Paris, PUF, 1995. GARCÍA PELAYO, M., *Derecho...*, cit., pp. 489-490.

553. Para humillar a los franceses Hitler exigió que se firmase en el mismo vagón en que lo hizo Alemania tras la derrota de la Primera Guerra y ante el monumento que lo conmemoraba, que hizo volar después.

554. WEBER, E., *L'Action Française*, Stanford, University Press, 1962. MARITAIN, J., *Théomas, ou les entretiens d'un sage et de philosophes sur diverses matières inégalement actuelles*, Paris, Desclée de Brouwer, 1932, estableció las claves de las ideológicas de *L'Action française*: nostalgia del pasado feudal y monárquico, idea nacional, democracia orgánica, autoritarismo antiliberal, identificación entre catolicismo y derecha nacional, asumido aquel como elemento cultural y de cohesión social.

555. El 3 de octubre de 1940 se aprobó por el Consejo de Ministros el primer Estatuto de los judíos, que dio lugar a las deportaciones a los campos de concentración nazis. Les excluyó de la función pública, el ejército, la enseñanza, los medios de comunicación y las profesiones liberales, privándoles de la ciudadanía. El 29 de marzo de 1941 se creó el Comisariado general de las cuestiones judías. El segundo Estatuto se promulgó el 2 de junio de 1941 endureciendo las condiciones

durismo religioso y clerical, que apoyó la jerarquía católica francesa en cuanto el nuevo régimen era contrario al laicismo republicano, aunque terminó siendo condenada por la Iglesia en diciembre de 1926⁵⁵⁶.

En sesión de 10 de julio de 1940 las Cámaras votaron por amplia mayoría la reforma constitucional que daba al gobierno plenos poderes. La primera consecuencia fue la derogación por parte del mariscal PÉTAIN del artículo 2 de la ley de 25 de febrero de 1875 y la enmienda de WALON, que supuso la supresión de la III República que aquella había creado:

“La Asamblea Nacional otorga todo el poder al Gobierno de la República, bajo la autoridad y la firma del mariscal, a efecto de promulgar por uno o varios actos una nueva constitución del Estado francés. Esta Constitución deberá garantizar los derechos del trabajo, de la familia y de la patria. Será ratificada por la Nación y aplicada por las Asambleas que haya creado. La presente ley constitucional, deliberada y adoptada por la Asamblea Nacional, será ejecutada como ley del Estado”.

El mariscal era Jefe del Estado y Presidente del Gobierno, aunque fuera su vicepresidente quien actuara.

Con base en esta ley se dictaron doce actos constitucionales que fundaron el nuevo Estado francés, pero no se promulgó una nueva Constitución, aunque aquella lo había previsto. El texto elaborado se firmó el 30 de enero de 1944, pero se esperó al fin de la guerra para someterla a la aprobación de la soberanía nacional.

La Ley de 18 de diciembre de 1940 mantuvo las competencias del Consejo de Estado, aunque se redujo considerablemente su actividad. Simultáneamente, el Comité Nacional Francés de Londres creó el 15 de diciembre de 1941 una Comisión de legislación, en la que se estableció un Comité de lo contencioso por decreto de 13 de marzo de 1942, al que competía instruir y decidir los recursos “conforme a las reglas del Consejo de Estado”⁵⁵⁷.

anteriores, mientras que en la zona ocupada se impuso la estrella amarilla e iniciaron las deportaciones conforme a lo dispuesto en la Conferencia de Wannsee de enero de 1942.

556. El primero en hacerlo fue el cardenal de Burdeos, Andrieu, en agosto de 1926 y el 20 de diciembre de 1926 por el Santo Oficio de Roma, durante el pontificado de Pío XI. El Papa pidió a Jacques Maritain que elaborará un estudio explicando los motivos de la condena, que fue publicado con el título *Pourquoi Rome a parlé*.

557. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 379-385. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 302-303 y 305-310.

El 24 de octubre de 1940 firmaron en Montoire HITLER y PÉTAİN el Protocolo de “colaboración” para luchar contra los ingleses, que se tradujo en el apoyo en Siria a la aviación alemana y en suministrar armas a los iraquíes que luchaban contra Inglaterra. Por el acuerdo de París de 28 de mayo de 1941 le proporcionaron a Alemania bases en Siria, Túnez y Senegal, todo lo cual colocó al régimen de Vichy en lucha contra los aliados y el ejército de la Francia libre y *combattante*, que incluía la Resistencia en el interior.

Durante este período se constituyó en Inglaterra la *France libre*, a partir de la proclama del General DE GAULLE de 18 de junio de 1940⁵⁵⁸. El día 28 el Primer Ministro británico Winston CHURCHILL le reconoció como el jefe de los franceses que luchaban contra los nazis y legítimo representante de Francia. En el acuerdo de Chequers de 7 de agosto de 1940 el Reino Unido se comprometió a apoyarle, a proteger la integridad de los posesiones francesas, a contribuir a la independencia de Francia y a crear las *Forces françaises libres* (FFL). El 30 de octubre se creó el *Conseil de Défense de l'Empire*, cuyas fuerzas tuvieron un papel decisivo en la batalla de El Alamein contra el *Afrika Korps* del Mariscal ROMMEL y en la consolidación africana de la Francia libre, instalando en Brazzaville la capital oficial hasta la constitución en Londres del gobierno con el nombre de *Comité National Français* en 1941, que fue reconocido por los Estados Unidos y la Unión Soviética. Tras la rendición de las fuerzas de Argel fieles a Vichy el 8 de noviembre de 1942 se constituyó el *Comité Français de la Liberation National* con la copresidencia de los generales DE GAULLE y GIRAUD, que se convirtió en el Gobierno provisional de la República el 3 de junio de 1944. El 6 de junio se inició el desembarco aliado en Normandía, y el 15 de agosto en la Provence. El día 19 la Resistencia se sublevó en París mientras que la división LECLERCQ y la Resistencia avanzaban sobre la capital, que capituló el 25 y permitió entrar al General DE GAULLE el día siguiente. Las tres potencias reconocieron al Gobierno provisional el 23 de octubre de 1944. Con la liberación de Estrasburgo el 23 de noviembre terminó la guerra en Francia. El 30 de abril se suicidó HITLER en Berlín y el 8 de mayo de 1945 se produjo la capitulación alemana.

558. CRÉMIEUX-BRILHAN, J.-L., *La France Libre*, Paris, Gallimard, 1966. DE GAULLE, Ch., *Mémoires de Guerre, I-L'Appel, II-L'Unité, III-La Salut*, Paris, 1954, 1956, 1959.

5.7. El Gobierno provisional, la ley constitucional de 1945 y la Constitución de la IV República (1946)

El Gobierno provisional presidido por el general DE GAULLE convocó elecciones municipales para el 29 de abril de 1945, y por la ordenanza de 17 de agosto de 1945 un referéndum sobre el carácter constituyente de la nueva Asamblea, los principios de una nueva Constitución y la elección de una Asamblea constituyente⁵⁵⁹. Tras el escrutinio de 21 de octubre de 1945 se dictó la ley constitucional de 2 de noviembre de 1945. Su artículo 1 ratificó el Gobierno provisional y dispuso que se propusiera a la Asamblea el texto de una ley constitucional y el programa de Gobierno, con la salvedad de que el rechazo del texto o de la confianza no implicaba su dimisión, que solo era posible tras una moción de censura (art. 1). La constitución se sometería a referéndum (art. 3). La Asamblea constituía el poder legislativo, que tenía la iniciativa con el Gobierno, que podía pedir una segunda deliberación (art. 4); votaba el presupuesto, pero carecía de la iniciativa de los gastos (art. 5). Sus poderes se extinguirían con la aplicación de la nueva constitución y, como muy tarde, siete meses después de la reunión de la Asamblea (art. 6). En otro caso, se procedería a la elección de una nueva Asamblea constituyente con los mismos poderes (art. 8).

Después de un primer proyecto de Constitución, que fue rechazado el 5 de mayo de 1946, el 4 de junio se eligió una nueva Asamblea constituyente. Esta elaboró un segundo proyecto de carácter bicameral aprobado en referéndum el 13 de octubre de 1946 como la Constitución de la IV República, promulgada el 27 de octubre, vigente hasta la Constitución de la V República de 1958, que rescató el preámbulo de aquella. Por la ley constitucional de 7 de diciembre de 1954 se introdujeron algunas reformas sobre el régimen parlamentario.

Durante su vigencia se reconoció el voto femenino⁵⁶⁰. Su carácter predominantemente parlamentario implicó una Presidencia de la República sin función

559. BERTIER DE SAUVIGNY, G. DE, *Historia...*, cit., pp. 463-476. BORNE, D., *Histoire de la société française depuis 1945*, Paris, A. Colin, 1992. CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*, Paris, LGDJ, 2006.

560. El matemático, economista y diputado girondino CARITAT DE CONDORCET (1743-1794) había defendido en 1789 y 1790 el voto femenino en un artículo titulado "Sobre la admisión de las mujeres en el derecho de ciudadanía".

relevante y un poder ejecutivo débil en manos de un Presidente del Consejo apoyado por mayoría suficiente en una Asamblea nacional multipartidista, cuya elección se realizaba por el método proporcional, lo que dio lugar a numerosas y continuas crisis de gobierno, hasta el punto de confiarse el funcionamiento del país más a las Administración pública profesionalizada que a la dirección gubernamental. Todo ello en un país que salía destruido de la Guerra Mundial, con graves problemas de suministros alimenticios, vivienda, infraestructuras, etcétera, que le obligó a muchos esfuerzos a pesar de las ayudas del Plan Marshall. Posteriormente sufrió los conflictos derivados del proceso descolonizador que afectó a Indochina entre 1945-1954 y a Argelia de 1954 a 1962.

Fue precisamente la crisis descolonizadora de Argelia y la defensa de la “Argelia francesa” la que provocó la rebelión militar y civil en Argelia en mayo de 1958, con la creación de un Comité de Salud Pública y la amenaza militar, la que puso el punto final de la IV República, siendo Pierre PFLIMIN presidente del Consejo. Fue el propio Presidente de la IV República quien promulgó la Constitución de la V República el 28 de septiembre de 1958.

5.7.1. *La Constitución de 1946*

El preámbulo de la Constitución de 1946 partió de la declaración de derechos de 1789:

“El pueblo francés proclama de nuevo que todo ser humano, sin distinción de raza, religión ni creencia, posee derechos inalienables y sagrados. Reafirma solemnemente los derechos y las libertades del hombre y del ciudadano consagrados por la Declaración de Derechos de 1789 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”.

El preámbulo forma parte del bloque de la constitucionalidad por su incorporación a la Constitución de la V República de 1958. El régimen que estableció esta Constitución fue similar el de 1875, aunque perdió importancia la segunda Cámara, convirtiéndose la de Diputados en la Asamblea Nacional⁵⁶¹.

561. GARCÍA PELAYO, M., *Derecho...*, cit., pp. 494-519. LANZA, A., *L'expression...*, cit., pp. 736-754.

Agregó la nueva generación de los derechos de contenido económico y social, dándoles valor constitucional por resultar “particularmente necesarios en nuestro tiempo”, como la igualdad entre el hombre y la mujer, el asilo, deber de trabajar y derecho al empleo, libertad sindical, huelga, empleo, no discriminación laboral, participación en la negociación colectiva de las condiciones de trabajo y en la gestión de la empresa, la propiedad colectiva de las empresas de servicio público y monopolios de hecho. Se aseguraba al individuo y la familia las condiciones para su desarrollo, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio, ayuda a los discapacitados, la instrucción, la formación profesional y la cultura por la enseñanza “pública, gratuita y laica en todos los grados es un deber del Estado” (art. 25).

Se definió la República como indivisible, laica, democrática y social (art. 1), siendo su principio “el gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo” (art. 2). La soberanía nacional pertenecía al pueblo francés, sin que ninguna parte ni individuo pudiera atribuirse su ejercicio, sino que todo él la ejercía en materia constitucional por sus representantes y el referéndum, y, en el resto de las materias, por los diputados de la Asamblea nacional elegidos por sufragio universal, igual, directo y secreto (art. 3).

El poder legislativo se encomendó a un Parlamento bicameral formado por la Asamblea nacional y el Consejo de la República, elegidos sobre base territorial. La Asamblea por sufragio universal directo y el Consejo por sufragio universal indirecto a través de las colectividades comunales y departamentales (arts. 5 y 6). La iniciativa legislativa correspondía al Presidente del Consejo y a los miembros del Parlamento (art. 14). Conforme al artículo 13, solo la Asamblea votaba las leyes y no podía delegar este derecho. Sin embargo, se utilizó mucho la deslegalización, encomendando la regulación a los reglamentos a partir de la ley de 17 de agosto de 1948. La misma norma creó la ley-marco, que establecía principios generales, remitiendo su desarrollo y aplicación a los decretos, que eran definitivos si no existía rechazo del Parlamento. Los decretos-leyes por habilitación parlamentaria surgieron de las leyes de 11 de julio de 1953 y 14 de agosto de 1954, con límite temporal en la delegación, alcance preciso, eficacia inmediata desde su entrada en vigor y ratificación del Parlamento. Todas estas medidas reforzaban la labor del ejecutivo a costa del Parlamento y demostraban que cada vez era mayor la dificultad para legislar sobre materias complejas y tomar decisiones rápidas y eficaces.

El Consejo de la República emitía opinión sobre los proyectos y proposiciones de ley votadas en primera lectura por la Asamblea. Si era conforme o no se pronunciaba en los plazos establecidos, se promulgaba la ley votada por aquella. Si no era conforme, la Asamblea procedía a una segunda lectura sobre las enmiendas del Consejo, aceptándolas o rechazándolas, en este caso con voto de la mayoría absoluta de los miembros que la componían (art. 20).

El poder ejecutivo era dual y estaba formado por el Presidente de la República y el Consejo de ministros. El Presidente de la República era elegido por el Parlamento por siete años y era reelegible una sola vez (art. 29). Nombraba los altos cargos del Estado, entre ellos a los Consejeros de Estado (art. 30), y representaba a la República (art. 31). Presidía el Consejo de ministros (art. 32), el Consejo superior y el Comité de la defensa nacional y era el jefe de los ejércitos (art. 33), el Consejo superior de la magistratura (art. 34), promulgaba las leyes y podía demandar una nueva deliberación a las Cámaras, que no podía rechazarse (art. 36).

El Consejo de ministros tenía un presidente designado al principio de cada legislatura por el Presidente de la República, que sometía su programa a debate en la Asamblea nacional y solo era nombrado si recibía su confianza en escrutinio público y por la mayoría absoluta de los diputados (art. 45). El Presidente de la República también nombraba a los ministros (art. 46). Se establecía la cuestión de confianza (art. 49) y la moción de censura (art. 50). Además se creó la costumbre de someter también a la investidura a los miembros del Gobierno.

A pesar de que la IV República ha sido juzgada con dureza, DUVERGER realizó una valoración ponderando las dificultades del marco histórico de la posguerra, la reconstrucción del país y, en sus últimos momentos, el problema argelino⁵⁶².

5.7.2. *El Consejo de Estado y la jurisdicción administrativa*

Sin que la Constitución estableciera nuevas disposiciones, la Ordenanza 1.728/1945 de 31 de julio de 1945 y el Decreto 1.709/1945, ambos de 31

562. DUVERGER, M., *Instituciones...*, cit., pp. 197-299.

de julio, establecieron el nuevo régimen, que modificó el de la Ley de 18 de diciembre de 1940⁵⁶³.

Particular importancia tuvieron los decretos de 30 de septiembre y 28 de noviembre de 1953, que modificaron la distribución de competencias, convirtiendo a los Consejos de prefectura en tribunales administrativos de derecho común y primera instancia, y al Consejo de Estado en instancia de apelación, salvo en los supuestos enumerados en que mantuvo la competencia en primera y última instancia, conservando también la de casación en asuntos limitados. En el segundo decreto se encomendó al Consejo los “recursos por exceso de poder formulados contra los decretos reglamentarios e individuales” y los “litigios relativos a la situación individual de los funcionarios designados por decreto” (art. 2)⁵⁶⁴.

5.8. La V República y la Constitución de 1958

El 13 de mayo de 1958 se produjeron la investidura como Presidente del Consejo de Pierre PFLIMLIN y un motín en Argel contra él por considerarlo favorable a la negociación de la independencia argelina con el Frente de Liberación Nacional, constituyéndose un Comité de Salud Pública dirigido por los generales SALAN y MASSU, que ocuparon la sede del Gobierno, defendían la “Argelia francesa”, amenazaron con un ataque militar a la metrópoli y reclamaron la presencia del General DE GAULLE. Este había declarado su disposición a “asegurar los poderes de la República, la unidad e independencia del país”. El 28 de mayo el Presidente del Consejo presentó su dimisión al Presidente de la República René COTY, quien designó a DE GAULLE⁵⁶⁵.

El 1 de junio de 1958 fue investido presidente del Consejo y asumió los poderes de la República para gobernar por medio de ordenanzas durante seis meses e iniciar el proceso para promulgar una nueva Constitución, para lo que fue autorizado por el Parlamento el 3 de junio de 1958, con un procedimiento distinto al previsto por la Constitución de 1946.

563. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, pp. 392 y ss.

564. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, pp. 465-468. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 304-305. GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Consideraciones...”, cit., pp. 21 y ss.

565. BERTIER DE SAUVIGNY, G. de, *Historia...*, cit., pp. 477-497.

5.8.1. *La Constitución de 1958*

La Constitución de 4 de octubre de 1958 la aprobó el pueblo francés en el referéndum celebrado el día 28 de septiembre y la promulgó el todavía Presidente de la IV República, quien con este acto instauró la V República francesa⁵⁶⁶.

Ha sido modificada numerosas veces por el Parlamento como Congreso o por referéndum. En 1962 respecto a la elección del Presidente de la República por sufragio universal directo, en 1974 sobre la reforma del Consejo Constitucional; en 1992 para la ratificación del Tratado de Maastricht, en 1993 para la creación del Tribunal de Justicia de la República y en 2000 sobre la reducción de siete a cinco años del mandato presidencial.

Las circunstancias históricas en que propuso el General DE GAULLE el cambio del modelo parlamentario al presidencialista, con un poder ejecutivo fuerte y un Presidente con poder y autoridad, determinaron que se buscara una total identificación con la tradición republicana. Se realizó una remisión expresa a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1791, al Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946 y a la Carta del Medio ambiente de 2004, formando un bloque de constitucionalidad con ellos y los principios fundamentales de las leyes republicanas⁵⁶⁷.

Su artículo 1 declara a la República francesa como “indivisible, laica, democrática y social. Asegura la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión. Respeta todas las creencias. Su organización es descentralizada”. Se mantiene la vieja divisa revolucionaria: Libertad, Igualdad, Fraternidad. Su principio es del “gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo” (art. 2).

566. AVRIL, P., *La V^e République. Histoire politique et constitutionnelle*, Paris, PUF, 1987. CARCASSONNE, G., *La Constitution*, Paris, Seuil, 2002. CHAGNOLLAUD, D. y QUERMONNE, J.-L., *Le gouvernement de la France sous la V^e République*, Paris, Fayard, 1996. DUVERGER, M., *Instituciones...*, cit., pp. 299-306. LUCHAIRE, P.-CONAC, G. (dirts.), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 1987. YSMAL, C., *Les partis politiques sous la V^e République*, Paris, Domat, 1989.

567. Durante su vigencia se han producido hechos tan importantes como la independencia de Argelia en mayo de 1968, la cohabitación entre un Presidente y un Gobierno de distintas ideologías, la aparición de la extrema derecha del Frente Nacional, la práctica desaparición del importante Partido Comunista, superado por los antiguos trotskistas y otros radicales de izquierda. Además del progreso en la construcción europea que se inició con el Tratado de Roma durante la IV República.

El régimen presidencial de la V República lo acreditan el sistema de elección y los poderes atribuidos al Presidente de la República. Su elección por sufragio universal directo por un período de siete años, que fue reducido a cinco el año 2000 (art. 6). Le compete vigilar el respeto de la Constitución, asegurar el funcionamiento regular de los poderes públicos y la continuidad del Estado, garantizar la independencia nacional, la integridad del territorio y el respeto de los tratados (art. 5). Nombra y cesa al Primer ministro y, a su propuesta, a los miembros del Gobierno (art. 8). Preside el Consejo de ministros (art. 9). Promulga las leyes, aunque puede pedir una nueva deliberación de todo o parte, que no puede rechazarse (art. 10). Puede someter a referéndum los proyectos de ley sobre la organización de los poderes públicos, las reformas de la política económica o social y de los servicios públicos (art. 11) y disolver la Asamblea nacional (art. 13). Firma las ordenanzas y decretos del Consejo de ministros, nombra a los empleados civiles y militares (art. 13), acredita embajadores y enviados extraordinarios y los extranjeros son acreditados ante él (art. 14). Es el jefe de los ejércitos y preside los consejos y comités superiores de la Defensa nacional (art. 15). Puede adoptar medidas excepcionales para asegurar la independencia nacional, la integridad territorial y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales, con el fin de asegurarles en el menor plazo los medios para cumplir su misión, consultando al Consejo constitucional (art. 16)⁵⁶⁸. Negocia y ratifica los tratados (art. 52). Nombra a tres de los nueve miembros del Consejo Constitucional y a su Presidente (art. 56). Es el garante de la independencia del poder judicial asistido por el Consejo Superior de la Magistratura (arts. 64 y 65)⁵⁶⁹.

Se encomienda al Gobierno determinar y conducir la política nacional, la administración y las fuerzas armadas (art. 21). Está dirigido por el Primer mi-

568. Se aplicó con motivo del *putsch* de los generales en Argel y, una vez restablecido el orden en abril de 1961, estuvieron vigentes hasta el otoño del mismo año. En una decisión de 3 de mayo de 1961 se creó un tribunal militar especial para juzgar a los “autores y cómplices de crímenes y delitos contra la seguridad del Estado y controlar la disciplina de los ejércitos”. El Consejo de Estado se pronunció el 19 de octubre de 1962, *Coral*, contra esa medida por no producirse en esa fecha las condiciones del artículo 16 de la Constitución.

569. El primer Presidente de la V República fue su creador Charles de Gaulle (1959-1969), al que sucedieron Georges Pompidou (1969-1974), Valéry Giscard d’Estaing (1974-1981), François Mitterrand (1981-1995), Jacques Chirac (1995-2007) y Nicolás Sarkozy (2007). Todos ellos pertenecieron a los grupos de derecha o centro-derecha gaullista, salvo que Mitterrand que era socialista.

nistro, es responsable de la Defensa Nacional, asegura la ejecución de las leyes, ejerce el poder reglamentario y nombra los empleos civiles y militares (art. 21). Conforme al artículo 20, el Gobierno dispone de la Administración, como órgano colegiado de gobierno, en el que se integran los ministros con carácter subordinado a aquel, quien dirige la política y la Administración, dentro de los que el régimen presidencial no atribuya al Presidente de la República quien determina las orientaciones de la acción política⁵⁷⁰.

El poder legislativo corresponde al Parlamento formado por la Asamblea Nacional y el Senado. Los diputados de la Asamblea se eligen por sufragio directo, mientras que los miembros del Senado lo son por indirecto y representan a las colectividades territoriales de la República (art. 24). Se reconoce la iniciativa legislativa al Primer Ministro y a los miembros del Parlamento (art. 39). Se fija un detallado régimen de las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento.

Enumera en el artículo 34 el ámbito material de las leyes, que podrán precisarse por ley orgánica, incluidas las de programas que determinan los objetivos de la acción económico-social del Estado. Esta concreción del contenido de las leyes está justificada por la previsión de la reserva reglamentaria a favor de las que no sean ámbito de la ley, como dispone el artículo 37, que constituye una de las más importantes aportaciones del nuevo régimen para reforzar el poder ejecutivo a costa del legislativo. En congruencia, se prevé la reforma de textos legales sobre las materias por medio de decretos adoptados tras dictamen del Consejo de Estado o del Consejo constitucional si declara que tienen carácter reglamentario.

La independencia del poder judicial está garantizada por el Presidente de la República asistido por el Consejo Superior de la Magistratura, que preside (arts. 64 y 65).

Se instituyó el Alto Tribunal de Justicia integrado por miembros elegidos por la Asamblea Nacional y el Senado (art. 67), que juzgará al Presidente de la República cuando sea acusado de alta traición por las dos asambleas por mayoría absoluta, único caso en que es responsable de los actos adoptados en el ejercicio de sus funciones (art. 68).

Se mantuvo el Tribunal de Conflictos conforme a la Ley de 24 de mayo de 1872, cuyas competencias se habían ampliado por la Ley de 20 de abril de

570. LANZA, A., *L'expression...*, cit., pp. 750-780.

1932. Nuevamente fue objeto de una regulación de menor rango por el Decreto de 25 de julio de 1960.

BURDEAU valoró la Constitución de 1958 afirmando que

“la característica esencial de la Constitución de 1958 reside en el establecimiento del Estado como una de las fuerzas animadores de la vida política [...] como un poder armado para la acción. [...] Reconcilia la autoridad con el poder: la autoridad indispensable para que la democracia no se disuelva en la ceguera de los intereses o la rivalidad de las facciones; la democracia no menos necesaria para que la autoridad sea legítima”⁵⁷¹.

5.8.2. *El Consejo Constitucional*

La Constitución de 1958 creó el Consejo Constitucional formado por nueve miembros con un mandato de nueve años no renovable. El Presidente de la República, el de la Asamblea Nacional y el del Senado los nombran por tercios. Forman parte de por vida los expresidentes de la República (art. 56). El Presidente es nombrado por el de la República y tiene voto de calidad (art. 56). Por medio de una ley orgánica se establecerán las reglas de funcionamiento y el procedimiento (art. 63). Se encomienda al Consejo constitucional vigilar la regularidad de la elección del Presidente de la República, examinar las reclamaciones y proclamar los resultados del escrutinio (art. 58), la regularidad de la elección de diputados y senadores (art. 59), los referéndums (art. 60), la constitucionalidad de las leyes orgánicas y las leyes ordinarias antes de su promulgación (art. 61). Cuando una disposición es declarada inconstitucional, no puede promulgarse ni aplicarse. Sus decisiones son irrecurribles y se imponen a todos los poderes públicos y autoridades administrativas y jurisdiccionales (art. 62).

5.8.3. *El Consejo de Estado*

Se mantuvo en la configuración y régimen de la IV República, aun cuando sus funciones se vieron afectadas por la existencia del Consejo Constitucional, instancia que cierra el sistema de control al hacerlo de la constitucionalidad.

571. BURDEAU, G., “La conception du pouvoir selon la Constitution Française de 4 de octobre de 1958”, *RFSP*, 1959, pp. 87-100.

Los decretos 766 de 30 de julio de 1963 y 2008-225 de 6 de marzo de 2008 lo reorganizaron. En 1987 se crearon los tribunales administrativos de apelación como segunda instancia entre los tribunales administrativos y el Consejo de Estado.

Como se ha recogido, en relación con la dualidad jurisdiccional, el Consejo Constitucional en la decisión 86-224, DC de 23 de enero de 1987, *Conseil de la concurrence*, reconoce al Consejo de Estado su estatuto constitucional. Constató que la separación de poderes y de autoridades administrativas y judiciales obedece a principios y normas distintos: el primero del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de rango constitucional, y el segundo de la Ley de 16 y 24 de agosto de 1790 y el Decreto de 16 fructidor del año III. Afirma que,

“conforme a la concepción francesa de la separación de poderes, figura entre los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, según el cual, con la excepción de las materias reservadas por su naturaleza a la autoridad judicial, se manifiesta como el último recurso de la competencia de la jurisdicción administrativa la anulación o la reforma de las decisiones, tomadas en ejercicio de las prerrogativas del poder público, por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo, sus agentes, las colectividades territoriales de la República o los organismos públicos establecidos bajo su autoridad o control”.

Las disposiciones que invoca forman parte del bloque de la constitucionalidad⁵⁷², conforme al Preámbulo de la Constitución de 1946, por tratarse de legislación republicana anterior a la entrada en vigor de esa Constitución y de una tradición instaurada sin excepción⁵⁷³.

572. El *Conseil Constitutionnel* en resolución 66-28 DC de 8 de julio de 1966 declaró que el “bloque de constitucionalidad” estaba formado por la Constitución de 1958 y, por remisión de su preámbulo, por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el preámbulo de la Constitución de 1946. Cuando se fiscaliza una ley ordinaria se incorporan a aquel las leyes orgánicas y las ordenanzas con ese valor (art. 92 de la Constitución), pero no los Tratados internacionales, conforme a las de 27 de junio de 1978 y 15 de enero de 1975.

573. LOZANO CUTANDA, B., “Fundamento constitucional y reserva competencial de la jurisdicción administrativa en Francia: la decisión del Consejo Constitucional de 23 de enero de 1987”, en CHINCHILLA, C., LOZANO, B. y DEL SAZ, S., *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 61-98. CHEVALLIER, J., “Note de jurisprudence”, en *Actualité Juridique-Droit Administratif*, 1987, pp. 345 y ss. VELLEJ, S., “La constitutionnalisation d’un mythe: justice administrative et séparation des pouvoirs”, en *RDPublique*, 3, 1989, pp. 767-783.

Segunda parte

Las aportaciones del Derecho Público francés
a los paradigmas del Estado de Derecho (I)

En comparant les institutions anciennes avec celles qui nous régissent aujourd'hui, on comprend mieux les raisons d'être de l'organisation actuelle des pouvoirs publics, on en apprécie les bienfaits, on ne s'exagère pas les inconvénients qu'il est impossible d'éviter, on ne risque pas de prendre pour des innovations et des progrès le retour à des systèmes condamnés par l'expérience.

Léon AUCOC⁵⁷²

El periodo constitucional revolucionario comprendido entre 1789 y 1814, constituyó “una revolución del Derecho”, que hizo desaparecer la concentración de poder de origen divino en la persona del rey, fuente monista del Derecho. La sustituyeron la Constitución escrita, el imperio de la ley, los derechos del hombre y del ciudadano⁵⁷³ y la separación de poderes. Todo ello era una misma materia, que se imbricaba en diversos aspectos sin los cuales no se podía articular el nuevo orden. La separación de poderes era el medio de garantizar los derechos.

El Estado liberal de Derecho, surgido de la Revolución Francesa, consagró la noción fundamental del Derecho público, derivada del paradigma mayor ius-

572. AUCOC, L., *Conférences sur l'Administration et le droit administratif faites à l'École des Ponts et Chaussées*, II, Paris, Dunod, 1878, p. 4.

573. VINCENSINI, J. J., *Le livre des droits de l'homme*, Paris, Robert Laffont, 1985, p. 12, los derechos del hombre son “prerrogativas gobernadas por reglas reconocidas por el derecho constitucional y por el derecho internacional, que persiguen defender los derechos de la persona en sus relaciones con el poder del Estado y con otras personas, y tienden a promover el establecimiento de condiciones que permitan disfrutar efectivamente de estos derechos”.

racionalista que, a su vez, aportó los nuevos paradigmas del orden jurídico racional de la modernidad⁵⁷⁴. Este se manifestó en la concreción y aplicación de un sistema de reglas que definieron los derechos y el orden político-institucional sobre el contrato social, un ordenamiento claro y coherente, y una aplicación de las reglas lógica y mecánica. Este nuevo orden jurídico se formalizó en los textos constitucionales que se convirtieron en su fuente legítima y “línea narrativa superior” de carácter dogmático, y plasmaron el acuerdo social fundamental que podía concretar la “narrativa inferior” de las leyes ordinarias⁵⁷⁵. Tanto la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 como la Constitución de 1791 fueron “golpes de fuerza” con una “estructura preformativa”, se erigieron en el origen y legitimación del nuevo orden e instituciones, que fueron las “estructuras constativas”. Además, “el golpe de fuerza hace, funda y crea derecho, hace nacer la ley” y desaparecer los principios y las estructuras anteriores⁵⁷⁶, para configurar nuevos paradigmas del conocimiento y del régimen jurídico-institucional.

Firmin LAFERRIÈRE resumió el proceso de evolución histórica que desde la Revolución llevó hasta la Monarquía de Julio, periodo en el que hizo la valoración:

“Nuestra época no debe ser ingrata con la Asamblea constituyente y el Consulado, dos grandes momentos que abrieron y cerraron la época revolucionaria. Somos los hijos de la Revolución y del Imperio. Vivimos hoy de la libertad promulgada por Mirabeau y del hábito del orden impreso por Napoleón; nosotros asociamos los elementos de la vida que ellos habían separado. La época contemporánea se ha fortificado en esta escuela política y después ha querido mejorarla; es la ley del progreso, la ley de la humanidad; se siente hoy bastante fuerte e iluminada como para pretender hacer salir el despotismo de las instituciones políticas y administrativas del Imperio y colocar allí los derechos y la libertad de los ciudadanos”⁵⁷⁷.

El nuevo orden nacido de la Revolución presentó las siguientes características e instrumentos para la limitación y el control del poder del Esta-

574. REDOR, M.-J., *De l'Etat legal...*, cit., pp. 300-304.

575. JACKSON, B. S., *Law, Fact and Narrative Coherence*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1988.

576. DERRIDA, J., “Déclarations d'indépendance”, en *Otobiographies. L'enseignement de Nietzsche et la politique du nom propre*, Paris, Galilée, 1984, pp. 20 y ss.

577. LAFERRIÈRE, F., “Introduction a l'histoire des institutions administratives”, *Revue de législation et jurisprudence*, VIII, Paris, Imprimerie de Cosson, 1838, pp. 22-23.

do⁵⁷⁸, con objeto de regular la conducta y evitar la arbitrariedad de los agentes públicos⁵⁷⁹:

- a) Los valores básicos fueron la libertad y la propiedad individuales, la igualdad, la seguridad jurídica⁵⁸⁰, y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio.
- b) Las exigencias de establecer:
 - El imperio de la ley como expresión de la voluntad general, porque, como expuso SIÉYÈS, *on peut gouverner un troupeau ou des moines, mais les citoyens se gouvernent eux-mêmes*⁵⁸¹.
 - La división de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial).
 - La legalidad de la Administración por actuar conforme a la ley y la existencia de control de la misma.
 - La declaración de los derechos y libertades fundamentales “inalienables y sagrados”.
 - El establecimiento de un régimen de garantía de aquellos que pasa por su justiciabilidad.
 - La independencia e imparcialidad de los jueces.
 - Sumisión del Poder ejecutivo, Gobierno y Administración, al principio de legalidad, con control parlamentario y jurisdiccional separado de la autoridad judicial, que no interfiere a la administrativa.

La concurrencia de todas esas características determina que un Estado sea considerado o no como *Estado de Derecho*. Si no existen todas y cada una de ellas, se podrá calificar de *Estado legal*, por estar dotado de normas⁵⁸², pero no

578. CHEVALIER, J., *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, 1994, p. 149. GIRODET, J., *Pièges et difficultés de la langue française*, Paris, Bordas, 1986, p. 189, recoge que el término *contrôle* significa *vérification, surveillance*, no dominación, dirección o autoridad.

579. MIAILLE, M., “Le retour de l'État de droit”, en COLAS, D., *L'État de droit*, Paris, 1987, pp. 215 y ss.; “Les paradigmes contemporains: l'État de droit”, *Sciences de la Société*, 33, 1994, pp. 177-192. MILLARD, E., “L'État de droit, idéologie contemporaine de la démocratie”, *Boletín mexicano de Derecho comparado*, 109, 2004.

580. RADBRUCH, G., *El Derecho injusto y el Derecho nulo*, Madrid, Aguilar, 1971, p. 12, comenta que la ley positiva alcanza, por lo menos, el valor de generar seguridad jurídica, que “no es el único, ni siquiera el valor decisivo que tiene que realizar el Derecho”.

581. BASTID, P., *Les discours de Sieyès dans les débats constitutionnels de l'an III (2 et 18 thermidor)*, Paris, Hachette, 1939, p. 17.

582. AMSELEK, P., *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964, p. 63, consideró a las normas jurídicas como prescripciones o leyes, “fórmulas sintácticas y proposiciones del lenguaje que se utilizan como instrumentos de medida”.

de Estado de Derecho. No basta una legalidad formal racionalizadora de las conductas sociales que utilice el Derecho como instrumento de esa racionalidad, es precisa una concreta racionalidad como medio para realizar valores y dar garantías de control del poder al servicio de los derechos y libertades⁵⁸³. Además, el Estado de Derecho constituye un sistema jurídico con las siguientes propiedades formales:

- a) Formulación de normas suficientemente precisas para que permita una orientación clara a los destinatarios, no deje el menor resquicio posible a la arbitrariedad, y se pueda verificar la conformidad de la aplicación.
- b) Procedimientos que permitan controlar efectivamente la conformidad de las normas de aplicación a las normas de rango superior según la relación de producción⁵⁸⁴.

A efectos de cuanto se expone en esta parte, es necesario destacar que GARCÍA PELAYO distinguió tres etapas en la formación y desarrollo del concepto de Estado de Derecho⁵⁸⁵:

- a) La Ley como expresión de la voluntad general.

En la primera etapa se luchó contra el absolutismo y el Estado policía, buscando la garantía de la libertad, de la propiedad y de la seguridad, siendo la Ley expresión de la racionalidad y la libertad. Ahora bien, no cabe identificar la existencia de un Estado legal, por estar dotado de normas de carácter general, con un Estado de Derecho. La ley del Estado de Derecho no es sólo el inicio de un proceso ni un instrumento de regulación de conductas, sino el medio para incorporar los valores del sistema:

“aparte del principio democrático, dos valores sin los cuales no puede vivir la sociedad de un Estado de Derecho, el principio de la seguridad jurídica⁵⁸⁶ y el principio de certeza del Derecho y su previsibilidad como ordenador de las conductas, sin los cuales sería difícil hablar de una sociedad libre”⁵⁸⁷.

583. HERF, J., *El modernismo reaccionario: tecnología, cultura y política en Weimar y el Tercer Reich*, México, Editorial L. Suárez, 1990, p. 47.

584. FAVOREU, L., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2001, p. 81.

585. GARCÍA PELAYO, M., “El *status* del Tribunal Constitucional”, *REDC*, 1, 1981, pp. 16-18.

586. Derivado de los artículos 2 y 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano.

587. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La aplicación del Derecho en los sistemas políticos continentales”, en *La crisis del Derecho y sus alternativas*, Madrid, CGPJ, 1985, p. 34.

b) El Derecho administrativo instrumento para regular el poder.

La segunda etapa se inició a partir de STAHL y duró hasta la Segunda Guerra Mundial. En este periodo el concepto tendió a “alojarse más en el campo del Derecho administrativo que en el Derecho político”, para encontrar “un orden de relaciones entre la Ley, la Administración y el individuo”. Para STAHL el *Rechtsstaat* implica un sometimiento del poder del Estado al Derecho y que todas sus actividades y manifestaciones estén legitimadas y limitadas por aquél, con una concepción liberal de respeto a los derechos del ciudadano, que, en contraposición al Estado de policía, limita su actividad a la creación y mantenimiento del orden social y a suplir las actividades de aquéllos, siendo el Derecho el instrumento jurídico para ordenar las relaciones entre los gobernantes y los ciudadanos. Se vincula a la idea alemana de la “autolimitación del Estado”, que acepta respetar su Derecho en un régimen político que, por el contrario del francés de las leyes constitucionales de 1875, no era parlamentario y carecía de su legitimidad⁵⁸⁸.

Constituyó una decisiva contribución al perfeccionamiento jurídico del Derecho administrativo. Según MAYER “el Estado de Derecho es el Estado administrativo bien ordenado”. En este sentido, la Ley, identificada con la voluntad del legislador y a la que se reserva toda intervención en los derechos de libertad y propiedad, tiene la función de establecer el marco y el límite de la acción administrativa del Estado. Para G. ANSCHUTZ “la Administración no puede intervenir en la esfera de libertad del individuo ni contra una ley (*contra legem*), ni sin fundamento legal (*praeter, ultra legem*). Ahora bien, como expone GARCÍA PELAYO

“la sumisión de la Administración a la Ley no puede garantizarse por la sola acción de la Administración, sino que tal garantía únicamente puede radicar en el control jurisdiccional de la acción administrativa: “Estado de Derecho significa la máxima justiciabilidad posible de la Administración” (Otto MAYER).

La noción de Estado de Derecho dominante en esta segunda etapa de su desarrollo no se planteó el problema de la constitucionalidad de la Ley misma, o dicho de otro modo, la limitación estatal por el Derecho no alcanzaba al legislador.

588. REDOR, M.-J., *De l'Etat legal...*, cit., p. 11.

c) La Constitución como norma fundamental.

La incorporación del concepto de Estado de Derecho a las Constituciones y la configuración de estas como norma fundamental, vértice de la pirámide del orden jurídico, determinó su primacía frente a la Ley porque establecía su valor⁵⁸⁹, y el de cualquier otra decisión. Implicaba la vinculación a la misma de los poderes públicos y la conversión de la jurisdicción constitucional en la garantía institucional del Estado material y democrático de Derecho. Fue, precisamente, la vinculación de la Ley a los preceptos y principios constitucionales lo que “configura la esencia del Estado constitucional de Derecho frente al mero Estado legal de Derecho”⁵⁹⁰. Estos principios constitucionales son la formulación sintética de las “matrices histórico-ideales del ordenamiento”:

“Por un lado declaran las raíces y, por otro, indican una dirección. Ofrecen un punto de referencia en el pasado y, al mismo tiempo, orientan el futuro. Los principios dicen, por un lado, de qué pasado se proviene, en qué líneas de continuidad el derecho constitucional actual quiere estar inmerso; por otro, dicen hacia qué futuro está abierta la Constitución. Los principios son, al mismo tiempo, factores de conservación y de innovación, de una innovación que consiste en la realización,

589. STIRN, B., *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, Paris, LGDJ, 1995, p. 26: “la Constitución es por naturaleza superior a todas las normas jurídicas a las que ella misma atribuye el valor”.

590. GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977, pp. 53-54: “Sólo más tarde, el pleno desarrollo del positivismo jurídico, se despegó de esta vinculación subyacente y condujo a la plena y consciente identificación del Derecho con la Ley, y del Estado de Derecho con el Estado legal, hasta el punto de haberse podido hablar de un *Nationalsozialistischen Rechtsstaat* o del Estado franquista como estado de Derecho. Más consecuente es el punto de vista de KELSEN de que, puesto que todo Estado es un Estado de Derecho, la teoría del Estado de Derecho no tiene sentido. El criterio de KELSEN —totalmente coherente con su teoría del Derecho y del Estado— no ha prosperado, sin embargo, en los países occidentales. Y con razón, pues la idea del Estado de Derecho continúa teniendo sentido no sólo desde el punto de vista de los valores jurídicos y políticos, sino también desde el punto de vista de la funcionalidad del sistema estatal, ya que introduce dentro de él la normalización, la racionalidad y, por tanto, la disminución de factores de incertidumbre”. Esta consideración de la ley como norma suprema, sin referencia a otros valores o normas superiores, es lo que se ha denominado “legicentrismo”, que no es identificable con el Estado de Derecho y con el valor de la ley dentro del mismo, aunque algunos autores asimilan el término legicentrismo con el imperio de la ley en la concepción revolucionaria (RIALS, S., “Sieyès ou la délibération sans la prudence. Éléments pour une interprétation de la philosophie de la Révolution et de l’esprit du légicentrisme”, en *Droits, Revue française de théorie juridique*, 13, 1991).

siempre más completa y adecuada a las circunstancias del presente, del germen primigenio que constituye el principio”⁵⁹¹.

A partir de la Revolución Francesa ha sido el Derecho administrativo el instrumento de legalización del Estado, organizando a su órgano más importante, el Gobierno y su Administración, desde la Ley y al servicio de los intereses generales. Esta progresiva legalización procede de un proceso de autolimitación del poder, como expuso CARRÉ DE MALBERG:

“Aquí es donde los juristas alemanes han expuesto su teoría de la *Selbstverpflichtung*, *Selbstbindung* o *Selbsterschränkung* del Estado, expresiones a las cuales los escritores franceses han sustituido por la palabra única de *autolimitación*. La idea esencial que se encuentra en la base de esta doctrina es que el Estado no puede estar obligado, ligado o limitado más que en virtud de su propia voluntad. En esto mismo consiste su soberanía. En consecuencia, las reglas de Derecho que han de regir el ejercicio de la potestad estatal sólo pueden ser obra del Estado mismo. Si la soberanía no es necesariamente un poder sin límites, por lo menos pertenece a la esencia del Estado soberano determinar por sí sólo, por su propia voluntad, las reglas jurídicas que deberán formar la limitación de su potestad soberana. El Estado dejaría verdaderamente de ser soberano si tales limitaciones pudieran ser impuestas por una voluntad o una potestad superiores a la suya. [...] Pero sean las que fueren las condiciones a las cuales se puede someter la formación de las leyes o la revisión constitucional en el Estado soberano, hay que convenir en que, como punto cierto, tanto la Constitución que organiza su potestad y rige su funcionamiento como las leyes que establecen en todos los aspectos su orden jurídico, son obra de su voluntad y tienen su origen exclusivamente en el poder que tiene de determinarse a sí mismo”⁵⁹².

591. ZAGREBELSKY, G., *Historia y Constitución*, Madrid, Trotta, 2005, p. 89.

592. CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, pp. 222 y 224. JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1973, pp. 361-362: “Soberanía no indica ilimitabilidad, sino tan sólo facultad de determinarse por sí mismo exclusivamente, y, por tanto, la autolimitación del poder del Estado, no obligado jurídicamente por poderes extraños para instituir un orden dado sobre la base del cual solamente la actividad del Estado adquiere un carácter jurídico. Expresada en una fórmula breve significa, por tanto, la soberanía la propiedad del poder del Estado, en virtud del cual corresponde exclusivamente a éste la capacidad de determinarse jurídicamente y de obligarse a sí mismo. Consiste la soberanía en la capacidad exclusiva que tiene el poder del Estado de darse, en virtud de su voluntad soberana, un contenido que la obligue, y en la de determinar en todas las direcciones su propio orden jurídico”.

1. El Estado constitucional

1.1. El Estado de Derecho

El constitucionalismo fue concebido durante el siglo XVIII como un modo de organización total de la sociedad a partir de la ideología ilustrada⁵⁹³, de modo que “la regla fundamental que determina el modo en que debe ejercerse la autoridad pública forma la Constitución del Estado”⁵⁹⁴. Se convirtió en la “técnica que permite establecer y mantener frenos efectivos a la acción política y estatal”⁵⁹⁵. La Constitución es el medio para articular la organización estatal de acuerdo con esos principios y características, porque el fin del constitucionalismo ha sido el de “poner el límite de la ley a quien tiene de hecho el monopolio de la fuerza, erigiendo así en soberanas a las leyes y no a los hombres”⁵⁹⁶. Organiza el Estado por reglas de Derecho que transforman el poder político en competencias y reglas jurídicas; enumera los derechos y libertades y los garantiza con los instrumentos y recursos legales y organizativos necesarios; divide y organiza el funcionamiento y relaciones de los poderes, y establece el valor superior de la Constitución y la jerarquía de las normas.

La expresión *Estado de Derecho* se empezó a utilizar a mitad del siglo XIX y se desarrolló en su construcción doctrinal en el primer cuarto del XX. Aunque durante el primero no se utilizó la expresión, estaban presentes los conceptos fundamentales: lucha contra la arbitrariedad y obligar al Estado a respetar el Derecho que promulga fueron las tareas fundamentales que se propuso el Consejo de Estado con el desarrollo del recurso por exceso de poder y los ob-

REDOR, M.-J., *De l'Etat legal...*, cit., pp. 13-14: “Lo que Carré de Malberg designa con el nombre de Estado legal corresponde a lo que nosotros podríamos llamar hoy Estado legicéntrico, es decir un Estado que organiza la supremacía del legislador a través del reino de la ley formal y no tanto material y que, en consecuencia, no ofrece garantía alguna seria contra la eventual arbitrariedad del legislador”.

593. TROPER, M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, pp. 203-221.

594. VATTEL, E. DE, *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souveraines*, Londres, 1785, t. I, lib. I, cap. 3, p. 321. MESTRE, J.-L., “Les emplois initiaux de l'expression droit constitutionnel”, en *RFDC*, 55, 2002, pp. 451-472.

595. BEAUD, O., “Constitution et constitutionalisme”, en RAYNAUD, P. y RIALS, S. (dirs.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, p. 118.

596. MATTEUCCI, N., “Positivismo giuridico e costituzionalismo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedure civile*, 1963, p. 1.041.

jetivos de la doctrina⁵⁹⁷. Sin embargo, era condición para la existencia del Derecho público, como constató HAURIOU al decir que “es la cuestión de la autolimitación del Estado (autolimitación objetiva) y de la realización del estado de derecho lo que hallamos en los términos de nuestros desarrollos, como lo encontramos a la entrada, porque en cierto sentido, es la única cuestión del Derecho público”⁵⁹⁸. Para DUGUIT

“la autolimitación del Estado presenta al Estado sometido a la ley que hace, porque se limita voluntariamente por esta ley; puede hacerlo sin que se atente a su soberanía, puesto que la soberanía está facultada a autodeterminarse y al autolimitarse, el Estado se autodetermina y por tal modo persiste como soberano, aunque subordinado a su propia ley”⁵⁹⁹.

En Francia el sistema se fundamentó en la separación de poderes, en el respeto de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre y en la ley como expresión de la voluntad general⁶⁰⁰. HAURIOU criticó la doctrina rusioniana de la voluntad general porque la “confundió con la voluntad legislativa [...] [que] no es la misma cosa que la voluntad general de la Nación, puesto que no es más que una representación”⁶⁰¹.

597. REDOR, M. J., *De l'État légal...*, cit., pp. 9-31. GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones...*, cit., p. 53: “la expresión Estado de Derecho no se ha incorporado a las Constituciones más que raramente en tiempos muy recientes y en pocos casos. Por consiguiente, su formulación no está dada por el Derecho positivo, sino que es resultado de la construcción de los juristas. Vagamente enunciado por primera vez por KANT y por HUMBOLDT y de modo más riguroso por MOHL”. MOHL, R. VON, *La science policière selon les principes de l'État de droit*, Tubingen, Laupp, 1832-1834. HUMBOLDT, W. VON, *The Sphere and Duties of Government*, Londres, Chapman, 1984. SCHAUB, M., “Wilhelm von Humboldt: l'État de droit comme État limité”, en BIDEZ, J., LABICA, G., *Libéralisme et État de droit: actes du colloque Libéralisme et État de Droit*, CNRS, 1988, Paris, Méridiens, 1992.

598. HAURIOU, M., *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, p. 706.

599. DUGUIT, L., *La transformación del Estado*, Madrid, Francisco Beltrán, 1924, pp. 107-108. WALINE, M., *L'individualisme et le Droit*, Paris, Damat, 1949, p. 440: “la autolimitación es la única manera de subordinar el Estado al Derecho. Aunque no tenga éxito, aunque sea un procedimiento imperfecto, no podemos, en el deseo de asegurar una subordinación más eficaz del Estado al Derecho, imaginar otra”.

600. DÍAZ, E., *Estado de Derecho...*, cit., p. 33: “La separación de poderes constituye, en efecto, el resultado histórico de la lucha contra el absolutismo de los reyes en nombre de los derechos del pueblo: legislativo popular, pues, intentando limitar el poder omnímodo del ejecutivo dominado por el rey”.

601. HAURIOU, M., *La souveraineté nationale*, Paris, Sirey, 1912, p. 26. BOULAY DE LA MEURTHE, criticando la Constitución de 1795, reclamó recuperar los principios fundamentales del nue-

El artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 5 de octubre de 1789 estableció que “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución”⁶⁰². A esta declaración debe referirse la definición del Estado constitucional como aquel que establece la garantía jurídica de los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano, a través de una estructura institucional y constitucional caracterizada por la separación de poderes. De este modo la Constitución se convierte en “creadora del Estado de Derecho”, “fundadora del Estado de Derecho” y “condición del Estado de Derecho”⁶⁰³. Todo el orden político-institucional que organiza la Constitución gira en torno a la

“concepción de unos derechos fundamentales que aseguran el libre desenvolvimiento de los ciudadanos como personas singulares y solidarias y que a la vez permiten la decisiva participación de los mismos en el funcionamiento y el control del sistema político, lo que se ha convertido hoy en un dogma universal, por más que no siempre, ni siquiera predominantemente, vaya seguido de consecuencias efectivas”⁶⁰⁴.

La conjunción de varios factores consiguió transformar el Estado de policía en Estado de Derecho. En primer lugar, el acatamiento de los principios de la Declaración y de la jerarquía de normas que se acomodan y los plasman supone el sometimiento del poder al Derecho. Además, el establecimiento de un sistema de garantías de los derechos y libertades y el control de las decisiones de los poderes públicos transformaron el Estado de policía en Estado de Derecho. Como expuso CARRÉ DE MALBERG, en el estado de policía “la autoridad

vo régimen para introducirlos como bases en la Constitución: “las bases de la Constitución o los principios generales son buenos: son los principios de todo gobierno republicano, la soberanía del pueblo, la unidad de la república, la igualdad de derechos, la libertad, el régimen representativo; pero la organización constitucional, establecida sobre estas bases, es esencialmente viciosa”. Recogido en la obra anónima *Mémoires historiques sur le dixhuit Brumaire contenant les détails exacts et plus circonstanciés des deux Conseil*, Paris, an VIII, s.e., p. 89.

602. TROPER, M., “L’interprétation de la déclaration des droits. L’exemple de l’article 16”, en *Revue française de théorie juridique*, 8, 1988, p. 118: “el principio de la separación de poderes se comprendía en el siglo XVIII como un principio formal y como un lugar común; posteriormente como un principio fundamental diferente del que hoy designamos con la misma expresión”.

603. BURDEAU, G., *Traité de science politique*, IV, Paris, LGDJ, 1969, pp. 43 y ss.

604. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1988, p. 47.

administrativa podía, de modo discrecional y con más o menos libertad de decisión, aplicar a los ciudadanos todas las medidas que juzgara útil adoptar para enfrentarse a las circunstancias y atender en cada momento los fines que se propusiera”. Por el contrario, el Estado de Derecho, “en sus relaciones con los ciudadanos y para garantizar su estatuto individual, se somete el mismo a un régimen de derecho, que sujeta su acción sobre ellos a reglas, unas que determinan los derechos reservados a los ciudadanos y otras que fijan las vías y medios que podrán emplearse para realizar los fines estatales”⁶⁰⁵. Implica que “la libertad de decisión de los órganos del Estado está, en todos los niveles, limitado por la existencia de normas jurídicas superiores, cuyo respeto está garantizado por la intervención del juez”⁶⁰⁶.

Precisamente, la discrecionalidad se convierte en una posibilidad abierta por la ley para tomar decisiones que exijan valorar situaciones, pero que sólo puede utilizarse si la ley lo permite para los fines concretos, con la competencia y procedimiento previstos por ella, siempre fiscalizable en sus elementos reglados. Precisamente en el control de la discrecionalidad se encuentra uno de los mayores esfuerzos de juridificación del poder en garantía de los derechos y del servicio al interés general, porque

“la existencia misma del Derecho administrativo revela un cierto milagro [...] Está en la naturaleza de las cosas que un gobernante crea, de buena fe, que está investido del poder de decidir discrecionalmente sobre el contenido y las exigencias del interés general. Necesita forzarse a sí mismo para considerarse obligado a actuar por los caminos del Derecho, que le dicta ciertas conductas y le prohíbe otras. Tiene una gran razón para considerar poco normal ver cómo sus decisiones se someten a la censura de un juez: ¿en nombre de quien ese último, irresponsable, será más infalible que el hombre al que se han atribuido los instrumentos del poder y que es responsable de sus actos?”⁶⁰⁷.

El significado del Estado de Derecho como limitación del poder lo puso de manifiesto el profesor GARCÍA PELAYO:

“El Estado de Derecho significa, así, una limitación del poder del Estado por el Derecho, pero no la posibilidad de legitimar cualquier criterio dándole forma de

605. Citado por CHEVALLIER, J., *L'État...*, cit., p. 16.

606. CHEVALLIER, J., *L'État...*, cit., p. 149.

607. WEIL, P., *Le Droit administratif*, Paris, PUF, 1964, p. 5.

ley: invirtiendo la famosa fórmula decisionista: *non ratio, sed voluntas facit legem*, podría decirse que para la idea originaria del Estado de Derecho *non voluntas, sed ratio facit legem*. Por consiguiente, si bien la legalidad es un componente de la idea del Estado de Derecho, no es menos cierto que éste no se identifica con cualquier legalidad, sino con una legalidad de determinado contenido y, sobre todo, con una legalidad que no lesione ciertos valores por y para los cuales se constituye el orden jurídico y político y que se expresan en unas normas y principios que la Ley no puede violar⁶⁰⁸.

El Estado de Derecho no es sólo un conjunto de principios y reglas para dividir el poder, garantizar los derechos y regular la actividad administrativa, por medio del principio de legalidad. Como expuso LABAND,

“el imperium en el Estado civilizado moderno no es un poder arbitrario, sino un poder determinado por preceptos legales. La característica del Estado de Derecho es que el Estado no puede requerir ninguna acción ni imponer ninguna omisión, no puede mandar ni prohibir nada a sus súbditos más que en virtud de un precepto legal⁶⁰⁹”.

El Estado vinculado por el Derecho lo perfecciona y hace efectivo y aquél adquiere legitimidad para hacerse respetar y obedecer desde el convencimiento de su razón y necesidad social, sin tener que acudir al ejercicio permanente de la fuerza. Por eso el Estado de Derecho “se convierte para los administrativistas en un conjunto de técnicas concretas y particulares. Esta conversión de la metafísica en técnica es, justamente, nuestro papel en el gran concierto de las ciencias sociales”, según sostuvo GARCÍA DE ENTERRÍA⁶¹⁰.

1.2. La división de poderes

Otro de los elementos característicos del Estado de Derecho es la división de poderes para garantizar los derechos de la libertad⁶¹¹. La división de poderes

608. GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones...*, cit., pp. 52-53.

609. Citado por GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 1953, p. 159. GAUDEMET, P. M., “Paul Laband et la doctrine française de droit public”, *RDP*, 4, 1989, pp. 957-979.

610. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha...*, cit., p. 11.

611. RIALS, S., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, 1988, pp. 252-254.

fue uno de los fundamentos de la doctrina política inspiradora de la Revolución Francesa, al que MONTESQUIEU dotó de mayor contenido. La Declaración de Virginia de 1776 recogió el principio de la separación de poderes:

“Que los poderes legislativo y ejecutivo del Estado deben estar separados y ser distintos del judicial; y que los miembros de los dos primeros deben ser alejados [de la tentación] de la opresión, sintiendo las cargas del pueblo y participando de ellas, deberán, en periodos prefijados, ser reducidos a la condición privada y retornar al cuerpo social del que procedían originariamente, y las vacantes deberán ser cubiertas por elecciones frecuentes, ciertas y regulares, en las que todos, o una parte, de los antiguos miembros podrán ser de nuevo elegibles, o inelegibles, según lo dispongan las leyes”.

El principio de la división de poderes se incorporó al artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, recogida en la Constitución de 3 de septiembre de 1791: “Toda sociedad en la cual la garantía de los Derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene constitución”. En la misma sesión el diputado TARGET expuso el significado que tenía la división de poderes: “Los derechos del hombre sólo estarán seguros si los poderes públicos están sabiamente distribuidos”⁶¹². La Revolución Francesa no formuló la separación de poderes como “un problema lógico-jurídico, sino como un problema político-práctico [...] consistente en dividir entre los sujetos políticos concretos y preexistentes [...] las diversas funciones del Estado con la finalidad de lograr un equilibrio en la constitución general de la dominación política estatal”⁶¹³. Así se reflejó en los debates de la Asamblea Nacional sobre la Constitución de 1791 y en la fórmula que esta arbitró, basada, según DUGUIT, en “decisiones contradictorias”, aunque sea “suficiente para falsear los resortes de la vida social y política del país”⁶¹⁴. Sin embargo,

“sentaron las bases de una teoría ingeniosa y acertada que corresponde exactamente a las necesidades de las sociedades contemporáneas. [...] La idea es acertada,

612. MADIVAL, J., LAURENT, E. y CLAVEL, E., *Archives Parlementaires*, VIII, p. 488, 26 de agosto de 1789. DUGUIT, L., *La separación...*, cit., pp. 6, 22-27.

613. BLANCO VALDÉS, R. L., *El valor...*, cit., p. 95.

614. BIGOT, G., “Les mythes fondateurs du droit administratif”, *RFDA*, 2000, pp. 528 y 535, considera que la concepción francesa de la separación de poderes es “una falsificación del pasado”.

pero se equivocaron en la aplicación haciendo del cuerpo encargado de proteger los intereses individuales un poder autónomo, emanado directamente del pueblo. El error les condujo a una serie de contradicciones y de imposibles. Con el tiempo, la verdad se desprende de los errores que la oscurecen y la idea acertada, afirmada por la Constituyente, se convierte en uno de los elementos de nuestro Derecho Constitucional moderno”⁶¹⁵.

El principio, considerado parte del concepto material del Estado de Derecho, ha variado en sus aspectos operativos, por la complejidad social y el cambio del papel del Estado respecto al modelo liberal. Las expresiones “división” o “separación” inducen a error, son inexactas por esquemáticas y no resultan válidas ni siquiera en el momento de su primera implantación por la Revolución Francesa. HAURIUO afirmó que “se trata de una separación mitigada, compatible con el hecho de la participación de los poderes en las mismas funciones, es decir, de un sistema ligado y equilibrado de poderes, cuyo juego constituye para el gobierno una vida interior permanente y continuada, al mismo tiempo que una garantía de libertad”. En este sentido se manifestó KIMMINICH, para quien se trata de una regla de distribución del ejercicio del poder del Estado:

“Aquí se pone en claro que el llamado ‘principio de la separación de poderes’ en realidad no es un principio constitucional en sentido jurídico-técnico, sino únicamente una regla básica para la distribución en principio del ejercicio del poder político, al servicio de un objetivo radicado en la esencia del Estado de Derecho, es decir, de impedir la acumulación del poder en una sola persona o en un gremio. Por este motivo, el Tribunal Federal Constitucional, en la sentencia del 18-XII-1953 (BVerfGE 3, 247) caracterizó el papel del principio de la separación de poderes en el orden constitucional de la Ley Fundamental en los siguientes términos: ‘Su importancia reside en la distribución del poder político, en la interrelación de los tres poderes y en la consiguiente moderación de la dominación por parte del Estado’”⁶¹⁶.

615. DUGUIT, L., *La separación...*, cit., pp. 132-134.

616. KIMMINICH, O., “El poder en el Estado democrático de Derecho”, *Universitas*, 2, 1984, pp. 113-117: “El Estado democrático de Derecho no es un Estado sin poder, un Estado libre de toda dominación. Esta constatación es, sin duda, una banalidad, puesto que una colectividad sin ningún tipo de dominación no es un Estado, sino, por definición, una anarquía. Característico del Estado libre y democrático de Derecho es, sin embargo, su manera de tratar el poder y la dominación en su sistema constitucional”.

Por su parte, GARCÍA PELAYO resumió el planteamiento y evolución del principio:

“La rica doctrina iniciada por MONTESQUIEU, que –en palabras de RANKE– era una abstracción del pasado, un ideal del presente, al mismo tiempo que un programa para el futuro, sufrió con el curso del tiempo un proceso de dogmatización, convirtiéndose en una proposición acrítica de fe; la división e implicación de poderes se transformó en separación y derivó en una fórmula vacía de sustentación política, organizativa y sociológica, en una pura formalización que ignora la existencia de otros poderes y, en general, las transformaciones en el funcionamiento del sistema estatal. En resumen, la trinidad de poderes se ha hecho demasiado simple para explicar la división de poderes en un Estado y en una sociedad acentualmente complejos”⁶¹⁷.

La complejidad de la acción política en el Estado social de Derecho hizo entrar en crisis la división de poderes, de tal modo que la función legislativa, aun estando formalmente separada, se produjo basada en los proyectos y objetivos del ejecutivo, sobre todo cuando este tiene un amplio apoyo parlamentario, ya que, como dijo LOEWENSTEIN, “un simple vistazo a la forma más corriente de gobierno, el parlamentarismo, hubiera podido convencer a los autores constitucionales de que el poder legislativo y el ejecutivo no están separados ni personal ni funcionalmente. Los miembros del gobierno son miembros del parlamento; se ha producido, pues, una integración de estos dos poderes”⁶¹⁸. Este fenómeno también lo puso de manifiesto GARCÍA PELAYO:

“En efecto, cuando la mayoría del Parlamento y el Gobierno pertenecen al mismo partido o coalición de partidos, nos encontramos con que la ‘independencia’ entre ambos órganos queda fuertemente relativizada por su común articulación a un solo centro que orienta tanto la acción del Gobierno como la del Parlamento”⁶¹⁹.

617. GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones...*, cit., pp. 57-61. Sobre la división de poderes y su crisis: CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría general del Estado*, Méjico, 1948, pp. 249 y 741-863. DUGUIT, L., *Traité du Droit Constitutionnel*, II, Paris, A. Fontemoing, 1928, pp. 119-123. JELLINEK, G., *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, 1973, pp. 373-379. LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Ariel, 1976, pp. 55-62 y 131-141. PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho político*, Madrid, Civitas, 1976, pp. 380 y 381.

618. LOEWENSTEIN, K., *Teoría...*, cit., p. 55.

619. GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones...*, cit., p. 59. “En el Estado Social, que hemos visto es un Estado *manager*, una buena parte de la legislación material ha de ser llevada a cabo

En el sentido actual de la democracia parlamentaria, la identificación entre la mayoría en la Cámara y el poder ejecutivo condujo a VEDEL a considerar que el partido mayoritario ejerce la *faculté de statuer*, y la oposición la *faculté d'empêcher*, en el sentido de MONTESQUIEU, de modo que el equilibrio se encuentra en el control de la constitucionalidad, que concilia los intereses de la mayoría en el poder y los de la oposición.

VIVIEN realizó una valoración de la interrelación de los distintos poderes del Estado y del significado que, entre ellos, corresponde al poder ejecutivo en el orden político, al que compete “la dirección moral de los intereses generales de la nación”, y como Administración tutelar de los ciudadanos a la que corresponde “la prestación de los servicios públicos”:

“después de la Revolución, con esta formalidad casi siempre vana y a menudo obtenida por la fuerza, sucede el voto de las asambleas representativas. El poder político, por su parte, se divide más o menos entre el jefe del gobierno y las asambleas. En este conjunto de instituciones, cualesquiera que sean los detalles de las respectivas atribuciones, la Administración tiene su lugar aparte y, en el ejercicio de sus funciones, se encuentra en contacto habitual con los otros poderes, con la ley que ella aplica y completa cuando es necesario, con la justicia que organiza y cuyas decisiones ejecuta, con la política de la que recibe el impulso”⁶²⁰.

Consideró VIVIEN que la división de poderes “es la primera condición de los gobiernos libres”. Además, en la medida en que la Administración ampliaba su poder era más necesario “encerrarla estrechamente y poner las barreras que la retengan y le impidan salir de ellas, en contra de las leyes y de las costumbres que han delimitado su esfera”⁶²¹.

por el Gobierno por la vía de decretos-leyes u ordenanzas, e incluso la mayoría de la legislación formal, es decir, aprobada por el Parlamento, puede verse en la necesidad de hacer mediante las llamadas “leyes medidas” (p. 58). Así lo reconoce DUVERGER, M., *Instituciones...*, cit., p. 178: “El carácter cada vez más técnico de los problemas da a los ministros (únicos que disponen de los servicios técnicos de estudio e investigación) una superioridad cada vez mayor en las discusiones parlamentarias y en la elaboración de los proyectos de ley; la timidez y demagogia del Parlamento frente a medidas audaces impuestas por la necesidad, lo empujan a menudo, por otra parte, a descargarse de sus responsabilidades en favor del Gobierno (técnica de los decretos-leyes o de las “leyes-cuadro”).”

620. VIVIEN, A., *Études administratives*, Paris, Guillaumin, 1859, pp. 3-5.

621. VIVIEN, A., *Études...*, cit., p. 37.

1.3. El reino de la ley

A partir de la consagración de la santidad de la ley por los autores ilustrados⁶²², que inspiraron la Revolución, cambió radicalmente su consideración respecto a la que tuvo en el Antiguo Régimen. La Revolución fue “universalmente saludada, para citar la frase memorable del historiador MICHELET, como *l’advenement de la loi*. DICEY escribió más tarde: “la Bastilla fue el signo exterior visible del poder de lo ilegal. Su derrumbamiento fue tenido, verdaderamente, en el resto de Europa como el anuncio de ese imperio de la ley que ya existía en Inglaterra”⁶²³.

La virtud de la ley y su santidad se cifraron en su origen en la voluntad general y en sus mandatos necesariamente generales, que la hacían infalible e incapaz de error, y en ser el instrumento social para la consagración de los derechos de origen natural: “Una sociedad libre reposa y se apoya en la integración del Derecho natural en el Derecho positivo. Esta interpretación es legítima en una sociedad construida conforme al derecho natural. La voluntad general toma el lugar de la ley natural”⁶²⁴. Según DIDEROT *les volontés particulières sont suspectes; elles peuvent être bonnes ou méchants, mais la volonté générale est toujours bonne: elle n’a jamais trompé, elle se trompera jamais*. Para ROUSSEAU *la volonté générale est toujours droite [...] le peuple ne se trompe point*⁶²⁵.

La Revolución Francesa, la Declaración de Derechos de 1789 y la Constitución de 1791 situaron la actividad de los poderes públicos dentro de unos principios superiores, recogidos en textos, a los que se acomodarían las leyes. Consagraron el “reino de la ley” como garantía de la libertad:

“Llega por fin el reino de la ley, y con ella el reino de las libertades. La constitución del pueblo francés acaba con la anarquía que amenazaba devorar una parte y esclavizar a la otra. Pasará el tiempo agitado que discurre siempre entra la

622. Expuesto en la primera parte. GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo Español*, I, Pamplona, EUNSA, 1993, pp. 92-98. BURDEAU, G., *Traité...*, cit., VI, pp. 340-347.

623. HAYEK, F. A., *Los fundamentos...*, cit., p. 267.

624. STRAUSS, L., *Droit naturel et Histoire*, Paris, Plon, 1969, p. 295.

625. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Administración pública y la Ley”, en *REDA*, 108, 2000, p. 567.

insurrección de un pueblo que recobra sus derechos y una constitución que los consolida”⁶²⁶.

Por medio de la ley se plasmaba la libertad, tal y como había preconizado ROUSSEAU, para el que la libertad verdadera no era el arbitrio del estado de naturaleza o el residuo de una sociedad natural trasladado a la sociedad política, “ni siquiera la libertad subjetiva, cuyo dominio es la esfera de la moralidad, sino la libertad que se ha vuelto objetiva en cuanto que sólo se realiza en la comunidad y mediante la ley”⁶²⁷.

El poder legislativo era prerrogativa esencial de la soberanía popular y, como recogió el artículo 1 de la Declaración, la expresión de la voluntad general formada, personalmente o por los representantes, que vinculaba a los gobernantes y a los ciudadanos para proteger su libertad.

En la dinámica del imperio de la ley se establecía que todos los agentes de la estructura del poder “van a ejercitar únicamente los poderes que la Ley ha previsto para la materia concreta en que se ejercitan. Es la idea capital del gobierno por la Ley o del *règne de la Loi*, como hizo constar en el dorso de las monedas el artículo 3 del decreto de la Asamblea de 9-15 de abril de 1791”⁶²⁸. Frente al sistema anterior, que permitía a los órganos superiores de la Administración establecer su propia y, a su conveniencia, legalidad y las reglas de su discrecionalidad, la actividad administrativa iba a estar sujeta a una ley. Además, se le sometería a un control del respeto a la legalidad basado en un orden administrativo jerárquico⁶²⁹, a fin de evitar la interferencia de otros poderes en la actividad administrativa. Afirmó GARCÍA DE ENTERRÍA que

“el advenimiento del reino de la ley fue saludado así como la aurora de una época nueva y luminosa en la que la alineación del individuo en la sociedad (que había hecho de aquél un ser encadenado desde los orígenes mismos de la historia) quedaría definitivamente rota, y fundada con ello la posibilidad de un hombre nue-

626. Discurso pronunciado en Bourges sobre el altar de la Patria, el 5 de julio de 1793, año I de la República Francesa, por PIERRE-ANASTASIO TORNÉ, presidente del Departamento de Cher, tras la proclamación del Acta Constitucional.

627. BOBBIO, N., *Estudios sobre la Filosofía del Derecho de Hegel*, Madrid, CEC, 1989, p. 403.

628. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, cit., pp. 108 y 127.

629. VEDEL, G., *Droit administratif...*, cit., p. 854, “el poder jerárquico se despliega en el seno de una persona jurídica única y pone en marcha las relaciones del jefe con el subordinado”.

vo. Aquellas ideas y estas esperanzas se han quemado del todo desde que fueron propuestas”⁶³⁰.

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 consagró el imperio de la ley (artículos 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11), colocándola “en el centro mismo del sistema de los derechos, [que] está en el origen de los fenómenos capitales derivados en línea recta de la Declaración francesa [...] todo el sistema jurídico queda reducido a un sistema cerrado de leyes, lo que se llamará el positivismo legalista: la revolución jurídica más radical y más importante de la historia, probablemente”. La ley, que “es la expresión de la voluntad general [...] por medio de sus representantes” (art. 6), permite a los agentes públicos actuar por y conforme a ella, de modo que “todo el poder público resultará estrictamente legalizado, en su conjunto y en cada una de sus aplicaciones singulares”⁶³¹. La ley se convierte en el elemento habilitante y legitimador del ejercicio de las funciones públicas:

- a) Define los límites que garantizan el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre con el respeto de los mismos por los demás, que “sólo pueden ser determinados por la ley” (art. 4)⁶³².
- b) Sólo por medio de la Ley se prohíben los actos perjudiciales a la sociedad, lo que no está prohibido está permitido, y a nadie se puede obligar a hacer algo sin el mandato legal habilitante (art. 5)⁶³³.

630. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho”, *RAP*, 40, 1963, p. 197. ELLUL, J., *Histoires des institutions*, Paris, PUF, 1956, p. 293, afirmó que el siglo XIX fue la “época del reino majestuoso de la ley”.

631. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, cit., pp. 80-81 y 112.

632. El artículo 4 estableció la garantía de la libertad individual dentro del respeto a la de los demás, cuyos límites sólo pueden establecerse por la ley, que es más que una reserva legal, porque define el alcance de la ley a este solo y exclusivo fin. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución...*, cit., p. 21, nota 23.

633. RIALS, S., “Généalogie des droits de l’homme”, *Droits. Revue française de théorie juridique*, 2, 1985, p. 11, afirmó que “el artículo 5 es una verdadera carta del positivismo: todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no ordena”. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, cit., p. 111: “la Ley no puede formular un principio de carácter general y abstracto de sumisión, sino que ha de referirse necesariamente a un contenido determinado, a una acción que, aunque enunciada en términos generales y abstractos, ha de referirse a una materia concreta, la cual se presenta como una excepción singular a la situación general de libertad en que la sociedad civil se constituye y en la que el ciudadano está instalado”.

- c) En los casos “determinados por la ley” y las formas que permita se practicarán la acusación, el arresto o la detención “en virtud de la ley” (art. 7).
- d) La ley promulgada con anterioridad tipifica los delitos y establece las penas (art. 8)⁶³⁴.
- e) La ley sancionará el rigor innecesario en la detención del presunto inocente, mientras no sea declarado culpable (art. 9).
- f) La ley establece el alcance del orden público en relación con la manifestación de opiniones (art. 10).
- g) En los casos “determinados por la ley” se responderá del abuso de la libertad de pensamiento y opinión (art. 11).

La Constitución de 1791 consagró el imperio de la Ley al disponer: “No hay en Francia autoridad superior a la Ley; el rey no reina más que por ella, y sólo en virtud de las leyes puede exigir obediencia” (art. 3 de la Sección primera del Capítulo II del Título III). El artículo 4 de la Sección II del Capítulo IV del Título IV encomendó al poder legislativo establecer “las reglas y el modo de las funciones de los administradores [...] sobre todas las partes de la Administración interior”.

El artículo 9 de la misma sección anterior consagró el principio de legalidad de la Administración, al disponer que “pertenece al poder legislativo determinar las reglas y el modo en que los administradores ejercen sus funciones”. También reconoció el derecho del Rey de “anular los actos de los administradores contrarios a la Ley” y la misma posibilidad de hacerlo a los administradores de departamento de “anular los actos de los subadministradores de distrito contrarios a las leyes, a las decisiones de los administradores de departamento y a las órdenes que éstos les hayan transmitido” (arts. 4 y 5). En estos preceptos se estableció el principio del gobierno de los hombres por las leyes, que, como expuso GROETHUYSEN

“lo primero que exige [...] es que el hombre no dependa del hombre, sino solamente de la Ley impersonal [...] Es en la soberanía constante de la ley ejerciéndose sobre todos sin excepción en lo que primeramente parece que puede conciliarse el

634. El principio de legalidad penal por medio de la tipificación de los delitos y las penas se estableció por los artículos 7, 8 y 9. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, cit., pp. 156-164. ARROYO ZAPATERO, L., “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *REDC*, 8, 1983, pp. 9-46.

ideal de la unidad del Estado y las reivindicaciones que exigen que ningún hombre dependa de otro y que todos los hombres sean iguales en Derecho. [...] En lugar de la dominación del hombre se quiere poner la de la Ley. El hombre libre no puede obedecer a otro hombre, no puede someterse más que a la Ley. Debe ser completamente independiente de todo poder, salvo del de la Ley. No hay ante la Ley ninguna excepción, ningún privilegio. Todos deben ser iguales ante la Ley. [...] un todo colectivo, únicamente regulado por la ley, excluyendo todo arbitrio personal. Es así como se concibe el Estado. [...] La Ley es un ser impersonal que, por su carácter general, crea la unidad entre todos. [...] Independiente de los hombres, reposa sólidamente sobre sí misma”⁶³⁵.

El rey y todos los agentes públicos sólo actuaban en nombre de la ley y los poderes judicial, administrativo y militar existían por aquella. Se estableció el imperio de la ley sobre el rey y cualquier autoridad, siendo el monarca el “primer magistrado”, que prestaba juramento a la Constitución, y dictaba resoluciones conforme a las leyes para ordenar su ejecución. Con base en la Declaración y la Constitución se consagró el imperio de la ley, como expuso GARCÍA DE ENTERRÍA:

“La ley pasa así al lugar central del sistema. [...] el instrumento a través del cual impera el único poder legítimo en una sociedad de hombres libres, la voluntad general, actuando por medio de determinaciones generales, impersonales y abstractas, las cuales sólo necesitarán ser particularizadas en los casos concretos por medio de agentes ejecutores, funcionarios o jueces, para ser finalmente efectivas”⁶³⁶.

La legalización de la Administración implicaba su “sumisión a la Ley para que ésta determinase de una manera previa *les regles et le mode de leurs fonctions*, queda así consagrada desde el primer texto constitucional revolucionario. Pero no se trataba sólo de un enunciado retórico, sino que la propia Constitución se preocupó inmediatamente de hacer eficaz ese sometimiento, implantando un sistema de control de observancia de la Ley” en su artículo 5⁶³⁷. Esto fue así porque consideraron que el poder era sospechoso, según la afirmación de SAINT-JUST de que “un pueblo sólo tiene un enemigo peligroso, que es su

635. GROETHUYSEN, *Philosophie de la Révolution Française*, Paris, 1956, pp. 252-253. Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución...*, cit., pp. 10-11.

636. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, cit., p. 130.

637. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Administración Pública...”, cit., p. 571.

Gobierno: el vuestro os ha hecho continuamente la guerra con impunidad”⁶³⁸. Colocaron la ley

“en el lugar central de toda la construcción política y, consecuentemente, en la posición jurídica del Estado y, por lo que ahora nos interesa, de la Administración, [que] experimenta en este momento la más relevante transformación de su historia. Hasta entonces la Administración era un atributo personal del monarca absoluto, vicario de Dios en la tierra que, en virtud de esta superioridad formal, gobernaba por su sola prudencia a la grey de su pueblo. Frente a este criterio de la sola prudencia en la atención al bien general, el aparato administrativo va a tener a partir de ahora que tomar en cuenta las prescripciones de la legalidad, únicas en virtud de las cuales puede ordenar y prohibir”⁶³⁹.

Este nuevo régimen, en su vigencia respecto al Gobierno de los Estados Unidos, fue calificado como un gobierno de leyes y no de hombres por la sentencia *Marbury vs. Madison*, de 24 de febrero de 1803. Recogió la expresión contenida en el artículo XXX de la Constitución de Massachusetts de 1780: *government of Laws, not of men*⁶⁴⁰.

Como ha quedado expuesto, el “reino de la ley” no es el de cualquier norma con este carácter, porque para que exista un Estado de Derecho la ley debe tener el carácter de acto del poder legislativo como asamblea democráticamente representativa, sino que precisa, además, que se imponga y legitime a la Administración; que subordine a la ley, y sólo a ella, los derechos de los ciudadanos excluyendo la posibilidad de que lo haga la Administración, y que existan jueces independientes para aplicarla a los ciudadanos y a la Administración. Sólo de este modo

“el Estado de Derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes; un significado

638. Rapport de 10 de octubre de 1793, citado por SAUTEL, G., “Les jacobins...”, *cit.*, p. 892. BURDEAU, G., *Traité de science politique*, VI, II, Paris, LGDJ, 1971, pp. 151 y 153-154.

639. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Administración...”, *cit.*, pp. 566 y 570.

640. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, *cit.*, pp. 125 y 147: recoge que se trata de la expresión de la vinculación de los jueces al *common law* y la fórmula de BRACON: *ipse autem rex non debet esse sub homine sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem*; así como *non est enim rex ubi dominatur voluntas et nos lex*. NEMO, PH., *Histoire des idées politiques dans l'Antiquité et au Moyen Age*, Paris, PUF, 1998, p. 630.

particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración”⁶⁴¹.

2. El Derecho como ordenamiento e institución

KELSEN sostuvo que para la doctrina tradicional la entidad jurídica Estado y el Derecho eran realidades distintas, porque el Estado cumple su misión histórica al crear su derecho, su orden jurídico objetivo al que se somete, que es “condición del derecho y condicionado por el derecho”:

“El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo el orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización”⁶⁴².

La expresión *Derecho* tiene en las constituciones diversos sentidos, sírvanos de ejemplo la Constitución española de 1978, que ha seguido los modelos europeos contemporáneos. Es definidora de la forma de Estado en el artículo 1. Es algo que trasciende y supera a la Ley en el artículo 103.1, al declarar que la Administración pública actúa “con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”. Un tercer significado está vinculado a los “derechos subjetivos” (arts. 10 y ss.).

La expresión *Ordenamiento jurídico* suele aparecer usada en los textos legales identificándola con el Derecho en general y con el conjunto de normas de un Estado, incluyendo sus principios. Así la han reconocido el Consejo de Estado y el Consejo Constitucional francés, como se expondrá más detalladamente. En este sentido se expresó, muy tempranamente, la Exposición de Motivos (IV.5.3) de la Ley española de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 que, además, incorporó el término *institución*:

“[la Ley] refiere la conformidad o disconformidad del acto genéricamente al Derecho, al Ordenamiento jurídico, por entender que reconducirla simplemente

641. ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2002, p. 23. GAUDEMET, Y., “La loi administrative”, *RD*, 1, 2006, pp. 65-84.

642. KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1984, p. 189.

te a las leyes equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normativa inmanente en la naturaleza de las instituciones”⁶⁴³.

Se identificó esta concepción del ordenamiento jurídico como institución con la concepción institucionalista de ROMANO⁶⁴⁴, porque el concepto de Ordenamiento jurídico se vincula

“no a la inmanente juridicidad de lo institucional, tal y como Romano la establece, sino precisamente al orden normativo considerado en su conjunto; el mismo –y la circunstancia resulta aquí un tanto paradójica– el mismo, decimos, que ya con su conocida y gráfica expresión, fijó Hauriou en el llamado bloque de la legalidad; orden normativo integrado no sólo por leyes –entiéndase normas escritas–, sino también por normas consuetudinarias y, muy especialmente, por los principios generales del Derecho, todos ellos configuradores del obrar de la Administración”⁶⁴⁵.

Por tanto, cuando se habla de Ordenamiento, se utiliza un sentido global, que comprende la Ley y los principios del Derecho, informadores del Ordenamiento y de las instituciones, porque “lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones” (E. M. IV.5).

643. MARTÍN-RETORTILLO, S., “Estudio preliminar” a ROMANO, S., *El Ordenamiento jurídico*, Madrid, IEP, 1963, p. 53: “la superación más absoluta de los criterios positivistas, [...] quizá ningún otro sistema ofrezca al juez administrativo tan amplias posibilidades como el nuestro para hacer realmente efectivo un Estado de Derecho, al reconocer como vinculante para la Administración la misma naturaleza de las propias instituciones”.

644. MARTÍN-RETORTILLO, S., “La desviación de poder en el Derecho español”, *RAP*, 22, 1957, p. 170: “Que el Ordenamiento jurídico es concebido institucionalmente –en el sentido de ROMANO, a cuya obra remitimos la significación de esta idea– parece obvio, al declararse en la Exposición de Motivos, que el Ordenamiento trasciende de un positivismo superado, y al señalar y recoger entre sus elementos, no sólo la normatividad de los principios junto a la de las disposiciones que integran el “bloque de la legalidad”, sino también la específica normatividad derivante de la propia naturaleza de las instituciones. La invalidez del acto que se impugne dependerá de que sea o no conforme a Derecho, y esto último deberá discernirse como una infracción del Ordenamiento jurídico concebido en la amplitud señalada”.

645. MARTÍN-RETORTILLO, S., “Estudio...”, *cit.*, p. 54.

2.1. El ordenamiento jurídico como totalidad y organización

ROMANO expuso la existencia de dos conceptos distintos del Derecho. El primero “designa como Derecho una o más normas concretas, considerando cada una de ellas en sí mismas, o también reagrupándolas con arreglo a su objeto común o a la fuente de la que derivan, o al texto en que se contienen, o con arreglo a otros criterios, más o menos extrínsecos y particulares”. Pero también “se entiende por Derecho algo no sólo más amplio, sino también algo sustancialmente distinto”, como cuando se considera todo el ordenamiento jurídico de un ente determinado en su totalidad⁶⁴⁶. El segundo concepto, Derecho como Ordenamiento, abarca el anterior, en el sentido de que las normas, que son Derecho pero no todo el Derecho, forman parte del Ordenamiento, porque “todas las normas de un determinado Derecho positivo no son sino elementos de un Ordenamiento más amplio y complejo en que se apoyan, y que constituye su base necesaria e imprescindible”⁶⁴⁷.

Aunque las normas forman parte del Ordenamiento y son elementos del mismo, éste se nos presenta como algo distinto de los elementos que lo integran, hasta el punto de que las normas constituyen más bien el objeto de aquél, porque

“el Ordenamiento jurídico así entendido en su conjunto, es una entidad que se mueve en parte según las normas, pero que sobre todo dirige a las propias normas como si fueran las piezas de un tablero de ajedrez, normas que de este modo resultan más bien el objeto, e incluso el medio de su actividad, no un elemento de su estructura”⁶⁴⁸.

El mismo autor afirma que “el Derecho, antes que ser norma, antes que implicar una simple relación o una serie de relaciones sociales es sobre todo organización, estructura, posición en la sociedad misma en la que se desarrolla, y que precisamente el Derecho constituye como unidad, como ente con sustantividad propia”⁶⁴⁹. ROMANO utilizó el término *estructura* en el significado

646. ROMANO, S., *El Ordenamiento...*, cit., p. 95.

647. ROMANO, S., *El Ordenamiento...*, cit., p. 192.

648. ROMANO, S., *El Ordenamiento...*, cit., p. 100.

649. ROMANO, S., *El Ordenamiento...*, cit., p. 113.

propio del “estructuralismo específico”, como búsqueda de un sistema de relaciones e interacciones en una estructura subyacente⁶⁵⁰.

El Derecho da unidad a la sociedad. Por tanto, decir que el Derecho es organización supone la necesidad de poner en relación el concepto de Derecho con el de sociedad. Ésta no es una simple relación entre los distintos individuos, como sería por ejemplo una relación de amistad a la que es extraño todo elemento jurídico, sino una entidad que constituya, incluso formal y extrínsecamente, una unidad, concreta y distinta de los individuos que en ella se comprenden. Y debe tratarse, además, de una unidad efectivamente constituida: así, aduciendo otro ejemplo, una clase o un estrato social no organizado como tal, sino determinado por una simple afinidad entre distintas personas, no es una sociedad verdadera y propia⁶⁵¹. Como el Derecho es organización,

“lo que no trasciende de la esfera estrictamente individual y no supera la vida del individuo concreto en cuanto tal, no es Derecho (*ubi ius ibi societas*); a su vez, inversamente, no existe sociedad en el sentido propio del término, sin que en ella se manifieste el fenómeno jurídico (*ubi societas ibi ius*)”⁶⁵².

Como la expresión “Ordenamiento jurídico” evoca la idea de regla o norma, ROMANO consideró necesario “sustituir la palabra *ordenamiento* por otra que no reclamase tan insistentemente y por tan inveterada costumbre la idea de *norma*, aun sin que la excluyera, ya que esto sería a su vez no menos inexacto”, proponiendo como término equivalente al de *Ordenamiento* el de *institución*⁶⁵³:

“No hay duda de que ésta es un ordenamiento; las palabras, con las que se le califica, tienden precisamente a resaltar esta idea, y éste y no otro es también el significado etimológico de la palabra “Estado”, con la que si bien ahora se designa a la más importante de las instituciones, antes se refería igualmente a otros entes públicos, especialmente a los municipios”⁶⁵⁴.

650. Cuando hablamos del Ordenamiento jurídico como estructura, estamos tratando de aplicar un método científico, el análisis estructural, para lograr “la identificación de sistemas, para penetrar en su interioridad y hallar las reglas conforme a las cuales se relacionan los elementos dentro de un régimen de diferencias y oposiciones, a fin de buscar lo primario y conformador, que subyace a todo”, como dice HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid, 1971, II, p. 250.

651. ROMANO, S., *El Ordenamiento...*, cit., p. 112.

652. ROMANO, S., *El Ordenamiento...*, cit., p. 111.

653. ROMANO, S., *El Ordenamiento...*, cit., p. 111.

654. ROMANO, S., *El Ordenamiento...*, cit., p. 130.

2.2. El ordenamiento jurídico como institución

Aunque el concepto de institución pueda resultar impreciso, contempla al hombre en su dimensión social sin “desprivatizarle”, estableciendo un puente entre el individuo y la colectividad, en cuanto la institución constituye un grupo social en el que participa la persona manteniendo su individualidad. Responde a un movimiento de reacción frente a las concepciones individualistas desconocedoras de que, además de los individuos, existen grupos sociales, todos los cuales integran el organismo social. Para GARCÍA DE ENTERRÍA la equivalencia en el Derecho de la estructura molecular de la materia, como sistema organizado, es la estructura institucional:

“Una institución es un régimen orgánico de un tipo de relación social determinada [...] cada institución está constituida sobre uno o varios principios generales del Derecho propio y específico, sin perjuicio de que puedan afectarla otros de radio más amplio. Son los principios institucionales los que organizan las distintas normas reguladoras disponibles para el régimen de la institución, los que dan a las mismas todo su sentido y alcance, y a la vez, los que precisan, según una lógica propia, la articulación de todas ellas, así como la solución procedente en caso de insuficiencia de alguna de ellas o de laguna. Los principios institucionales son principios generales del Derecho porque trascienden a las normas concretas y porque en ellos se expresa siempre necesariamente un orden de valores de justicia material; son así, a la vez, nódulos de condensación de valores ético-sociales y centros de organización del régimen positivo de las instituciones y animadores de su funcionamiento”⁶⁵⁵.

DABIN definió la institución como un “conjunto de reglas jurídicas que concurren a un fin común”. Con el significado propio de la sociología jurídica, la institución

“constituye el conjunto de prácticas sociales organizadas de una manera estable alrededor de una pluralidad de factores simbólicos y materiales a menudo consagrados oficialmente, que, en su relación con ciertas características estructurales de la sociedad, expresa o tiende a realizar funciones sociales”⁶⁵⁶.

655. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 83-84.

656. *Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 303.

Según BURDEAU el concepto de institución es más amplio en el orden jurídico-institucional. Constituye

“una idea en la medida en que actúa; la acción que la concreta no es más que la forma exterior de su potencia actuante; la acción no hace más que dar la idea de una individualidad social. Mientras que el fin de un organismo permanece exterior a él y evoca la idea de un resultado lejano, la idea de la obra se incorpora a la institución de suerte que se encuentra ya realizada parcialmente [...] En resumen, en la institución es la idea la que actúa a través de la acción, mientras que en las agrupaciones, las sociedades o los cuerpos no institucionales, es el grupo o el organismo quien actúa cara a un fin que, asumido, será la realización de la idea. La idea existe en la institución, en todo la justifica, la motiva o dirige la actividad”⁶⁵⁷.

La teoría institucional se manifiesta a través de las escuelas francesa e italiana, y son, respectivamente, sus figuras más destacadas HAURIOU y ROMANO.

2.2.1. *El concepto de institución de HAURIOU*

Para HAURIOU el Derecho no debía girar en torno a la figura jurídica del contrato, como venía entendiéndolo el Derecho civil a partir de la Revolución Francesa, consagrado en la vida pública por el pacto social, y en la vida privada por el principio de autonomía de la voluntad. Consideró que la institución “representa en el Derecho, como en la historia, la categoría de la permanencia, de la continuidad, de lo real”, de modo que “en el momento en que una organización social se instituye, se transustancia”⁶⁵⁸. Definió la institución y sus elementos constitutivos como

“una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea se organiza un poder que le procura órganos, por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de

657. BURDEAU, G., *Traité...*, cit., II, pp. 255-256.

658. HAURIOU, M., *La science sociale traditionnelle*, Paris, Larose, 1896, p. 360. WEINBERGER, O., “Les théories institutionnalistes du droit”, en *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 70: “son las consideraciones sobre la realidad del Derecho y de las personas jurídicas las que han guiado el institucionalismo clásico de M. Hauriou”.

la idea. Se producen manifestaciones de comunión dirigidas por los órganos del poder y reglamentadas mediante procedimientos”⁶⁵⁹.

Distinguió tres elementos en toda institución corporativa: la idea de la obra a realizar en un grupo social; el poder organizado puesto al servicio de esta idea para su realización, y la manifestación de comunión que se produce en el grupo social respecto de la idea y de su realización. Hay dos tipos de instituciones en función de su personificación:

a) Instituciones-personas o de los cuerpos constituidos (Estados, asociaciones, sindicatos, etcétera). El poder organizado y las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo se interiorizan en el marco de la idea de la obra; después de haber sido el objeto de la institución corporativa, la idea se convierte en el sujeto de la persona moral que se desarrolla en el cuerpo constituido.

b) Instituciones-cosas. El elemento del poder organizado y el de las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo no se interiorizan en el marco de la idea de la obra; existen sin embargo en el medio social, pero permanecen exteriores a la idea; la regla del Derecho socialmente establecida es una institución de este segundo tipo; es una institución porque, en tanto que idea, se propaga y vive en el medio social, pero no engendra, visiblemente, una corporación que le sea propia; vive en el cuerpo social, por ejemplo en el Estado, utilizando su poder de sanción y aprovechando las manifestaciones de comunión que se producen en él. No puede engendrar una corporación porque no es un principio de acción o de empresa sino, por el contrario, un principio de limitación.

Las instituciones nacen, viven y mueren jurídicamente. Nacen mediante operaciones fundacionales que les proporcionan su fundamento jurídico al continuarse; viven una vida a la vez objetiva y subjetiva, gracias a operaciones jurídicas de gobierno y de administración repetidas y, además, ligadas por procedimientos; mueren, en fin, mediante operaciones jurídicas de disolución o

659. HAURIU, M., “La teoría de la institución y de la fundación”, en *Obra escogida*, traducción de SANTAMARÍA PASTOR, J. A. y MUÑOZ MACHADO, S., Madrid, 1976, pp. 259, 266 y 267. HAURIU, M., *Principios de Derecho público y constitucional*, Madrid, 1927, p. 84, la define como “una idea objetivada, transformada en una obra social por su fundador, idea que recluta adhesiones en el medio social y sujeta así a su servicio voluntades individuales indefinidamente renovadas”.

de abrogación. Así, las instituciones representan jurídicamente la permanencia, y su sólida urdimbre se cruza con la débil trama de las relaciones jurídicas pasajeras⁶⁶⁰.

Las instituciones corporativas conocen el fenómeno de la incorporación, que las conduce al de la personificación. Estos dos fenómenos están, a su vez, bajo la dependencia de un movimiento de interiorización que hace pasar al marco de la idea directriz de la empresa; en primer lugar, a los órganos de gobierno con su poder de voluntad y, luego, a las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo. Este triple movimiento de interiorización, de incorporación y de personificación es de capital importancia para la teoría de la personalidad⁶⁶¹.

HAURIOU formuló las siguientes conclusiones:

“1. Es más bien por medio de las instituciones corporativas de las que forma parte el Estado, y por el de la operación de fundación de estas instituciones, por donde buscarse el fundamento de la continuidad en las cosas sociales. Las instituciones corporativas, en tanto que viven y que aseguran en ellas y en torno de ellas la continuidad de la idea directriz y de su acción, tanto de una manera objetiva como de una manera subjetiva, sostienen y mantienen a su alrededor, y en virtud de su poder, todas las situaciones jurídicas que deben perdurar. Como ellas mismas deben la existencia a una operación de fundación que se repite y se continúa, puede afirmarse que la duración y la continuidad se deben al conjunto de los tres elementos de la operación de fundación: la idea directriz, el poder y las manifestaciones de comunión consensual, elementos que se encuentran en la institución misma [...].

2. De paso, comprobamos la realidad de las personas morales al observar el carácter natural de los fenómenos de incorporación y de personificación de las instituciones; el alcance de esta primera observación ha sido reforzado por esta

660. HAURIOU, M., “La teoría...”, *cit.*, p. 266. La doctrina pone de manifiesto la posibilidad de la mutación institucional por cambio del fin que se le asignó en el momento de su creación. BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973, p. 274, expone la evolución de la institución del Primer Ministro desde Jorge I de Inglaterra. GARCÍA DE ENTERRÍA “Prólogo” a ROCA ROCA, E., *El expediente contradictorio de ruina*, Santillana, Madrid, 1966, habla de la “hipóstasis de las instituciones”, refiriéndose a la mutación de sus fines, como ocurrió con la declaración de ruina, que nació para garantizar la seguridad y ornato público y se utiliza para el desalojo de inquilinos.

661. HAURIOU, M., “La teoría...”, *cit.*, p. 275.

segunda, a saber, que si la incorporación realizaba, gracias a la idea directriz de la institución, una continuidad objetiva, la personificación realizaba a su vez la continuidad subjetiva de esta misma idea, cuyos efectos venían a sumarse a los anteriores. [...].

3. Por último, me parece que el papel secundario que corresponde a la regla de derecho dentro del conjunto del sistema jurídico, surge de estas explicaciones. El hecho significa que [...] las reglas de Derecho, en tanto que ideas directrices, no poseen vida suficiente para organizar en torno de sí una corporación que le sea propia y en las que ellas logren expresarse, prueba suficientemente que son inferiores a las ideas directrices que logran poseer vida bastante como para incorporarse [...] el verdadero elemento objetivo del sistema jurídico es la institución; es verdad que ella contiene un germen subjetivo que se desarrolla por el fenómeno de la personificación, pero el elemento objetivo subsiste en el *corpus* de la institución y este solo *corpus* con su idea directriz y su poder organizado, es muy superior en virtud jurídica a la regla de Derecho, porque son las instituciones las que determinan las reglas de Derecho, y no las reglas de Derecho las que crean las instituciones”⁶⁶².

La institución configura una ordenación interna que se manifiesta en los aspectos disciplinario y estatutario, de modo que “la idea directriz de toda la actividad tiende a expresarse subjetivamente; en primer lugar en la institución por medio de reglas de derecho disciplinario o estatutario que, por decirlo de algún modo, ella segrega”⁶⁶³. El primero es “el conjunto de actos jurídicos emanantes de la autoridad social instituida o que tienen por objeto imponer a los individuos medidas sea para crear situaciones contrarias, sea para reprimir las desviaciones de conducta, principalmente en interés de la institución y bajo la única sanción de su fuerza de coerción”⁶⁶⁴. Se dota, además, de un derecho estatutario para determinar el régimen de las obligaciones y los derechos de los miembros y de los órganos de las instituciones con el fin de establecer un orden social interno.

662. HAURIU, M., “La teoría...”, *cit.*, pp. 254-296. “Las instituciones representan en el Derecho, como la historia, la categoría de la permanencia, de la continuidad y de lo real, la operación de su constitución constituye el fundamento jurídico de la sociedad y del Estado” (p. 259).

663. HAURIU, M., *Précis...*, *cit.*, p. 19; “La théorie de l’institution et la fondation (essai de vitalisme social)”, en *Aux sources du droit: le pouvoir, l’ordre et la liberté*, Université de Caen, 1986, p. 116.

664. HAURIU, M., *Principes...*, *cit.*, p. 137.

2.2.2. *El concepto de institución de ROMANO*

ROMANO no compartió el pensamiento de HAURIUO, para el que la institución es fuente de Derecho. Para el autor italiano, en la órbita de GIERKE, la institución y el Derecho constituyen dos momentos de la misma realidad. Le reconoce a HAURIUO el mérito de “haber introducido en el mundo jurídico la idea de institución en un sentido amplio, idea de la que hasta entonces sólo vestigios, muy superficiales por cierto, podían encontrarse no ya en el campo de la especulación sino en el de la simple terminología política y sociológica”⁶⁶⁵. Consideró que la doctrina de la institución debía enunciarse con mayor amplitud y precisión, partiendo de una caracterización esencialmente diferente de la que ofreció HAURIUO. La crítica que formuló a este autor puede sintetizarse en estas dos ideas⁶⁶⁶:

a) Que el concepto de institución de HAURIUO es demasiado reducido, por limitarse a aquella clase de organizaciones sociales que, como el Estado, han alcanzado ya un cierto grado de desarrollo y de perfección:

“la idea que ha impulsado a HAURIUO ha sido la de estructurar su institución a imagen y semejanza de la mayor de todas las instituciones, el Estado y más concretamente a imagen y semejanza del Estado moderno, cuando, por el contrario, lo que interesaba era fijar una figura de caracteres generales, cuyas notas contingentes pueden variar y de hecho varían hasta el infinito”⁶⁶⁷.

b) Que al tratar de resaltar el carácter objetivo de la institución, y queriendo dejarlo fuera del concepto de persona jurídica, se la ha catalogado dentro de las cosas:

“aun cuando la denominación de res publica con la que los romanos designaban al Estado, esto es, a la institución más importante, pueda proporcionar un cierto pretexto para tal tratamiento, es evidente que si la palabra cosa se usa en su justo

665. ROMANO, S., *El Ordenamiento...*, cit., p. 118.

666. ROMANO, S., *El Ordenamiento...*, cit., pp. 119-121, 122-127.

667. HAURIUO, M., *Précis de Droit administratif et de Droit publique*, prefacio de la 6.ª edición, 1907, en *Obra escogida*, cit., p. 85: “ha llegado el momento de considerar al Estado no como una soberanía, ni como una ley, sino como una institución o conjunto de instituciones, o, más exactamente todavía, como la *institución de las instituciones*”.

significado jurídico, no expresa con exactitud el concepto de institución, sino que inversamente lo anula como categoría independiente”.

Después de la crítica, ROMANO formuló su concepto de *institución*: “todo ente o cuerpo social”. Esta definición la amplió con una alusión a los distintos elementos que en ella están implícitos⁶⁶⁸:

a) El ente-institución debe tener una existencia objetiva y, concreta y, en cuanto inmaterial, su individualidad debe ser exterior y visible. De aquí que se hable de “cuerpo” social.

b) Manifestación de la naturaleza social del hombre es que el sustrato de la institución deba estar constituido, siempre y necesariamente, por personas relacionadas entre sí:

“Algunas [instituciones] resultan, en efecto, además de otros elementos, de varios individuos que pueden coexistir o, incluso, sucederse unos a otros, unidos por intereses comunes o continuos, o por una finalidad, por una misión que ellos quieren alcanzar. Pero hay instituciones que tienen un fundamento distinto, es decir, que constan de un conjunto de medios, materiales o inmateriales, personales o reales, patrimoniales o de naturaleza ideal, destinados a servir de modo permanente a un fin determinado en beneficio no ya de personas que pertenecen a la institución misma, sino de personas ajenas a ellas y que no son miembros, sino sólo sus destinatarios. En este caso, como en todos los demás, las instituciones benefician a hombres, son administradas y dirigidas por hombres pero aquí, por el contrario, no se componen de hombres”.

En este punto conviene advertir que no todas las instituciones son personas jurídicas. Éstas constituyen únicamente una especie de un género más amplio, el de las instituciones.

c) Tiene individualidad propia, constituye un ente cerrado que puede considerarse *in se* y *per se*. Esta individualidad no impide el que la institución pueda encontrarse relacionada con otras instituciones o que, incluso, forme parte de otras instituciones más amplias:

“Así, junto a las instituciones simples, son frecuentísimas aquellas que pueden calificarse de complejas y que son instituciones de instituciones. Por ejemplo, el Estado, que de por sí es ya una institución, está comprendido también en aquella

668. ROMANO, S., *El Ordenamiento...*, cit., pp. 122-127.

otra más amplia que es la comunidad internacional, al mismo tiempo que dentro de él pueden distinguirse otras instituciones, como los entes públicos subordinados, los municipios, las provincias, incluso sus distintos órganos, entendidos como oficios; en el Estado moderno, los llamados poder legislativo, judicial y administrativo, en cuanto cada uno de ellos son unidades formadas por distintos oficios relacionados entre sí; también los establecimientos cuya estructura se ha perfilado de modo especial en el Derecho administrativo, como las escuelas, las academias científicas, los establecimientos de todo género, etcétera”.

d) La institución es, por último, una unidad permanente, esto es, que no pierde su identidad, al menos necesariamente, siempre que cambian sus elementos concretos. Las personas integrantes de la institución o destinatarios de su actividad, los medios de que dispone la institución, los intereses que tutela, las normas por las que se rige, etcétera, pueden renovarse y, sin embargo, mantener la institución su propia individualidad. De aquí que no se deba identificar la institución con aquello que, aunque pueda ser necesario para darle vida, se integra en ella.

Como ya se ha dicho, para ROMANO *institución* y *ordenamiento* resultan conceptos equivalentes, así como *ordenamiento* y *ordenamiento jurídico*, ya que el fin del Derecho es la organización social:

“El Derecho no consagra sólo el principio de la coexistencia de los individuos, sino que se propone, sobre todo, vencer la debilidad y la limitación de sus fuentes singulares, superar su caducidad, *perpetuar ciertos fines más allá de su vida natural, creando para ello entes sociales más fuertes y más duraderos que ellos*. Estos entes vienen a establecer así aquella síntesis, aquel sincretismo en el que el individuo permanece encerrado: no sólo es regulada su actividad, sino también la posición misma –sea de supremacía o de subordinación– que tienen en relación con los demás; energías y cosas son destinadas a fines permanentes y generales, y ello con un conjunto de garantías, de poderes, de sujeciones, de libertades y de frenos que reducen a sistemas y unifican una serie de elementos, ya suficientes *in se* y *per se*. Esto significa que la institución, en el sentido que nosotros le asignamos, es la manifestación primaria, original y esencial del Derecho, que a su vez no puede exteriorizarse sino en una institución, y ésta en tanto existe y puede decirse tal, en tanto en cuanto su vida es creada y mantenida por el Derecho”⁶⁶⁹.

669. ROMANO, S., *El Ordenamiento...*, cit., p. 131.

Derecho e institución son un mismo y único fenómeno. No existe una prioridad cronológica del Derecho sobre la institución, porque el Derecho es el principio vital de toda institución:

“Aunque en un cierto sentido pudiera ser exacto el concebirla como el cuerpo o como el armazón o estructura del Derecho, ello no supone que, ni material ni conceptualmente, sea éste separable de la institución, del mismo modo que no se puede distinguir la vida del cuerpo viviente. No son dos fenómenos que estén en una cierta relación, que el uno corresponda al otro; se trata, por el contrario, de un mismo y único fenómeno”⁶⁷⁰.

Existen autores que discuten la concepción del Derecho como Ordenamiento si el término se entiende no como conjunto de normas sino como institución, que es la idea de ROMANO, considerando institución al mismo Derecho, porque confunde el poder social del que el Derecho deriva con el propio Derecho.

Sin embargo, para la concepción del autor italiano, la posibilidad de crear un ordenamiento es una manifestación de la autonomía del sujeto porque

“en su significado más específico, que corresponde a su terminología y es la que aquí nos interesa, indica: subjetivamente, la potestad de darse un ordenamiento jurídico, y objetivamente, el carácter propio de un ordenamiento jurídico que individuos o entidades se construyen por sí, en contraposición al carácter de los ordenamientos que para ellos son constituidos por otros”⁶⁷¹.

La autonomía no es sólo la “potestad de darse un ordenamiento jurídico” por parte de los sujetos que la tienen reconocida, sino que “también se perfila

670. ROMANO, S., *El Ordenamiento...*, cit., p. 135. En nota 29 ter, añade: “Ciertamente, si se debe decir que un Ordenamiento jurídico es una institución, y una institución es un Ordenamiento jurídico, puede también afirmarse que toda institución tiene un Derecho, esto es, un Ordenamiento, si por tal se entienden sólo los principios y las normas que lo integran o que de él emanan, del mismo modo que se dice que el todo tiene este o aquel elemento de entre todos los que lo integran. Así se afirma, “yo tengo un alma” si, por un momento al menos, quien habla se configura como un cuerpo animado, quien inversamente puede también afirmarse que “yo tengo un cuerpo”, si se parte de que un alma ha tomado cuerpo; pero la verdad es que se es un ser corporal y espiritual al mismo tiempo”.

671. ROMANO, S., *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1964, p. 38.

respecto de ordenamientos a cuya formación sea extraño todo sujeto como tal y, por tanto, toda potestad”. Se aplica a la producción involuntaria y anónima de la costumbre y “en entidades desprovistas de personalidad jurídica, y que, por consiguiente, al poner un ordenamiento propio, no ejerciten una potestad suya”, como son las entidades de hecho y sus estatutos, o las normas reglamentarias de los órganos estatales en sus relaciones internas que tienen cierta autonomía.

Rechazó ROMANO la identificación de soberanía con autonomía: “está en crisis, no el concepto de soberanía, sino el de autonomía en cuanto se identifica con el primero”. La palabra autonomía queda de este modo reservada a los “ordenamientos no originarios, adquiriendo así un más preciso y claro relieve”, mientras que la soberanía es la suprema potestad que se manifiesta en las potestades legislativa, ejecutiva y jurisdiccional. Cuando potestades análogas a estas “se atribuyen a sujetos no soberanos por un ordenamiento originario como el estatal, asumen aquellas las figuras de la autonomía, la autarquía y la autotutela, que de este modo quedan perfectamente diferenciadas de las primeras”:

“la autarquía es una afirmación de limitada independencia consentida por un ordenamiento al cual se está subordinando en cuanto a lo demás. Y lo mismo hay que decir a propósito de la autotutela y de la autonomía. De autonomía, de autarquía y de autotutela se puede hablar, y efectivamente se habla, a propósito del Estado o de otras entidades que dentro del ámbito del propio ordenamiento son soberanos, sólo cuando entran a formar parte de comunidades más amplias y en consideración al ordenamiento de tales comunidades: por ejemplo, de un Estado federal o de la comunidad internacional. La subordinación en que vienen entonces a encontrarse ellos respecto de otro sujeto, o cuando menos respecto de un ordenamiento objetivo mayor, basta para establecer la antítesis previamente expuesta de las tres figuras antedichas, a pesar de que se trate de una subordinación que no cancela el carácter originario de sus ordenamientos respectivos”⁶⁷².

Concluyó ROMANO afirmando que “el carácter específico de la autonomía debe buscarse, no tanto en el elemento de la voluntad con que ella puede manifestarse, cuanto en el hecho objetivo de la formación de un ordenamiento que tenga ciertos requisitos de independencia y al mismo tiempo de dependencia, esto es, de limitada independencia de otro ordenamiento”⁶⁷³.

672. ROMANO, S., *Fragmentos...*, cit., pp. 43-44.

673. ROMANO, S., *Fragmentos...*, cit., pp. 61-62.

2.2.3. Valoraciones de la concepción institucional

LEGAZ LACAMBRA valoró positivamente la teoría de la institución por aportar “la renovación del método jurídico tradicional, en el repudio del prejuicio positivista legalista y en el reconocimiento de que la estatalidad no es un requisito ontológico del Derecho, el cual es más bien una forma necesaria de todo vivir social”⁶⁷⁴. El concepto de la institución ha enriquecido el campo del Derecho al incorporarle el principio de persona social, que había sido relegado a partir de la concepción individualista del Derecho que proclamara la Revolución Francesa:

“La institución ha venido a superar el formalismo jurídico, que había reducido al Derecho a una simple técnica sin aliento vital [...] el institucionalismo también ha venido a desmentir el positivismo, que culminó en la aberración de identificar Derecho y Estado haciendo del hombre un ser subsumido en el ente estatal. La teoría institucional ha puesto de relieve la necesidad ética del Derecho, con lo cual ha enriquecido su contenido ontológico. Así el ser del Derecho ha ganado en profundidad y en libertad, esta es la gran contribución del iusnaturalismo”⁶⁷⁵.

BODENHEIMER vinculó la teoría institucionalista al organicismo de las concepciones fascistas del Estado y la sociedad, por ser

“una teoría jurídica y social que desplaza al individuo de su posición de unidad primaria de la vida social, colocando en su lugar al grupo, asociación, corporación u otra institución. Pero no es la forma de colectivismo que contemplan el socialismo o el comunismo. Sus supuestos políticos son más bien fascistas que socialistas”⁶⁷⁶. En algunos aspectos la teoría de la institución recuerda a la del Estado corporativo de los fascistas italianos, tal como fue planteada originariamente y que no ha llegado nunca a ser plenamente realizado por ellos. Pero hay entre ambas doctrinas

674. LEGAZ LACAMBRA, J., *Filosofía del Derecho*, Madrid, IEP, 1961, p. 151.

675. RODRÍGUEZ-ARIAS, L., “Teoría de la institución”, en *Persona y Derecho*, 12, 1985, p. 240.

676. MAZERES, J.-A., “Préface” a MILLARD, E., *Famille et droit public*, Paris, LGDJ, 1996, p. XVIII: “el pensamiento de Hauriou –y la teoría de la institución que la estructura– está en los antípodas de lo que constituye los ingredientes de la ideología fascista o nacional-socialista [...] la teoría de la institución está construida sobre la obra, el proyecto, la indeterminación creativa de la política”.

diferencias considerables. La teoría de la institución –al revés que el fascismo– tiende a poner en cierto modo en segundo término la importancia del Estado; prefiere subrayar la importancia de la familia, la Iglesia, la asociación comercial o el sindicato industrial”⁶⁷⁷.

HERNÁNDEZ GIL criticó a ROMANO porque se atiene “a lo jurídicamente organizado como tal, sin preocupaciones de otro alcance”, le “falta la mirada hacia arriba”, pues “no desemboca el trascendentalismo de la justicia”; y le “falta la mirada hacia abajo”, ya que “no desciende a tomar en consideración la sociedad subyacente”. Invocó la opinión de BOBBIO para quien esta construcción “no tiene nada que ver con la doctrina realista, ni con la sociología jurídica”, sino que es “formalista”, porque “considera el Derecho como forma de las relaciones sociales, que, en cuanto a tal, puede y debe ser estudiado independiente de sus relaciones con la realidad subyacente”⁶⁷⁸.

Existen autores que discuten la concepción del Derecho como Ordenamiento si el término se entiende no como conjunto de normas sino como institución, que es la idea de ROMANO, considerando institución al mismo Derecho, porque confunde el poder social del que el Derecho deriva con el propio Derecho:

“pensar que el Poder, per se, cualesquiera que sean sus manifestaciones y formas de ejercicio, el Derecho, conduce directamente a la juridificación de todas las relaciones de fuerza que, desde la cima del Estado, puedan producirse en el seno de una sociedad. Se trata, sin duda, de un razonamiento sin sentido, dado que a nadie se le oculta que el Poder es capaz de actuar antijurídicamente, lo que no se concebiría si él mismo fuera Derecho”⁶⁷⁹.

Más recientemente, TANGUY sostuvo que el modelo institucional de HAU-RIOU “no es hoy un modelo global de análisis de los fenómenos jurídicos y sociales como lo había imaginado”⁶⁸⁰.

677. BODENHEIMER, E., *Teoría del Derecho*, Méjico, FCE, 1964, p. 221.

678. HERNÁNDEZ GIL, A., “El ordenamiento jurídico y la idea de justicia”, citado por VALLET DE GOYTISOLO, J., *Estudios sobre fuentes del Derecho y método jurídico*, Madrid, 1982, p. 99.

679. SÁINZ DE BUJANDA, F., *Sistema de Derecho Financiero*, I-1.º, Madrid, 1977, p. 405.

680. TANGUY, Y., “L’institution dans l’oeuvre de M. Hauriou”, *RDP*, 1991, p. 60.

2.2.4. *El ordenamiento jurídico como pauta de conductas sociales*

MORTATI analizó el fenómeno jurídico a partir de las relaciones humanas como un medio para resolver los conflictos sociales mediante el establecimiento de unos criterios o pautas de valoración de conductas y la creación de mecanismos que sancionen el incumplimiento o el desajuste respecto a aquéllas. Para que exista un Ordenamiento jurídico deben concurrir los siguientes elementos:

“1. Un grupo de sujetos ligados por intereses comunes que exigen la cooperación o por lo menos la coordinación de las actividades de los particulares que resultan relevantes al fin de la satisfacción de los citados intereses.

2. Los cánones para la valoración de los comportamientos de los sujetos necesarios para poder atribuir a ellos las calificaciones que vienen referidas por las exigencias del sistema.

3. El conjunto de las relaciones concretas que nacen por efecto de la interacción entre los sujetos (entre ellos y con la autoridad), calificados por los cánones precitados, así como el conjunto de situaciones que nacen para los particulares de las relaciones mismas que pueden ser: activas o pasivas, de poder o de deber, de pretensión o de obligación.

4. Una autoridad social [...] que opera como poder activo del grupo dirigido a declarar y actuar su voluntad hecha objetiva, es decir, sustraída a los impulsos particulares y arbitrarios de los individuos.

5. El conjunto de los medios de los que la autoridad se vale para la tutela del orden que se efectúa haciendo efectivas las consecuencias predispuestas en ventaja de aquellos que uniforman sus propios comportamientos a los fines del grupo, o en perjuicio de los otros que, por el contrario, los contravengan y que, como se ha visto, dan vida a las sanciones”⁶⁸¹.

Por ello consideró que el Ordenamiento jurídico es la objetivación de los criterios valorativos a través de unos procedimientos que son aceptados generalmente por el cuerpo social, sin considerar el hecho psicológico o social que determine o motive tal aceptación, porque los criterios valorativos de conducta que recoge el Ordenamiento responden a los deseos o aspiraciones de una comunidad y están común o mayoritariamente admitidos. Por tanto, la valoración de cualquier conducta se hace en relación con un ordenamiento, lo que da lugar

681. MORTATI, C., *Istituzioni di Diritto pubblico*, I, Padova, 1969, pp. 5 y 6.

a valoración distinta tanto en ordenamientos diferentes como, incluso, dentro de un mismo ordenamiento en función de la variación de sus coordenadas de espacio y tiempo, de los valores sociales vigentes en cada momento histórico⁶⁸².

2.3. El ordenamiento jurídico integra los principios generales del Derecho

Cuando se alude a los Principios generales del Derecho no se están invocando, necesariamente, los propios del Derecho natural ni se confunden aquellos con este. Como señaló DE CASTRO, la relación entre los principios y el Derecho natural queda matizada al señalar los errores que hay que evitar: a) Que, al sostenerse que los principios del Derecho natural son principios generales del Derecho positivo, se alude al Derecho natural objetivo y se rechazan las pretendidas reglas, invención arbitraria de la dirección individualista. b) Que no todos los principios del Derecho natural son recibidos por el Derecho positivo. c) Que no todos los principios generales son de Derecho natural, pues existen también los tradicionales y los políticos⁶⁸³. Para este eminente civilista, los principios jurídicos

“son la base en que descansa la organización jurídica; la parte permanente del Derecho y también la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica. Los principios informan a todas las normas formuladas; las convierten de flatus vocis o de pintados signos en mandatos y reglas de conducta, y hacen un conjunto orgánico de las frases descosidas de un inconexo articulado. Determinan el modo cómo lo jurídico actúa sobre la realidad social y cómo ésta, a su vez, influye sobre las normas jurídicas”⁶⁸⁴.

682. Como refleja en el Derecho positivo español el artículo 3.1 del Código civil al hacer referencia a que la interpretación de las normas ha de tener en cuenta “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

683. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, I, Madrid, IEP, 1949, p. 411. DÍEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1973, p. 205: “No cabe confundir los principios generales del Derecho, que son normas de Derecho positivo (art. 6 CC), con las reglas de Derecho natural, porque ni todas las reglas del Derecho natural son recibidas por el Derecho positivo, ni las normas del Derecho natural son las únicas susceptibles de dar origen a un principio general jurídico. La tradición de un país o la ideología política que lo domina pueden dar origen a principios de Derecho, que en rigor no tienen nada que ver con el Derecho natural, cualquiera que sea la forma que se entienda éste”.

684. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho...*, I, cit., p. 416.

DE CASTRO atribuyó a los principios generales las funciones de fundamento del Ordenamiento jurídico, medio orientador de la labor interpretativa y fuente en caso de insuficiencia de la Ley o de la costumbre, por cuanto “los principios generales derivan su fuerza jurídica de la misma comunidad jurídica, expresando de modo más directo su idea de la vida. De aquí que, naturalmente, tengan una significación primaria entre las fuentes jurídicas”. Formuló la siguiente conclusión sobre su significado:

“En resumen, el significado jurídico de los principios reside en el valor intrínseco (*ratio*) que se les reconoce en la comunidad, el trámite de positivación va unido a su propia existencia (vigencia social) y los datos de donde se induce su nacimiento sólo importan en los casos en que la propia vigencia del principio es insegura. Este su peculiar carácter puede explicar la apariencia, un tanto paradójica, de sus notas, su evidencia y falta de exteriorización, su falta de puesto fijo en la jerarquía de las fuentes, ser fundamento del Ordenamiento y a veces ser más variables que las leyes, su especialidad como fuente independiente y su conexión íntima con todas las normas del Ordenamiento”⁶⁸⁵.

DÍEZ PICAZO distinguió entre los principios en sentido estricto y las normas “principales”:

a) Los principios en sentido estricto son “juicios de valor que inspiran e informan una normativa o la disciplina de una institución (por ejemplo, el llamado principio de buena fe, el de fe pública, el de carácter subjetivo de la responsabilidad o responsabilidad por culpa, etcétera)”.

b) Las normas principales son “normas jurídicas de carácter básico en la organización del grupo social o de la disciplina e instituciones que a su vez son básicas para el grupo social. Las normas principales pueden ser legales o pueden ser simplemente consuetudinarias. Su carácter normativo les es dado por su propia fuente de producción, pero su carácter principal es ajeno a ella. El carácter principal no descansa en la autoridad del Estado, ni tampoco en la de quienes han creado el uso. Tiene su fundamento en la comunidad entera, en la medida en que es ella misma, a través de las convicciones, creencias o juicios de valor que profesa, quien le confiere este carácter”⁶⁸⁶.

685. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho...*, I, cit., p. 417.

686. DÍEZ PICAZO, *Experiencias...*, cit., p. 207.

2.4. Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo

La aplicación de los principios generales del Derecho al control de la actividad de la Administración y su sumisión al ordenamiento jurídico fue propiciada por la doctrina por cumplir una triple función: fundamento, interpretación e integración del ordenamiento jurídico. En esta línea se manifestó BALLBÉ:

“En el terreno de la práctica en la aplicación diaria del Derecho tiene gran interés no perder de vista que la Administración pública se halla condicionada, vinculada jurídicamente no tan sólo por lo que explícitamente rezan las disposiciones legales positivas, sino también por los principios de Derecho, incluso primariamente, por la naturaleza misma de las instituciones, por el orden concreto inmanente a cada una, que regula la actividad de la Administración y elimina, por ende, frente al mismo toda discrecionalidad”⁶⁸⁷.

2.4.1. *Constituyen una técnica garantista*

Para GARCÍA DE ENTERRÍA los principios generales del Derecho representan una técnica de garantía de los derechos individuales y sociales frente al omnipotente poder de la Administración que exige su control, no sólo en los medios y en los límites, sino también en los fines de su actividad:

“Hay, además, otra razón definitiva para que el Derecho administrativo postule de suyo enérgicamente la técnica de los principios generales del Derecho, y es la insuficiencia de la sumisión de la Administración a la simple legalidad formal, para que su enfrentamiento con los administrados, supuesta su formidable potenciación actual, pueda discurrir por cauces de justicia. Como ha dicho certeramente FORSTHOFF, la técnica de la garantía de la libertad legada por el siglo pasado, como una garantía conseguida a través del respeto a formas jurídicas, *funciona únicamente bajo la presuposición de que la vida social es fundamentalmente autónoma, pero fracasa frente a una Administración que interviene en todos los ámbitos de la vida social*. Por ello, continúa, *no la simple técnica de ciertas formas jurídicas, sino sólo la vinculación a principios jurídicos materiales, puede asegurar hoy*

687. BALLBÉ, M., “Derecho administrativo”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, I, Barcelona, Seix S. A., 1975, p. 60. MARTÍN-RETORTILLO, S., “Estudio...”, cit., p. 57, nota 68.

*en la medida necesaria libertad individual y justicia social, legitimando al Estado como Estado de Derecho*⁶⁸⁸.

Los principios generales del Derecho no pueden identificarse con el Derecho natural, que es

“campo preferido de moralistas y de filósofos que suelen ignorar las técnicas concretas del Derecho [...]. Los principios son un fruto de la propia vida jurídica y tienen, por tanto, dos formas capitales de manifestación: la práctica aplicativa del Derecho y especialmente la Jurisprudencia, que es la práctica dotada de una mayor auctoritas y a la vez con más capacidad conformadora de la aplicación futura, y la Doctrina, o Ciencia jurídica, en la medida en que ésta cumple con su función propia, que no es la de una mera esquematización convencional del Derecho con fines expositivos o didácticos, sino iluminar el sistema institucional del Ordenamiento, explicar sus conexiones propias y permitir con todo ello un funcionamiento más afinado del mismo”⁶⁸⁹.

GARCÍA DE ENTERRÍA concreta que los principios generales del Derecho no se identifican con los del Derecho natural en un orden abstracto, lejano, evanescente, de preceptos o de directivas, sino que se trata de unos principios

“perfectamente singulares y específicos, operantes en ámbitos problemáticos concretos, así como también positivados a través de unas u otras formas, [...] se trata, en efecto, de verdaderos principios en sentido ontológico, que informan la institución en que se manifiestan, y no de meras máximas o reglas heurísticas; son, a la vez, generales, esto es, procedentes de una estimativa objetiva y social, no de la apreciación retórica y singular de una supuesta ‘justicia del caso concreto’, de una ‘justicia del cadí’, en la famosa expresión de Richard SCHMIDT; y, por último, al precisar su pertenencia al Derecho se concreta su validez jurídica, en el sentido ya del Derecho aplicable, como también su expresión técnica, fruto de la experiencia de la vida jurídica, expresable sólo en una técnica de este carácter, y no como un simple precepto moral, lo que de nuevo revela su carácter objetivo, tan lejos, pues, de los romanticismos de la libre recherche, de la escuela libre del Derecho, del legal réalisme y tendencias análogas [...] los principios generales del Derecho no son

688. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo”, en *RAP*, 40, 1963, cit., p. 225.

689. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso...*, cit., p. 86.

por ello nada misterioso y alusivo, como las esencias angélicas o las abstracciones superiores, sino normalmente la propia idea central de una institución positiva desenvolviéndose en la vida de ésta y presidiendo todo su funcionamiento. Razonar en Derecho, interpretar las normas o los actos jurídicos, aplicar el Derecho, no es más que operar con esos principios, alrededor de los cuales se ordena todo el particularismo de las reglas y de los actos concretos”⁶⁹⁰.

Los principios generales del Derecho son principios técnicos, no criterios morales, que recogen los valores y convicciones de un Ordenamiento y de una comunidad:

“Los principios generales del Derecho expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad. Pero no se trata simplemente de unas vagas ideas o tendencias morales que pueden explicar el sentido de determinadas reglas, sino de principios técnicos, fruto de la experiencia de la vida jurídica y sólo a través de ésta cognoscibles”⁶⁹¹.

En efecto, “al decir que se trata de *principios* se está precisando su carácter básico, en sentido ontológico, no sólo lógico, como soportes primarios estructurales del sistema entero del Ordenamiento, al que por ello prestan todo su sentido. Son *generales* por lo mismo, porque trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos, y, a la vez, porque no deben confundirse con apreciaciones singulares y particulares que pudieran expresar la exigencia de una supuesta ‘justicia del caso concreto’ y mucho menos con opiniones subjetivas del intérprete; lo general, lo comunitario es lo propio del mundo jurídico, aunque por supuesto, el primero de los valores comunitarios, más aún, el fin propio de todos ellos, sea justamente la libertad humana. Pero son, finalmente, principios ‘de Derecho’, esto es, fórmulas técnicas del mundo jurídico y no simples criterios morales, o, menos aún, las famosas buenas intenciones o vagas o imprecisas directivas”:

“Esta tecnicidad de los principios generales del Derecho es fundamental para la comprensión de su juego propio. Se expresa sobre todo en la organización de la

690. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Prólogo” a VIEHWEG, T., *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Tecnos, 1964, pp. 15 y ss.

691. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso...*, cit., p. 83.

materia jurídica alrededor de centros unitarios, que son los que llamamos *instituciones*, verdaderas unidades elementales de la vida jurídica [...]. Cada institución está construida sobre uno o varios principios generales del Derecho propios y específicos, sin perjuicio de que puedan afectarla otros de radio más amplio. Son los principios institucionales los que organizan las distintas normas reguladoras disponibles para el régimen de la institución, los que dan a las mismas todo su sentido y alcance, y a la vez, los que precisan, según una lógica propia, la articulación de todas ellas, así como la solución procedente en caso de insuficiencia de alguna de ellas o laguna. Los principios institucionales son principios generales del Derecho porque trascienden a las normas concretas y porque en ellos se expresa siempre necesariamente un orden de valores de justicia material; son así, a la vez, valores nódulos de condensación de valores ético-sociales y centros de organización del régimen positivo de las instituciones y animadores de su funcionamiento. Es, justamente, en este punto donde se anudan el mundo formal de las normas y el material de los valores de justicia”⁶⁹².

Para GONZÁLEZ NAVARRO la valoración de los tres vocablos que integran el sintagma “principios generales del Derecho” permite captar su sentido:

“a) Se trata, por lo pronto, de *principios*, con lo que se está destacando su carácter de soportes primarios del Ordenamiento, al que confieren solidez, de una parte, en cuanto objetivan las soluciones a los problemas de la práctica diaria, y dinamismo, de otra, en cuanto permiten su evolución y adaptaciones a las necesidades cambiantes de los tiempos.

b) Son *generales*, en el sentido de que trascienden a las normas concretas, a las apreciaciones subjetivas del intérprete, e incluso a lo puramente anecdótico del caso concreto, proporcionando una herramienta objetiva y, como tal, segura, para afrontar los problemas de la práctica, porque ponen de relieve que la norma nunca puede ser aplicada de manera aislada, sino teniendo en cuenta la posición que en un momento dado ocupa en el sistema.

c) Son finalmente principios *de Derecho*, fórmulas técnicas particularmente aptas para operar en el mundo jurídico, con lo que se está subrayando su diferencia esencial con los puros principios morales o con los principios de Derecho natural”⁶⁹³.

692. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso...*, cit., pp. 83-84.

693. GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho administrativo español*, I, Pamplona, Eunsa, 1987, p. 332.

Según este autor los principios generales del Derecho no expresan la conversión en criterios técnicos de los principios absolutos del Derecho natural, sino que se trata de principios técnicos:

“los principios generales del Derecho constituyen la formulación técnica –y como tal objetivable– de tres ‘entes’ diversos: a) Los principios absolutos del Derecho natural. b) Los valores superiores de un orden político determinado, por ejemplo, en nuestro sistema, el pluralismo. c) El sentido último de las figuras jurídicas, o como dice el preámbulo de la LJCA, ‘la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones’, para lo cual se hace preciso ponerlas en conexión unas con otras, porque todas ellas se encuentran interrelacionadas dentro del sistema jurídico del que forman parte y en el que encuentran su justificación en un momento dado”⁶⁹⁴.

Como Derecho previo a la Ley “la informa y vivifica”, pero no permite la desvinculación de la Ley, porque esta vincula a los poderes públicos y a los ciudadanos, como consagran los principios de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad propios del Estado de Derecho. Tampoco puede el intérprete identificar esos principios con el sentimiento de justicia, lo que rompería la generalidad del Derecho y el principio de igualdad, lesionando la seguridad y la interdicción de la arbitrariedad: “se trata de operar con técnicas jurídicas, por lo mismo objetivas. Se trata de traducir en términos de justicia los textos legales aplicables al caso, reduciendo a Derecho la Ley”⁶⁹⁵. Para ello se han de tomar como puntos de referencia

“las vivencias sociales profundas del pueblo, la voluntad de perfección ética que en éste existe, que es precisamente donde surge la exigencia de justicia (ubi societates ibi ius). Porque el pueblo en un sistema democrático no es únicamente destinatario de las normas sino que es el inspirador de las mismas. Y esto debe entenderse no como culto a la tradicional concepción mítica de la democracia, sino como reintegración a ésta de su auténtica fundamentación, dotando de sentido técnico-jurídico, objetivo y preciso, en absoluto retórico, a estas invocaciones que en la Constitución se hacen al pueblo y a los grupos sociales representativos”⁶⁹⁶, así

694. GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho...*, cit., p. 338.

695. GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho...*, cit., p. 339.

696. GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho...*, cit., p. 339.

como “los valores constitucionales explícita o implícitamente calificados de tales en la Constitución”, por cuanto “esos conceptos constitucionales –junto con la concepción ética de la sociedad– nos orientan en el descubrimiento de los principios generales que informan el Ordenamiento jurídico”⁶⁹⁷.

Desde el Derecho administrativo alemán, SCHMIDT-ASSMANN también los ha invocado por las potencialidades que abren en su función, que no es tanto la de “producir reglas específicas, como la de ser fuente de normas de carácter general”. Invocó los de protección de la confianza de los ciudadanos, la limitación de la retroactividad, la jerarquía normativa y las normas que encuadran el ejercicio de la discrecionalidad administrativa. Suponen “la concreción del Derecho constitucional y de los principios judiciales deducidos de la experiencia del Derecho administrativo”⁶⁹⁸.

2.4.2. *Su formulación por el Consejo de Estado francés*

En el Derecho administrativo francés los principios generales del Derecho han adquirido carta de naturaleza a partir de su invocación por el Consejo de Estado y, posteriormente, por el Consejo Constitucional. DUGUIT se adelantó en el concepto y el tiempo reconociendo a la Declaración de Derechos de 1789 un valor supraconstitucional, que se imponía al Derecho positivo:

“En las disposiciones que ella contiene se encuentra la afirmación de los principios superiores del Derecho y la expresión resumida de toda una filosofía social, jurídica y política. [...] Cuando se leen todas nuestras Declaraciones de derechos y también el preámbulo de la Constitución de 1848 se verán allí fórmulas generales, principios políticos y sociales. [...] Las Declaraciones de derechos son ciertamente verdaderas leyes [...] contienen disposiciones imperativas que se dirigen al Estado y no a los individuos. Esto nos conduce a la cuestión de saber como una ley, emanada del Estado puede contener un imperativo dirigido al Estado, que puede limitar a la ley”⁶⁹⁹.

697. GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho...*, cit., p. 341.

698. SCHMIDT-ASSMANN, E., “L’administration et le principe de légalité”, *RFAP*, 78, 1996, p. 283.

699. DUGUIT, L., *Traité...*, cit., II, pp. 182-184; III, pp. 562 y ss.

En un sistema legicentrista como el francés prima el principio de legalidad, en el que se incluyen los principios generales del Derecho positivizados, identificados con los “principios generales del Derecho público francés”⁷⁰⁰, concretando los valores de una “ética cuyos elementos define al margen de cualquier texto escrito”⁷⁰¹.

RIVERO sostuvo que la teoría de los principios generales del derecho surge en la jurisprudencia por una decisión pretoriana que los conceptualiza y deduce del ordenamiento y sus instituciones, a partir de la Declaración de Derechos de 1789, del preámbulo de la Constitución de 1946 y de su interpretación por el Consejo de Estado y el Consejo Constitucional⁷⁰²:

“El recurso por exceso de poder con sus diversos desarrollos –desviación de poder, control de la exactitud de los motivos–, el derecho de la responsabilidad de los poderes públicos, han nacido y se han desarrollado a partir de algunas grandes y evidentes nociones de ética social y de filosofía política para los ojos de nuestros jueces. LAFERRIÈRE en su *Introducción*⁷⁰³, nota incidentalmente que la base de las soluciones jurisprudenciales está, cuando los textos tienen lagunas, en los principios tradicionales, escritos o no escritos, que son de cualquier modo inherentes a nuestro Derecho público y administrativo”⁷⁰⁴.

Expuso RIVERO como se produjo la recuperación de los principios tras la Segunda Guerra Mundial y el régimen de Vichy, del mismo modo que había ocurrido en Alemania, para asumir los valores éticos sacrificados por el sistema nazi ante el absolutismo legal totalitario. De tal modo que “en gran número de casos, la suprema garantía de la libertad de los franceses reside hoy en la vinculación de su juez administrativo a los principios del liberalismo”⁷⁰⁵.

700. MATHIOT, A., “Note sur Conseil d’État, 28 mai 1945. *Barel et autres*”, en LAUBADÈRE, MATHIOT, RIVERO, VEDEL, *Pages de doctrine*, II, LGDJ, Paris, 1980, p. 590.

701. RIVERO, J., “Le juge administratif français: un juge qui gouverne”, en LAUBADÈRE, MATHIOT, RIVERO, VEDEL, *Pages de doctrine*, II, LGDJ, Paris, 1980, p. 303.

702. LATOURNERIE, R., “Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d’État”, *Livre jubilaire du Conseil d’État*, Sirey, 1952, p. 209, afirmó que “cuando un principio adquiere suficiente extensión para ser promovido a un grado suficientemente elevado en el conjunto de los principios generales, esta dignidad se traduce a menudo para el término de teoría”.

703. LAFERRIÈRE, F., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levfaul, 1887-1888, p. XIII.

704. RIVERO, J., “Le juge...”, *cit.*, p. 304.

705. RIVERO, J., “Le juge...”, *cit.*, pp. 311-312.

El Consejo de Estado elaboró la doctrina de los principios generales por la amenaza que habían sufrido a partir de 1940 durante el régimen de Vichy y en los años de las depuraciones tras la Liberación, con el retroceso de las libertades públicas y de los valores republicanos, interpretando las leyes “conforme a las reglas del régimen democrático”, porque en el Derecho público no existe un código sino que está “regulado por leyes fragmentarias, el juez administrativo debía hacer necesariamente, con más frecuencia que el juez judicial, la invocación de los principios no escritos”⁷⁰⁶. El inicio de esta etapa se sitúa en el *arrêt Aramu* de 26 de octubre de 1945, en relación con una depuración, con la invocación de los “principios generales del Derecho aplicables en ausencia de texto”⁷⁰⁷.

Las consecuencias de este orden principal, tal y como ha sido formulado por el Consejo de Estado, son que existe un cuerpo de principios del Derecho público francés, que invocan las resoluciones de un modo concreto⁷⁰⁸, o como “principios generales del Derecho” (CE 8 de febrero de 1873, *Dugave et Bransiet*). Por medio de ellos ha tratado de suplir los textos legales ejerciendo un poder normativo, añadiendo a “las disposiciones consignadas en las leyes especiales y los reglamentos, o, si se quiere, limitar su aplicación por la intervención de los principios superiores que forman la base de nuestro derecho público general”⁷⁰⁹.

Se les reconoce valor de derecho positivo y “poder legislativo”⁷¹⁰, aplicándolos “en ausencia de textos” (CE 26 de octubre de 1945, *Aramu*; 30 de junio de 1950, *Queralt*; 9 de marzo de 1951, *Société des concerts du conservatoire*). Asume su capacidad y la del Consejo Constitucional para deducirlos de las leyes de la

706. LETOURNEUR, M., “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d’État”, *EDCE*, 1951, pp. 20; para este autor “la teoría de los principios generales del Derecho es sin duda de todas las construcciones jurisprudenciales del Consejo de Estado la más curiosa y audaz [...] la más destacable de los años recientes y sin duda la más pretoriana y la más fecunda desde hace mucho tiempo” (p. 31). BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 326-327. CHAPUS, R., “De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif”, en *L’Administration et son juge*, Paris, PUF, 1999, pp. 112-130.

707. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1969, pp. 123, 273 y 346.

708. CE 30 de enero de 1948, *Syndicat départ des industriels en laiterie de la Haute-Loire*.

709. WORMS, R., “La juridiction du Conseil d’État et ses tendances actuelles”, *Séances et travaux de l’Académie des sciences morales et politiques*, 164, 1905, p. 669.

710. CE 4 de febrero de 1944, *Guieysse*, conclusiones de M. Chenot, que los desarrolla en conjunto.

República (CE 3 de julio de 1996, *Koné*), siempre que entre la ley y el principio exista continuidad (CC 20 de julio de 1988) y el principio tenga carácter general (CE 20 de julio de 1993 y 18 de diciembre de 1997).

Por eso el Consejo de Estado, en relación con el recurso por exceso de poder, ha invocado el ‘bloque de la legalidad’, integrado por la Constitución (CE 12 de febrero de 1960, *Société Eky*)⁷¹¹, los tratados (CE 30 de mayo de 1952, *Dame Kirkwood*)⁷¹² y los principios generales del Derecho, admitidos implícita (CE 5 de mayo de 1944, *Dame Veuve Tromprier-Gravier*)⁷¹³ o explícitamente (CE 26 de octubre de 1945, *Aramu*; 17 de febrero de 1950, *Dame Lamotte*)⁷¹⁴, como expresa esta última para garantizar “el respeto a la legalidad anulando un acto administrativo unilateral conforme a las normas constitucionales, internacionales, legales y los principios generales del Derecho”. En esta última resolución añadió que el recurso por exceso de poder “está abierto incluso sin texto contra todo acto administrativo, y que tiene por efecto asegurar, conforme a los principios generales del Derecho, el respeto de la legalidad” (CE 17 de febrero de 1950, *Dame Lamotte*; 17 de abril de 1953, *Falco et Vidailiac*)⁷¹⁵; 17 de mayo de 1957, *Simonet*)⁷¹⁶.

El Consejo había invocado aisladamente los principios generales respecto a los reglamentos autónomos (CE 20 de diciembre de 1935, *Établissements Vézia*; 23 de noviembre de 1936, *Abdoulhousen*). A partir de 1959 vinculó los principios generales al Preámbulo de la Constitución dándoles apoyo constitucional (CE 26 de junio de 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*)⁷¹⁷, con remisión del propio de la Constitución de 1958 al de la Constitución de 1946 a propósito del poder reglamentario autónomo (CE 28 de octubre de 1960, *De Laboulaye*)⁷¹⁸.

Aplica los principios a la jerarquía de normas (CE 2 de marzo de 1962, *Rubin de Sevens*)⁷¹⁹, a las ordenanzas sobre habilitación legislativa (CE 24 de

711. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 37, 78, 470 y 506.

712. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 19 y 521.

713. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 121, 272, 348 y 509.

714. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 295 y 325.

715. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 327 y 392.

716. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 327, 378 y 398.

717. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 347, 349, 468.

718. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 352, 354, 470, 473.

719. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 18, 21, 76, 494.

noviembre de 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*)⁷²⁰ y a los reglamentos autónomos (CE 26 de junio de 1959, *Syndicat general des ingénieurs-conseils*;⁷²¹ 28 de octubre de 1960, de *Laboulaye*), equilibrando el alcance de la reserva reglamentaria del artículo 37 frente al dominio limitado de la ley del artículo 34 de la Constitución, haciéndole perder su valor en beneficio de la ley. En las conclusiones del comisario del Gobierno FOURNIER diferenció entre los principios de valor interpretativo o supletorio y los de fondo⁷²². Los primeros se aplican “en defecto de disposiciones escritas contrarias [...] ceden ante la ley o el reglamento”, como las de procedimiento o la prohibición de ser juez y parte (CE 2 de marzo de 1973, *Demoiselle Arbouset*). Los de fondo son los “principios fundamentales que están en la base de nuestro régimen político”, cuyo valor y alcance depende del rango de la norma que los incluye, poniendo como ejemplo los contenidos en la Declaración de Derecho del Hombre y del Ciudadano.

Algunos principios, aunque eran invocados por la jurisdicción administrativa, han adquirido una mayor importancia a partir de la Convención Europea de Derecho Humanos⁷²³. El principio de equidad lo reclamó el Tribunal de Casación civil (Gran instancia del Sena) en su decisión de 23 de noviembre

720. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 327, 473, 506, 508.

721. Declaró que los reglamentos autónomos están sometidos a los principios generales del Derecho y a los de valor constitucional que se imponen a todas las autoridades reglamentarias aunque no estén recogidos en un texto: “el Presidente del Consejo de Ministros [...] debía respetar los principios generales del Derecho que, resultando claramente del preámbulo de la Constitución, se imponen a cualquier autoridad reglamentaria incluso en ausencia de disposiciones legislativas”.

722. Sobre la función y carácter del comisario del Gobierno en la jurisdicción administrativa: CE 10 de julio de 1957, *Gervaise*, declaró que “el Comisario del Gobierno no es su representante; en lo que afecta al funcionamiento interno de la jurisdicción [...] tiene por misión exponer al Consejo las cuestiones que formula para juzgar cada recurso contencioso y hacerle conocer, formulando con toda independencia sus conclusiones, su apreciación, que debe ser imparcial, sobre las circunstancias de hecho, de la especie y reglas de Derecho aplicables, así como su opinión sobre las soluciones que invoca, según su conciencia”. CE 29 de julio de 1998, *Esclatine*, el comisario del Gobierno “participa de la función de juzgar atribuida a la jurisdicción de la que es miembro”. CC 2006-208 de 30 de noviembre de 2006 ha considerado de naturaleza reglamentaria los términos “comisario del Gobierno” de los artículos L. 7 y L. 522-1 del CJA. CHAVALUX, D. et STAHL, J.-H., “Le commissaire, le délibéré et l'équité du procès”. *AJDA*, 14 de noviembre de 2005, pp. 2.116-2.123.

723. STJCE 27 de junio de 2006, C-540-03, *Parlamento c. Consejo*, ha sostenido que la Carta de los derechos fundamentales se integra entre el Derecho derivado como una norma que permite al Tribunal de Justicia integrar para el análisis de la legalidad de los actos comunitarios.

de 1956, *Giry*⁷²⁴, formando parte de los “principios generales del Derecho que ordenan a la vez todo el Derecho público y el Derecho civil, antes reunidos bajo el término del *ius civile*”, afirmando que “el principio de equidad ordena el conjunto de las reglas jurídicas”.

Entre ellos se han recogido en la jurisdicción comunitaria, con base en la Convención Europea y en el Derecho comunitario (CJCE 1 de julio de 1977)⁷²⁵, junto a otros, los propios del Estado de Derecho: principio de legalidad y control de la misma (STJCE 31 de marzo de 1971, *Comisión c. Consejo*); derecho de defensa (TJCE 10 de marzo de 1970, *Comisión c. Italia*); buena administración de la justicia (TJCE 13 de noviembre de 1973, *Werbahn Hansamühle*); seguridad jurídica (TJCE 29 de enero de 1985, *Gesamthochschule Duisburg*); respeto de los derechos adquiridos e inmutabilidad de las situaciones jurídicas subjetivas (TJCE 22 de septiembre de 1983, *Verli Wallace*); buena fe administrativa y contractual (TJCE 15 de julio de 1960, *Van Lackmüller*); confianza legítima⁷²⁶ (TJCE 5 de junio de 1973, *Comisión*; 3 de mayo de 1978, *Topfer*; 16 de mayo de 1979, *Tomadini*; 21 de septiembre de 1983, *Deutsche-Milchontor Alemani*)⁷²⁷, equidad y plazo razonable para resolver del artículo 6 CEDH⁷²⁸.

El principio de seguridad jurídica integrado en el principio de legalidad ha sido consagrado por el Consejo de Estado el 24 de marzo de 2006, *Société KPMG*, controlando la legalidad del Decreto de 16 de noviembre de 2005, sobre el código deontológico de los comisarios de cuentas. Le ha permitido superar la contraposición que se ha venido tratando en relación con el principio de legalidad, así como los supuestos anteriores de aplicación basada exclusivamente en el Derecho comunitario (CE 16 de marzo de 1998, *As-*

724. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 386, 454, 484, 487.

725. CC 2003-467 DC de 13 de marzo de 2003, lo invoca en la relación entre el ejercicio de la libertad individual y el mantenimiento del orden público. En la decisión 93-323 DC de 5 de agosto de 1993, afirmó que las medidas de policía que afectasen al ejercicio de los derechos individuales debían justificarse por la amenaza al orden público.

726. CE 9 de mayo de 2001, *Société mosellane de tractions*; 11 de julio de 2001, *FNSEA*.

727. MODERNE, F., “A la recherche d’un fondements constitutionnel du principe de protection de la confiance légitime”, en *Mélanges Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 595-617. GARCÍA MACHO, R., “Contenido y límites del principio de confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *REDA*, 56, 1987, pp. 557 y ss.

728. PFERSMANN, O., TRIANTAFYLLOU, D., VICENT, P., “De nouveaux principes généraux du droit”, *RFDA*, 2, 2000, pp. 236-264.

sociation des élèves, parents d'élèves et professeurs des classes préparatoires vétérinaires)⁷²⁹.

El Consejo de Estado asumió la existencia de principios fundamentales como el de la dignidad de la persona (CE 27 de octubre de 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*) y otros reconocidos por las leyes de la República (CE 3 de julio de 1996, *Moussa Koné*). En relación con la medida cautelar de garantía de una libertad fundamental (*référé-liberté*) (art. L. 521-2 CJA) se han considerado numerosos supuestos de libertad que es uno de los derechos de la persona y del ciudadano. Es muy amplio el elenco de principios que ha ido deduciendo el Consejo de Estado, por lo que la exposición de los mismos sólo pretende ser *ad exemplum*:

- a) Principios en relación con los derechos de los ciudadanos:
 - Prohibición de los tratos inhumanos o degradantes (CE 27 de marzo de 2001, *Djalout*).
 - Derecho a una vida familiar normal, que implica reagrupar a su cónyuge e hijos menores (CE 8 de diciembre de 1978, *GISTI*; 30 de noviembre de 2001, *Tliba*)⁷³⁰. Derecho a dirigir una familia (CE 30 de octubre de 2002, *Mme Tilba*).
 - Igualdad ante la ley y el reglamento (CE 9 de mayo de 1913, *Roubeau*).
 - Derecho de propiedad (CE 23 de marzo de 2001, *Société Lidl*; 9 de abril de 2001, *Belrose*).
 - Derecho de sufragio (CE 7 de febrero de 2001, *Commune de Pointe-à-Pitre*; 2 de marzo de 2001, *Dauphine*).

729. Se considera precedente CE 10 de octubre de 1996, *Société Strasbourg FM*. CAMBY, J.-P. “La sécurité juridique: une exigence juridictionnelle (Observations à propos de l’arrêt du Conseil d’État du 24 mars 2006, Société KPMG)”, *RDP*, 5, 2006, pp. 1.169-1.177. LABETOULLE, D., “Principe de légalité et principe de sécurité juridique”, en *L’État de droit. Mélanges en l’honneur de G. Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 403 y ss. LUCHAIRE, F., “La sécurité juridique en droit constitutionnel français”, *Le Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 1999, pp. 155-192; “La sécurité juridique: un principe constitutionnel clandestin mais efficient”, en *Mélanges P. Gérard, Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 199, pp. 301-305. TESOKA, L., “Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français”, *AJDA*, 40, 2006, pp. 2.214-2.219. VALEMBOSIS, A., *La constitutionnalisation de l’exigence de sécurité juridique*, Paris, LGDJ, 2005.

730. Sobre la reagrupación familiar conforme al artículo 8 de la Convención Europea de Derechos del Hombre: TJCE 23 de septiembre de 2003, *Akrich*; 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo*. MASSON, B., “L’harmonisation des conditions du regroupement familial: la cour fait le leçon sur le titre IV CE”, *RTDE*, 4, 2006, pp. 673-685.

- Libertad de pensamiento y opinión (CE 24 de febrero de 2001, *Jean Tibéri*).
- Libertad de movimientos (CE 9 de enero de 2001, *Departes*).
- Libertad de asociación (CE 11 de julio de 1956, *Amicale des annamites de Paris*)⁷³¹.
- Seguridad jurídica (CE 24 de marzo de 2006, *Société KPMG, Société Ernest Young Audit et autres*).
- Libertad contractual (CE 12 de noviembre de 2001, *Commune de Montruil-Bellay*).
- Derecho de asilo y a solicitar el de refugiado (CE 12 de enero de 2001, *Hyacinthe*; 12 de enero de 2001, *Farhoud*); no devolución de un refugiado político (CE 1 de abril de 1988, *Bereciartua-Echarri*).
- Igualdad de los ciudadanos, concretado respecto a la Administración en cuanto
 - a las leyes y reglamentos (CE 9 de mayo de 1913, *Roubeau*);
 - ante las cargas públicas (CE 3 de mayo de 1922, *Fontan*);
 - usuarios ante los servicios públicos y sus cargas (CE 10 de febrero de 1928, *Chambre syndicale des propriétaires marseillais*; 1 de julio de 1936, *Veyre*⁷³²; 25 de junio de 1948, *Société du Journal L'Aurore*⁷³³; 9 de marzo de 1951, *Société des concerts du conservatoire*)⁷³⁴;
 - usuarios del dominio público (CE 18 de mayo de 1928, *Laurens*)⁷³⁵;
 - a los impuestos (CE 23 de diciembre de 1936, *Abdouloussen*)⁷³⁶;
 - acceso a los empleos públicos (CE 3 de julio de 1936, *Demoiselle Bobard*⁷³⁷; 28 de mayo de 1954, *Barel et autres*⁷³⁸; 9 de noviembre de 1966, *Commune de Clohars-Carnoët*)⁷³⁹; igualdad de trato en el cuerpo de funcionarios (CE 21 de julio de 1972, *Union Interfédérales des Syndicats de la Prefectura de Police*).

731. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., p. 213.

732. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., p. 68.

733. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 300, 347, 348 y 372.

734. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 273, 302 y 345.

735. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., p. 202.

736. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., p. 471.

737. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 126, 232 y 347.

738. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 389 y 412.

739. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 234 y 347.

b) Principios de carácter económico-social⁷⁴⁰:

- Principio de libertad de comercio e industria (CE 20 de diciembre de 1935, *Établissements Vézia*⁷⁴¹; 22 de junio de 1951, *Daudignac*⁷⁴²; 26 de junio de 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*; 13 de mayo de 1994, *President de l'Assemblée territoriale de la Polynésie Française*).
- Prohibición de despido de empleada embarazada (CE 8 de junio de 1973, *Dame Peynet*).
- Derecho a percibir el salario mínimo (CE 23 de abril de 1982, *Mme Aragnou*) y asegurar a los agentes públicos una remuneración al menos igual al SMIC (CE 23 de abril de 1982, *Ville de Toulouse*).
- Prohibición de imponer sanciones pecuniarias a empleados (CE 1 de julio de 1988, *Billard et Volle*).
- Prohibición de resolver un contrato en razón de la situación familiar (CE 27 de marzo de 2000, *Mme Brodbeck*).
- Modificación de las condiciones de un contrato de trabajo por acuerdo entre partes (CE 29 de junio de 2002, *Berton*).

c) Principios sobre la actividad administrativa:

- Imparcialidad administrativa (CE 11 de agosto de 1864, *Ville de Montpellier*; 20 de diciembre de 1872, *Ville de Reims*; CE 20 de junio de 1913, *Téry*⁷⁴³; 29 de abril de 1949, *Bourdeaux*⁷⁴⁴; 1 de abril de 1998, *Iguacel et Comets*; 3 de diciembre de 1999, *Didier*)⁷⁴⁵.
- Servicio al interés general (CE 22 de enero de 1901, *Pagès*)⁷⁴⁶.
- Especialidad de las personas públicas de competencia limitada (CE 4 de marzo de 1938, *Le Clerc*) o principio de especialidad de los establecimientos públicos (CE 13 de diciembre de 1939, *Séguinaud*).

740. El Consejo de Estado los relacionó directamente con el Preámbulo de la Constitución de 1946 (CE 11 de julio de 1956, *Amicale des annamites*; 16 de abril de 1957, *Condamine*).

741. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 202, 227 y 244.

742. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 349 y 472.

743. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 117, 273 y 279.

744. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., p. 346.

745. CE 1 de abril de 1998, *Jolivet*, negó que constituyera un principio general del Derecho el anonimato en los exámenes. MITARD, E., "L'impartialité administrative", *AJDA*, 1999, pp. 478-495. QUIRINY, B., "Actualité du principe général d'impartialité administrative", *RDP*, 2, 2006, pp. 375-400.

746. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., p. 234.

- En relación con el procedimiento administrativo: su carácter contradictorio (CE 23 de marzo de 1956, *Louis*)⁷⁴⁷.
- Irretroactividad de los actos administrativos (CE 8 de agosto de 1924, *Colson*; 25 de junio de 1948, *Société du Journal l'Aurore*⁷⁴⁸; 20 de julio de 1951, *Ducommun*).
- Procedimiento contencioso-administrativo: derecho de defensa (CE 20 de julio de 1913, *Tery*; 20 de agosto de 1918, *Villes*⁷⁴⁹; 17 de enero de 1930, *Ribeyrolles*; 8 de julio de 1936, *Vve. Hoarau*; 5 de mayo de 1944, *Dame Veuve Trompier Gravier*⁷⁵⁰; 26 de octubre de 1945, *Aramu*⁷⁵¹; 19 de octubre de 1962, *Canal, Robin et Godot*)⁷⁵²; publicidad del procedimiento (CE 4 de octubre de 1974, *Dame David*)⁷⁵³; secreto de las deliberaciones (CE 17 de noviembre de 1922, *Leguillou*).
- Interposición de recurso por exceso de poder (CE 5 de mayo de 1944, *Dame Veuve Trompier Gravier*; 26 de octubre de 1945, *Aramu*; 17 de febrero de 1950, *Dame Lamote*)⁷⁵⁴.
- Sobre los servicios públicos: principio de continuidad (CE 18 de julio de 1913, *Syndicat national des chemins de fer*⁷⁵⁵; 7 de julio de 1950, *Dehaene*)⁷⁵⁶; principio de mutabilidad (CE 27 de enero de 1961, *Vannier*⁷⁵⁷; 18 de marzo de 1977, *Chambre de commerce de La Rochelle*); principio de igualdad (CC 73-51 DC de 27 de diciembre de 1973, *Taxation d'office*).

747. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 120 y 279.

748. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 300, 347 y 472.

749. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., p. 293.

750. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 121 y 272.

751. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 123, 273 y 340.

752. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 26, 143 y 504.

753. Cuya omisión invalidaba el acto sancionador (CE 8 de julio de 1936, *Dame Hoarau*; 5 de mayo de 1944, *Dame Vve Trompier-Gravier*). Negó la existencia de un principio general que regule las reglas del procedimiento administrativo (CE 20 de enero de 1984, *Société Stribick*).

754. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 295, 325 y 348.

755. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 91 y 138.

756. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 231, 328 y 349. CE 25 de julio de 1978, *Droit de grève à la radio et à la télévision*, entendió que el principio de continuidad de los servicios públicos obedece a razones de interés general superior a la defensa de los intereses profesionales y como tal limita los derechos individuales, como el de huelga, cuando aquel prevalece.

757. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 231, 239 y 242.

– Principio de inembargabilidad de los bienes (Cass. Civ., 1 de diciembre de 1987, *BRGM*).

d) Potestad sancionadora de la Administración: principio de proporcionalidad entre la falta y la sanción. El principio de proporcionalidad entre la acción y la sanción⁷⁵⁸, estaba ya reconocido por la jurisdicción administrativa (CE 19 de mayo de 1933, *Benjamin*⁷⁵⁹; 5 de febrero de 1937, *Bujadoux*⁷⁶⁰; 28 de mayo de 1971, *Ville Nouvelle Est*).

e) Se ha entendido por “libertad fundamental” el principio de libre administración de las colectividades territoriales y de libertad de expresión de los consejeros municipales (CE 18 de enero de 2001, *Commune de Venelles*).

Precisando el alcance de los principios integrantes del sistema de fuentes de la legalidad que rige la actividad administrativa, expone CHEVALLIER que

“si el juez administrativo se percibe como el juez de la legalidad de la acción administrativa, lo es al precio de una profunda inflexión en el mismo concepto de la legalidad y de las normas de referencia: la integración progresiva en el bloque de la legalidad de la Constitución y los tratados, también de los principios generales del Derecho de origen jurisprudencial, permitirá al juez administrativo mantener la subordinación jurídica de la Administración, llenando los fallos de la legislación”⁷⁶¹.

Esta consideración llevó a VIVIEN a afirmar que “las leyes y los principios generales que les afectan forman el derecho común de la Administración, como el Código civil es el de los intereses privados y de las transacciones ordinarias de los ciudadanos”⁷⁶².

Como tendremos ocasión de comprobar, los principios generales del Derecho los ha invocado el Consejo de Estado detallándolos en su jurisprudencia, respeto al caso examinado. El recurso por exceso de poder fue la base para que el Consejo de Estado construyera todo el sistema de Derecho Administrativo

758. BRAIBANT, G., “Le principe de proportionnalité”, en *Le juge et le droit public. Mélanges Marcel Waline*, II, Paris, LGDJ, 1974, pp. 297-306.

759. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 123, 209, 223, 353.

760. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., p. 210.

761. CHEVALLIER, J., *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 75.

762. VIVIEN, A., *Études...*, cit., p. 128.

incorporando, tras la segunda posguerra, la infracción de los principios generales del Derecho.

2.5. Los principios constitucionales y la constitucionalidad

La importante presencia del Preámbulo de la Constitución de 1946 en el bloque de la constitucionalidad, como se expondrá en el capítulo siguiente, se fundamenta en la vinculación que establece con la tradición jurídica francesa, al reafirmar “solemnemente los derechos y libertades del hombre y del ciudadano consagrados por la Declaración de Derechos de 1789 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”. Se establece una doble vinculación: la Declaración de Derechos y los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”. A su vez, proclamó los nuevos “principios políticos, económicos y sociales” concretos, que se diferencian de los abstractos de aquella por referirse a la igualdad de sexos, la familia, la salud, la seguridad material, el niño, la mujer, los ancianos, los trabajadores, la enseñanza pública, gratuita y laica en todos los grados, el derecho al empleo, el estatuto del trabajador, la no discriminación, la libertad sindical y de huelga, la negociación colectiva y el régimen del servicio público nacional o del monopolio de hecho. El Consejo Constitucional les ha reconocido valor constitucional (CC 54 DC de 15 de enero de 1975, *Interruption volontaire de grossesse*)⁷⁶³.

También ha reconocido a ese preámbulo el carácter de principio “de la salvaguarda de la dignidad de la persona humana”, que se vincula sistemáticamente a una disposición escrita, aunque esté formulada en términos generales (CC 94-343 y 344 DC de 27 de julio de 1994, *Lois de bioéthique*)⁷⁶⁴. Se basó en la afirmación del Preámbulo de la Constitución de 1946: “tras la victoria lograda por los pueblos libres sobre los regímenes que han intentado esclavizar y degradar a la persona humana, el pueblo francés proclama, de nuevo, que todo ser humano [...] posee derechos inalienables y sagrados”, y declara que tienen

763. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions du Conseil Constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1993, pp. 305-329.

764. CC 2001-446 DC de 27 de junio de 2001, concilió los principios de dignidad del embrión y de la libertad de la madre a propósito del aborto.

valor constitucional la salvaguarda de la dignidad de la persona humana contra cualquier forma de esclavitud y degradación.

Además de los principios generales, existen principios del régimen constitucional francés, como reconoció el Consejo Constitucional en la decisión 71-44 DC de 16 de julio de 1971, *Liberté d'Association*⁷⁶⁵. Están integrados por los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”⁷⁶⁶, como ha constatado en sus decisiones 381 y 382 DC de 14 de octubre de 1996 sobre la jerarquía normativa, 80-119 de 22 de julio de 1980, *validation d'actes administratives*⁷⁶⁷, y 86-224 DC de 23 de enero de 1987, *Conseil de la concurrence*⁷⁶⁸, sobre el dualismo jurisdiccional⁷⁶⁹. En la resolución 88-244 DC de 20 de julio de 1988, *Loi portant amnistie*, precisó el método seguido para deducirlos. En la manifestación de estos principios el Consejo actúa en función similar a la del legislador, conforme al principio de la ejecución de las reglas constitucionales por el legislador, no por el poder del reglamento.

Ad exemplum se recogen algunos de los principios que ha venido reconociendo:

- a) Sobre los derechos de los ciudadanos⁷⁷⁰:
 - Garantía del contenido de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que forma parte del bloque de la constitucionalidad (CC 71-44 DC de 16 de julio de 1971 y 79-107 DC de 12 de julio de 1979)⁷⁷¹.

765. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 249-266.

766. CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Les principes fondamentaux reconnues par les lois de la République*, Paris, Economica, 2001, pp. 275-280. Para que sean reconocidos como tales se les exigen tres condiciones: que se hallen en un texto republicano, que sea anterior a 1946 y que reflejen una tradición anclada en el Derecho sin texto que la contradiga.

767. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 414-427.

768. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 699-714.

769. MENNA, D., “La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve de la jurisprudence constitutionnelle”, en *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, pp. 201-210.

770. MATHIEU, B.-VERPEAUX, M., “La garantie des droits et libertés”, en VERPEAUX, M.-BONNARD, M., *Le Conseil constitutionnel*, 5.246, Paris, La documentation française, 2007, pp. 91-112.

771. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 330-343. La decisión del Consejo Constitucional 84-181 de 10 y 11 de octubre de 1984 invocó el artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre afirmando que “no se opone a que el legislador competente en los términos del artículo 34 de la Constitución pueda fijar las reglas que regulen los derechos civiles y las garantías fundamentales reconocidas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas.

- Libertad individual (CC 76-75 de 12 de enero de 1977)⁷⁷².
- Rechazo de la utilización de la fuerza contra la libertad de un pueblo (CC 75-59 DC de 30 de diciembre de 1975, *Autodétermination des Comores*).
- Igualdad (CC 73-51 DC de 27 de diciembre de 1973⁷⁷³; 82-146 DC de 18 de noviembre de 1982). CC 87-232 DC de 7 de enero de 1988, declaró que “el principio de igualdad no se opone a que el legislador regule de modo diferente situaciones diferentes, ni a que derogue la igualdad por razones de interés general en razón de que, en uno y otro caso, la diferencia de tratamiento que de ello resulte esté en relación con el objeto que la ley establece”. Esta relación entre el objeto de la ley y la diferencia de tratamiento debe ser directa (CC 96-375 DC de 9 de abril de 1996).
- Protección de la dignidad de la persona humana (CC 74-54 DC de 15 de enero de 1975⁷⁷⁴) y de otros derechos vinculados, como el respeto al ser humano desde el momento del inicio de la vida, la inviolabilidad, la integridad y la inexistencia de carácter patrimonial del cuerpo humano (CC 94-343 y 344 DC de 27 de julio de 1994⁷⁷⁵), así como evitar cualquier modo de servidumbre o degradación (CC 94-343 DC de 27 de octubre de 1994).
- Vida privada (CC 94-352 DC de 18 de enero de 1995).
- Seguridad jurídica relacionada con los derechos fundamentales (CC 84-181 DC de 10 de octubre de 1984⁷⁷⁶) o la libertad contractual (CC 2002-465 DC de 13 de enero de 2003), que
 - exige el derecho a la formulación de recursos (CC 96-373 de 9 de abril de 1996; 2000-436 DC de 7 de diciembre de 2000), y
 - la reparación de los daños a las víctimas por el principio de responsabilidad (CC 82-144 DC de 20 de octubre de 1982)⁷⁷⁷.

772. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 330-343.

773. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 282-300.

774. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 305-329.

775. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 861-877.

776. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 583-607.

777. CC 89-262 DC de 7 de noviembre de 1989 prohíbe la exoneración absoluta de la responsabilidad, aunque admite la existencia de regímenes especiales.

- Principios sobre Derecho repressivo:
 - Principio de legalidad de los delitos y las penas (CC 73-801 DC de 28 de noviembre de 1973; 82-145 DC de 10 de noviembre de 1982).
 - Presunción de inocencia (CC 81-127 DC de 19 y 20 de enero de 1981⁷⁷⁸; 98-441 DC de 16 de junio de 1999)⁷⁷⁹.
 - Carácter personal e intencional de la infracción (CC 98-411 DC de 16 de junio de 1999).
 - Interdicción de la detención arbitraria (CC 93-326 DC de 11 de agosto de 1993).
 - Derecho a la defensa penal y administrativa de los justiciables (CC 76-70 DC de 2 de diciembre de 1976; 77-83 DC de 20 de julio de 1977; 81-127 DC de 19 de enero de 1981⁷⁸⁰; 84-184 DC de 29 de diciembre de 1984; 89-260 de 28 de julio de 1989) en igualdad de condiciones (CC 93-326 de 11 de agosto de 1993). Incluye el derecho del abogado a ejercitar los derechos de defensa (CC 84-182 DC de 18 de enero de 1985; 86-2214 DC de 3 de septiembre de 1986), la asistencia al detenido (CC 86-215 DC de 3 de septiembre de 1986), la suspensión de ejecución de una sanción de un órgano no jurisdiccional (CC 86-224 DC de 23 de enero de 1987⁷⁸¹) y la acumulación del poder sancionador y la condición de parte civil (CC 89-260 DC de 28 de julio de 1989).
 - Derecho a un procedimiento justo y equitativo (CC 97-389 DC de 22 de abril de 1997).
 - Proporcionalidad de las penas (CC 93-321 DC de 20 de julio de 1993).
- Derecho de propiedad (CC 81-132 DC de 16 de enero de 1982; 81-139 DC de 11 de febrero de 1982; 85-189 DC de 17 de julio de 1985; 2000-436 DC de 7 de diciembre de 2000).

778. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 428-450.

779. Con base en el artículo 9 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

780. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 428-450.

781. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 699-714.

- Derecho de libre iniciativa (CC 82-132 DC de 16 de julio de 1971⁷⁸²; 2003-480 DC de 31 de julio de 2003).
- Derecho de libertad contractual (CC 2001-451 DC de 27 de noviembre de 2001).
- Respeto de los derechos y libertades propios de la democracia (CC 86-217 DC de 18 de septiembre de 1986):
 - libertad de movimientos (CC 12 de junio de 1979);
 - libertad de prensa (CC 86-210 DC de 29 de julio de 1986⁷⁸³), concretada en la libertad de comunicación (CC 84-181 DC de 10 de octubre de 1984⁷⁸⁴); derecho a recibir información (CC 93-333 DC de 5 de agosto de 1993) y pluralismo en la información (CC 94-333 DC de 21 de enero de 1994; 94-352 DC de 18 de enero de 1995).
 - libertad de asociación (CC 71-44 de 16 de julio de 1971)⁷⁸⁵.
 - libertad sindical (CC 83-162 DC de 19 de julio de 1983)⁷⁸⁶.
 - derecho de huelga (CC 79-105 DC de 25 de julio de 1979)⁷⁸⁷.
 - libertad de manifestación (CC 94-352 DC de 18 de enero de 1995).
 - libertad de enseñanza (CC 77-87 DC de 23 de noviembre de 1977)⁷⁸⁸.

782. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 249-266.

783. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 652-676.

784. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 583-607.

785. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 249-266.

786. CC 89-257 DC de 25 de julio de 1989 distingue la libertad sindical, como derecho de adhesión a un sindicato, del Derecho sindical como conjunto de normas aplicable a los sindicatos, que lleva a proteger a los delegados elegidos y a los representantes sindicales (CC 88-248 DC de 17 de enero de 1989). CC 82-148 DC de 14 de diciembre de 1982 declaró que el monopolio sindical atenta al derecho de participación de los trabajadores y a la libertad sindical, aunque lo admite en ciertas elecciones.

787. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 370-386. Su alcance puede limitarse para conciliarlo con el interés general al que la huelga puede atentar y por la continuidad del servicio público y la atención de necesidades esenciales del país (CC 79-105 DC de 25 de julio de 1979), la protección de la salud y la seguridad de las personas (CC 80-117 DC de 22 de julio de 1980) y de los principios de igualdad y responsabilidad (CC 82-144 DC de 22 de octubre de 1982).

788. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 344-358.

- libertad de cátedra de los profesores de la enseñanza superior (CC 80-119 de 22 de julio de 1980⁷⁸⁹; 83-165 DC de 20 de enero de 1984, *libertés universitaires*⁷⁹⁰; CE 22 de marzo de 1992, *Association des enseignants du muséum d'histoire naturelle*) y la independencia de los profesores universitarios (CC 20 de enero de 1984)⁷⁹¹.
- b) De carácter económico-social:
 - Conciliación entre el derecho de propiedad y la exigencias constitucionales de nacionalización de empresas (CC 81-132 DC de 16 de enero de 1982⁷⁹²).
 - Lucha contra el paro (CC 2003-487 de 18 de diciembre de 2003).
 - Equilibrio financiero de la Seguridad Social (CC 97-337 de 18 de diciembre de 1997).
 - Libertad contractual (CC 98-401 de 10 de junio de 1998).
 - Libertad de trabajo (Cas. social 30 de junio de 2004, *SPIMC*).
- c) Sobre la organización de los poderes públicos, la Administración y la justicia administrativa:
 - Separación de poderes (CC 79-104 DC de 23 de mayo de 1979).
 - Principio de servicio al interés general (CC 71-44 DC de 16 de julio de 1971⁷⁹³; 79-107 DC de 12 de julio de 1979; 93-335 DC de 21 de enero de 1994).
 - Independencia de la jurisdicción administrativa (CC 80-119 de 22 de julio de 1980⁷⁹⁴) y dualidad jurisdiccional (CC 224 de 23 de enero de 1987⁷⁹⁵).
 - Competencia exclusiva de la jurisdicción administrativa para la anulación de actos del poder público (CC 86-224 DC de 23 de enero de 1987).

789. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 414-427.

790. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 564-582.

791. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 564-582. No se benefician ni los maestros de conferencias (CE 9 de julio de 1994, *Le Calvez*), ni los bibliotecarios (CE 9 de julio de 1997, *Picard*), ni los profesores de secundaria (CE 10 de noviembre de 2004, *Denis*).

792. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 451-491.

793. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 249-266.

794. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 414-427.

795. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 699-714.

- Competencia de la autoridad judicial en materia de atentados a la propiedad inmobiliaria (*emprise*) (CC 89-256 de 25 de julio de 1989).
- Salvaguarda del orden público (CC 82-142 DC de 27 de julio de 1982).
- Protección de la salud pública (CC 80-177 DC de 20 de julio de 1980; 90-283 DC de 8 de enero de 1991).
- Prestación de servicios públicos cuya necesidad, existencia y funcionamiento “se deducen de los principios y reglas de valor constitucional” (CC 86-207 DC 25 y 26 de junio de 1986⁷⁹⁶; 86-217 de 18 de septiembre de 1986), así como la continuidad de los servicios públicos (CC 79-105 de 25 de julio de 1979)⁷⁹⁷.
- Derecho de autonomía local (CC 1990-274 DC de 29 de mayo de 1990⁷⁹⁸; 2000-436 DC de 7 de diciembre de 2000).
- Régimen del silencio administrativo (CC 69-55 de 26 de junio de 1969)⁷⁹⁹.

Rechazó el carácter de principios a objetivos no relacionados directamente con los derechos y libertades, como la protección del patrimonio arqueológico (CC 2003-480 DC de 31 de julio de 2003) o del medio ambiente (CC 203-488 de 29 de diciembre de 2003).

Ahora bien, teniendo en cuenta el principio de legalidad, a pesar de la vigencia y aplicación directas de los principios, corresponde al legislador perfilar en las leyes su alcance, lo mismo que el de los derechos y libertades; en parti-

796. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 652-676.

797. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 370-386. Se contrapuso el alcance de dos valores, el de continuidad de los servicios públicos y el de huelga, que conducía a garantizar un “servicio mínimo” en la televisión (CC 79-105 DC de 25 de julio de 1975).

798. Con base en el artículo 72.2 CF que reconoce a las colectividades territoriales que “se administren libremente por consejos elegidos y en las condiciones previstas por la ley”.

799. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 235-248. Es uno de los principios impuesto desde la jurisdicción comunitaria con base en la Convención Europea y en el Derecho comunitario (CJCE 1 de julio de 1977), del mismo modo que otros como el de la seguridad jurídica y la confianza legítima (CJCE 9 de julio de 1969), la equidad y el plazo razonable del artículo 6 CEDH. Fue incorporado a la Ley 2000-321 de 12 de abril de 2000. Conforme a la STJCE 27 de marzo de 1990, *Chomel*, “la técnica del silencio no permite consagrar situaciones contrarias a la legalidad, pero en todo caso, cuando el silencio de la Administración es muy persistente, se prolonga indebidamente durante mucho tiempo, puede dar lugar a que surja en el interesado la legítima confianza en que la actividad que desarrolla es acorde con la legalidad y consentida”.

cular en cuanto se refiere al principio del servicio al interés general por parte de las instituciones públicas⁸⁰⁰. En todo caso, como ha constatado el Consejo Constitucional en una de sus primeras decisiones, por encima de la ley están “los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y solemnemente reafirmados por el Preámbulo de la Constitución” (CE 71-44 de 16 de julio de 1971, *Liberté d’association*)⁸⁰¹, así como en otras normas que forman el “bloque de la constitucionalidad”. Sirva de ejemplo a estos efectos, la decisión de 16 de enero de 1982 en la que recuerda que el legislador, al ejercer su competencia reguladora del régimen de la propiedad, debe “respetar los principios y las reglas constitucionales que se imponen a todos los órganos del Estado”.

De tal modo que la legitimidad de la ley no está hoy sólo en la mayoría de la Cámara, sino en que, además, sea conforme a la Constitución, porque “la ley votada no expresa la voluntad general más que en el respeto a la Constitución”, según su decisión de 23 de agosto de 1985. Esta adecuación está hoy garantizada por el control de constitucionalidad por parte del Consejo Constitucional, sin que pueda utilizarse la pantalla (*écran*) a la que tan sutilmente acudió el Consejo de Estado para no entrar al examen de la constitucionalidad de la ley⁸⁰², o de su conformidad a un Tratado internacional⁸⁰³, y aplicarla directamente al acto administrativo.

800. CC 83-162 DC de 19 y 20 de julio de 1983 declaró que la “valoración del interés general corresponde al legislador”. Ratificada por 87-232 DC de 7 de enero de 1988 y 93-322 DC de 28 de julio de 1993. La concreción del objetivo de interés general debe realizarse en la propia ley y debe tenerse constancia en los trabajos preparatorios (CC 92-316 DC de 20 de enero de 1993; 2000-434 DC de 20 de julio de 2000; 2000-441 DC de 28 de diciembre; 2003-477 DC de 31 de julio de 2003).

801. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 249-266.

802. CE 5 de marzo de 1999, *M. Rouquette*, recuperó parcialmente la teoría de la *loi-écran* respecto a la aplicación directa del pacto internacional sobre los derechos económicos, sociales y culturales de New York, ratificado el 1 de febrero de 1981, sin examinar la conformidad de un decreto dictado en ejecución de una ley a la Constitución, que debiera referirse a aquella y ha de conocerla el Consejo Constitucional.

803. CE 1 de marzo de 1968, *Syndicat général des fabricants de semoule de France*, y 22 de octubre de 1979, *Union démocratique du travail*, rechazaron examinar la conformidad de una ley a un Tratado internacional entendiendo que es competencia del juez constitucional. Por el contrario, el Consejo Constitucional entendió que no le compete examinar la conformidad de una ley a un Tratado, porque no es juez de las convenciones, ni una ley contraria a un Tratado lo es necesariamente a la Constitución; se remite al juez judicial o administrativo (CC 15 de enero de 1975, *Interruption*

También superó el debate doctrinal sobre la aplicación directa de los principios constitucionales, que rechazaban autores como VEDEL y DELVOLVÉ, quienes exigían la existencia de la ley, negando la eficacia directa de la Constitución⁸⁰⁴. Ha reconocido la existencia de principios legislativos con valor propio, que actúan por sí mismos sin necesidad de vincularlos con los de interés general, como el derecho de propiedad (CC 2000-436 DC de 7 de diciembre de 2000), el de iniciativa (CC 2003-480 DC de 31 de julio de 2003), de libertad contractual (CC 2001-451 DC de 27 de noviembre de 2001), de autonomía local (CC 2000-436 DC de 7 de diciembre de 2000).

El control de constitucionalidad se apoya en la Constitución, la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano y el Preámbulo de la Constitución de 1946⁸⁰⁵, textos que recogen los principios del orden republicano, que tienen valor objetivo y permanente y constituyen “la filosofía política de la Nación”⁸⁰⁶. Además, se invocan los principios no recogidos en los textos, pero que existen en la filosofía política o moral reconocida por los jueces. Estos principios sirven de parámetro de la constitucionalidad, a los que se añadirán los derivados de los Tratados y Convenciones internacionales y los propios del Derecho comunitario.

En la parte final de este trabajo se estudiará el proceso del control de legalidad de la actividad administrativa por parte del Consejo de Estado, la teoría de la ley-pantalla (*loi-écran*)⁸⁰⁷ y el establecimiento del control de la constitucionalidad de las leyes por el Consejo Constitucional, a partir de su creación por la Constitución de 1958.

volontaire de grossesse). El Tribunal de Casación se declaró competente para examinar la compatibilidad de una ley a un Tratado (CCass. 24 de mayo de 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*). El CE 20 de octubre de 1989, *Nicolo*, hizo prevalecer el Tratado sobre una ley interna contraria a aquel, consagrando el control de esta compatibilidad conforme al artículo 55 CF.

804. El Consejo de Estado, además de rechazar el control de constitucionalidad de las leyes (CE 6 de noviembre de 1936, *Arrighi*), lo hizo sobre la aplicación directa de la Constitución en ausencia de ley (CE 7 de julio de 1950, *Debaene*; 11 de julio de 1956, *Amicale des annamites de Paris*) sobre “los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República” invocados por el preámbulo de la Constitución de 1946. Por el contrario, en el marco de la Constitución de 1958 la aplicó directamente, invocando sus disposiciones, para anular un acto administrativo contrario (CE 12 de febrero de 1960, *Société Eky*).

805. VEDEL, G., “Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif”, en LAUBADÈRE, MATHIOT, RIVERO, VEDEL, *Pages...*, cit., II, LGDJ, Paris, 1980, p. 216.

806. RIVERO, J., *Le juge...*, cit., p. 303.

807. CE 10 de julio de 1954, *Fédération des conseils de parents d'élèves*.

2.6. Los objetivos de valor constitucional

El concepto de “objetivo de valor constitucional” fue formulado por el Consejo Constitucional en su decisión 82-141 DC de 27 de julio de 1982, referido a la ley sobre la comunicación audiovisual:

“corresponde al legislador conciliar en el estado actual de la técnica y de su dominio el ejercicio de la libertad de comunicación que resulta del artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre, con, de una parte, las limitaciones técnicas inherentes a los medios de comunicación audiovisual y, de otra parte, los objetivos de valor constitucional que son la salvaguarda del orden público, el respeto de la libertad ajena y la preservación del carácter pluralista de las corrientes de expresión socioculturales”.

Según expuso LUCHAIRE su valor “constitucional se explica en que ponen en práctica los principios constitucionales”, sin que el Consejo lo haya utilizado para censurar una disposición legislativa, mientras que lo hizo con base en los principios constitucionales. No se les considera relevantes en la jerarquía normativa porque su fuerza se halla en que el principio lo recoja una norma, por lo que su efectividad corresponde al legislador y no a la Administración que sólo estará afectada en la medida que lo contenga la ley⁸⁰⁸. Se reconoce al legislador la posibilidad de modificar las leyes para introducir el criterio de oportunidad y las garantías para realizarlos (CE 16 de diciembre de 2005, *Ministère du travail et de la solidarité et syndicat national des buissiers de justice*). El Consejo Constitucional declaró que “no le corresponde pronunciarse sobre la oportunidad de las disposiciones legislativas” (CC 89-261 DC de 28 de julio de 1989), aunque realiza un cierto control de “desviación de poder” cuando entiende que el legislador se separa del objetivo constitucional perseguido (CC 84-181 DC de 10 y 11 de octubre de 1984⁸⁰⁹ y 86-210 DC de 29 de julio de 1986), o una “desviación de procedimiento” cuando controla la utilización del procedimiento del artículo 38 CF y la legislación por medio de ordenanzas (CC 86-208 DC de 1 y 2 de julio de 1986⁸¹⁰).

808. LUCHAIRE, F., “L’objectif de valeur constitutionnelle”, *RFDC*, 64, 2005, pp. 675-684.

809. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 583-607.

810. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 677-698.

Dentro del concepto se han incluido objetivos derivados del bloque de la constitucionalidad sea de la Constitución, de la Declaración del Derechos del Hombre y del Ciudadano, del preámbulo de la Constitución de 1946 o de la Carta del Medio Ambiente de 2004, a la que se refirió el preámbulo constitucional conforme a la Ley 2005-205 de 1 de marzo de 2005. Entre ellos la protección del orden público, la lucha contra el fraude fiscal, la disposición de una vivienda decente, la protección de la salud⁸¹¹, o los enumerados por los artículos 1, 2 y 6 de la Carta del Medio Ambiente.

El reconocimiento del alcance de los objetivos de valor constitucional se ha realizado con referencia al principio de “alojamiento decente”, formulado por el preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946: “la Nación asegura al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo”, cuyo alcance se ha de plasmar en las leyes. En este sentido, el artículo 1 de la Ley de 22 de junio de 1982, sobre los derechos y las obligaciones de los arrendatarios, declaró que “el derecho a la vivienda es un derecho fundamental, que se ejerce en el marco de las leyes que lo regulen”. El carácter de objetivo de valor constitucional de la disponibilidad de una vivienda decente fue declarado por CC 94-359 DC de 28 de diciembre de 1994⁸¹². El Consejo de Estado en su ordenanza de 3 de mayo de 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin*, invocó la decisión del Consejo Constitucional de 29 de julio de 1998, que calificó de objetivo de valor constitucional a la “posibilidad para toda persona de disponer de una alojamiento decente”, sin reconocer que fuera un derecho a la vivienda con rango de principio constitucional invocable ante la justicia. En tanto la ley no lo configure como un derecho (art. 34 CF) no se materializa ni es exigible como tal derecho subjetivo, sino un valor cuyo contenido compete definir al legislador, como

811. JUAN, S., “L’objectif à valeur constitutionnelle du droit à la protection de la santé: droit individuel ou collectif?”, *RDP*, 2, 2006, pp. 439-457.

812. CC 94-359 DC de 19 de enero de 1995; 98-403 DC de 29 de julio de 1998; 2000-436 DC 7 de diciembre de 2000: “la obligación de mantener en condiciones habitables la vivienda arrendada responde al objetivo de valor constitucional de que toda persona tenga la posibilidad de disponer de una vivienda decente”. El artículo L. 225-14 del Código penal tipifica como delito el mantener a personas con dependencia o vulnerabilidad en condiciones de trabajo o alojamiento incompatibles con la dignidad humana. CC 98-403 DC de 29 de julio de 1998 sobre la concurrencia de los valores de origen constitucional, el derecho de propiedad y el de disponer de un alojamiento decente.

reconoció el preámbulo de la Ley de 19 de enero de 1995, sobre la diversidad de la vivienda:

“incumbe tanto al legislador como al gobierno determinar conforme a sus competencias respectivas las medidas para ejecutar este objetivo de valor constitucional; el legislador puede a tal fin modificar, completar o derogar las disposiciones legislativas anteriormente promulgadas con la única condición de no privar de las garantías legales a los principios de valor constitucional que aquellas tenían por misión ejecutar”.

Ese derecho ha sido reconocido por el artículo 187 de la Ley de 13 de diciembre de 2000, de solidaridad y renovación urbanas, que obligó en las aglomeraciones de más de 50.000 habitantes a reservar al régimen de viviendas sociales el 20% del total. Las condiciones de habitabilidad las concretó la ordenanza de 15 de diciembre de 2005.

También se han considerado objetivos de valor constitucional la claridad de la ley (CC 2004-500 DC de 29 de julio de 2004) y la accesibilidad e inteligibilidad de la norma conforme a las estipulaciones de la Convención Europea de Derechos del Hombre y de las libertades fundamentales⁸¹³. Obliga a dictar normas comprensibles para los destinatarios, que llevaría al Consejo de Estado a anular los reglamentos que no lo respetaran (CE 24 de marzo de 2006, *Société KPMG, Société Ernest Young Audit et autres*). Aun cuando el Consejo Constitucional se negó a consagrarlo (CC 97-391 de 7 de noviembre de 1997) hoy está reconocida esta faceta de inteligibilidad por la jurisdicción europea (TEDH 24 de abril de 1990, *Kruslin c. Francia*; 28 de marzo de 2000, *Baranowski c. Polonia*).

813. CC 2001-455 DC de 12 de enero de 2002; 2004-500 de 29 de julio de 2004. CC 99-421 DC de 16 de diciembre de 1999, añadió el objetivo de valor constitucional de la accesibilidad e inteligibilidad de la ley a la exigencia de la claridad legislativa reconocida en base al artículo 34 CF por la decisión 98-401 DC de 10 de junio de 1998. CC 2000-435 DC de 7 de diciembre de 2000, *loi d'orientation pour l'outremer*, censuró las disposiciones imprecisas y ambiguas. CC 2005-512 DC de 21 de abril de 2005, criticó las disposiciones sin contenido normativo, porque “la ley tiene por vocación enunciar reglas” (CC 2004-500 DC 29 de julio de 2004). En CC 2003-467 DC de 13 de marzo de 2003 consideró sin contenido normativo las disposiciones que “no crean derecho alguno nuevo en beneficio de los extranjeros y no les someten a ninguna nueva obligación; que tampoco atribuyen a la autoridad administrativa poderes que no poseyera ya antes”. Para superar estas situaciones apoyó la codificación y simplificación del Derecho (CC 99-421 DC de 16 de diciembre de 1999; 2003-473 de 26 de junio de 2003; 2004-506 de 2 de diciembre de 2004).

En la decisión CC 99-421 DC de 16 de diciembre de 1999 se vinculó el interés general a la existencia de códigos conforme al “objetivo de valor constitucional de accesibilidad e inteligibilidad de la ley”, porque la igualdad y la garantía exigidas por los artículos 6 y 16 de la Declaración de Derechos “pudieran no ser efectivas si los ciudadanos no dispusiesen de un conocimiento suficiente de las normas que les son aplicables”. En la resolución 2001-455 DC de 12 de enero de 2002 recoge la doctrina sobre el alcance de las reglas de valor constitucional y, entre ellas, la relativa a la calidad de la ley:

“corresponde al legislador ejercitar plenamente la competencia que le atribuye el artículo 34 de la Constitución; debe, en el ejercicio de esta competencia, respetar los principios y reglas de valor constitucional y vigilar en lo que a estos respecta que se asegure por las autoridades administrativas y judiciales encargadas de aplicar la ley; a este respecto el principio de claridad de la ley que se deriva del artículo 34 de la Constitución, y el objetivo de valor constitucional de inteligibilidad de la ley, que se desprende de los artículos 4, 5, 6 y 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, le imponen, a fin de prevenir a los sujetos de Derecho contra una interpretación contraria a la Constitución o contra el riesgo de arbitrariedad, adoptar disposiciones suficientemente precisas y fórmulas no equívocas”⁸¹⁴.

Ese objetivo constitucional es operativo frente al contenido de un Decreto (CE 8 de julio de 2005, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique SGEN-CFDT*). Sin embargo, sigue fiel a su postura de rechazar el control de constitucionalidad de las leyes respecto al acto administrativo, aunque consideró la necesidad de que las normas fueran claras y precisas (CE 18 de febrero de 2004, *Commune de Savigny-le-Temple*).

La inteligibilidad de la ley en materia fiscal la ha relacionado el Consejo Constitucional con la seguridad jurídica, que “permita evaluar con un grado de previsibilidad razonable el montante de su impuesto según las diversas opciones que se le abren” (CC 2005-530 DC de 29 de diciembre de 2005). Esta doctrina es conforme con la del Tribunal Europeo sobre las consecuencias que se puedan derivar respecto al derecho de propiedad (CEDH 24 de noviembre de 2005, *Touchandeau et July c. Francia*).

814. MILANO, L., “Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi”, *RDP*, 3, 2006, pp. 641-659.

3. El principio de legalidad

A partir de la consagración del imperio de la ley, el orden jurídico experimentó una transformación en su fuente, sistema y destinatario, porque, como expuso GARCÍA PELAYO,

“a la unidad formal del orden político y jurídico del Estado absolutista suceden toda una serie de separaciones objetivas en la estructura de tales órdenes [...] con lo que surgen objetos perfectamente individualizados dentro de la unidad del orden jurídico-político, los cuales como tales objetos autónomos exigen también un tratamiento autónomo”⁸¹⁵.

En el Estado de Derecho contemporáneo la función política más trascendental es la legislativa, que establece el marco de la convivencia social y las reglas para la actividad de los poderes públicos que se concretan en convertir en actos particulares las normas generales. El principio de legalidad exige que una ley previa preceda, autorice y dé razón de cada uno de los actos singulares, porque quien los dicta está habilitado para hacerlo, conforme al ejercicio de sus competencias y potestades, al procedimiento y al servicio de fines de interés general, todo ello predeterminado por la ley⁸¹⁶.

3.1. Significado y evolución

El principio de legalidad constituye una manifestación técnico-jurídica del Estado de Derecho, que hace posible el sometimiento del poder a unas normas para garantizar los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, siendo un valor definitorio del sistema. El principio de legalidad es, asimismo, el medio técnico para regular las relaciones entre los poderes⁸¹⁷. Como expuso

815. GARCÍA PELAYO, M., “Derecho Público”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, I, Barcelona, Seix, 1950, pp. 979 y ss.

816. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia constitucional”, *REDC*, 10, 1984, pp. 11-61. RUBIO LLORENTE, F., “El principio de legalidad”, *REDC*, 39, 1993, pp. 9-42.

817. CHEVALIER, J., “La dimension symbolique du principe de légalité”, en *RDP*, 6, 1990, pp. 1.651-1.677. BRETON, J.-M., “L'État et la légalité: contribution à une dialectique de la dé-

AUBY, “constituye uno de los aspectos del principio del Estado de Derecho, según el cual todos los sujetos de Derecho, personas privadas u órganos del Estado, deben someterse a la legalidad y conformarse a ella”. En el ámbito de la Administración la legalidad supone un límite y un fundamento a la acción, porque le obliga a actuar en el sentido de la legalidad efectiva⁸¹⁸, que, a su vez, supone una garantía de los “derechos naturales e inalienables” reconocidos a los ciudadanos sobre los que sólo puede disponer la ley⁸¹⁹.

En la historia y tradición francesas el principio de legalidad se fundamentó en ROUSSEAU y en su idea de la ley como emanación de la voluntad general, que

“debe partir de todos para aplicarse a todos, y pierde su rectitud natural cuando tiende hacia algún objeto individual o determinado, porque entonces, juzgando de lo que nos es extraño, no tenemos ningún verdadero principio de equidad que nos guíe. Pues bien, para devolver al hombre su libertad natural es necesario que las declaraciones de esta voluntad general –las leyes– gocen de primacía frente a cualquier otra manifestación de voluntad”⁸²⁰.

Frente al Antiguo Régimen, en el que el monarca era la fuente de todo Derecho, la Revolución Francesa afirmó que la legitimidad de todo Poder y la fuente del Derecho están en la voluntad general⁸²¹. Como se ha expuesto, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano encomienda a la ley habilitar, legitimar y condicionar el ejercicio del poder.

mocratie (L'exemple français)”, *RDP*, 1, 1997, pp. 181-213. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., “Le principe de légalité”, *AJDA*, 20 juin 1996, spécial, pp. 161-167. PEISER, G., “Le développement de l'application du principe de légalité dans la jurisprudence du Conseil d'État”, en *Mélanges René Chapus. Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 517-529. SCHMIDT-ASSMANN, E., “L'administration et le principe de légalité”, *RFAP*, 78, 1996, pp. 279-290.

818. AUBY, J.-M., *Droit public*, II, Paris, Economica, 1958, pp. 192 y ss.

819. LOSCHAK, D., “Le principe de légalité; mythes et mystifications”, *AJDA*, 1987, pp. 387 y ss. CHEVALLIER, J., *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 22 y ss.

820. ROUSSEAU, J. J., *Du contrat social*, Genève, Les éditions du cheval ailé, 1947, pp. 214-216.

821. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *RAF*, 38, 1962, p. 162. HUMMEL, J., “Guizot, théoricien de la légitimité”, *RDP*, 4, 2006, pp. 903-914, expone la construcción de la nueva legitimidad representativa en la Asamblea y el Gobierno. THEIS, L., *François Guizot*, Paris, Fayard, 2008.

Conforme al principio de separación de poderes, el poder legislativo, que representa a la comunidad, promulga las leyes; el ejecutivo particulariza sus mandatos en los casos concretos, conforme a la habilitación y condiciones legales; el judicial aplica las leyes con imparcialidad e independencia. MACAREL al hablar del “poder ejecutivo en general” como segundo poder social, dijo que

“la ejecución debe seguir a la voluntad. El poder al que se confía esta alta misión es el poder ejecutivo o ejecutor. Pero la ejecución de la leyes puede conseguirse y obtenerse de dos modos: por vía de acción y de persuasión, o por la vía de decisión y de sanción. Resulta por ello que el poder ejecutivo se divide en dos ramas, a saber: una, que toma el nombre de poder administrativo, y que es el poder ejecutivo, propiamente dicho; la otra, que toma el nombre de poder judicial. La misión propia de este es aplicar la ley a los hechos particulares, juzgar las diferencias que se plantean entre los ciudadanos y sancionar las infracciones a las leyes penales”⁸²².

MACAREL entendía que el poder ejecutivo propiamente dicho era el poder administrativo que “dispone la ejecución de las leyes, de la seguridad del Estado, del mantenimiento del orden público y atiende las diferentes necesidades de la sociedad. La ley es la fuente de sus obligaciones y con su ejecución procura su cumplimiento”. De tal manera que es, respecto al legislativo, “lo que el hecho es al derecho: la ley es el derecho, la ejecución es el hecho. El segundo depende del primero y le está subordinado”, por lo que

“los actos del poder ejecutivo no pueden ser otra cosa que consecuencias de los actos del poder legislativo, y, de cualquier modo que se les denomine a los actos del poder ejecutivo, sean decretos u ordenanzas, no tienen otro objeto que procurar la ejecución de las leyes”⁸²³.

La Revolución Francesa y el orden liberal construyeron un sistema de leyes. El Parlamento es la fuente monista de legitimidad, de modo que la ley es una técnica formal, que plasma las decisiones supremas del pueblo por medio de su Asamblea para organizar la vida social:

“en el centro mismo del sistema de los derechos está el origen de dos fenómenos capitales derivados en línea recta de la Declaración francesa y que buscará en vano

822. MACAREL, L.-A., *Eléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833, p. 32.

823. MACAREL, L.-A., *Eléments...*, cit., p. 33.

en la influencia histórica del Derecho norteamericano: la formación del Derecho Público europeo a lo largo de todo el siglo XIX y la reconversión del sistema jurídico en un sistema de Leyes, precisamente, la reconfiguración del Estado en lo que no había sido en todo el largo y profundo Antiguo Régimen, una *machina legislatoria*, en el ‘Estado legislación’, según la lúcida explicación de Carl SCHMITT. Todo el sistema jurídico queda reducido a un sistema cerrado de Leyes, lo que se llamará el positivismo legalista: la revolución jurídica más radical y más importante de la historia, probablemente”⁸²⁴.

La Revolución formuló un régimen propio e innovador de la relación entre la ley y el poder, que permite diferenciar entre el sistema francés y el germánico del principio monárquico respecto al alcance y significado de la ley.

3.1.1. *El principio monárquico*

En la tradición germánica coexistieron los principios monárquico y democrático:

“la Corona, autónoma en su legitimidad, preexiste como principio agente a cualquier habilitación legal y, en consecuencia, es posible reivindicar para ella –y de rechazo para su Ejecutivo– un ámbito propio y primario de competencias derivadas no ya de la ley, sino antes bien de su intermediación soberana con la función de gobernar. La Dieta o Parlamento se inserta, en cambio, en el esquema –lo cual es coherente en un régimen montado sobre la concurrencia de voluntades como técnica de limitación de poder– como un posterior, es decir, como un límite o frontera colocado a la acción de la Corona en aquellas materias taxativamente identificadas por su alta trascendencia para los ciudadanos y en las cuales es lógico que la voluntad interventora no sea la del Gobierno, sino la de la representación social: libertad y propiedad (*Freiheit und Eigentum*) constituyen –en la tradición germánica de los siglos XIX y XX y conforme a una comprensión burguesa del problema que hunde sus raíces en LOCKE– ese ámbito material que se desea ver parlamentariamente garantizado”⁸²⁵.

Conforme al principio monárquico, tal y como fue formulado por STAHL, correspondía exclusivamente al rey la potestad de expresar la voluntad del Es-

824. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, cit., pp. 80-81.

825. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso...*, I, cit., pp. 258-259.

tado y de ejercer, en consecuencia, los poderes públicos. Superado el régimen absoluto, el principio no perdió validez, aunque el monarca no fuera el soberano absoluto, sino que se compaginó con las instituciones parlamentarias, reconociéndoles una soberanía compartida, de modo que “el monarca es un órgano del Estado, el órgano de su soberanía, el órgano que sirve de médula a la red de fuerzas y competencias que constituyen el Estado”⁸²⁶. Según expuso JELLINEK, “la característica esencial del monarca no es otra que poseer en el Estado la potestad suprema, esto es, aquel poder que conserva a éste y le pone en movimiento; visto más de cerca, consiste en una esfera libre, limitada por las leyes, pero no en cuanto a su contenido, y propia para dar una dirección a las acciones del Estado”⁸²⁷. Como lo expresó SCHMITT:

“El monarca sigue siendo sujeto de un poder ilimitado en principio, constituyente, y por eso no susceptible de ser comprendido dentro de una ley constitucional. Por cuanto que la cuestión alternativa de si era el Príncipe o el Pueblo quien tenía este poder constituyente no se había decidido a favor del Pueblo, había de permanecer ya, por eso mismo, en el Príncipe, en tanto que existiera su fuerza y autoridad política. Como en otros casos de suspensión de la decisión, también aquí permaneció en el anterior *statu quo*: en el principio monárquico”⁸²⁸.

Dicho principio se articuló en tres premisas: en el Estado no hay otro órgano de soberanía que el rey; las Asambleas son órganos del Estado ajenos a la idea de representación de la soberanía nacional cuyas competencias son las que les atribuya la Constitución; sólo al rey corresponde el ejercicio de la soberanía como potestad plena y suprema⁸²⁹.

El *principio monárquico*, al operar como apoyo o presupuesto primero a la acción de gobierno, desplazaba al *principio parlamentario* desde su condición típicamente francesa de *fundamento* o *a priori* inexcusable a la cualidad de condicionamiento social adicionado a la acción del poder en determinados asuntos graves. En consecuencia, la ley dictada por el Parlamento no era un

826. HERRERO DE MIÑÓN, M., *El principio monárquico*, Madrid, EDICUSA, 1972, p. 17.

827. JELLINEK, G., *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, 1973, pp. 516-517.

828. SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1996, p. 75. ALLI ARANGUREN, J. C., *Derecho, Estado y Administración en el pensamiento de Sáinz de Andino*, Pamplona, UPNA, 2005, pp. 318-320.

829. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M., *El principio...*, cit., p. 19.

prius para la determinación pública, sino norma principal. En este sistema la reserva de ley acota el ámbito material restringido a la intervención parlamentaria, de modo que el principio de legalidad permite al Ejecutivo actuar en la medida en que una norma legal no se lo impida expresamente (*negative Bindung*), ya que éste no tiene por cometido la ejecución de la ley –que no es presupuesto, sino límite–, sino la ejecución de fines propios, apoyándose para ello en la legitimidad que deriva del principio monárquico. Por ello la ley no habilitaba al monarca sino que determinaba el grado de limitación de su poder o el grado de participación de los ciudadanos en el mismo, estableciendo una vinculación negativa.

3.1.2. *El principio de la ley habilitante*

La formulación francesa del principio de legalidad, que exigía la ley previa habilitante de la actuación administrativa, se matizó con el reconocimiento de una potestad normativa en el Ejecutivo, de modo que el legislativo compartía su poder con la Administración. Ello significaba una cierta coexistencia en el Estado constitucional del principio democrático –que tomó cuerpo con la Revolución– con el principio monárquico anterior, atribuyendo la ley al principio democrático y el reglamento al monárquico.

La transformación del Estado liberal en el Estado social de Derecho incidió en la formulación del principio de legalidad, como había sido concebido por la Ilustración y por la Revolución, y el modo en que la Administración se somete al Derecho, como puso de manifiesto GARCÍA PELAYO:

“Cuando se formuló el principio de la legalidad, se entendía por ley una normatividad general, abstracta, válida para un número indefinido de casos y para un tiempo indeterminado. Y si bien la ley había de ser expresión de la voluntad popular expresada por sus representantes, no es menos cierto que, a través de la mediatización del Parlamento, era también expresión de racionalidad, es decir, no se trataba de sustituir un decisionismo por otro, el tal es *notre plaisir* del rey por el de los representantes del pueblo, sino que, partiendo del principio de que “de la discusión sale la luz”, se creía que de la contraposición honesta de voluntades y criterios en la discusión parlamentaria surgía la racionalidad de la ley. [...] Estos supuestos han dejado de tener vigencia. En efecto, cuando el Estado ha de utilizar la legislación, no sólo para crear un orden general para la acción, sino también

como instrumento de acción, entonces las leyes no pueden tener siempre carácter general y abstracto, sino frecuentemente específico y concreto, de acuerdo con la singularidad y, a menudo, con la temporalidad del caso a regular o del objetivo a conseguir. Ello está de acuerdo, por lo demás, con la idea de racionalidad típica de nuestro tiempo: con la llamada razón instrumental, funcional, sistemática, operacional, etcétera, que desconoce un orden racional-objetivo y por la cual no hay más que racionalidades subjetivas”⁸³⁰.

El principio de legalidad también se manifiesta en el respeto al orden legal como totalidad y en sentido amplio, como conjunto de normas jerarquizadas, de modo que no se trata sólo de la ley dictada por el poder legislativo, sino “de la conformidad a la ley *lato sensu*, es decir, al conjunto de reglas de Derecho superiores. Se denominará, con mayor exactitud, principio de normatividad o de juridicidad, pero, como no se utilizan estas palabras se crearían más equívocos que los que se trataban de evitar”⁸³¹. Precisamente la vinculación al conjunto determina que la cuestión de legalidad es también una cuestión de constitucionalidad, en cuanto que, por efecto de la jerarquía normativa, la Administración está obligada no sólo al respeto de la ley, sino, en primer lugar, a la Constitución como norma superior, “fuente de las fuentes” y texto portador de los principios fundamentales del sistema jurídico.

Ahora bien, como expone GARCÍA DE ENTERRÍA, el principio de legalidad como manifestación habilitadora del Estado de Derecho no constituye sólo un límite formal establecido por las leyes, sino una ordenación fundada en un sistema material de valores:

“no sólo se trata de hacer imposible el retorno a una dictadura que se apropie del poder de hacer normas y que pretenda desde esa apropiación legitimar su pretensión de obediencia, sino también de cerrar el paso a una concepción jacobina o decisionista-totalitaria de la democracia, no como una simple regla mecánica, ciega a los valores materiales y estrictamente neutra a ellos, sino como una pieza inserta en un cuadro de valores materiales que, en cuanto constitucionalizados, se imponen a su funcionamiento”⁸³².

830. GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones...*, cit., pp. 62-63.

831. VEDEL, G., *Manuel...*, cit., p. 118.

832. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1986, p. 102.

Pero el principio de legalidad no sólo es uno de valores fundamentales del Estado de Derecho, sino que tiene un alcance técnico y político, porque

“significa que la acción administrativa está constreñida por determinados límites, sometida a normas que determinan los objetivos a alcanzar y los medios para lograrlo; pero también tienen alcance ideológico porque funda la legitimidad de la acción: el principio de legalidad expresa la sumisión de la Administración a la ley, manifiesta su subordinación al poder político y atestigua que no actúa según su propio arbitrio, sino respetando los principios fundamentales del orden social existente, convertidos en reglas jurídicas por el legislador”⁸³³.

VIVIEN expresó el alcance del imperio de la ley respecto a la Administración, que se traducía en determinados deberes y frenos a su actuación y a sus relaciones con los ciudadanos:

“no puede imponer a los ciudadanos obligaciones que no estén establecidas por la ley, ni impedir el ejercicio de facultades o derechos de los que la ley no les haya privado. Independientemente de las penas que puedan imponérsele si abusa de su autoridad, sus actos están sujetos a recurso cuando lesionan un derecho [...] Así el imperio de la ley no está suspendido jamás, el legislador que establece una regla, que reconoce un derecho, que crea garantías a favor de los intereses privados, está asegurado de que su voluntad no será ignorada; el ciudadano puede siempre dirigir su reclamación a un juez. Un agente único para la ejecución, un consejo cerca suya para la ilustración, una vigilancia continua y general de las jurisdicciones para asegurar el respeto de la ley y de los derechos privados: tales son las bases fundamentales de la organización administrativa”⁸³⁴.

La relación entre la Administración y el Derecho se plantea, según expuso BALLBÉ,

“en dos hipótesis explicativas: el Derecho administrativo o bien limita o bien determina a la Administración. Según la primera, la Administración es libre, como regla, y únicamente constreñida en su obrar ante una explícita prohibición normativa; y en la segunda suposición, la Administración se muestra condicionada por el Derecho administrativo, prius de la actuación de la misma, de tal modo que única-

833. LOSCHAK, D., “Le principe de légalité. Mythes et mystifications”, *AJDA*, 1981, pp. 387 y ss.

834. VIVIEN, A., *Études...*, cit., pp. 66-67.

mente puede hacerlo si le ha sido atribuida, en el caso concreto, la correspondiente facultad. Con arreglo a la primera tesis, el Derecho administrativo tiene como principio fundamental y rector el que, referido a la Administración, proclama *permissum videtur in omne quod non prohibitum*; en la segunda, su contrario: *quae non sunt permissae, prohibita intelliguntur*⁸³⁵.

En el Derecho francés el principio de legalidad no se formuló de un modo preciso, sino que fue construido por el Consejo de Estado a partir de las referencias al valor de la ley que establecen la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Constitución de 1791. Sin embargo, las referencias legales han sido escasas, aunque la ordenanza de 9 de agosto de 1944 se propuso “restablecer la legalidad republicana”, refiriéndose el conjunto de principios generales y valores propios del régimen construido por la Revolución, a los que nos hemos referido.

El artículo 3.2 de la Ley 82-213 de 2 de marzo de 1982, sobre derechos y libertades de los municipios, los departamentos y las regiones, conocida como ley de descentralización, legitima a los prefectos para impugnar (*déféré préfectoral*) ante el Tribunal administrativo, de oficio o a instancia de parte, por medio del recurso por exceso de poder⁸³⁶, los actos “contrarios a la legalidad” previstos por el artículo 2, sobre contratos, préstamos, acuerdos de concesión o de arrendamiento de servicios públicos. A propósito de esta disposición el Consejo Constitucional se manifestó sobre la constitucionalidad del artículo 72.2 y 3, afirmando que “el principio de legalidad exige a la vez respetar las atribuciones del legislador y de las reglas superiores de Derecho por medio de las cuales la Constitución [...] ha proclamado la indivisibilidad de la República, afirmado la integridad del territorio y establecido la organización de los poderes públicos” (CC 82-137 DC de 25 de febrero de 1982). Esta decisión consagró el principio de legalidad vinculado a la Constitución y, por tanto, a la constitucionalidad de la ley⁸³⁷.

El Consejo de Estado lo invocó en la resolución de 27 de junio de 2001, *Syndicat Sud Travail*, para afirmar la imposibilidad de derogar las reglas por

835. BALLBÉ, M., “Derecho administrativo”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, I, Barcelona, Seix, 1950, p. 62.

836. CE 29 de mayo de 1987, *Commune de Goult*; 2 de noviembre de 1988, *COREP des Hauts-de-Seine c. OPHLM de Malakoff*; 26 de julio de 1991, *Comune de St-Marie*.

837. Lo había realizado en CC 81-132 DC de 16 de enero de 1981. Continuó en CC 89-268 DC de 29 de diciembre de 1989, invocando los principios de legalidad en general y de legalidad de los delitos y las penas.

los servicios desconcentrados si no existen disposiciones legales o reglamentarias que lo autorizasen, porque suponía un desconocimiento del principio de legalidad⁸³⁸. El principio de legalidad, junto con el de seguridad jurídica y el de confianza legítima, lo ha consagrado la resolución del Consejo de Estado de 24 de marzo de 2006, *Société KPMG et autres*⁸³⁹.

3.2. Doctrina de la vinculación negativa

El Derecho como límite externo a un espacio jurídico vacío, que posibilitaba toda la actividad de la Administración, se conoce como la doctrina de la vinculación negativa de la Administración. Permitía a ésta actuar, haciendo uso de sus facultades discrecionales y autonomía, no sólo en todo aquello que la Ley le autorizase, sino en lo que la Ley no prohibía.

Tal doctrina partía de considerar la situación de la Administración en las relaciones jurídicas similar a la de los particulares, a los que el principio de autonomía de la voluntad permite realizar todo lo que no esté prohibido por las normas. La facultad de realizar todo lo no prohibido aparece recogida en el artículo 5 de la Declaración de Derechos de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791: *La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles a la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas*. Esta doctrina configura la discrecionalidad como un poder de la Administración de actuar libremente en casos de ausencia de regulación legal, como recogió el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de septiembre de 1888: "Se entenderá que la Administración obra en el ejercicio de sus facultades regladas en la medida en que deba acomodar sus actos a disposiciones de una Ley, de un Reglamento⁸⁴⁰, o de otro precepto administrativo".

838. También invocó el principio de legalidad en CE 11 de mayo de 2004, *Association AC*, y 25 de febrero de 2005, *France Telecom*.

839. DEGUERGUE, M., "Déclin ou renouveau de la création des grands arrêts?", *RFDA*, 2, 2007, pp. 256-257.

840. El principio de inderogabilidad singular de los reglamentos obliga a las autoridades administrativas, incluso a las superiores a la que lo dictó, a dictar los actos individuales conforme a los mismos (CE 1931, *Ville de Clamart*).

Esta concepción, vinculada al principio monárquico, consideró la administración como una función histórica residual de las funciones legislativa y judicial y al Derecho administrativo como un producto histórico accidental no inherente a la esencia del Derecho, tal y como la describió MERKL:

“Aquí se apoya también esa otra opinión, de la que no se ha cobrado todavía conciencia plena, que sostiene que la conexión entre Administración y Derecho, en su forma de Derecho administrativo, es objeto de la institución arbitraria por el Derecho positivo –de igual modo que la introducción de una determinada institución del Derecho administrativo, además, que esta creación jurídico-positiva del Derecho administrativo para cobijar en él a la Administración, ya existente, y, de una manera general, el reconocimiento positivo de un Derecho administrativo, es cuestión de conveniencia de política jurídica–. La teoría administrativa dominante debía de admitir también, consecuentemente, que el enlace entre Administración y Derecho, por lo mismo que ha sido establecida de una manera arbitraria en una determinada etapa del desarrollo de la Administración, podrá ser del mismo modo disuelta arbitrariamente en una etapa posterior. Según la doctrina dominante, únicamente la Administración constituye un concepto esencial de la teoría administrativa, mientras que el Derecho administrativo no representa más que un concepto aislado junto a otras instituciones administrativas, absolutamente ajenas al Derecho, y del mismo rango que ellas. De aquí se sigue que la teoría administrativa corriente no pretende ser, ni puede ser, más que parcialmente, una teoría del Derecho administrativo”⁸⁴¹.

En tal caso el principio de legalidad de la Administración sólo tiene el significado de límite, en cuanto que la Administración no puede violar las leyes y debe moverse dentro de sus límites:

“La fórmula más corriente del principio de legalidad es también la más problemática. Una función de la que no se exige más que el no traspasar los límites de las leyes puede desentenderse de toda base jurídica. El principio de legalidad, así entendido, ni siquiera presupone el principio de juridicidad. Toda actividad humana tiene que moverse dentro de los límites de las leyes. ¿Y cómo sería posible en este caso diferenciar la actividad estatal de la puramente humana? ¿Dónde existe esa posibilidad de atribución al Estado? La fórmula del principio de legalidad “dentro

841. MERKL, A., *Teoría general del Derecho administrativo*, México, Editora Nacional, 1980, pp. 209 y 210.

de los límites de las leyes” es la expresión más característica de una Administración alega, que cree necesario hacer un acatamiento ante las leyes, pero sin doblegarse, efectivamente, ante ellas. Esta misma expresión ‘límites de las leyes’ revela, sintomáticamente, la ambigüedad e inconsecuencia de esta teoría. No se puede hablar del principio de legalidad de la Administración más que en el caso en que ésta se halle intensamente sometida a la Ley”⁸⁴².

3.3. Doctrina de la vinculación positiva

El principio de la vinculación negativa estuvo vigente en el orden doctrinal hasta que la Escuela de Viena elaboró la doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la legalidad. En esta, la Administración se inserta en el proceso de ejecución y aplicación de la Ley, haciendo uso de las facultades autónomas y discrecionales que el Ordenamiento le atribuye, “sin que deba excluirse que a esta rama del Derecho corresponda la expresada misión de limitación y de garantía, común a todo el orden jurídico, hay que precisar que al Derecho administrativo corresponde, además, [como] función específica: la de condicionar, determinar la Administración”⁸⁴³.

3.3.1. Posición de KELSEN y MERKL

Para KELSEN “por *rule of Law* se entiende el principio de que las funciones judicial y administrativa del Estado deben estar determinadas, en la mayor medida posible, por normas jurídicas generales preestablecidas, de tal forma que a los órganos administrativos y judiciales les quede el menor poder discrecional posible; la libertad se encuentra así garantizada al evitarse el gobierno arbitrario”⁸⁴⁴.

842. MERKL, A., *Teoría...*, cit., p. 216.

843. BALLBÉ, M., “Derecho...”, cit., p. 63. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso...*, cit., I, pp. 438-440. BELADIEZ ROJO, M., “La vinculación de la Administración al Derecho”, *RAP*, 153, 2000, pp. 315-349.

844. KELSEN, H., “Los fundamentos de la Democracia”, en *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, Madrid, 1988, p. 310.

MERKL desarrolló los principios de juridicidad y legalidad de la Administración por entender “que la diferencia entre Estado policía y Estado de Derecho suele fijarse, entre otros extremos, en la falta y en la existencia respectivas de un Derecho administrativo [...] La juridificación de la Administración mediante el nacimiento de un Derecho administrativo al cual se somete, se presenta como fenómeno parcial del proceso, mucho más amplio, de la juridificación del Estado, primitivamente libre y ajeno al Derecho”⁸⁴⁵.

Frente a la postura de considerar al Derecho administrativo como un elemento accidental y voluntarista, considera que la conexión entre la Administración y el Derecho es “esencialmente necesaria, porque descansa en la naturaleza de la Administración como función del Estado [...] [que] si existe no podrá ser sin Derecho administrativo”, por cuanto “la Administración no puede ser entendida sino como función jurídica; esto es, como aplicación del Derecho y, en especial, como aplicación del Derecho administrativo”:

“Todo concepto jurídico de la Administración lo determina como una actividad del Estado, sea cualquiera la forma en que cualifique esta actividad. Pero actividad del Estado no puede ser reconocida más que allí donde exista un precepto jurídico que exprese la voluntad del Estado para semejante actividad. Solamente un precepto jurídico que hace posible u obligatoria una determinada actuación del Estado nos permite poner en relación, referir al Estado, determinados actos de la actividad humana, realizados con la intención de cumplir aquel precepto jurídico. En la medida en que un precepto jurídico nos permite significar un obrar humano como acción estatal se nos ofrece –con la acertada terminología de KELSEN– como regla de atribución jurídica. Aquí se muestra la diferencia de principio en cuanto a la situación jurídica de los hombres por una parte, y de los órganos y complejos de órganos y, últimamente, del Estado, punto final de esta atribución, por otra. El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no sea prohibido expresamente por el Derecho; el órgano, en fin de cuentas, el Estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el Derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al Estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución.

845. MERKL, A., *Teoría...*, cit., p. 208.

El Derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino *conditio per quam* de la Administración⁸⁴⁶.

La conexión entre Derecho y Administración se deriva de que aquel es la regla de producción de la función estatal y la actividad de la Administración es aplicación del Derecho:

“La conexión entre Derecho y Administración puede ser designada como principio de la juridicidad de la Administración. Es menester no confundir este principio con el principio, emparentado, de legalidad de la Administración. Antes de desarrollar el principio de legalidad, es menester aclarar el de juridicidad. Este principio significa no sólo que la Administración, considerada en conjunto, está condicionada por la existencia de un Derecho administrativo, sino que también cada acción administrativa aislada está condicionada por la existencia de un precepto administrativo que admite semejante acción”⁸⁴⁷.

El principio de juridicidad coloca a la Administración dentro de las funciones estatales, pero sin determinar el modo de articular la vinculación jurídico-administrativa que corresponde al principio de legalidad, por medio de la Ley, como especie de aplicación de la juridicidad, que también puede aplicar otras fuentes:

“Así que el principio de legalidad presupone el otro principio, pero el principio de juridicidad no condiciona de ningún modo el de legalidad. Así como el prin-

846. MERKL, A., *Teoría...*, cit., p. 210.

847. MERKL, A., *Teoría...*, cit., p. 212. “Este principio de la juridicidad de la Administración no constituye un postulado jurídico-político, que expresaría la conveniencia de que, en la medida de lo posible, cada una de las acciones administrativas haya de ser comprendida por el Derecho o que descansa en él; semejante interpretación de este principio significa que esa supuesta libertad completa, a priori, de la Administración, deberá y podrá ser sustituida, a posteriori, mediante la sujeción a vínculos jurídicos. También sería una falsa interpretación de este principio extenderlo como expresión de la exigencia de que la Administración debe de atenerse, en la medida de lo posible, al Derecho vigente, y que no debe violarlo. Este principio es, en realidad, una ley jurídico-teórica, sin excepciones, e inviolable. Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del Derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa”.

cipio de juridicidad de la Administración es una ley jurídico-teórica que se funda en la naturaleza que poseen todas las actividades del Estado de ser funciones jurídicas, el principio de legalidad es un postulado jurídico-político, que requiere ser consagrado legalmente para que tenga existencia jurídico-positiva. La existencia de juridicidad de la Administración precede a toda y a todas las administraciones, mientras que la exigencia de legalidad se apoya en cada Ordenamiento jurídico y no tiene valor más que para este ordenamiento”⁸⁴⁸.

De lo expuesto por MERKL, se desprende que el principio de legalidad de la Administración puede considerarse desde tres perspectivas:

a) Prohibición de la Administración de violar las leyes o, lo que es lo mismo, actuar dentro de sus límites. Es la propia de la vinculación negativa: “La Administración no es una mera aplicación de la Ley, sino una actividad dentro de los límites legales [...]. La Ley no es presupuesto (*Voraussetzung*), sino límite para la actividad administrativa. La Administración puede, no meramente aquello para lo que la Ley expresamente habilite, sino todo aquello que la Ley no prohíba” (MEYER).

b) Necesidad de habilitación legal para actuaciones que afecten a la libertad y propiedad. Se trata de un postulado de Derecho natural liberal que se constitucionalizó, convirtiéndolo en realidad jurídico-positiva, que tiene como condición previa la declaración constitucional de no poder ser limitadas salvo por ley. Todas las restantes actividades requerirán base jurídica, pero no legal formal. Con idéntica concepción se organiza el principio de reserva legal, cuyo sentido es que “la forma legal se impone para la formulación del Derecho de un cierto contenido, pero no para todo el Derecho”⁸⁴⁹.

848. MERKL, A., *Teoría...*, cit., p. 215.

849. MERKL, A., *Teoría...*, cit., pp. 216 y 217. “La urgencia del fundamento legal para limitaciones que afecten a la libertad, aparece casi siempre en los Estados que poseen Constitución escrita en el catálogo de los derechos fundamentales, y la imperiosidad del fundamento legal para aquellas actividades estatales que no implican actos de autoridad se deriva, en su mayor parte, de la exigencia constitucional de la aprobación del presupuesto en forma de ley. Desde el momento en que la Constitución tolera restricciones legales a la libertad, nace la posibilidad de que las actuaciones apoyadas en leyes semejantes puedan atribuirse al Estado. Y desde el momento en que la Constitución hace depender la gestión económica de la autorización legal por una ley de presupuestos, nace también la posibilidad de atribuir cada uno de los actos previstos por esa ley al Estado. Pero aun en los casos en que falte ese catálogo de los derechos fundamentales, o en que los gastos e ingresos públicos no estén condicionados constitucionalmente

c) Exigencia de fundamento legal para cada actuación administrativa, cualquiera que sea su contenido, que constituye una vinculación positiva:

“En su concepción más radical el principio de legalidad de la Administración no significa otra cosa sino que toda la Administración habrá de realizarse basándose en las leyes. Del mismo modo que queda cumplido con el principio de juridicidad de la Administración con un solo precepto jurídico, sea cualquiera su forma, para el imperio del principio de legalidad basta también con la existencia de un solo precepto legal para que la actividad administrativa sea reconocida como legal y atribuida al Estado. El principio de legalidad, así entendido, se emancipa completamente del contenido de las actividades administrativas y exige, sólo para que estas puedan ser consideradas como tales, un fundamento legal. Sólo este principio de legalidad puede considerarse como principio de legalidad de la Administración, porque él es el que convierte a la Ley en condición de cada una de las acciones administrativas y, por lo tanto, de la Administración en su conjunto”⁸⁵⁰.

El sentido jurídico del principio consiste en que cada una de las acciones administrativas se halla condicionada por una ley formal, no sólo porque deba

por una ley de presupuestos, cabe interpretar, en ciertas circunstancias, el mero ordenamiento constitucional de la competencia legislativa como codificación indirecta del principio de legalidad. El sentido inmanente del ordenamiento constitucional de la competencia legislativa es, propiamente, el que el establecimiento del Derecho, esto es, la legislación en sentido material, estará vinculada a la forma legal en la medida en que la misma Constitución, o la Ley formal autorizada por ella, no prevean otras formas de establecimiento del Derecho. El Ordenamiento constitucional de la competencia legislativa que la atribuye al órgano legislativo, crea, en la duda, un monopolio jurídico de este órgano para el ejercicio de la función formuladora del Derecho, en la medida en que ni la Constitución ni la Ley admitan otros copartícipes en esta función. La Administración autoritaria que no se halla vinculada a la Ley formal, sino que funciona apoyándose directamente en la Constitución, realiza también una función asentadora del Derecho. Pero si la competencia para la legislación, esto es, establecimiento del Derecho en forma de Ley, se atribuye con exclusividad a determinados órganos legislativos, se sustrae toda posibilidad de actuación a una Administración libre de la Ley, o, cuando menos, la Administración imperativa se halla mediatizada por la legislación formal”.

850. MERKL, A., *Teoría...*, cit., p. 221. Para este autor “no sólo la Administración, considerada en su conjunto, está condicionada por la existencia de un Derecho administrativo, sino que también cada acción administrativa aislada está condicionada por la existencia de un precepto jurídico-administrativo que admita semejante acción. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevea semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso...*, cit., I, p. 438-439.

actuar dentro de la misma, sino porque aquélla legitima la actividad, no establece límite externo sino la posibilidad de la acción misma:

“Para estar en consonancia con el principio de legalidad no es menester que la acción administrativa se apoye inmediatamente en la Ley, sino que puede ser ‘mediatizada’ por otra acción administrativa o por una serie de ellas, de forma que el enlace entre la Ley y la acción administrativa en cuestión se establezca por una cadena de acciones administrativas. Ocurre, con frecuencia, que la Ley se ejecuta por vía de ordenanza, a veces por toda una serie de ordenanzas, cada vez más especializadas, en cuyo caso la base inmediata para una actuación administrativa individual la constituye una ordenanza, siempre de carácter general, a pesar de la progresiva especialización. Desde el punto de vista de la legalidad son equivalentes la delegación mediata y la delegación inmediata; siendo completamente indiferente el hecho de la existencia de miembros intermedios entre la ley condicionante y el acto final condicionado”⁸⁵¹.

A través del principio se persigue el imperio mediato del pueblo en la Administración cuando se le vincula a la Ley producida por la representación popular:

“El condicionamiento total de la Administración mediante la ley hace que el órgano administrativo penda de la voluntad del legislador; en virtud de este principio, el órgano administrativo tiene que preguntarse a cada paso si la Ley ha expresado su voluntad y cuál sea ésta; para que el órgano administrativo pueda actuar, la Ley habrá tenido que declarar, por lo menos, que el órgano administrativo puede querer algo. No hay que confundir la idea de la independencia del órgano de la Administración respecto al órgano de la legislación, con la idea de la dependencia de la función administrativa respecto a la función legislativa. Entre el

851. MERKL, A., *Teoría...*, cit., p. 223. “Si el Estado y cualquier Poder público deben ser y actuar por y en Derecho, y éste ha de configurarlos en función de sus fines peculiares, bien determinados, al servicio del bien común, parece claro que podrá hablarse en ellos de una *positive Bindung*, de una ligazón o vinculación positiva al Derecho, en el sentido de que toda su existencia real y su actuación deberá estar expresamente establecida y autorizada por el Derecho, y en concreto necesariamente por el Derecho positivo, dada la indeterminación e insuficiencia del natural en este orden. Vinculación positiva, pues, a las determinaciones dispuestas en último término por la colectividad que se erija en comunidad política soberana, aunque también a las que, con la debida subordinación, establezcan los diversos centros del Poder público que en aquellas más fundamentales tengan su origen o reconocimiento”.

órgano administrativo y el órgano legislativo no existe esa relación que implique el deber de obediencia del primero frente a las órdenes del segundo. Tampoco las resoluciones parlamentarias afectan al carácter de órdenes obligatorias, sino el de deseos dirigidos a los órganos administrativos supremos. La dependencia del órgano administrativo respecto a la legislación, se agota en la imposibilidad de llevar a cabo una acción administrativa sin la autorización legal directa o indirecta, y en la obligación de respetar la ley que condiciona cada acción administrativa. Por tanto, la dependencia no radica en la relación del órgano administrativo con el órgano legislativo, sino en la relación de las funciones respectivas de legislación y Administración⁸⁵².

También constituye un principio jerárquico para señalar el lugar de la Administración en el sistema de las funciones del Estado:

“El principio de legalidad es la razón distintiva para la diferencia de rango entre la legislación, de una parte, y la ejecución, con sus dos funciones parciales de Justicia y Administración, por otra, es decir, la subordinación de las dos funciones coordinadas, Justicia y Administración, bajo la legislación. El principio de legalidad señala a la Administración un lugar determinado en el sistema de las

852. MERKL, A., *Teoría...*, cit., p. 24. “La dependencia de la Administración respecto a la legislación constituye, precisamente, el motivo de política legislativa para la codificación del principio de legalidad. La legislación ha sido la primera función estatal que, en la época contemporánea, fue sometida totalmente a la codecisión de la voluntad popular. Pero ni la cosoberanía ni siquiera la soberanía exclusiva del pueblo en el campo de la legislación constituyen, por sí, la soberanía popular. La competencia legislativa carece de valor si no es un medio de condicionar las otras actividades del Estado. Pero estas otras actividades, en razón de motivos técnico-orgánicos, no pueden ser sometidas inmediatamente a la legislación de la voluntad popular directa o a la voluntad de una representación popular. La soberanía popular no puede actualizarse en la Justicia y la Administración en forma directa, sino excepcionalmente, así que su organización democrática tendrá que revestir, por fuerza, una forma indirecta. El medio de que la soberanía popular actúe, efectivamente, en el dominio de la Administración es la soberanía, en este campo, de la Ley creada por la voluntad del pueblo. Esta misma soberanía de la Ley dentro de la Administración supone ya una Democracia indirecta de segundo grado, por consiguiente, una paliación notable del pensamiento democrático. El supuesto más importante de una Administración democrática lo constituye el imperio de la Ley, democráticamente producida, en la Administración. No otra cosa persigue el principio de legalidad. Claro que no garantiza un sometimiento material de la Administración a la Ley, sino el meramente formal. Pero aun esta mínima captación de la Administración por la Ley, la mera garantía de que no puede producirse ninguna acción administrativa que no haya sido posibilitada por la Ley, significa, desde el punto de vista del legislador, un progreso esencial en relación con el estado de absoluta incondicionalidad de la Administración” (pp. 224 y 225).

funciones estatales, un lugar subordinado a la Ley. El Derecho positivo, constituyendo en esta forma ciertas funciones estatales como presupuestos de otras, da por resultado una escala o jerarquía de funciones estatales, entre las cuales la primera es condición previa de todas las demás, la última, consecuencia final de todas ellas, y las intermedias, son, por un lado, condicionantes y, por otro, condicionadas.

Estas funciones estatales, por lo mismo que es necesaria su significación jurídica para atribuirles al Estado, son, al mismo tiempo, funciones jurídicas. Toda función jurídica que constituya una condición, del tipo *conditio per quam*, de otra constituye un precepto jurídico. Sólo la última en la serie de funciones jurídicas carece, a pesar de su relevancia jurídica, del carácter de precepto jurídico, porque no constituiría condición para otra función jurídica. La diversidad de funciones jurídicas condicionantes significa otras tantas formas de preceptos jurídicos. Así resulta una serie escalonada de formas de preceptos jurídicos. Merced a esta articulación escalonada de las formas de los preceptos jurídicos se nos presenta la totalidad del orden jurídico como una estructura escalonada de preceptos jurídicos con diferentes formas preceptivas⁸⁵³.

853. MERKL, A., *Teoría...*, cit., p. 227. “La Constitución representa el fundamento jurídico positivo de todo el Ordenamiento jurídico y regla de producción de todo el Derecho. La forma preceptiva en la que inmediatamente delega es la Ley formal. Mediante la diferenciación de la legislación en leyes fundamentales y leyes ejecutivas, o en la legislación del Estado central y de los Estados miembros, resultan nuevas diferencias de rango dentro de la esfera de la Ley. La Constitución o la Ley delegan en la ordenanza. La Ley o la Ordenanza vuelven a delegar en actos individuales judiciales o administrativos y, ciertamente, en actos de las dos clases, de los que crean Derecho en el caso concreto y de los que ofrecen un aspecto de meros hechos, pero en virtud de la autorización jurídica, reciben significación de este orden. La Ley suele prever las sentencias judiciales, las resoluciones y disposiciones de las autoridades administrativas y, para el caso de incumplimiento de los deberes resultantes de estos actos individuales, órdenes ejecutivos o autorizaciones de ejecución y, por último, actos de mera ejecución. [...] De esta forma resulta una serie escalonada de actos jurídicamente relevantes que parte de la Constitución y pasa por la Ley, por la Ordenanza y por los actos individuales creadores de Derecho hasta llegar a los actos meramente ejecutivos. La Ley presupone la Constitución, la Ordenanza la Constitución y la Ley, y todos los actos individuales judiciales y administrativos presuponen la Ley y todos aquellos actos intermediarios previstos legalmente. Todos los actos que en esta serie ofrecen naturaleza condicionante, son formuladores del Derecho; todos aquellos que aparezcan como condicionados, son ejecución del Derecho. El acto supremo en toda la serie no ofrece más que un carácter formulador del Derecho y el último, exclusivamente un carácter ejecutivo; los actos intermedios, mirados desde arriba presentan el carácter de formuladores, y, desde abajo, de ejecución, ofreciendo, por tanto, un doble carácter de formulación y de ejecución del Derecho; y todos estos actos, lo mismo los meramente ejecutivos que los creadores de Derecho, son jurídicamente relevantes.[...] La Administración se encuentra

3.3.2. Posición de BALLBÉ

En la doctrina española fue BALLBÉ quien expuso con gran precisión la doctrina de la vinculación positiva⁸⁵⁴:

“la conexión necesaria entre Administración y Derecho y la máxima que lo cifra *–quae non sunt permissae, prohibita intelliguntur–* implica, no sólo que la Administración, considerada en su conjunto, está condicionada por la existencia de un Derecho administrativo, sino que, también, cada acción administrativa aislada está condicionada por la existencia de un precepto administrativo que concretamente admita semejante acción. La discrecionalidad misma, en suma, no se funda en la ausencia de preceptos jurídicos que limiten la actividad de la Administración, sino en la atribución por el Derecho de una libertad de apreciación. Por tanto, toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que se trata de una válida acción administrativa ha de ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico y sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del principio jurídico, se pueda derivar de él, puede tenerse como tal acción administrativa válida [...]. Para contrastar la validez de un acto no hay, por tanto, que preguntarse por la existencia de algún precepto que lo prohíba, bajo el supuesto de que ante su falta ha de entenderse lícito; por el contrario, hay que inquirir si algún precepto jurídico lo admite como acto administrativo para concluir por su invalidez en ausencia de tal disposición”.

El mismo autor formuló el principio de la predeterminación legal de la actuación administrativa partiendo de la conexión entre Estado y Derecho, y de la imputabilidad de los efectos de la conducta humana a los órganos administrativos. Con respecto a la conexión entre el Estado y el Derecho afirmó:

“Uno de los elementos constitutivos del Estado es el Derecho. Y es evidente que siendo así, si no puede concebirse el Estado, ni en su esencia, ni en su existencia, sin el Derecho, se infiere que el Derecho, como elemento que es del Estado, condiciona al Estado mismo; y si condiciona al Estado, condiciona

engarzada en tal forma en esta gradación de funciones jurídicas, que todas las acciones de la Administración, por lo mismo que se hallan necesariamente delegadas por un precepto jurídico, son acciones dentro de esta estructura escalonada, acciones que corresponden a un plano determinado de la misma” (p. 228).

854. BALLBÉ, M., “Derecho...”, *cit.*, p. 64.

y determina, a la par, a la Administración pública, que es un modo de ser, de presentarse al Estado, que es el Estado mismo *sub specie* de uno de sus modos de actuar. De la naturaleza misma de la unión entre Estado y Derecho deriva, pues, el carácter de condicionamiento y no de mero límite externo del Derecho administrativo respecto de la Administración; y, asimismo, de la naturaleza de la Administración como función del Estado resulta su determinación por el Derecho administrativo”.

Es el Derecho el que posibilita la imputación de los efectos de la conducta humana a los órganos administrativos: “el Derecho administrativo, como todo el Ordenamiento jurídico relativo al funcionamiento del Estado, se muestra, ante todo, como el Ordenamiento jurídico que hace posible que determinadas acciones humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último término, al Estado administrador”⁸⁵⁵.

3.4. Potestades y prerrogativas

La ley que habilita la actividad administrativa es también la que le atribuye las potestades y las prerrogativas que vienen caracterizando su preeminencia por su servicio directo al interés general.

3.4.1. Medios para actuar al servicio del interés general

La noción de interés general es la “piedra angular de la acción pública”⁸⁵⁶, base del Derecho administrativo en cuanto justifica el poder de la Administración al servicio del interés general (CE 22 de enero de 1901, *Pagès*)⁸⁵⁷. Como expresó JÈZE, las reglas y las teorías jurídicas especiales del Derecho administra-

855. BALLBÉ, M., “Derecho...”, *cit.*, p. 63.

856. CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport publique 1999. Jurisprudence et avis de 1998. L'intérêt général*, Paris, 1999, p. 245. Señala que en el interés general está el fundamento de las grandes construcciones jurisprudenciales por ser un concepto de referencia de la acción administrativa. Se aprecia como la suma de los intereses particulares o desde una visión voluntarista que lo hace superior a aquellos (pp. 253 y ss.).

857. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, *cit.*, p. 234.

tivo llevan a una idea esencial: “el interés particular debe ceder ante el *intérêt général*”⁸⁵⁸.

Se trata de un concepto indeterminado cuya delimitación es difícil establecer *a priori*⁸⁵⁹. Constituye el fundamento y el fin del poder y de la actividad administrativa, pero también su límite, por cuanto hacerlo fuera del interés general es una desviación del poder atribuido que determina un vicio que lo anula⁸⁶⁰. Más cuando el interés general se ha elevado de rango desde la actividad administrativa y se ha convertido en uno de los elementos de control de la constitucionalidad de la leyes, que han de estar al servicio del máximo interés general que son los derechos fundamentales del bloque de la constitucionalidad⁸⁶¹.

Según MACAREL, el fin de la Administración es “la utilidad social y la satisfacción de las necesidades generales” y la autoridad administrativa “por medio de la ejecución de las leyes de interés general, provee sin cesar a la seguridad del Estado, mantiene el orden público y satisface las demás necesidades de la sociedad”⁸⁶². Su misión “es fácil de señalar y definir: gestiona los intereses públicos y comunes”⁸⁶³. En términos similares se manifestó FOUCART para quien la Administración era “una parte del poder ejecutivo, cuya misión era vigilar la seguridad exterior del Estado, mantener dentro el orden público, hacer ejecutar las leyes de interés general y procurar a los ciudadanos el mayor bienestar posible”⁸⁶⁴.

858. JÈZE, G., *Les principes généraux du droit administratif*, II, Paris, Giard, 1930, p. 2.

859. CHEVALLIER, J., *Variations au tour de l'idéologie de l'intérêt général*, Paris, PUF, 1978, lo considera una construcción ideológica para justificar las prerrogativas y medios de la Administración. PONTIER, J. M., “L'intérêt général existe-t-il encore?”, *D. 1998*, pp. 327-333, lo califica de *mythe porteur*, criticado por consideraciones ideológicas, sociológicas o económicas (pp. 327 y ss).

860. RANGEON, V. F., *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986, pp. 21 y ss.

861. CC decisiones 71-44 DC de 16 de julio de 1971 y 79-107 DC de 12 de julio de 1979. DESWARTE, M.-P., “L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, *RFDC*, 13, 1993, pp. 23 y ss. SCHOETTL, J.-E., “Intérêt général et Constitution”, en *CONSEIL D'ETAT, Rapport publique 1999...*, cit., pp. 375 y ss.

862. MACAREL, L.-A., *Cours de Droit administratif professé à la Faculté de Droit de Paris*, 1842-1843, I, Paris, Thorel, 1844, pp. 13 y 16.

863. MACAREL, L.-A., *Cours d'Administration générale. Discours d'ouverture*, le 5 mai 1840, *Moniteur*, 24-25 de agosto de 1840, Paris, Panckoucke, p. 8.

864. FOUCART, E.-V., *Eléments de droit public et administratif ou Exposition des principes du droit public positif*, II, Poitiers, Gaurin-Videcog, 1839, p. 555. BLOCK, M., *Dictionnaire de l'administration publique*, V, Paris, Berger-Levrault, 1862, cit., p. 14, definió la Administración como el “conjunto de servicios destinados a concurrir a la ejecución del pensamiento del gobierno [...] Es el gobierno quien dirige, quien da el impulso: es la Administración la que actúa y ejecuta”.

La potestad es especie del género de los poderes en sentido amplio, atribuida por el Ordenamiento jurídico en orden a la consecución de bienes o intereses protegidos por él, y es manifestación de capacidad en un aspecto genérico, sin objetos singularmente determinados⁸⁶⁵.

La potestad, como poder jurídico general y abstracto, es una manifestación de la capacidad jurídica que en el orden administrativo se denomina, genéricamente, *competencia*. Ésta no es más que la medida de la potestad que corresponde a cada ente, y dentro de éste, a cada órgano. La potestad, por tanto, es una manifestación del principio de legalidad, ya que sólo existe como poder jurídico en cuanto está conferida por el Ordenamiento conforme a la regla *nulla potestas sine lege*.

La inclusión dentro del principio de legalidad de los principios generales del Derecho positivizados ha hecho que la doctrina se plantee la cuestión de si es o no precisa una atribución expresa de potestad o basta con que la Administración actúe en el marco ordinamental, de modo que la potestad que ejercite se fundamente en la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones⁸⁶⁶. En tal sentido la solución viene enmarcada en el distinto significado que se dé al principio de legalidad, en función de los ámbitos materiales de la reserva legal y de la actividad administrativa.

La forma en que el Ordenamiento atribuye la potestad puede ser muy diversa. Cuando se trata de una atribución implícita se habla de poderes inherentes⁸⁶⁷; cuando es genérica se habla de cláusulas generales de habilitación; cuando se hace con indeterminación de las condiciones de ejercicio estamos ante la potestad discrecional frente a la reglada, que surge de una determinación de dichas condiciones.

La vinculación al principio de legalidad exige que, como presupuesto del ejercicio de la potestad, exista un ente u órgano administrativo al que el Ordenamiento ha atribuido una competencia en sentido absoluto y unas finalidades

865. ROMANO, S., *Fragments...*, cit., p. 299.

866. Tiene su justificación en la “mediación necesaria para que una norma jurídica nueva llegue a aclimatarse”, según afirmó CHEVALLIER, J., “Les interprètes du droit”, en CURAPP, *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p. 277.

867. Alguna doctrina minoritaria admite la existencia de una serie de materias que pueden ser reguladas y reglamentadas por la Administración sin atribución legal previa de potestad. Así, en materia de organización, en materia de funcionarios, e incluso en materia de dominio público.

concretas a conseguir. El ente u órgano, con las competencias que le corresponden, recibirá unas potestades para hacer efectivas aquellas.

3.4.2. *Atribuidos por el ordenamiento jurídico*

La atribución de prerrogativas la realiza el ordenamiento jurídico. Afirmó HAURIUO que

“el Derecho administrativo francés es, desde el punto de vista del Derecho público general, un derecho de equidad basado en la prerrogativa de la Administración [...] es decir, regula las relaciones entre la Administración y los administrados, admitiendo entre las dos partes una desigualdad fundamental, reconociendo que la Administración está sustraída al Derecho común⁸⁶⁸ y concediéndole jurídicamente privilegios”.

Precisó que se trataba de un Derecho “hecho por el juez y organizado conforme a la teoría del acto”, y precisamente en el acto se han concentrado “las prerrogativas de la Administración, las cuales, si consideramos bien las cosas, se reconducen al privilegio de la ejecución previa, en el que se manifiesta la virtud ejecutoria del acto, y al privilegio de jurisdicción para el contencioso creado por el acto”⁸⁶⁹.

Este hecho ha servido para construir el Derecho administrativo en torno a las nociones de *potestad* y *prerrogativa (puissance)*, concibiendo a la Admi-

868. DEBBASCH, CH., “Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun?”, *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 127-133.

869. HAURIUO, M., “Prefacio en Précis de Droit administratif et de Droit publique général”, en *Obra escogida...*, cit., pp. 50 y ss. ROMANO, S., *Fragmentos...*, cit., pp. 192 y 193, distingue entre “derecho singular”, “privilegios” y “prerrogativas”: “La expresión ‘Derecho singular’ podrá, si se quiere, continuar adoptándose, no en su significado técnico y tradicional, sino en su significado literal, evidenciado por las palabras de que consta, a saber, para indicar las disposiciones que valen para una sola persona, para una sola institución, para una sola cosa, para un solo caso. Estas disposiciones, que son efectiva y propiamente singulares, no siempre se puede decir que sean ‘privilegios’, aunque quiera usarse tal denominación, no exclusivamente para las que, entre ellas, determinan una posición ventajosa, según el uso más reciente y frecuente, sino también en cuanto a los llamados privilegios no favorables, u ‘odiosos’. En efecto, entre las disposiciones a que nos referimos, entran las que establecen ‘prerrogativas’, que importa distinguir de los privilegios, y las otras que se dictan para casos o relaciones a los cuales es extraña toda consideración de personas o instituciones, de favor o disfavor”.

nistración como un poder público dotado de prerrogativas, así como al uso de ellas como un criterio delimitador de la aplicación del Derecho administrativo y del control de la Administración por la jurisdicción contencioso-administrativa⁸⁷⁰. MESTRE señaló las contradicciones del régimen del Derecho administrativo surgido de la Revolución por cuanto

“la proclamación solemne de los derechos de los administrados constituye la señal del periodo revolucionario, que coexiste con el deseo de mantener la autoridad de la Administración. La preponderancia de las prerrogativas de esta caracterizó el periodo que comienza con el Consulado, pero se acompaña del otorgamiento de garantías a los administrados. Esta última tendencia acabará por imponerse bajo la III República, gracias a la consolidación de la jurisprudencia del Consejo de Estado”⁸⁷¹.

CHEVALIER ha planteado si la idea de privilegio, inherente al Derecho administrativo, cuestiona el sometimiento de la Administración al Derecho de modo que, antes de ser instrumento de sujeción, se pueda convertir en un medio de potenciar el poder, insistiendo en que

“si la Administración se beneficia de un conjunto de prerrogativas, al menos en parte exorbitantes al Derecho común, está sometida también a sujeciones particulares; fundado sobre la imbricación de las ideas de poder y de servicio, el régimen administrativo se caracteriza por una combinación de reglas, unas favorables a la Administración, otras favorables al administrado, que le dan un carácter ambivalente. Mientras tanto, junto a este equilibrio aparente de derechos y deberes, el Derecho administrativo está caracterizado por la existencia de una fundamental y desigual relación entre la Administración y el administrado que constituye la verdadera fuente de los privilegios administrativos; la unilateralidad está tan consolidada que impregna el conjunto de los modos de acción administrativos. Sin embargo, parece que existe una evolución en marcha que, buscando un reequilibrio de la relación administrativa, contribuye por sí misma a modificar la estructura del Derecho administrativo”⁸⁷².

RIVERO puso de manifiesto cómo el poder público no se caracteriza sólo por las derogaciones “en más” del régimen jurídico de los particulares, sino

870. DEMICHEL, A., *Le droit administratif. Essai de réflexion théorique*, Paris, LGDJ, 1978, p. 15.

871. MESTRE, J.-L., *Introduction...*, cit., p. 17.

872. CHEVALIER, J., “Le droit administratif, droit de privilège?”, *Pouvoirs*, 46, 1988, p. 59.

también por las derogaciones “en menos”, que junto a las prerrogativas de la Administración están las sujeciones que no tienen los particulares⁸⁷³. El régimen jurídico del poder público está caracterizado a la vez por las prerrogativas y por las sujeciones exorbitantes del Derecho común. También WEIL subrayó que el Derecho administrativo

“no tiene siempre un sentido de incremento de los derechos de la Administración, sino que, a veces, implica su reducción. Los particulares escogen libremente sus fines; la Administración está obligada a procurar el cumplimiento del que señala el interés general, y aún más estrictamente, en muchos casos, al cumplimiento del fin preciso señalado por la Ley a cada tipo de poder. Los particulares escogen libremente a sus empleados y sus contratantes; la Administración está sometida a reglas severas para la selección de los agentes públicos y contratantes. El ejercicio de la capacidad jurídica es siempre facultativo para un particular; el ejercicio de la competencia de una autoridad administrativa no puede ser objeto de renuncia o de delegación. Así, junto a la Administración imperativa existe la Administración obligada; junto al Poder público, la servidumbre pública”⁸⁷⁴.

3.4.3. *Obligación de hacer*

La atribución de las potestades y prerrogativas a la Administración tiene carácter medial para permitirle actuar al servicio del interés general, conforme al Derecho. La obligación de hacer o actuar no está recogida en el ordenamiento jurídico francés, al contrario de lo que ocurre en el artículo 9.2 de la Constitución española. Sin embargo, algunos pronunciamientos jurisprudenciales han plasmado, en primer lugar, el deber de la Administración de cumplir las leyes y de adoptar las medidas necesarias para hacerlo (CE 7 de julio de 2004, *M. Danthony*), desarrollar los reglamentos en un plazo razonable de seis meses con responsabilidad del Estado en otro caso (CE 28 de julio de 2000, *Association France nature environnement*) o de adecuar su actuación respecto a la aplicación de un reglamento impugnado como ilegal (CE 3 de febrero de 1989, *Cie Alitalia*).

873. RIVERO, J., “Exist-il un critère du Droit administratif?”, en *RDP*, 1953, p. 279; *Droit administratif*, Paris, 1965, p. 33. VEDEL, G., *Droit...*, cit., p. 27. LAUBADÈRE, MATHIOT, RIVERO, VEDEL, *Pages...*, cit., II, LGDJ, Paris, 1980, pp. 187-202.

874. WEIL, P., *El Derecho...*, cit., p. 54.

En su actividad debe respetar y cumplir las decisiones judiciales, incluso apoyando con la fuerza pública (CE 30 de noviembre de 1923, *Couitéas*)⁸⁷⁵, hoy con medidas de coacción y sanción para hacer efectiva la tutela judicial en la fase de ejecución, como se expondrá. Además, debe asegurar la continuidad del Estado y de vigilar el funcionamiento regular de los servicios públicos, sin “abrir paréntesis en la vida constitucional [...] o consagrar la idea de un Estado eclipsado” (Conclusiones del comisario GRAZIER en CE 7 de julio de 1950, *Dehane*)⁸⁷⁶, restablecer su funcionamiento bajo responsabilidad por los daños causados a los usuarios de los servicios (CE 6 de noviembre de 1985, *Société Condor-Flugdienst*), mantener el orden (CE 23 de octubre de 1959, *Doublet*)⁸⁷⁷, establecer nueva circunscripción electoral cuando se dan las circunstancias (CE 6 de enero de 1999, *Lavaurs*), etcétera.

3.4.4. *La actividad administrativa en circunstancias excepcionales:* Silent leges inter arma

A la hora de sujetar el ejercicio de las potestades y prerrogativas de la Administración al Derecho se ha invocado la “teoría de las circunstancias excepcionales” elaborada por la jurisprudencia, que permite tomar en consideración las diferentes situaciones en que debe aplicarlo, de modo que “no se descartaba el principio de legalidad, sino que la legalidad normal se sustituía por una legalidad de recambio, de crisis”⁸⁷⁸. La teoría de las circunstancias especiales se utilizó durante las dos guerras mundiales, la Liberación, la depuración posterior⁸⁷⁹,

875. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 156, 178, 242, 247 y 249.

876. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 92, 231, 238 y 349.

877. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 63, 285 y 421.

878. LAUBADÈRE, A. DE, *Traité...*, cit., I. p. 285. WEIL, P., *Le droit administratif*, Paris, PUF, 1964, p. 91. CE 10 de mayo de 1813, *Trouvain*, aceptó la validez de la deliberación de un consejo municipal no autorizado por la autoridad superior en atención a la situación de guerra del momento. Durante la Primera Guerra Mundial el CE 4 de enero de 1918, *Graty*, consideró acto de gobierno el internamiento ilegal de un extranjero.

879. Por la Ordenanza de 10 de enero de 1944 se crearon los “comisarios regionales de la República” con “poderes excepcionales” respecto a la depuración y adopción de medidas necesarias para mantener el orden, el funcionamiento de la administración y la seguridad, pudiendo suspender la ejecución de las leyes y los reglamentos. Les sucedieron los “inspectores generales de

las guerras de Indochina y Argelia para legitimar actuaciones al margen de la legalidad y asumir que el juez por exceso de poder diera validez a decisiones que en otros momentos hubiera anulado o considerado vías de hecho, en relación con las reglas de competencia, de forma y de contenido de los actos.

Así había ocurrido durante la Primera Guerra Mundial. Conforme al artículo 3 de la Ley constitucional de 25 de febrero de 1875, que permitía al Presidente de la República vigilar que funcionaran en todo momento los servicios públicos⁸⁸⁰, se permitió ejecutar una decisión unilateral forzosa sin intervención del juez (TC 2 de diciembre de 1902, *Sté. Immobilière Saint-Just*)⁸⁸¹; aplicar exigencias excepcionales en tiempos de guerra respecto a la continuidad de los servicios públicos, justificando la extensión de los poderes del Gobierno y la Administración (CE 28 de junio de 1918, *Heyriès*)⁸⁸², el reconocimiento de un poder de policía general (CE 8 de agosto de 1919, *Labonne*)⁸⁸³, o validar los actos que asegurasen el avituallamiento aunque se trasgrediesen los términos legales (CE 14 de mayo de 1920, *Syndicat national de la Boulangerie de Paris*)⁸⁸⁴. Se limitó el derecho de huelga en los ferrocarriles por un Decreto no publicado, para asegurar la continuidad del servicio público ferroviario, cuyo “funcionamiento regular e ininterrumpido es, en este momento, indispensable para la seguridad del territorio y la defensa nacional” (CE 18 de julio de 1913, *Syndicat national des chemins de fer*)⁸⁸⁵. Aceptó la supresión de las garantías legales por razón de la guerra (CE 6 de agosto de 1915, *Leraillé*; 10 de septiembre de 1914, *Heyriès*), de los decretos presidenciales (CE 10 de julio de 1915, *Verrier*; 26 de julio de 1916, *Rodríguez*).

la administración en misión extraordinaria” (IGAME) para coordinar dentro de las regiones militares a las autoridades civiles de la policía y del ejército para el mantenimiento del orden, creados por la Ley de finanzas de 21 de marzo de 1948. COINTET, J.-P., *Expier Vichy, l'épuration en France, 1942-1958*, Paris, Perrin, 2008.

880. Inspiró el reconocimiento de un poder reglamentario autónomo para la organización de los servicios públicos (CE 19 de febrero de 1904, *Syndicat des fabricants de matériels de chemin de fer*; 11 de mayo de 1906, *Babin*).

881. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 47, 138, 177, 223 y 309.

882. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 136, 153, 158, 190 y 213.

883. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 45, 156 y 476.

884. Tras la guerra se practicaron medidas intervencionistas por parte de las entidades locales para asegurarlo (CE 21 de enero de 1921, *Belfort*; 28 de marzo de 1924, *Genet*).

885. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., p. 330.

A propósito del estado de excepción dictado al amparo del artículo 9 de la Ley de 9 de agosto de 1849, el Consejo justificó las medidas restrictivas de las libertades públicas, individuales y de comercio, prohibiendo la venta de bebidas y recibir *filles* en los establecimientos, con argumentos justificativos por las circunstancias, porque el poder de policía no podía ser “igual en tiempos de paz que en los de guerra cuando el interés de la defensa nacional da al principio de orden público una mayor amplitud y exigencia para la seguridad pública de medidas más rigurosas” (CE 28 de febrero de 1919, *Dames Dol et Laurent*)⁸⁸⁶. Incluso medidas que afectaban a la responsabilidad contractual (CE 1 de agosto de 1919, *Saupiquet*). No obstante, se anularon medidas ilegales sin vinculación con la defensa nacional (CE 25 de febrero de 1921, *Société Le Centre électrique*), que excedieran de los poderes de guerra (CE 29 de diciembre de 1922, *Lefebvre*)⁸⁸⁷ o que no estuvieran justificados por urgencia o peligro inmediato (CE 23 de enero de 1925, *Anduran*)⁸⁸⁸.

El Consejo de Estado invocó la Ley de 9 de agosto de 1849 en la posguerra mundial. De modo que “la jurisprudencia sobre las circunstancias excepcionales tiene un papel ambiguo: pone límites a los abusos, pero al mismo tiempo les abre el camino”⁸⁸⁹. Su labor es la de ponderar la adecuación entre los actos y las circunstancias que puede dar lugar a la anulación de la decisión administrativa como ocurrió con la Ordenanza del Presidente que creó un Tribunal militar de justicia durante la guerra de Argel, con base en los “Acuerdos de Evian” de 19 de marzo de 1962 (CE 19 de octubre de 1962, *Canal*)⁸⁹⁰. Esta decisión, que impidió condenar a dirigentes de la *Organisation de l'Armée Secrète (OAS)* molestó tanto al General DE GAULLE que promovió la reforma del Consejo de Estado de 1963.

El debilitamiento de los principios del Estado de Derecho se produjo también en otros momentos de crisis. Se admitió la reducción de la libertad individual y de las de comercio e industria (30 de noviembre de 1923, *Couitéas*)⁸⁹¹;

886. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 138, 140, 150 y 213.

887. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., p. 66.

888. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., p. 51. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 271-272. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 306-309.

889. BRAIBANT, G., “Les pouvoirs de crise”, *Pouvoirs*, 10, 1979, p. 8.

890. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 76, 143, 473 y 504.

891. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 156, 178 y 242.

reducir las garantías de la aplicación de la ley (CE 9 de marzo de 1944, *Guy*; 27 de marzo de 1952, *Dame de la Murette*⁸⁹²; 3 de noviembre de 1989, *Galliot*). Las medidas adoptadas en razón a esas circunstancias debían caracterizarse por su necesidad absoluta, que se consideró inexistente en los acontecimientos de mayo de 1968 (CE 12 de julio de 1969, *Chambre de Commerce et l'Industrie de Saint-Etienne*)⁸⁹³.

Se aplica en situaciones vinculadas a los momentos excepcionales de la vida del Estado, como son los reconocidos de guerra, sitio y urgencia, o la concentración de poderes en el Presidente de la República (art. 16 CF)⁸⁹⁴. El Estado de guerra no sólo alcanza al conflicto bélico sino que puede comprender y declararse a propósito de graves atentados al orden público o a la paz social como desórdenes, huelga general, agitación social o cataclismo natural (CE 18 de mayo de 1883, *Rodes*)⁸⁹⁵. También se aplican en los estados de sitio (art. 36 CF⁸⁹⁶, y Leyes de 1849 y 1878) y de urgencia (Ley 55-385 de 3 de abril de 1955⁸⁹⁷).

La adopción de este tipo de medidas está prevista por el artículo 15 de la Convención Europea de Derecho del Hombre que las permite cuando la

892. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 141, 177, 222 y 370.

893. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, pp. 136-143. RIVERO, J., *Précis...*, cit., p. 87.

894. Dispone el artículo 16 de la Constitución de 1958 que el Presidente de la República, “cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o la ejecución de sus compromisos internacionales estén amenazados de un modo grave e inmediato y que el funcionamiento regular de los poderes públicos esté interrumpido”, podrá “adoptar las medidas exigidas por estas circunstancias, tras consultar oficialmente al Primer Ministro, a los Presidentes de las Asambleas y al Consejo Constitucional”.

895. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., p. 485.

896. Conforme al artículo 36 de la Constitución se aplica “en caso de peligro inminente que resulte de una guerra extranjera o de una insurrección armada”. Lo decreta el Consejo de Ministros, pero su prórroga por más de diez días debe autorizarla el Parlamento. Atribuye poderes excepcionales de policía a las autoridades militares.

897. Se aplica “en caso de peligro inminente resultante de atentados graves al orden público o en caso de acontecimientos que, por su naturaleza y gravedad, presenten carácter de calamidad pública”. Atribuye a las autoridades civiles poderes excepcionales de policía, pudiendo regular la circulación y residencia de las personas, el cierre de lugares abiertos al público y la requisita de armas, así como el registro y control de los medios de información. Es precisa una disposición legal para mantenerlo por un plazo superior a doce días. Los artículos 2, 3, 4, 6, 7, 11 y 12 los modificó la Ordenanza 60-372 de 15 de abril de 1960. Fue prorrogada por la Ley 2005-1425 de 18 de noviembre de 2005, poniéndole fin el Decreto 2006-2 de 3 de enero de 2006.

situación lo exige y con la condición de que las medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que se derivan del Derecho internacional, sin que se autorice la derogación del artículo 2, salvo para las muertes resultantes de los actos lícitos de guerra. Esta derogación debe producirse en un “acto público y formal” (*Comisión, rapport 4 de octubre de 1983, Chipre c. Turquía*), delimitando su ámbito territorial (TEDH 26 de noviembre de 1997, *Sakik c. Turquía*).

El estado de urgencia dictado con base en la Ley de 3 de abril de 1955, durante el conflicto de Argel que, como se ha expuesto, está en el origen de la V República, abrió una situación especial, plasmada en las Leyes de 16 de marzo de 1956⁸⁹⁸, sobre poderes especiales en Argelia, de 4 de febrero de 1960, en relación con las barricadas en Argelia, de 4 de febrero de 1960, de poderes especiales al amparo del artículo 38 de la Constitución de 1958⁸⁹⁹. La decisión del Presidente de la República General DE GAULLE de 23 de abril de 1961 aplicó el artículo 16 de la Constitución para crear por decreto de 18 de marzo de 1962 los Tribunales marciales, y por el de 19 de marzo del mismo año el Tribunal de Orden Público. La ley de 13 de abril de 1962 sirvió, entre otras medidas represivas, organizativas y procesales, para dictar la ordenanza de 1 de junio de 1962 que estableció el Tribunal militar de Justicia. Este condenó a muerte al tesorero de la OAS M. CANAL, quien planteó la anulación de la ordenanza. Un día antes de la ejecución de la sentencia el Consejo estimó el recurso por la resolución de 19 de octubre de 1962, *Canal, Robin et Godot*, por intentar a los derechos y garantías esenciales de la defensa. Además, interpretó el artículo 2 de la Ley de 13 de abril de 1962 en el sentido de que la ordenanza anulada “violaba los principios general del Derecho penal”, que no podía ampararse en las declaraciones gubernamentales de 19 de marzo de 1962:

“no habilitaba al Presidente de la República a ejercer el poder legislativo por sí mismo, sino que sólo le autorizaba a usar excepcionalmente, en el marco y los lími-

898. Confería en su artículo 5 “los poderes más amplios para adoptar cualquier medida excepcional impuesta por las circunstancias para restablecer el orden y asegurar la protección de las personas y de los bienes y la salvaguarda del territorio”.

899. Las ordenanzas que se adopten al amparo del artículo 38 CF están sometidas a los principios generales del Derecho (CE 24 de noviembre de 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*). THÉNAULT, S., *Une drôle de justice. Les magistrats dans la guerre d'Algérie*, Paris, La Découverte, 2001. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 310-316.

tes que en ella se precisaban, de su poder reglamentario para adoptar por medio de ordenanzas las medidas que normalmente corresponden al ámbito de la ley⁹⁰⁰.

Sin embargo poco antes, CE 2 de marzo de 1962, *Rubin de Servens et autres*, se calificó de “acto de gobierno” el ejercicio de los poderes de crisis del artículo 16 de la Constitución⁹⁰¹.

La ley de 3 de abril de 1955 prohibía en su artículo 5 la creación de “campos de internamiento”. Sin embargo, los creados con motivo del conflicto argelino fueron calificados con el eufemismo de *centres d’hébergement*. Ni el internamiento ni la vigilancia de estos “centros de alojamiento” tenían “carácter de una medida de privación de la libertad” para el CE 27 de marzo de 1958, *Zaquin*⁹⁰². En CE 30 de enero de 1959, *Grange*, se declaró arbitraria una asignación de residencia⁹⁰³; mientras que en CE 13 de noviembre de 1964, *Livet*, se aceptó la asignación del “hospedaje”⁹⁰⁴. En TC 27 de marzo de 1952, *Dame de La Murette*⁹⁰⁵, admitió la responsabilidad del Estado por un internamiento por la vía de hecho, porque si no existieran circunstancias excepcionales hubiese sido considerada como tal. BURDEAU valoró la situación derivada del conflicto de Argel afirmando que la

“alta jurisdicción administrativa se mostró reticente a sancionar las medidas, reglamentarias e individuales, de una legalidad que era, sin embargo, dudosa, pero

900. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 473 y 504. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 315, expone que la utilización por el Jefe del Estado del poder reglamentario reconocido por la Constitución de 1958 recordaba “la que practicaba Napoleón I, cuando por simples decretos creaba leyes penales y jurisdicciones de excepción [...] el general-presidente y sus fieles no son precisamente adeptos de una sumisión de su poder al Derecho, piensan que el Consejo debe permanecer como un satélite del poder”. Esta resolución dio lugar a grandes tensiones entre el Presidente y el Consejo de Estado, que se tradujeron en la ley de 15 de enero de 1963, cuyo artículo 2 mantuvo la vigencia de las ordenanzas adoptadas en virtud del artículo 2 de la ley de 13 de abril de 1962 desde su publicación. El general De Gaulle desconoció la resolución *Canal* y conmutó la pena de muerte, como si no hubiera sido anulada por el Consejo de Estado.

901. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 143, 494 y 507.

902. Decisión criticada, entre otros, por BURDEAU, G., *Libertés publiques*, Paris, LGDJ, 1961, p. 139. Al amparo del estado de urgencia, la autoridad militar detenía, sin control judicial alguno, en “centros de tránsito y de clasificación”, decidiendo posteriormente la liberación, el internamiento en los centros de alojamiento gestionados por las autoridades administrativas, o la remisión de los detenidos a la justicia.

903. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., p. 415.

904. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 125, 498, 500 y 501.

905. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 370-374.

parecía justificar la gravedad de la coyuntura. Haciendo esto el Consejo de Estado revelaba que su misión prioritaria era la que siempre había sido: no proteger los derechos [...] sino regular el uso legítimo del poder, que condujo a tomar en cuenta la naturaleza de las circunstancias que afrontaba⁹⁰⁶.

Respecto a estas medidas, su aplicación y consecuencias es válida la consideración de Marco Tulio CICERÓN en su defensa de MILÓN (4.10): *Silent leges inter arma*.

Las siempre difíciles relaciones entre el Estado de Derecho y la defensa del Estado, que ha estado en el fondo de los supuestos anteriores, sigue existiendo con los retos que se plantean a la misma existencia del Estado. Así ocurrió en Alemania con la Fracción del Ejército Rojo o Banda Baden Meinhof, en Italia con las Brigadas Rojas y el asesinato de Aldo Moro, en el Reino Unido e Irlanda con el IRA y en España con el GRAPO y la ETA. Actualmente es el caso del terrorismo internacional y de las medidas adoptadas por algunos Estados, particularmente por los EEUU y el Reino Unido. En todos ellos se puede plantear el debate entre el mantenimiento del orden y del Estado mismo con la adopción de medidas que pueden afectar a los derechos individuales, justificándolo en el Estado de Derecho y en la prevalencia de unos u otros valores. Es evidente que se ha de buscar un equilibrio de principios y valores democráticamente establecido, a partir de la legitimidad de las instituciones del propio Estado, que no evitará el que desde posiciones partidistas se utilice el Estado de Derecho para justificar posiciones contradictorias. Por ello es preciso lograr el máximo consenso a la hora de tomar decisiones amparadas en el principio *salus populi suprema lex esto* o *salus rei publicae suprema lex esto*, de modo que el Estado de Derecho legitime la necesidad de atender y mantenerlo con medidas articuladas desde el mismo, con respeto a sus principios y reglas materiales y formales.

4. La personificación del Poder Ejecutivo y la Administración

La primera Administración revolucionaria formada por elección, con carácter honorario y colegial, era ejecutora material de la Ley, y su poder administrativo

906. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 401.

carecía de todas las prerrogativas que posteriormente adornaron al acto administrativo⁹⁰⁷. El periodo jacobino la consideró un instrumento revolucionario y potenció el centralismo, cuyos orígenes estaban en el Antiguo Régimen⁹⁰⁸. Como se ha expuesto en la parte anterior, la diferenciación entre el Gobierno y la Administración fue realizándose a través de las distintas constituciones hasta terminar de articularlas diferenciando el Gobierno-poder político y el Gobierno-Administración. La Administración se subordinó orgánicamente al Gobierno y este a la Asamblea, ante la que respondía colectiva e individualmente cada uno de sus miembros en su condición de directores políticos y cabeza de la organización administrativa o como miembros del Consejo de Ministros.

Las instituciones creadas el año VIII para superar cualquier interferencia del poder judicial sobre la Administración fueron el Consejo de Estado y los Consejos de prefectura, vinculados al Prefecto y a su actividad administrativa, más que a la función jurisdiccional⁹⁰⁹. Por medio de los Prefectos, agentes del poder central, era posible realizar una labor administrativa centralizada, directa y ejecutiva, dejando las deliberaciones para órganos colegiados, a los que también se encomendaron funciones jurisdiccionales. El periodo napoleónico consolidó la organización del poder, hizo más eficaz a la Administración y dotó a la República de una organización administrativa, que ha permanecido a pesar de los cambios constitucionales, por medio de la centralización, de los prefectos y subprefectos, de los cuerpos administrativos, del sistema ministerial, del Consejo de Estado y de la peculiar versión de la separación de poderes que estableció la Revolución e impuso BONAPARTE.

LAFERRIÈRE señaló que “la alianza del poder con la libertad pública y la libertad privada es, por así decirlo, el ideal de los gobiernos a que aspiran los pueblos cultos”. Pero subrayó que la unidad política y administrativa no es la del poder absoluto en ese nuevo momento histórico, porque “no se puede

907. MESTRE, J.-L., “Les fondements historiques du Droit administratif français”, *EDCE*, 34, 1982-1983, pp. 63-65, expuso las prerrogativas administrativas procedentes del sistema anterior a la Revolución.

908. LEGENDRE, P., “La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'État centraliste en France”, *Revue historique de droit français et étranger*, 1974, pp. 696-732.

909. MONNIER, F., “Le deuxième centenaire du Conseil d'État et des conseil de préfecture”, *EDCE*, 47, 1995.

confundir con la unidad absoluta y despótica que nos aparece en la historia de las instituciones administrativas, y que quisiera imponerse, tanto en nombre del poder, como bajo LUIS XIV y NAPOLEÓN, como en nombre de la libertad, durante la Convención”. Advertía, por tanto, de los riesgos de aplicar la idea de unidad política y administrativa con fórmulas autoritarias, ya superadas en 1838, pero todavía suficientemente recientes en la historia de Francia⁹¹⁰.

4.1. La independencia de la Administración

La independencia del poder ejecutivo respecto al poder judicial se justificó por el rechazo del orden judicial de los antiguos Parlamentos controlados por la nobleza que, para mantener sus privilegios, mediatizaban el poder real por el *enregistrement* y la *rémontrance*, como expuso TOCQUEVILLE⁹¹¹. Los revolucionarios trataron de evitar que, como había ocurrido durante el absolutismo, los jueces dificultaran la conformación revolucionaria de la sociedad y el Estado. Para que las leyes no quedaran invalidadas y el ejecutivo fuera condicionado por el judicial, interpretaron la división de poderes como “separación” de aquel del nuevo poder administrativo, condicionado y ejecutor de la ley, pero inmune y exento del poder judicial:

“esta es, en definitiva, la idea esencial del mecanismo, la separación plena de Justicia y Administración, la exención jurisdiccional del ejecutivo, cuando ciertamente lo único que el principio de división postulaba era la independencia judicial”⁹¹².

Así lo consagró el artículo 13 la Ley de la Asamblea Constituyente de 16-24 de agosto de 1790, que separó rígidamente las funciones judiciales y las administrativas excluyéndolas del conocimiento de los tribunales ordinarios (*judiciaires*), que incurrierán en prevaricación si interferían de cualquier modo en las labores de los cuerpos administrativos, y prohibiendo citar ante ellos a los

910. LAFERRIÈRE, F., “Introduction...”, *cit.*, p. 6.

911. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Administración...*, *cit.*, pp. 189-190, expone que una de las esferas más estamentalizadas por parte de la *noblesse de robe* fue la jurisdiccional local, lo cual provocó la desconfianza revolucionaria.

912. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución...*, *cit.*, pp. 41-48.

administradores por razón de sus funciones⁹¹³. El Código Penal de 1791 tipificó como delito la intromisión judicial en la actividad administrativa. Se incorporó a las constituciones de 1791 y del año VIII (1799). Así lo confirmaron numerosas disposiciones anteriores, según se ha expuesto detalladamente en la primera parte. La razón de esta división y de los tribunales administrativos se hallaba, según el comisario del Gobierno DAVID, en que

“la Asamblea no quería que la autoridad judicial pudiera ejercer una acción cualquiera sobre la Administración; no quería que pudiera perturbar de cualquier modo sus operaciones. Ella quería conservar a la autoridad administrativa su libertad completa de acción frente a la autoridad judicial, a fin de que su responsabilidad estuviera entera ante el Cuerpo legislativo, que debía tener el control exclusivo de su funcionamiento y de sus actos”⁹¹⁴.

La independencia del poder ejecutivo respecto al poder legislativo se estableció con el reconocimiento de un poder reglamentario de ejecución de la ley por el artículo 6 del Título III, capítulo IV, sección I de la Constitución de 1791: “El poder ejecutivo no puede dictar leyes, ni provisionales, sino solamente resoluciones conforme a las leyes para ordenar o recordar su ejecución”. El artículo 44 de la Constitución del año VIII facultó al Gobierno para proponer leyes y “dictar los reglamentos necesarios para asegurar su ejecución”. Se reconoció al Ejecutivo un poder normativo general, de carácter reglamentario, que era una “idea rigurosamente contraria al principio de la división de los poderes, como se prueba por el constitucionalismo anglosajón, que impone justamente en nombre de tal principio el monopolio normativo del Legislativo, incluso, como se sabe, respecto de las Ordenanzas locales”⁹¹⁵.

El modo de implementar la división de poderes por la Revolución, precisamente para hacerla efectiva a través del poder ejecutivo, lo convirtió en

913. HAURIU, M., *Précis...*, cit., p. 3.

914. En TC 8 de febrero de 1873, *arrêt Blanc (Blanco)*, D. 1873, III, 17, p. 21. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 5-8. ROYER, J.-P., *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 1996, p. 581, constata como en un debate en la Asamblea Nacional el 17 de noviembre de 1880 se reprochó a la magistratura su pretensión de “constituir un tercer poder, usurpando al poder ejecutivo”.

915. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución...*, cit., pp. 55-56.

una organización dotada de personalidad, que fue la Administración pública, como expuso GARCÍA DE ENTERRÍA:

“bajo la etiqueta formal del Poder ejecutivo va a actuar otra realidad en esencia diversa, la realidad que llamamos Administración. [...] El supuesto Poder ejecutivo se ha sustantivado en un sujeto real y verdadero, autosuficiente para el desenvolvimiento en virtud de los mecanismos técnicos [...] que le aseguran una exención respecto de los otros poderes. Es realmente un sujeto que actúa, persiguiendo como todo sujeto multitud de fines, no limitados por supuesto al simple respaldo coactivo de las leyes y de las sentencias. [...] los poderes del Estado ejercitan abstractas funciones formales que revierten inmediatamente al núcleo social, sin necesidad de una personificación intermedia; legislar y juzgar son, en efecto, funciones de este carácter, para cuyo desarrollo no sólo no se precisa, sino que resultaría un obstáculo impeditivo, la personificación completa de los órganos que la actúan. [...] La disidencia aparecida en la Revolución y consagrada tras la formalización napoleónica es justamente que esto no ocurre así, que la abstracta función de sostener la Ley [...] se ha trasmutado en Administración, persona singular, sujeto no ya de una abstracta función, sino de actividades múltiples en cuanto tal sujeto, actividades generales y particulares, de hecho y de derecho, formales y materiales, actividades que en su multiplicidad interfieren las propias actividades de los particulares, con las cuales son ordinariamente intercambiables”⁹¹⁶.

De este modo el Derecho administrativo y la Administración se separaron de la concepción ideológica que fundamentó la Revolución:

“El Derecho administrativo de hoy, y desde sus orígenes mismos, no resistiría el *criterium* kantiano, justamente porque es en su causa, en su disposición y en su finalidad, un derecho exorbitante del derecho de los individuos y por ende privilegiado, no susceptible de generalización, como imponía el imperativo categórico. No es tampoco, como lo son los demás derechos públicos [...] un derecho directamente instrumental de la libertad, sino por el contrario, un derecho habilitante de una supremacía general sobre la libertad en virtud de fines sustantivos; es decir, se trata de un derecho rigurosamente transpersonal. No cabe, por consiguiente, subsumir el Derecho administrativo entre el Derecho cuya ejecución es confiada al denominado poder ejecutivo. [...] La idea de la Administración, como su accesoria, la del Derecho administrativo, quedan así al margen de la concepción política que va a actuar la Revolución”⁹¹⁷.

916. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución...*, cit., pp. 94-96.

917. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución...*, cit., pp. 33-34.

La separación del planteamiento de la división de poderes por la desigualdad y las prerrogativas del sujeto Administración y su exclusión del control judicial común supone una clara diferenciación del *rule of law*⁹¹⁸ y *la consideración del Droit administratif* como un “residuo regresivo del Antiguo Régimen y sus construcciones esenciales como una verdadera negación del Derecho, como una traducción pura y simple del absolutismo gubernamental”⁹¹⁹.

4.2. La Administración jacobina y el centralismo

SAINT-JUST y los jacobinos fueron muy críticos con la estructura administrativa y la burocracia⁹²⁰. Aquel fue el jacobino más preocupado por la Administración, a la que convirtió en tema principal de su discurso político, señalando sus deficiencias, la impunidad de los funcionarios, las facciones de estos, su preocupación por la carrera y actitud egoísta, la “policía general”, las cuentas, los abusos, etcétera. Los señaló como los únicos responsables de todos los males de la vida pública y de los peligros corridos por la Revolución. Se mostró conocedor de su organización y funcionamiento, utilizando un vocabulario preciso y el dominio de la ciencia de la Administración⁹²¹.

Sus ideas administrativas se plasmaron en informes como el de 10 de octubre de 1793 sobre la “necesidad de declarar el gobierno revolucionario hasta la paz”⁹²², en los que expuso el mal estado de la Administración por la poca economía, los errores y atentados, los vicios, la inercia y la despreocupación, en una situación de conjura perpetua, de modo que “cada uno sacrifica a los

918. CLAVERO, B., “Imperio de la ley y *rule of law*: tópica y léxico constitucionales”, en *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 181-236.

919. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución...*, cit., p. 37. DEBBASCH, CH., “Le droit administratif face à l'évolution de l'administration française”, *RICA*, 2, 1973, pp. 101-107.

920. SAUTEL, G., “Les jacobins et l'Administration”, en *RDPA*, 4, 1984, pp. 885-915. THUILLIER, G., *Témoins de l'administration. De Saint-Just à Marx*, Paris, Administration, 1967.

921. SAINT-JUST, “Fragments sur les institutions républicaines”, en *Œuvres complètes*, II, Paris, 1908, édition de C. VELLAY, pp. 500 y ss. BÉNOIT, F.-P., *Les doctrines politiques et économiques depuis la fin du XVIIIe siècle*, Paris, Les cours de Droit, 1982.

922. LAFERRIÈRE, F., “Introduction...”, cit., p. 22, destacó que “el sentimiento de unidad no fue nunca más enérgico que en ROBESPIERRE y en los dominadores de la república una e indivisible. La Convención para concentrar en sus manos la tiranía popular se centró en la necesidad más imperiosa de Francia, la independencia del país y la unidad nacional”.

demás y no sacrifica nada de su interés”. Por ello desconfiaban totalmente de la Administración, considerándola incapaz de dirigir la Revolución, demostrándolo con la creación de órganos populares paraadministrativos como los comités revolucionarios o de vigilancia. En sus reformas los jacobinos invocaron la democracia directa y la efectiva división de poderes para convertir a la burocracia en mera ejecutora de las leyes. Estas últimas, entendidas en sentido amplio, comprensivo de las dictadas por la Asamblea y los órganos directores de la Revolución, todas ellas inspiradas por la regla suprema, que era “la más santa de todas las leyes: la salud del pueblo”.

La ética y virtud jacobinas se manifestaron en la preocupación por la corrupción y una concepción moralizante, que se demostró en una circular del Comité de Salud Pública a los departamentos: “Poniendo una mano firme sobre los vicios de la Administración, la Convención se propone también valorar para la República todas las virtudes de los administradores”⁹²³.

4.2.1. *El gobierno y la organización administrativa*

El sistema de gobierno revolucionario jacobino tenía como fin único la “salud pública”, como recogió la Constitución de 1793 –suspendida en su vigencia hasta conseguir la paz interior y exterior–, para lo cual era preciso “gobernar revolucionariamente”. La Administración era un medio para ese fin: “una Administración que relaciona el Estado y los ciudadanos en una perspectiva de coacción para hacer valer las obligaciones que impone a aquéllos la movilización revolucionaria, militar o cívica”⁹²⁴. Esto explica la importancia de la policía y la seguridad para luchar contra los “malos ciudadanos”, los contrarrevolucionarios o los desviados, que ponían en riesgo el triunfo de la Revolución.

El poder administrativo se confió a una nueva estructura de poder universal, centralizado, profesional, jerarquizado y personificado en la Administración, mucho más potente que la organización del Antiguo Régimen, capaz de transformar la sociedad feudal y hacer real el nuevo orden, protegido de las interferencias que pudiera producir el poder judicial. Sería un poder tem-

923. Citado por SAUTEL, G., “Les jacobins...”, *cit.*, p. 905.

924. SAUTEL, G., “Les jacobins...”, *cit.*, p. 888.

poral porque, una vez cumplida su misión, “el orden *natural* de una sociedad concurrencial y libre se impondría y se sostendría por sí mismo. Esta es [...] la doctrina jacobina del *gobierno revolucionario*, perfectamente cristalina hasta en los momentos más agudos del *terror*”⁹²⁵. Como decretó la Convención, “el Gobierno provisional de Francia es revolucionario hasta lograr la paz”⁹²⁶.

Para superar los vicios administrativos era preciso eliminar la arbitrariedad y exigir la acomodación a la ley: *le premier devoir d'une administration est de se conformer à la volonté générale [...] énoncée par la loi [...] donc l'administration devra se conformer à la lettre même des lois, à peine de subvertir l'ordre et de passer ses pouvoirs*⁹²⁷. Los jacobinos exigían una nueva concepción de la actividad administrativa sometida a la legalidad, porque lo contrario alteraría el orden y supondría excederse de los poderes atribuidos. La ley se aplicaría, además, con la flexibilidad derivada de la variación continua en aras a la salud pública, con textos sumarios y con una diligencia combativa y revolucionaria. Como dijo SAINT-JUST en 1793, “un pueblo sólo tiene un enemigo peligroso, que es su Gobierno: el vuestro os ha hecho continuamente la guerra con impunidad”⁹²⁸.

La “Administración general” era la interior formada por los departamentos, distritos y comunas en una relación jerárquica dependiente del Ejecutivo. A partir de 1791 los medios de acción y sanción fueron la anulación de los actos, la suspensión de los administradores y la disolución de las administraciones. La Convención mantuvo el sistema, potenciándolo por medio del control revolucionario y la delimitación de funciones, que reconoció en el ámbito local intereses propios para gestionar directamente, con una cierta idea de “federalismo municipal” defendido por THOURET, SAINT-JUST y ROBESPIERRE: “Dejad a las comunas arreglar sus propios asuntos y todo lo que no afecte sustancialmente a la Administración general de la República”⁹²⁹. Sin embargo, una

925. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución...*, cit., p. 57.

926. CHEVALLIER, J. J., *Histoire des institutions de la France de 1789 à nos jours*, Paris, Dalloz, 1952, p. 84.

927. J. PEUCHET citado por SAUTEL, G., “Les jacobins...”, cit., p. 891.

928. Rapport de 10 de octubre de 1793, citado por SAUTEL, G., “Les jacobins...”, cit., p. 892.

929. BÉNOIT, F.-P., *Les idéologies politiques depuis la Révolution*, Paris, Les cours de Droit, 1975, pp. 155 y ss. BURDEAU, F., “Pouvoir administratif...”, cit., pp. 41-42, recoge que en la Asamblea Constituyente la extrema izquierda era defensora de la autonomía de los cuerpos administrativos frente al poder central, mientras que la derecha era centralista.

vez en el poder adoptaron una actitud contraria, practicando un centralismo controlador, con un fondo de democracia y participación locales (sociedades populares, comités de vigilancia, ejército revolucionario). Por la ley de 14 frimario del año II (4 de diciembre de 1793) se establecieron instrumentos como los agentes nacionales en los distritos y municipios, que debilitaron la estructura departamental, y obligaron a todos los niveles a enviar un informe cada diez días a la Administración superior. Los comités se inmiscuían en todos los ámbitos de la actividad administrativa y militar.

La diferencia entre Gobierno y Administración, que identificó a esta con la ejecutora de las decisiones de aquél, se plasmó en el artículo 1 de la sección II de la ley de 14 frimario del año II (4 de diciembre de 1793). Consideró a la Asamblea como el “centro único de impulso del gobierno”, que eran los Comités de Seguridad General y el Comité de Salud Pública, a los que se atribuyó el “derecho de adoptar todas las medidas que consideren necesarias para restablecer el orden por todo donde sea turbado” y ejecutarlas por medio de la estructura administrativa. Por su parte, la Constitución del año III (1795) distinguió entre un consejo puramente gubernamental y los ministros encargados de la función administrativa. Afirma BURDEAU que

“la Administración se erigió en poder específico [...] al que se le asignó pronto una función política de garantía contra sus eventuales excesos. [...] Al término de diez años de experiencia, el poder administrativo, inicialmente constituido al servicio de los derechos cívicos, devino en atributo de un gobierno dueño del aparato del Estado y decidido a tomar a su cargo y a recuperar su anterior autonomía. El régimen napoleónico no hizo sino rematar esta evolución”⁹³⁰.

4.2.2. *El centralismo*

La idea del control de la actividad departamental y local se denominó *centralité* en la Convención en 1793, y un año después se hablaba de *centraliser* y de *centralisation*. En un proyecto de constitución que SAINT-JUST presentó a la Convención el 24 de abril de 1793 afirmó que “la división del Estado no está en el territorio; esta división existe en la población; está establecida por

930. BURDEAU, F., “Pouvoir...”, *cit.*, pp. 47-48.

el ejercicio del derecho del pueblo y la unidad de gobierno”, porque Francia era un pueblo único dividido en función de las necesidades del Gobierno y la Administración⁹³¹. El artículo 1 del decreto de 14 frimario del año II (4 de diciembre de 1793) declaró que la Convención Nacional era el único centro de iniciativas de gobierno, con un contenido centralista respecto a la organización local, convertida en mero agente del gobierno parisino y, en ese momento histórico, de sus prácticas de terror.

Como expuso SAUTEL, “la centralización jacobina es esencialmente una centralización de impulsos, mucho más que una centralización que busca, con la ayuda de los mecanismos apropiados, la corrección constante de los resultados, mientras que la centralización napoleónica, renovándose con el sistema de intendentes, combinará ambos elementos”. Se transmitía por la aplicación de la ley común y por vías no institucionales, como la “dominación y conducción de la opinión pública militante por medio de reuniones y los trabajos de los clubs o sociedades de pensamiento”, que actuaban sobre las administraciones locales y los órganos de “colaboración espontánea” entre ciudadanos y Administración⁹³². VIVIEN justificó la centralización en la necesidad de conservar las fuerzas del gobierno frente a los enemigos internos y externos que combatían a la Revolución y exigía

“una voluntad única, capaz de imprimir el movimiento, de abolir las distinciones, de vencer las resistencias. Sin una autoridad casi absoluta, ni la asamblea a la que se había confiado el depósito de las libertades conquistadas, ni el gobierno encargado de asegurar el reino podían ejecutar su obra”⁹³³.

También se fundamentó la centralización en el principio revolucionario de la igualdad, que

“hace imposible los poderes secundarios, tanto porque niega la posibilidad de privilegios de clases o personales, como porque, aun cuando tales poderes se situaran en corporaciones impersonales, se derivaría una discriminación desigual entre

931. BURDEAU, F., “Pouvoir administratif...”, *cit.*, pp. 41 y ss. SOLEIL, S. y JAUME, L., “Centralisation/Décentralisation. Retour sur quelques certitudes historiques”, en *AJDA*, 14, 2005, pp. 760-765.

932. SAUTEL, G., “Les jacobins...”, *cit.*, pp. 900-901.

933. VIVIEN, A., *Études...*, *cit.*, pp. 40-41.

miembros y no miembros de esas corporaciones, o entre los que son de una y los que lo son de otra; el principio de la igualdad como constitutivo social implica rigurosamente una concentración del poder, una centralización de todas las desigualdades de la instancia superior del Estado”⁹³⁴.

Otro argumento a favor de la centralización fue lograr la unidad de la nación en leyes y derechos, cuyo establecimiento y garantía representaba la primera obligación del gobierno, reduciendo el orden jurídico al monismo de la legalidad estatal, porque “la Revolución ha fundado el poder legislativo sobre el absolutismo”⁹³⁵. La unidad de la nación estaría garantizada por la unidad legislativa, la acción política centralizada, la instrucción primaria en la escuela pública y la lengua nacionales. Según CORMENIN, “la Francia centralizada es la primera potencia del mundo”, porque

“en todo el reino hay la misma jerarquía, la misma subordinación, las mismas oficinas y las mismas garantías [...] Las mismas circunscripciones territoriales, las mismas administraciones, los mismos tribunales y las mismas leyes. [...] De este modo todos los ramos y dependencias del servicio público ajustan unos con otros, y el gobierno impulsado por la centralización mueve sus millares de brazos a un tiempo y compás”⁹³⁶.

La nueva Administración revolucionaria sustituyó en la gestión pública a las clases dominantes del Antiguo Régimen, con amplias prerrogativas para imponerse a quienes ofrecían resistencia a los cambios revolucionarios y establecerlos por medio del poder administrativo y del centralismo. Lo expuso HAURIUO:

“La centralización ha llegado a ser una condición de existencia del régimen democrático; una gran nación no puede vivir sin cuadros sociales; una vez destruidos los cuadros que habían proporcionado los regímenes aristocráticos, y puesto que una atmósfera de igualdad absoluta no podía ya reconstruirse, fue necesario reemplazarlos por cuadros administrativos; pero para hacer esto era necesario que la centralización penetrara todo el país mediante una jerarquía que tuviera re-

934. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución...*, cit., p. 68.

935. RIPERT, G., *Le Déclin du Droit*, Paris, LGDJ, 1949, pp. 4-5.

936. CORMENIN, P. (TIMON), *De la centralización*, Madrid, 1843, pp. 54 y 45-46. Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución...*, cit., pp. 86-87.

presentantes en las más pequeñas circunscripciones. Fue un rasgo de genio de NAPOLEÓN I haber comprendido en el año VIII que la aristocracia del Antiguo Régimen no podía ser reemplazada más que por la de los Prefectos y Subprefectos, llamativamente uniformados⁹³⁷.

4.3. La Administración napoleónica

Con NAPOLEÓN se configuró un poder ejecutivo fuerte, dotado de “unidad de pensamiento y acción”⁹³⁸, con una Administración del Estado autoritaria⁹³⁹, personificada, profesional y dotada de los medios necesarios para superar la fragmentación de la nación y ser el elemento de integración estable de la misma: “el mérito de BONAPARTE, a partir del golpe de Estado del 18 brumario, fue concebir el establecimiento de un orden general, fundado en los principios militares de uniformidad y jerarquía”⁹⁴⁰. LAFERRIÈRE realizó una valoración de lo que representó la aportación del emperador:

“La Asamblea constituyente puso la Libertad en primera línea y el Poder en la sombra. Bonaparte hizo lo contrario: puso el Poder en primer plano y la Libertad política aparte. Quiso el orden y la unidad política posibles en la época con la fuerza del poder; todos los resortes de la centralización administrativa, extendidos por su genio organizador, movieron los intereses generales y locales con el impulso de una sola voluntad. Pero como Francia no puede vivir sin libertad, elevó al mismo tiempo a la libertad civil el más bello monumento de los tiempos modernos. Dio a Francia la gloria nacional y la libertad civil a cambio de la libertad política”⁹⁴¹.

937. HAURIU, M., *Précis de Droit administratif*, Paris, Recueil Sirey, 1933, p. 75. ROUBAN, L., “Les préfets de la République 1870-1997”, *Les Cahiers du Cevipof*, 26 de enero de 2000; “Les préfets et la construction de l’État Republicain: du modèle militaire au modèle managérial”, *RFAP*, 96, 2001, pp. 531-544.

938. CABANIS, P., *Quelques considérations sur l’organisation social en général et particulièrement sur la nouvelle Constitution*, Paris, Imprimerie nationale, an VIII, p. 44.

939. PONTEIL, F., *Napoléon I et l’organisation autoritaire de la France*, Paris, Armand Colin, 1956.

940. BRUGUIÈRE, M., *Pour une renaissance de l’histoire financière, XVIIIe-XXe siècles*, Paris, CHEFF, 1992, p. 181.

941. LAFERRIÈRE, F., “Introduction...”, *cit.*, p. 22.

La idea de que el Poder ejecutivo era más que el Gobierno e integraba la organización administrativa ya la habían expresado algunos hombres de la Revolución. NECKER afirmó en los primeros momentos de la Revolución que “el Poder ejecutivo es la fuerza motriz de un Gobierno; representa, en un sistema político, ese poder misterioso que, en el hombre moral, reúne la acción con la voluntad”⁹⁴². En similares términos se había pronunciado ROEDERER para quien “el poder ejecutivo se ejerce en el centro por la dirección y la procuración general, y sobre todas las partes de la República por la ejecución o la administración. El poder ejecutivo se compone de voluntad y de fuerza”, de modo que en el centro está el pensamiento y en el exterior la acción del gobierno⁹⁴³.

La Administración se convirtió en “la palanca gracias a la cual el Estado organizaba la colectividad nacional, asumiendo en todos los niveles territoriales la carga de la gestión de los asuntos. [...] El ejecutivo fue el beneficiario del cambio, desarrollando en su beneficio la antigua autonomía de las funciones administrativas afirmándose como un verdadero poder”⁹⁴⁴. Recuperó las técnicas y convirtió a las Prefecturas en

“un instrumento óptimo para esta acción de fomento [...] iniciándose así un impulso que no habría de pararse ya nunca, aunque habría de incrementarse y depurarse en las fases siguientes. Así se forjó el modelo de la gran Administración contemporánea”⁹⁴⁵.

NAPOLEÓN trasmutó el poder ejecutivo, bajo cuyo nombre actúa la Administración, que excedía de la pura ejecución de las leyes como la concibieron los padres de la división de poderes. Según GARCÍA DE ENTERRÍA sustantivó el poder ejecutivo “en un sujeto real y verdadero, autosuficiente para su desenvolvimiento en virtud de los mecanismos técnicos [...] que le aseguran una exención respecto de los otros poderes. Es realmente un sujeto que actúa,

942. NECKER, J., *Du pouvoir exécutif dans les grands États*, Paris, s.e., 1792, p. 15.

943. Citado por COLOMBO, P., “La question du pouvoir exécutif dans l'évolution institutionnelle et le débat politique révolutionnaire”, en *Annales historiques de la Révolution française*, 319.

944. BURDEAU, F., “Pouvoir...”, *cit.*, p. 36 ; *Histoire de l'administration...*, *cit.*, pp. 72-107.

945. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución...*, *cit.*, pp. 91-92; *La lengua...*, *cit.*, p. 133, afirma que NAPOLEÓN “dota al fenómeno de toda su conciencia, así como de las técnicas que, en buena parte, han llegado hasta hoy, cuando esa potenciación administrativa ha seguido acentuándose y llegado quizá a su límite”.

persiguiendo como todo sujeto multitud de fines, no limitados por supuesto al simple respaldo coactivo de las leyes y de las sentencias”. Frente a los poderes con abstractas funciones formales se personificaron los órganos que las ejercían, de modo que la función de ejecutar las leyes se trasmutó en la “Administración, persona singular, sujeto no ya de una abstracta función, sino de actividades múltiples en cuanto sujeto, actividades generales y particulares, de hecho y de derecho, formales y materiales, que en su multiplicidad interfieren las propias actividades de los particulares, con las cuales son ordinariamente intercambiables”. De modo que “el primer dato para la construcción del Derecho Administrativo es justamente este, el del carácter subjetivo de la Administración, el de su presencia ante el Derecho como un sujeto jurídico real y verdadero”⁹⁴⁶. Como expuso HAURIUO,

“la especie de dominación constante que el poder administrativo ejerce sobre los ciudadanos es enteramente comparable a una voluntad interna de persona moral ejerciéndose sobre los propios miembros de la corporación”⁹⁴⁷.

La personificación de la Administración se organizó a partir de una “interpretación claramente disidente de la ortodoxia doctrinal” revolucionaria. El Derecho administrativo que alumbran es “el precio de una disidencia, como un arbitrio con que la Revolución contrarresta el apartamiento sustancial que de su doctrina efectuaron los mismos poderes revolucionarios”. Se manifestó en la aplicación del principio de división de poderes, afirmando “la idea heterodoxa de una libertad del ejecutivo respecto de los otros poderes y, específicamente, respecto del poder judicial”⁹⁴⁸.

La organización de la Administración napoleónica desarrolló el poder administrativo añadiendo nuevos privilegios a los tradicionales y ampliando la funcionarización del país. El privilegio más destacado, como se ha expuesto, fue el de la jurisdicción por encomienda al Consejo de Estado y a los Consejos de Prefectura del conocimiento de los litigios con la Administración. La preeminencia administrativa en relación con los ciudadanos fue consecuencia directa del poder acumulado, justificado por el servicio al interés general o a

946. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución...*, cit., pp. 95-97.

947. HAURIUO, M., *Précis...*, cit., 231.

948. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución...*, cit., p. 40.

las necesidades públicas⁹⁴⁹. La presión policial y militar sobre la población era importante, utilizando a las guarniciones y a los veteranos para que se hicieran cargo en las localidades de su mantenimiento y del pago de impuestos. Los prefectos tenían funciones de policía judicial y podían realizar pesquisas y arrestos, lo mismo que los funcionarios de Aguas y Bosques. La Administración penitenciaria podría practicar detenciones, y se protegía más el derecho de propiedad que las libertades individuales. A la estructura administrativa napoleónica se le imputaron graves problemas por la conflictividad entre autoridades concurrentes, sus disfuncionalidades, la excesiva burocratización, la parálisis y la pesadez de los controles y la falta de responsabilidad derivada del autoritarismo. Todo esto se tradujo en un régimen de obediencia y docilidad, que no implicaba eficacia⁹⁵⁰.

Al concluir el I Imperio existía en Francia una organización administrativa personificada con amplias prerrogativas y un estatuto propio de poder público, consecuencia de un proceso histórico iniciado en el Antiguo Régimen, con la configuración de una organización centralizada, burocrática y privilegiada. La Revolución introdujo importantes reformas y las articuló sobre los paradigmas de los derechos, la libertad, la igualdad y la legalidad, con una organización racional, uniforme y jerárquica. El régimen napoleónico hizo la síntesis, fortificando el aparato heredado, con la recuperación de instituciones y fórmulas de la antigua monarquía⁹⁵¹.

4.4. El reforzamiento del poder ejecutivo

Se ha expuesto como el progresivo incremento del poder ejecutivo se consolidó durante los sucesivos regímenes hasta el periodo anterior a la Primera Guerra Mundial, en cuyo análisis fue decisiva la obra de BARTHÉLEMY. Afirmó que el Poder Ejecutivo no era un mero ejecutor de la ley, sino el poder que aseguraba la vida del Estado por medio de su intervención continua, superando la idea rusoniana de que el poder máximo era el del legislativo que hacía la ley. Se le reconoció un poder propio de decisión que trascendía la ejecución de la

949. CHEVALLIER, J., "L'intérêt général dans l'administration française", *RISA*, 1975, p. 325.

950. BURDEAU, F., *Histoire de l'administration...*, cit., p. 92.

951. BURDEAU, F., *Histoire de l'administration...*, cit., p. 102.

ley como marco jurídico para su actuación, ya que eran escasos los supuestos de obediencia a un mandato concreto y específico de actuar, de modo que “la única voluntad del Estado se manifiesta en la deliberación que se realiza por la colaboración del Ejecutivo con el Legislativo, ambos con carácter representativo”⁹⁵².

La importancia del Poder Ejecutivo se manifestó, además del incremento de su actividad e intervención en todos los ámbitos sociales, por medio de la potestad reglamentaria, que se estudiará al final del epígrafe siguiente.

5. El poder administrativo

Afirmó HAURIUO que “hemos partido en la Revolución del principio de independencia del poder administrativo, y la fuerza de este principio no se ha agotado. Es ella misma la que nos hará encontrar el remedio”. Como se ha expuesto páginas atrás, la Revolución inició un nuevo proceso en la configuración del poder político y administrativo, a partir de unas premisas ideológicas y de unas instituciones que se habían concebido como instrumentos para asegurar la libertad.

En el primer momento, de la Asamblea legislativa hasta el Directorio, se organizaron el marco normativo y el institucional para la adecuación de la sociedad al nuevo régimen. Ese proceso tuvo un momento de reconsideración durante el régimen napoleónico, que supuso un incremento de la organización, del poder público, de las prerrogativas y del intervencionismo administrativos, mientras se dictaba una copiosa regulación. El poder administrativo y sus prerrogativas estaban amparados por su servicio al interés general, que “no debe encontrar obstáculo alguno que no pueda superar: de ahí no sólo el poder de pronunciarse sobre los intereses sino también [...] a veces sobre los mismos derechos de los particulares”⁹⁵³.

Todo ello condujo a un progresivo incremento de las cuestiones contenciosas entre los particulares y la Administración y a la necesidad de elaborar,

952. BARTHÉLEMY, J., *Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes*, Paris, Giard et Brière, 1906, pp. 7-8 y 25.

953. FOUART, E.-V., *Eléments...*, cit., pp. 556-557.

gradualmente, conforme se consolidaban las ideas liberales, un marco jurídico que garantizase los derechos de aquellos. Como expresó SIREY “conforme el poder se hacía más alarmante por su consistencia, más debía seducirnos con apariencias de garantía”⁹⁵⁴. Este proceso se desarrolló con lentitud bajo la forma del Estado liberal y gendarme, se incrementó con el Estado Providencia entre las dos guerras, y se aceleró tras la Segunda Guerra Mundial con la configuración de Francia como un Estado social y democrático de Derecho⁹⁵⁵. La última etapa es la del Estado neoliberal y la integración en un nuevo espacio político y económico que es la Unión Europea⁹⁵⁶.

5.1. Evolución histórica

El desarrollo del liberalismo no fue neutral en cuanto al papel de los poderes públicos que, aunque reducidos en su protagonismo sobre la economía, resultaron decisivos a través del marco legal para proteger la libre iniciativa y el tráfico mercantil. No sólo se dictaron normas de fomento y protección, sino que se crearon importantes infraestructuras para apoyar la industrialización, se activó el mercado con las desamortizaciones y ventas de bienes nacionales, se amplió el contenido del derecho de propiedad sobre los bosques y minas, se dictaron nuevas normas económicas, algunas tan decisivas para el nuevo capitalismo como las de sociedades mercantiles, sistema financiero, etcétera.

5.1.1. *El siglo XIX y el liberalismo*

El modelo liberal francés demostró que los sucesivos regímenes políticos asumieron la dirección económica del país por medio de su Administración, en una combinación de libertad en la iniciativa privada y de regulación admi-

954. SIREY, J.-B., *Du Conseil...*, cit., p. 33.

955. ALLI ARANGUREN, J. C., *Derecho administrativo...*, cit., pp. 32-94, se expone la vinculación del Derecho administrativo a la evolución del Estado liberal de Derecho, social de Derecho, social y democrático de Derecho, y la crisis neoliberal.

956. ALLI ARANGUREN, J. C., *La construcción...*, cit., pp. 455-475, se recogen las sucesivas fases de este último periodo por la configuración del Estado propulsor, el reflexivo y el incitador.

nistrativa, convertida en intervencionismo para el fomento directo, por las inversiones públicas para resolver las crisis económicas y sociales que se sucedieron, o por la prestación de servicios públicos. Frente a una limitada vuelta al pasado, por otra parte imposible, de la Restauración, la Monarquía de Julio recuperó el liderazgo ideológico, institucional y económico burgués, que se amplió en el II Imperio. En estos órdenes actuaron al unísono la sociedad y el Estado, concebido como sujeto activo y “motor del progreso” (GAMBETTA), inversor y contratista de obras, partícipe activo en el desarrollo y, a partir del II Imperio, con una considerable vertiente social, ampliada durante la III República.

Por tanto, el llamado Estado-gendarme no fue una realidad absoluta, porque “la policía no se acaba en la conservación del orden asegurado *manu militari*, sino que debe además buscar la expansión del mayor bienestar”. En la definición de la Administración durante el siglo XIX se incluyó “la policía contra las faltas o a favor del derecho, y la gestión de los intereses comunes, que no son derechos de la persona, fue denominada con el bello nombre de Administración pública”⁹⁵⁷.

La actividad administrativa fue de fomento –obras e inversiones, ayudas y subvenciones, premios, etcétera– y de policía, esta con el fin de garantizar el buen orden para el funcionamiento de la “mano invisible” del mercado, a fin de proteger a la población de los riesgos de las actividades peligrosas o insalubres. Su labor no era de configuración de la sociedad, sino de garante de que esta actuase por sí misma. Sin embargo, se adoptaron medidas de educación general y asistencia social públicas⁹⁵⁸, en una nueva misión que, en la época anterior, había correspondido a la Iglesia. Se consideró que la Administración actuaba como “providencia humana” (MACAREL) con un poder “tutelar y providencial”, que “debía ser rápido, enérgico y, en la medida de su autoridad, responsable” (VIVIEN)⁹⁵⁹. Esta función se amplió con el desarrollo del industrialismo y la aparición del “problema obrero” y la “cuestión social” hasta la creación del Derecho y las prestaciones sociales.

957. SIREY, J.-B., “Du Droit et du pouvoir”, *Recueil général des Lois et Arrêts*, XXI, Paris, Cour de Harlay, s.f, p. 3.

958. BURDEAU, F., *Histoire de l'administration...*, cit., pp. 140-149.

959. VIVIEN, A., *Études...*, cit., p. 63. BURDEAU, F., *Histoire de l'administration...*, cit., pp. 110-111. REDOR, M.-J., *De l'Etat legal...*, cit., pp. 317-322.

Así lo acredita el incremento de la legislación sobre la actividad administrativa, entre otras las leyes de 21 de abril de 1832, sobre contribuciones directas; 22 de junio de 1833 y 5 de mayo de 1855, sobre contencioso electoral; 30 de mayo de 1851, sobre policía de transportes; el Decreto de 2 de noviembre de 1864 sobre exceso de poder y contencioso de las pensiones civiles y militares. Este decreto autorizó a condenar al Estado en costas en los asuntos relativos a obras públicas, contratos de suministros y cada vez que la Administración actuase como representante del dominio estatal; permitiendo presentar el recurso directamente ante el Consejo cuando el ministro dejase transcurrir sin respuesta un plazo de cuatro meses⁹⁶⁰.

Durante el siglo XIX se produjeron graves conflictos, como la revolución de 1848⁹⁶¹ y la Comuna de París de 1871⁹⁶². Esta revolución antiburguesa sacudió el orden liberal. Los sublevados se levantaron, según ARNAUD, “contra la religión, contra la burguesía, contra la industria, contra la familia, contra el trabajo, contra todo lo que constituye la dignidad, la seguridad y la vida de un pueblo”. No tienen “por dogma más que un ateísmo grosero, por doctrina más que un materialismo abyecto, por programa más que el vagabundeo armado, la expropiación de todas las clases por una sola, la igualdad de las partes en el comedero humano, la ralea de la fortuna pública y privada lanzada como presa a los apetitos y codicias del proletariado”⁹⁶³. Tras la dura represión que siguió a la revolución, el movimiento obrero se recuperó y fue reconocido en Francia por la Ley de 21 de marzo de 1884 como consecuencia del acuerdo entre los líderes obreros, los republicanos reformistas y algunos sectores conservadores⁹⁶⁴.

960. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 104.

961. TOUCHARD, J., *Historia...*, cit., pp. 444-446, expone que el espíritu de 1848 estaba formado por el romanticismo, el recuerdo de la Revolución, la mística del progreso y del cultivo de la ciencia, el culto al pueblo y una concepción idealista y espiritualizada de la política.

962. TOUCHARD, J., *Historia...*, cit., pp. 547-550.

963. ARNAUD, A.-J., *Comunicación al Centro del Pensamiento político de Gérard Duprat*, junio de 1975. Citado por E. PISIER-KOUCHNER, “L’obéissance et la loi: le Droit”, en *Histoire des Idéologies*, III, París, 1978.

964. TOUCHARD, J., *Historia...*, cit., pp. 554-558. Conocida como Ley Waldeck-Rousseau. Esta tendencia al reconocimiento de las organizaciones sociales continuó con la ley de 1 de julio de 1901 sobre libertad de asociación. Las organizaciones profesionales se han considerado de carácter privado (TC 13 de febrero de 1984, *Cordier et autres*), superando la indefinición del CE 2 de abril de 1943, *Bouguen*, aunque les reconoció personalidad jurídica, prerrogativas propias del poder pú-

5.1.2. *La transformación del Estado liberal en el siglo XX*

El proceso de transformación del Estado liberal se desarrolló desde finales del siglo XIX hasta la Primera Guerra Mundial. Durante este periodo se produjo la explotación colonial, la apertura de nuevos mercados, el incremento de la tasa de acumulación y de los salarios. Las mejores condiciones económicas redujeron la fuerza de los grupos revolucionarios, lo que propició la colaboración del movimiento obrero y de los partidos socialistas con las instituciones representativas burguesas, impulsando las reformas y las mejoras sociales.

La ampliación de la actividad administrativa dio lugar a nuevas estructuras organizativas, cada vez más específicas en sus funciones políticas y sociales, con cambios organizativos según los equilibrios del poder en cada momento. Se incrementó el número de los organismos consultivos y participativos, consejos y comités, los servicios de inspección especializados por áreas de actividad, y las oficinas dotadas de autonomía, particularmente en el ámbito de las prestaciones sociales. Se utilizó la técnica de la “superposición” de las nuevas a las existentes. La complejidad y confusión de la organización administrativa provocó conflictos competenciales y planteó el reto de la coordinación. Esta labor se encomendó a nuevas figuras orgánicas como los secretarios generales, los subsecretarios generales o los gabinetes ministeriales de los departamentos. Estos últimos fueron calificados de *bureaucratie irrégulière d’amateurs*, que produjo nuevos conflictos con la burocracia regular de los profesionales de la función pública, algunos procedentes de los cuerpos de las altas escuelas. BURDEAU concluyó que “por poco que se pueda hablar de *una Administración napoleónica*, desde antes del periodo de entreguerras esta unidad sólo era una ficción: de hecho, desde el principio, sólo existían *administraciones*”⁹⁶⁵.

El periodo entreguerras se caracterizó por la expansión de la Administración y los poderes públicos en todos los campos, al amparo de la ideología del Estado social de Derecho y la superación de la concepción liberal no intervencionista. Particular importancia tuvo su protagonismo económico con amplia presencia pública en transportes, energía e investigación, la nacionalización de sectores

blico y control tutelar por el Estado. Posteriormente se ha reconocido la existencia en ellas de una jurisdicción administrativa especializada (CE 25 de enero de 1950, *Nancy*; 12 de enero de 1953, *De Bayo*).

⁹⁶⁵. BURDEAU, F. *Histoire de l’administration...*, cit., pp. 149-153.

productivos y los servicios públicos, en una economía dirigida a partir de las medidas de la Ley de 21 de julio de 1938, sobre la organización de la Nación para un tiempo de guerra⁹⁶⁶. También fue muy intensa la normativización y la prestación de los servicios sociales⁹⁶⁷. Se incrementaron considerablemente las actividades de policía y servicio público, así como la reglamentaria⁹⁶⁸.

Las medidas de policía afectaron particularmente a los propietarios por razones urbanísticas y de higiene de las viviendas, controlando las alineaciones y el derecho a construir. Las leyes de 14 de marzo de 1919 y 19 de julio de 1924 establecieron proyectos de ordenación y extensión de poblaciones, servidumbres urbanísticas, higiénicas, estéticas y arqueológicas, con un gran control de la autorización para edificar. Dos decretos-leyes de 25 de julio de 1935 establecieron las medidas para la ordenación de la región parisiense y los proyectos regionales de urbanismo. El Decreto-Ley de 8 de agosto de 1935 modificó el régimen de la expropiación forzosa, ampliando el concepto de utilidad pública. Sin embargo, se restringieron algunos poderes concretos a través de la jurisprudencia como los municipales sobre el culto (CE 26 de diciembre de 1930, *Tisseire*; 9 de enero de 1931, *Castel*), prohibiciones de reuniones públicas y privadas (CE 23 de mayo de 1933, *Benjamin*; 9 de febrero de 1937, *Bujadoux*; 2 de febrero de 1938, *Xavier Vallat*), aunque a veces reconoció la corrección de la limitación establecida (CE 9 de marzo de 1938, *Bréha et Masson*)⁹⁶⁹.

La actividad económica pública en una economía dirigida se incrementó con los ferrocarriles estatales, nuevos establecimientos públicos de manufacturas, cajas de ahorro, puertos autónomos, sociedades de economía mixta,

966. BURDEAU, F. *Histoire de l'administration...*, cit., pp. 158-160.

967. BURDEAU, F. *Histoire du droit...*, cit., pp. 366 y ss. TC 22 de enero de 1955, *Naliato*, incluyó los servicios sociales públicos como el tercer tipo, tras los administrativos y los industriales y comerciales. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 418-423.

968. CE 7 de febrero de 1936, *Jamart*, reconoció a los ministros amplias facultades reglamentarias, en línea con las reconocidas al Presidente por el artículo 3 de la Ley constitucional de 25 de febrero de 1875. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 229-231. En CE 29 de enero de 1954, *Institution Notre-Dame de Kreisker*, entendió que el poder reglamentario de los ministros alcanzaba a la organización del servicio, pero no podía establecer nuevas obligaciones, salvo que hubiese habilitación legal al efecto. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 398-407. En CE 23 de mayo de 1969, *Société Distilleries Brabant*, reconoció a las directivas ministeriales la posibilidad de dictar medidas vinculantes destinadas a las autoridades, cuya legalidad puede ser examinada (CE 11 de diciembre de 1970, *Crédit Foncier de France*).

969. BURDEAU, F. *Histoire du droit...*, cit., pp. 376-377.

empresas nacionalizadas, compañías nacionales y oficinas para actividades (Decretos-Leyes de 25 y 30 de octubre de 1935).

La administración local no fue ajena a este proceso conforme a las posibilidades abiertas por los Decretos-Leyes de 5 de noviembre y 28 de diciembre de 1926 sobre la gestión directa de servicios industriales y comerciales. El Consejo de Estado admitió la existencia de actividades no administrativas sino comerciales (CE 4 de diciembre de 1931, *Dame Dumy*), aunque, por el riesgo económico que implicaban (CE 23 de junio de 1933, *Planche*), las consideró lícitas sólo cuando hubiera “circunstancias particulares de tiempo y lugar que justificaran el interés público de la intervención” (CE 30 de mayo de 1930, *Chambre syndical du commerce de détail de Nevers*)⁹⁷⁰. Estas “circunstancias particulares” se fueron interpretando más ampliamente (CE 23 de junio de 1933, *Lavabre*) permitiendo la intervención cuando no lo hiciera la iniciativa privada respecto a la construcción de viviendas (CE 12 de noviembre de 1935, *Chouard*)⁹⁷¹ o en una empresa cinematográfica (CE 18 de noviembre de 1935, *Didier*). El Consejo asumió esta realidad respecto a la regulación de precios comerciales (CE 14 de noviembre de 1933, *Zénard*) y asentamientos urbanos (CE 4 de enero de 1935, *Lara*). Como resume BURDEAU, “asumiendo una concepción del interés público que no coincidía necesariamente con los dogmas de la ortodoxia liberal, el Consejo de Estado consagraba nuevos avances del poder administrativo, cada vez que el intervencionismo local le parecía beneficioso”⁹⁷².

Tras la Segunda Guerra Mundial se volvió a incrementar el poder de la Administración en un país que salía de una guerra y que fue gobernado durante la IV República por las ideologías socialdemócrata y social-cristiana, con un importante peso político del Partido comunista francés, plenamente integrado en el orden institucional. En este periodo se produjo una expansión de la actividad administrativa y la ampliación del sector público industrial y comercial, a partir de la nacionalización de sectores claves de la economía, con base en la declaración del Preámbulo de la Constitución de 1946: energía, seguros, transportes, automóviles Renault, Banco de Francia, Air France, Société Générale

970. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 194-199.

971. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., p. 197.

972. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 375.

Transatlántico y establecimientos públicos de la energía atómica, tabacos y radio-televisión. Se introdujeron nuevos métodos de gestión desconcentrada con la aplicación de fórmulas de economía mixta y de Derecho privado como las sociedades mercantiles dotadas de autonomía de gestión y capacidad de contratar, aunque con el control de la Administración.

La V República mantuvo los logros del Estado social y democrático de Derecho, afrontó el problema argelino, integró Francia en el Mercado Común Europeo y ha tenido que adaptar el país a los cambios derivados de la globalización, sin renunciar a los logros sociales que se consideran conquistas irrenunciables de la sociedad francesa. Se aportó la planificación económica indicativa con el fin de potenciar el desarrollo económico, mejorar los recursos públicos y la acción social del Estado⁹⁷³. Para ello se utilizaron tanto medidas de fomento como de intervención directa en la actividad económica. La misión planificadora de la Administración se desarrolló en lo económico, en la sanidad, en la ordenación del territorio y el urbanismo, tras superar el periodo de reconstrucción tras la guerra, por medio del Código del urbanismo de 26 de julio de 1957 y de las leyes de 6 de agosto de 1953 y 30 de diciembre de 1967. También se realizó una intensa política de vivienda a partir de la ley-cuadro de la construcción de 7 de agosto de 1957⁹⁷⁴. Todo ello movido por la idea de dotar de calidad de vida a los ciudadanos atendiendo sus necesidades⁹⁷⁵.

La ampliación del poder reglamentario producido durante la III República se incrementó en los regímenes posteriores hasta alcanzar un reconocimiento total en la reserva reglamentaria de la Constitución de 1958. El artículo 6 de la Ley de 17 de agosto de 1848 fijó en una lista las “materias reglamentarias por naturaleza”, facultando al gobierno para derogar o modificar por decreto las

973. BURDEAU, F. *Histoire de l'administration...*, cit., pp. 160-164.

974. La Ley 90-449 de 31 de mayo, conocida como “ley Besson”, estableció que el “garantizar el derecho a la vivienda constituye un deber de solidaridad para toda la nación. Toda persona con dificultades particulares por la falta de medios o de condiciones existenciales tiene derecho a una ayuda de la colectividad, en las condiciones fijadas por esta ley, para acceder y mantener una vivienda adecuada”. La ley 2000-1208 de 13 de diciembre, sobre solidaridad y renovación urbanas, reiteró el derecho a la vivienda, la necesidad de que la intervención pública promueva alojamientos sociales en régimen de protección pública, el deber de reservar suelo y el compromiso de un plan de integración social. El Consejo de Estado reconoció que “la posibilidad de disponer de una vivienda adecuada es un objetivo de valor constitucional” (CE 19 de enero de 1995).

975. BURDEAU, F. *Histoire de l'administration...*, cit., pp. 164-166.

disposiciones legales que les afectaran. Las “leyes-marco” y las leyes de plenos poderes siguieron ampliando el campo del reglamento, del mismo modo que la Ley de 16 de marzo de 1956 de poderes especiales.

Esta intensa actividad administrativa en los viejos y nuevos campos de su competencia ha dado lugar a una renovación de la jurisprudencia administrativa, que, sin renunciar a sus logros doctrinales, ha continuado cumpliendo su misión de garantizar los principios y valores del Estado de Derecho en los ámbitos de la economía, el urbanismo, el medio ambiente, etcétera. La ordenanza de 31 de julio de 1945 recuperó en su artículo 32 los términos de la Ley de 24 de mayo de 1872 sobre el recurso por exceso de poder contra los actos de las “diversas autoridades administrativas” como medio universal de garantía objetiva de la legalidad frente a toda la actividad administrativa, que ha experimentado una importante potenciación. Las reformas posteriores del régimen de la jurisdicción administrativa han incrementado las garantías en cuanto a la ejecución de sus decisiones y las medidas cautelares, como se expondrá en el capítulo siguiente.

5.2. El centralismo y el régimen local

5.2.1. *Fundamentos dogmáticos*

Uno de los principios de la organización del poder fue la centralización que, aunque calificada de jacobina, fue una constante del régimen liberal con antecedentes en el Antiguo Régimen⁹⁷⁶. Como se ha expuesto, todos los autores de la época la justificaron como un principio del nuevo gobierno. CORMENIN la explicó desde la unidad de acción en que se manifestaban los distintos ámbitos de la actividad administrativa, identificando la Administración con la gestión pública en la acción de la justicia y la policía represiva, y las relaciones financieras, civiles y materiales entre los prefectos y los ministros, porque todo era administración. Destacó su importancia por tratarse del vínculo conceptual de toda la actividad administrativa:

“la justicia en sus relaciones con la comprobación de los crímenes y los delitos, su persecución y represión, es la administración. El culto en sus relaciones financie-

976. ROSANVALLON, P., *L'État en France. De 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, 1990, p. 20.

ras, civiles, materiales con los prefectos y los ministros, es la administración. La gendarmería, la policía, el ejército, en sus relaciones con la defensa del país, la leva de los reclutas, la actividad de los regimientos, la seguridad de los habitantes, la prevención de los disturbios, la guarda de las prisiones, la protección de las autoridades, es administración”.

Añadió sobre la prestación de los servicios públicos, que era administración “la dirección, la apertura, la reparación y el mantenimiento de las carreteras, los ferrocarriles, los canales, los ríos y vías de cualquier naturaleza”. También la refirió a la gestión de los impuestos y a la

“vigilancia, correspondencia, gestión y ejercicio de la autoridad de los alcaldes, de los subprefectos, de los prefectos, de los empleados de todos los servicios públicos, de sus inspectores y directores y, finalmente, de los ministros, todo lo que constituía la administración”⁹⁷⁷.

Para FOUKART la centralización estaba justificada en la unidad de acción, porque la administración y gestión públicas obedecen a una misma unidad de “acción de gobierno”, que exige la dirección desde las administraciones superiores y personales a las menores o colectivas:

“en interés general, en interés de las mismas administraciones especiales, es necesario que estén sometidas a una tutela que vigile la gestión de sus bienes, el empleo de las rentas, autoriza, dirige y controla sus gastos: esta tutela debe confiarse a la Administración superior”⁹⁷⁸.

Como expresó MACAREL en relación con la gestión imperial, aplicable al centralismo como sistema de organización general del territorio del Estado,

“era de la mayor importancia para la uniformidad de la Administración, la facilidad de la vigilancia y el interés de los gobernados, tener divisiones del territorio casi iguales, y con una extensión calculada como la conveniente para el más favorable ejercicio de los diferentes poderes”⁹⁷⁹.

977. CORMENIN, L. M., *TIMON, De la centralisation*, Paris, Pagnerre, 1842, pp. 128-129.

978. FOUKART, E. V., *Éléments de droit public et administratif, ou exposition méthodique des principes du droit public positif avec l'indication des lois à l'appui; suivi d'un appendice contenant le texte des principales lois et ordonnances de droit public*, I, Paris, Videcocq, 1839, p. 144.

979. MACAREL, L.-A., *Cours de Droit...*, I, cit., p. 28.

También HAURIUO vinculó el control a la dependencia que había establecido la organización administrativa centralizada, distinguiendo entre la tutela y la jerarquía:

“La Administración pública, que es una organización consciente y reflexiva, controla sus propios actos. De hecho, son las autoridades administrativas superiores quienes controlan los actos de los agentes inferiores. Después de que las leyes de descentralización han dado autonomía a las administraciones departamentales y municipales, es preciso distinguir dos especies de control administrativo, el control de tutela para los actos de las administraciones autónomas, el control jerárquico para los de las autoridades que no lo son”⁹⁸⁰.

La uniformidad en la gestión pública, que implicaba la centralización, se realizaba por la división territorial y la vigilancia en interés de los gobernados sobre la acción de los diferentes poderes, que actuaban sobre el mismo. Como expresó VIVIEN,

“la centralización es una espada cuya empuñadura está en la capital y la punta en el resto del Estado. No hay nación en la que no exista en un cierto grado, pues la ausencia de toda centralización conduciría a la anarquía; pero donde se extrema su desarrollo se mata la libertad, pues en exceso, la centralización produce servidumbre”⁹⁸¹.

En todo caso, el proceso fue obra de la burguesía y esta se consolidó como la nueva clase dominante, aunque con los diversos regímenes políticos se produjo una nueva reubicación de quienes, procedentes de los órdenes excluidos por la Revolución y el nuevo orden liberal, tuvieron capacidad de adaptación a los nuevos tiempos. La ideología se impuso, con actitudes más o menos convencidas, pero con la III República se consolidó en Francia la ideología y el sistema político surgido de la Revolución. A pesar de las grandes crisis posteriores –incluidas dos guerras mundiales, la ocupación y dos nuevas Repúblicas– la ideología liberal ha demostrado su pragmatismo y capacidad de adaptación a las circunstancias de tiempo y lugar, renovándose al final del siglo XX en la forma del neoliberalismo de la globalización.

980. HAURIUO, M., *Précis...*, cit., p. 275. Detalla las formas de control en pp. 299 y ss.

981. VIVIEN, A., *Études...*, cit., p. 39. Expuso las ventajas y aportaciones de la centralización durante el periodo revolucionario y en la configuración del nuevo Estado francés en las pp. 41-62.

Se ha de destacar que, en paralelo, el Derecho administrativo ha debido adaptarse a los nuevos tiempos, tanto en lo económico-social como en los aspectos ideológicos y conceptuales, en un proceso continuo de mutación y transformación⁹⁸². Sin embargo, no todos los cambios han llevado a una progresión del Derecho administrativo como instrumento de regulación único, sino que se ha producido una tendencia contraria, de alejamiento y huída, en lo que AUBY ha denominado “un movimiento de banalización” del Derecho administrativo⁹⁸³. Como se podrá comprobar, en estos procesos ha tenido un papel decisivo el Consejo de Estado.

5.2.2. *El régimen local*

Los sucesivos regímenes mantuvieron a la vida local sometida al centralismo consagrado por la ley de 28 pluvioso del año VIII, por considerarla una Administración menor, tutelada por la Administración estatal, que era un

“poder tutelar siempre dispuesto a mantener al municipio dentro de los límites de su competencia e impedir que atente contra los derechos del Estado o a los de los particulares, limitar el interés público o el de la propia entidad comunal”⁹⁸⁴.

La ley de la Asamblea Nacional de 14 de diciembre de 1789 estableció el modelo francés de organización local convirtiendo en municipios todas las villas, burgos, parroquias o comunidades rurales⁹⁸⁵. Frente a la propuesta de THOURET⁹⁸⁶, SIEYÈS y CONDORCET de configurar Francia en “grandes muni-

982. CURAPP, *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993. PEISER, G., “Mort ou transfiguration du droit administratif en l’an 2000”, en *Mélanges Borella*, Nancy, Presse universitaires, 1999, pp. 365 y ss.

983. AUBY, J.-B., “Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites”, en *Mélanges Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 3 y ss.; “La bataille de San Romano”, *AJDA*, 24 de noviembre de 2001, pp. 912-926.

984. BLOCK, M., *Dictionnaire...*, cit., p. 1.195.

985. Por ley de 22 de diciembre de 1789, sobre la constitución de las asambleas primarias y de las asambleas administrativas, se crearon los departamentos como divisiones del territorio, pero sin carácter de nueva entidad colectiva. La ley de 26 de febrero de 1790 dividió el país en ochenta y tres departamentos.

986. En su informe a la Asamblea de 29 de septiembre de 1789 propuso crear ochenta departamentos divididos en nueve municipios o distritos y estos en nueve cantones, que no crearan

cipios” con mayor presencia democrática y expresión de la voluntad popular, prevaleció la opción de MIRABEAU, favorable a respetar la estructura histórica que por su pequeña dimensión permitía un mayor control por parte del poder central⁹⁸⁷. Concibió al municipio con “dos especies de funciones a desarrollar: las propias del poder municipal y las propias de la administración general del Estado delegadas a los municipios”. La Constitución de 3 de septiembre de 1791 dividió el territorio del Reino en ochenta y tres departamentos, estos en distritos y cada uno de ellos en cantones. La Constitución del año III (1795) pretendió homogeneizar los municipios agrupando los inferiores a cinco mil habitantes en municipios de cantón y dividiendo las poblaciones de más de cien mil habitantes en varios municipios; incrementó a ochenta y nueve el número de departamentos.

Durante el Consulado, la Constitución de 22 de frimario del año VIII (1799) mantuvo la división departamental y la ley de 28 pluvioso del mismo año creó la institución del prefecto nombrado por el Primer Cónsul, con amplias competencias sobre toda la organización administrativa del departamento, incluida la designación de alcaldes y sus adjuntos, todos ellos instrumentos del poder central.

Los rasgos fundamentales del modelo revolucionario-napoleónico fueron: la generalización y uniformidad del régimen municipal; la creación de un municipio por cada núcleo de población; su carácter electivo, el dualismo entre las funciones municipales “propias” y las funciones estatales “delegadas”; la consideración del departamento como circunscripción estatal y entidad local; la doble función del prefecto como representante del poder central y órgano ejecutivo del departamento, y su tutela sobre las autoridades locales⁹⁸⁸.

dificultades al poder central, porque, como expuso en la Asamblea el 3 de noviembre de 1799, “tememos crear cuerpos administrativos tan fuertes como para que pretendan resistirse al poder ejecutivo, y que sea crean tan importantes como para olvidar impunemente su sumisión al poder legislativo”.

987. PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, II, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 117-119. VANDELLI, L., *El Poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, Madrid, Ministerio de las Administraciones Públicas, pp. 24-30, 151-154, 178-182.

988. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La configuración del régimen municipal francés de la Revolución a la Restauración”, en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, III-2.º, Madrid, IEP, 1962, pp. 23-45. VANDELLI, L., *El Poder Local...*, cit., pp. 32 y ss.

Durante la Monarquía de Julio, la Ley de 21 de marzo de 1831 estableció la elección censitaria de los consejos municipales, y la de 22 de junio de 1833 de los consejos generales. La Ley de 18 de julio de 1837 reconoció la personalidad del municipio, cuyo alcalde mantenía la doble condición: representante del Estado y cabeza del poder ejecutivo local. Se introdujo el sufragio universal por el Decreto de 3 de julio de 1848 de la II República. La capacidad de decisión de los municipios se aumentó por la ley de 24 de julio de 1867 y para los consejos departamentales por las de 10 de mayo de 1838 y 18 de julio de 1866. Los alcaldes eran funcionarios públicos nombrados por el Gobierno, salvo los de los municipios medios y pequeños durante la II República. Sus resoluciones podían anularse por el Gobierno o sus agentes, y se les privó de los poderes de policía desde 1852 hasta los últimos años del II Imperio.

El régimen local fue objeto de numerosas reformas destacando por su importancia la Ley departamental de 10 de agosto de 1871, que estableció el sufragio universal para la elección del Consejo general de los departamentos, con un representante por cada cantón, sin poder decisorio y carácter consultivo en cuestiones económicas y de la administración general. El prefecto mantuvo su autoridad ejecutiva máxima.

Durante la III República, la carta municipal de 5 de abril de 1884 amplió la autonomía local dentro de la centralización y se generalizó la elección de los alcaldes por los consejos municipales, aunque hubo regímenes propios y más centralistas para las grandes ciudades. El Consejo municipal tenía competencia para “regular por medio de sus deliberaciones los asuntos del municipio” (art. 61). Ante la insuficiencia para la prestación de servicios se planteó la cooperación municipal con carácter preferente sobre la fusión de municipios para reducir su número. Por medio de la Ley de 22 de marzo de 1890 se crearon los sindicatos de municipios, como establecimientos públicos con autonomía para gestionar los servicios públicos intermunicipales⁹⁸⁹.

La ley de 31 de diciembre de 1966 estableció el régimen de las “comunidades urbanas” de carácter intermunicipal correspondientes a las grandes ciuda-

989. MONNET, E., *Histoire de l'administration provinciale, départementale et communale en France*, Paris, 1883. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 218-219. El consejo de Estado en la defensa de los derechos individuales se posicionó muy críticamente respecto a las autoridades locales y a la “tiranía local”, valorada políticamente como núcleos del “socialismo municipal” (WORMS, R., “La juridiction...”, cit., p. 671).

des de Francia. Para facilitar la configuración de nuevos marcos de prestación de servicios municipales sin modificar el mapa local, la ley de 10 de julio de 1970 facilitó la formación de nuevas aglomeraciones y entidades. Por medio de la ley de 31 de diciembre de 1970 se incrementó la autonomía local al suprimir la aprobación por el prefecto del presupuesto municipal y reducir el número de las decisiones de los consejos que la precisaban.

El reforzamiento de la cooperación intermunicipal lo realizó la ley de 6 de febrero de 1992, que consideró que la administración territorial de la República estaba formada “por las colectividades territoriales y los servicios descentrados del Estado [...] para ejecutar la ordenación del territorio, garantizar la democracia local y favorecer la modernización del servicio público”. Para la cooperación se crearon las comunidades de municipios y de ciudades, con el fin de mejorar la democracia local por la información de los consejos municipales y las consultas populares, reconociendo las prerrogativas de los servicios descentrados del Estado y encomendando a los prefectos regionales la ejecución de las políticas comunitarias de desarrollo estructural.

La idea de la ordenación territorial como medida de acción de descentralización de las actividades económicas y equilibrio territorial se reforzó por la ley de 5 de febrero de 1995, de orientación para la ordenación del territorio, reconociendo la figura del “país”, de carácter supralocal pero que no constituía una entidad administrativa local. Plasmó una realidad geográfica e histórica muy común en Francia para identificar ámbitos de carácter similar al comarcal o regional, de menor entidad que las regiones administrativas descentralizadas. Su constitución y organización fue regulada por la ley de 25 de junio de 1999, de orientación para la ordenación y desarrollo sostenible del territorio. Previó un nuevo régimen de contratos de plan Estados-regiones.

La cooperación intercomunal fue objeto de la ley de 12 de julio de 1999 dándole una nueva configuración en el medio urbano y nuevas medidas fiscales y financieras. Se suprimieron los distritos y las comunidades de ciudades creándose las “comunidades de aglomeración” como nueva entidad de cooperación. Se previeron tres tipos distintos de estructuras intercomunales: las *comunidades de municipios*; las *comunidades de aglomeraciones* para ámbitos de más de 50.000 habitantes con una ciudad central de al menos 15.000 habitantes; las *comunidades urbanas*, formadas por un conjunto que integre más de 500.000 habitantes.

La fiscalidad directa local se reguló por la Ley de 10 de enero de 1980, que autorizó a los consejos municipales y a los consejos generales a establecer directamente las tarifas de los impuestos locales.

La ley de 3 de febrero de 1992 reguló el estatuto de los representantes locales, con un régimen retributivo, de formación y de garantías. Por medio de la ley de 27 de febrero de 2002, sobre la democracia de proximidad, se estableció un nuevo estatuto del elegido local con un régimen de indemnización, formación, protección social y responsabilidad jurídica en el ejercicio de sus funciones. Amplió la competencia local sobre economía, cultura y patrimonio, creando consejos de barrio en los municipios de más de 80.000 habitantes y alcaldías anejas en los de más de 100.000 habitantes.

La ley de 5 de abril de 2000 limitó la acumulación de mandatos locales de consejero regional o general y de municipal de municipio de más de 3.500 habitantes, consejero de Córcega o París con los de diputado o senador, de dos funciones ejecutivas locales simultáneas o de una función ejecutiva local y la condición de miembro del Parlamento europeo; de más de dos mandatos locales.

La ley 2004-809 de 13 de agosto de 2004 previó, con efecto de 1 de enero de 2005, la transferencia de competencias a las distintas entidades territoriales, correspondiendo a los municipios las políticas más inmediatas a la vida local; amplió y potenció la cooperación intercomunal.

Por lo que respecta al compromiso con la descentralización en el ámbito local, se ha de tener en cuenta que la ley 2006-823 de 10 de julio de 2006 autorizó la aprobación de la Carta europea de la autonomía local, otorgada en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985. Este hecho ha de conducir a nuevas medidas de autonomía local y, por tanto, de descentralización, en cuanto a las competencias, la organización y la financiación suficiente.

5.2.3. *Regionalización y descentralización*

Constata BURDEAU como “la aspiración descentralizadora es un componente constante del debate político-administrativo francés” desde la caída del Imperio, aunque el rigor centralista se mantuvo desde la Monarquía de Julio hasta el fin del Segundo Imperio, a pesar de algunas medidas descentralizadoras como las leyes de 21 de marzo de 1831 de organización de los departamen-

tos y distritos y la de 18 de julio de 1837 de atribución de competencias. La Tercera Republica buscó un cierto equilibrio entre ambas tendencias, por las cartas departamental de 10 de agosto de 1871 y municipal de 5 de abril de 1884. Antes y después de la Primera Guerra Mundial se nombraron varias comisiones de estudio que propusieron aumentar la independencia de las autoridades locales, el incremento de las atribuciones y del poder de decisión, aunque también se adoptaron medidas de recentralización⁹⁹⁰. El Decreto-ley de 5 de noviembre de 1926 facultó a los consejos municipales para decidir en mayor ámbito de competencias y sustituyó la aprobación superior tácita por la autorización previa. También se ampliaron las atribuciones de las comisiones departamentales y los poderes de los consejos generales, que podían decidir sobre las cuestiones de interés departamental⁹⁹¹.

Las tendencias descentralizadoras no se interrumpieron a pesar del autoritarismo del Estado francés de Vichy y se plantearon como motivo de la Constitución de la IV República de 1946, cuyo Título X estableció el principio de “la libre administración de las entidades locales” y la ejecución de las decisiones de los consejos locales. Sin embargo, los principios no se desarrollaron por las leyes orgánicas previstas.

En el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial se crearon dos nuevas autoridades del Gobierno y de la Administración estatal con competencias coordinadoras supralocales. Por la Ordenanza de 10 de enero de 1944 los “comisarios regionales de la República” con “poderes excepcionales” respecto a la depuración y adopción de medidas necesarias para mantener el orden, el funcionamiento de la administración y la seguridad, pudiendo suspender la ejecución de las leyes y los reglamentos. Les sucedieron los “inspectores generales de la administración en misión extraordinaria” (IGAME) para coordinar dentro de las regiones militares a las autoridades civiles de la policía y del ejército para el mantenimiento del orden creados por la Ley de finanzas de 21 de marzo de 1948.

La Constitución de 1958 de la V Republica recuperó la idea de que las entidades locales “se administran libremente por medio de los consejos elegidos, y en las condiciones legalmente previstas”. Por un decreto de 5 de enero de 1959

990. BURDEAU, F., *Histoire de l'administration...*, cit., pp. 223-231.

991. BURDEAU, F., *Histoire de l'administration...*, cit., pp. 188-247.

se redujo el control administrativo sobre los departamentos y se reconoció al Consejo General la capacidad de decidir directamente sobre el presupuesto. Una ordenanza de la misma fecha adoptó medidas de descentralización de la administración municipal.

La necesidad de una nueva política de descentralización y desarrollo regional llevó en los primeros años cincuenta a invocar el concepto de ordenación del territorio, comprendiendo los aspectos económicos y sociales y una política de desarrollo integral del espacio estatal. Por medio del Decreto de 30 de junio de 1955 se configuraron veintiuna regiones económicas, que se transformaron en circunscripciones de acción regional por el Decreto de 7 de enero de 1959 y en ámbito de la competencia de un prefecto regional por Decreto de 14 de marzo de 1964⁹⁹². En cada una de ellas había un prefecto coordinador y redactaba un plan regional de desarrollo. Los planes y acciones de cada región los coordinaba la *Délégation à l'Aménagement du Territoire* (DATAR) creada el 14 de febrero de 1963, que realizó una importante labor de descentralización industrial y creación de trabajo para superar los desequilibrios regionales. Por su parte la *Commission nationale d'aménagement du territoire* establecía las líneas directrices de los instrumentos con una amplia participación de las entidades territoriales y de los agentes económicos y sociales. Se dotó a cada región de una *Commission de développement régional* (CODER) de carácter consultivo, integrada por representantes de los intereses regionales, sociales y profesionales, que informaría de las materias de desarrollo económico y ordenación territorial regional. A partir de la anterior configuración regional, el Presidente DE GAULLE sometió a referéndum una reforma del Senado y la creación de un nuevo espacio regional, que fue rechazada por la ciudadanía francesa el 27 de abril de 1969, paralizando la regionalización y dando lugar al abandono definitivo del poder por el general. La lectura de este resultado ha de hacerse no tanto en cuanto a una oposición al proceso de incipiente regionalización, como a una crítica al Presidente de la República y a su acción de gobierno,

992. La ley de 2 de agosto de 1961 creó el distrito de la región de París que fue denominado la región de l'Île-de-France por la ley de 6 de mayo de 1976. La ley de 10 de julio de 1964 organizó la región parisiense en ocho departamentos y convirtió a la ciudad en una "colectividad territorial de estatuto particular con competencias de naturaleza municipal y departamental". La ley de 31 de diciembre de 1975 estableció el estatuto municipal de París. Sobre los antecedentes del régimen especial de París: BURDEAU, F., *Histoire de l'administration...*, cit., pp. 207-210.

como lo demostró el que tres años después se dictase una ley que configuró las regiones francesas.

La ley de 31 de diciembre de 1979 redujo los controles centrales sobre los municipios. La ley de 5 de julio de 1972, de claro sentido descentralizador, creó “en cada una de las circunscripciones de acción regional, que adoptan el nombre de región, una entidad pública con la misma denominación” y régimen de los establecimientos públicos regionales: personalidad jurídica y autonomía presupuestaria, sin considerarse colectividad local. La administración de la región se organizaba con un Consejo regional para las deliberaciones, un Consejo Económico y Social para los informes de naturaleza consultiva, y el prefecto de la región para la instrucción de los asuntos y la ejecución de los acuerdos. El Consejo regional lo formaban los diputados y senadores de la región, los representantes de los consejos generales, de los municipios de más de 30.000 habitantes y de las comunidades urbanas. El Comité Económico y Social lo integraban los representantes de las principales organizaciones sociales y profesionales, familiares y educativas y personalidades cualificadas de la región.

Entre mayo de 1981 y marzo de 1983 se dictaron varias leyes de descentralización, que reconocieron a las regiones como colectividades locales, incorporándolas a la relación del artículo 72 de la Constitución, junto con los municipios, los departamentos y los territorios de ultramar.

La Ley de 2 de marzo de 1982, sobre los derechos y libertades de los municipios, los departamentos y las regiones, conocida como ley DEFFERRE, además de reconocer a la región su carácter de entidad local, les dotó de importantes competencias al regular la transferencia del poder ejecutivo departamental o regional del prefecto al presidente del Consejo general o regional. La administración regional estaba constituida por el Consejo regional para deliberar y acordar, su presidente para instruir y ejecutar, y el Comité Económico y Social para informar. Previó, además, la libre elección de los miembros de los municipios, los departamentos y las regiones, con un periodo de transición hasta 1986. Se remitió a una nueva ley para distribuir las competencias y los recursos entre los municipios, los departamentos, las regiones y el Estado, con una nueva fiscalidad y transferencias por el Estado, el modo de elección, el estatuto de los elegidos y la participación ciudadana. Se suprimieron las tutelas administrativas y financieras del Estado sobre las entidades territoriales, manteniendo el control de legalidad posterior por

parte de los prefectos y los tribunales administrativos. Sus actos eran ejecutivos. El control financiero de los presupuestos y de la gestión económica la realizarían las Cámaras regionales de cuentas, cuyo régimen reguló la Ley de 5 de enero de 1988.

Esta nueva ordenación afectó al poder de los prefectos regionales, cuya competencia fue regulada por el Decreto de 10 de mayo de 1982, en similitud con la propia de los prefectos de departamento. Se les mantuvo su condición de delegados del gobierno y representantes directos del Primer ministro y de cada uno de los ministerios en su circunscripción, con poder de dirección sobre los servicios regionales de los distintos departamentos, a los que, a su vez, se les incrementaron sus competencias en un proceso paralelo de desconcentración que, a nivel estatal, estaba coordinada por el *Comité interministériel de l'administration territoriale (CLATER)*.

Esta ley sentó las bases del nuevo orden territorial regional y fue completada por las de 29 de julio de 1982, sobre la reforma de la planificación; 7 de enero y 22 de julio de 1983, sobre reparto de competencias entre el Estado y las entidades locales. La ley de 7 de enero de 1983 efectuó la distribución de recursos fiscales entre las entidades territoriales. Las leyes de 26 de enero de 1984 y 13 de julio de 1987 establecieron el régimen de la función pública territorial, que incrementó sustancialmente sus efectivos por la descentralización regional.

Por medio de la ley de 31 de diciembre de 1982 se estableció el estatuto especial de París, Lyon y Marsella. La ley de 13 de mayo de 1991 otorgó a Córcega el estatuto de colectividad territorial *sui generis*. Por la ley de 22 de enero de 2002 se reconoció a la Asamblea de la isla el poder reglamentario sobre la lengua, la formación, la investigación, la cultura, el patrimonio; junto con las entidades locales, la ordenación territorial, el desarrollo económico, las infraestructuras y los transportes.

El régimen de elección de los consejeros regionales y el funcionamiento de los consejos regionales se establecieron por las leyes de 10 de julio de 1985, 7 de marzo de 1998 y 19 de enero de 1999. La región forma una circunscripción electoral única y los representantes se eligen por lista en cada departamento con representación proporcional y un mandato de cinco años.

Como se ha expuesto, las leyes de 5 de febrero de 1995, de orientación para la ordenación del territorio, y 25 de junio de 1999, de orientación para la ordenación y desarrollo sostenible del territorio, reconocieron el “país”, de carácter

supralocal, pero que no constituía una entidad administrativa local y previeron un nuevo régimen de contratos de plan Estado-regiones.

El proceso de descentralización de la República fue consolidado por una norma de mayor rango que las anteriores, la ley constitucional 2003-276 de 28 de marzo de 2003, sobre la organización descentralizada, que afectó a los artículos 1, 37-1, 39 y 72 de la Constitución⁹⁹³. Esta reforma constitucional se propuso “establecer las bases constitucionales de una República unitaria y favorecer el desarrollo de una democracia local al servicio de los ciudadanos, en el respeto de la unidad de la República”, según el comunicado del Consejo de Ministros a la Asamblea Nacional de 16 de octubre de 2002. Reconoció el carácter descentralizado de la organización de la República a partir del artículo 1 de la Constitución, el poder reglamentario de las entidades territoriales, y nuevos instrumentos de democracia local como el derecho de petición, el referéndum decisorio local y la consulta. Reconoció a las regiones el estatuto de colectividad territorial de pleno derecho y el derecho a las regiones a una cierta autonomía en materia legal, reglamentaria y financiera.

La ley constitucional fue desarrollada por la ley orgánica 2003-704 de 1 de agosto de 2003, que autoriza a las colectividades territoriales a derogar las disposiciones legislativas y reglamentarias que regulaban el ejercicio de sus competencias, con carácter experimental y en las condiciones que establece. Por su parte, la autonomía financiera prevista por la ley constitucional ha sido establecida por la ley orgánica 2004-758 de 29 de julio de 2004, conforme a las diferentes categorías de las entidades territoriales. En cuanto se refiere a la transferencia de competencias, la ley 2004-809 de 13 de agosto de 2004 previó, con efecto de 1 de enero de 2005, la transferencia de competencias a las distintas entidades territoriales, regiones, departamentos, municipios y agrupaciones de estos. Por lo que se refiere a las regiones se les atribuyeron las competencias de orientación y programación; a los departamentos, las de solidaridad y gestión de infraestructuras de proximidad, y a los municipios de políticas más inmediatas a la vida local.

993. Fue impugnada por un grupo de senadores dando lugar a la decisión del Consejo Constitucional 2003-469 DC de 16 de marzo de 2003 por la que se declaró incompetente por “carecer de poder para decidir sobre una revisión constitucional” para apreciar la conformidad a la Constitución de la revisión de la misma sobre la organización descentralizada de la República.

5.3. Organización y potestades

El amplio desarrollo de la actividad administrativa alcanzó una repercusión en su organización, funcionamiento y actividad, dotándose de medios personales, materiales y jurídicos.

5.3.1. *Función pública*

Se ha recogido como SAINT-JUST expuso en 1793 sus ideas administrativas en informes en los que analizó el mal estado de la Administración y su desconfianza respecto a la burocracia por sus errores y atentados, vicios, inercia y despreocupación, en una situación de conjura perpetua, de modo que “cada uno sacrifica a los demás y no sacrifica nada de su interés”.

Doscientos años después, destacó BURDEAU en 1994 que la institución administrativa ha constituido, tradicionalmente, un medio aparte dentro de la sociedad, dotado de poder y autonomía. Se ha situado al margen de las relaciones, prácticas y valores sociales, con su lógica específica e intereses corporativos propios, que ha dificultado la reforma burocrática para adaptarla a las nuevas misiones. La considera una organización permanentemente desfasada, con reflejos monárquicos en su autoritarismo y secretismo, gremialista, llena de rigideces burocráticas y resistencias al cambio de sus tradiciones y prácticas, con dificultades para su feminización. Ha existido una continua necesidad de reforma, que se ha manifestado en el rechazo del funcionarismo, la asimilación del modelo de la empresa privada y de la innovación en la organización, los métodos y los medios⁹⁹⁴. Sin embargo,

“el conservadurismo inherente a las burocracias públicas, su reflejo de cierre para protegerse de las agresiones exteriores, los coloca en un permanente desfase en relación a su entorno. Su lentitud e inclinación al inmovilismo parecen condenarles a estar constantemente retrasados de la evolución y al margen de las prácticas, los valores y las necesidades sociales”⁹⁹⁵.

994. BURDEAU, F. *Histoire de l'administration...*, cit., pp. 313-355.

995. BURDEAU, F. *Histoire de l'administration...*, cit., p. 334.

La función pública tiene un principio inspirador en la Declaración de Derechos y ha ido avanzando para lograr el establecimiento de un régimen jurídico que la independizara de los avatares políticos.

A) *Principios*

El principio inspirador del régimen de la función pública republicana está formulado por el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que estableció el derecho de acceso conforme a su capacidad y sin otras distinciones que las de sus valores y talentos⁹⁹⁶. El Consejo constitucional sostuvo que el amplio poder de apreciación que pueda otorgar la ley al Gobierno

“no le permite proceder en los nombramientos desconociendo las disposiciones del artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que exige que la elección de los candidatos se efectúe en función de las capacidades necesarias para el ejercicio de las atribuciones que se les confían” (CC 84-179 DC de 12 de septiembre de 1984)⁹⁹⁷.

B) *Configuración de un régimen*

En los primeros tiempos posrevolucionarios no existió un régimen general de la función pública, que sólo estuvo regulada por decretos y circulares, sin enumeración de derechos y obligaciones ni régimen jurídico. Los primeros se concretaban en la retribución, el tratamiento y la pensión de jubilación conforme a la ley de 9 de junio de 1853. Se dictaron disposiciones sobre la prescripción oponible a los créditos del Estado (ley de 29 de abril de 1831), pensiones del ejército de tierra y marina (leyes de 11 y 18 de abril de 1831), consejos de revisión (ley de 21 de abril de 1832), oficiales (ley de 19 de abril

996. CE 16 de diciembre de 1988, *Bleton et autres c. Sarazin*.

997. En la decisión de 98-396 DC de 19 de febrero de 1998, sobre la ley orgánica de reclutamiento excepcional de magistrados del orden judicial, afirmó, con base en el artículo 6 de la Declaración de Derechos, que el reclutamiento debía realizarse en primer lugar teniendo en cuenta su capacidad, virtud y talento; en segundo lugar, que las capacidades, virtudes y talentos tomados en cuenta debían serlo en relación con las funciones de los magistrados y garantizarán la igualdad de los ciudadanos ante la justicia; que los magistrados debieran ser tratados igual en el desarrollo de su carrera. Lo reiteró en la Decisión 2001-445 DC de 19 de junio de 2001.

de 1834) y Guardia Nacional (ley de 22 de marzo de 1831). La labor del Consejo de Estado sobre este ámbito era muy limitada, como se comprueba por el hecho de que durante la Restauración se consideró que el ejercicio del derecho de nombramiento de cargos públicos era tan libre que no podía ser objeto de recurso (CE 23 de noviembre de 1825, *Delardile*).

Determinados funcionarios precisaban de pruebas o concursos para el acceso, de autorización de los superiores para contraer matrimonio, y de algunas garantías para los ascensos o revocación del nombramiento⁹⁹⁸. El resto estaba sometido al “régimen de los decretos”, sin garantías y sujetos a la arbitrariedad en todos los órdenes. Sólo después de la Monarquía de Julio la utilización del recurso por exceso de poder abrió un camino contra las medidas disciplinarias contrarias a los reglamentos que les causaban perjuicios. En el ámbito local el empleo público era precario y designado libremente por el alcalde, sin más protección que la que tuvieran los trabajadores privados con los empresarios, sin derecho a indemnización en caso de revocación.

Para superar el régimen de los “decretos”, la discrecionalidad en los nombramientos, el nepotismo, la politización y la utilización partidista de la función pública, se creó en 1871 una Comisión de revisión de los servicios administrativos, que estudió una reforma legislativa sin producir resultado alguno. La Ley de Hacienda de 1882 ordenó la organización de los servicios centrales de la Administración por medio de un reglamento, lo que dio lugar a numerosos decretos sobre el régimen de personal de cada ministerio.

La importancia de la función pública suscitó un movimiento social de defensa de sus intereses, que no fue posible porque se negó a los funcionarios la sindicación o asociación conforme a la ley de 1 de julio de 1901, salvo para formar mutuas⁹⁹⁹. Ello no impidió que por este medio se constituyeran organizaciones defensoras de los derechos y de un marco jurídico general, aunque se rechazó la sindicación, lo que provocó movimientos y huelgas que fueron

998. Respecto a la formación de los funcionarios públicos: BURDEAU, F. *Histoire de l'administration...*, cit., pp. 270-272.

999. CE 13 de enero de 1922, *Syndicat des agents de l'administration des contributions indirectes*, rechazó una demanda porque “ninguna agrupación de funcionarios puede pretender constituer un sindicato profesional de la ley de 21 de marzo de 1884 teniendo como tal calidad para actuar en justicia”. Confirmada por CE 18 de marzo de 1927, *Syndicat des agents des lycées nationaux*. CE 16 de junio de 1922, *Association amicale des fonctionnaires et employés des préfectures*; 21 de noviembre de 1923, *Association des fonctionnaires des PTT*.

reprimidos. La función pública se dividió entre las actitudes sindicalistas más radicales y la de las asociaciones defensoras del *Comité d'études*. El escándalo de las “fichas” realizadas por las logias sobre los militares, que condicionaban sus ascensos, sirvió para que el artículo 65 de la Ley de Hacienda de 22 de abril de 1905 les permitiera conocer su expediente y obligara a motivar las decisiones sobre su carrera administrativa con la posibilidad de impugnar las decisiones por desviación de poder. La falta de un estatuto general determinó que fuese la jurisprudencia del Consejo de Estado la que configurara los principios y el régimen de la función pública¹⁰⁰⁰. En su resolución de 4 de mayo de 1906, *Babin*, afirmó ROMIEU que “el poder ejecutivo, en tanto no exista un texto legislativo que se oponga a ello, puede en cualquier momento fijar, modificar para el porvenir la situación de los funcionarios”.

La prohibición del sindicalismo y de la huelga a los funcionarios alcanzó a los empleados de empresas concesionarias de servicios públicos por la garantía de la continuidad del servicio público (CE 18 de julio de 1913, *Syndicat national des chemins de fer*) y determinó que quienes la practicasen estuvieran fuera de la ley y no pudieran beneficiarse de las garantías legales (CE 7 de agosto de 1909, *Winkell*¹⁰⁰¹; 22 de octubre de 1937, *Dlle Minaire*).

La naturaleza jurídica de la relación funcional fue valorada como contractual, considerando al funcionario como mandatario de la Administración, o la relación como un arrendamiento de servicios de quienes no ejercitaran funciones de autoridad, mientras que los que las realizaran tendrían una situación legal. Esta doble consideración fue rechazada por DUGUIT, HAURIUO y JÈZE quienes la consideraron una situación estatutaria¹⁰⁰².

Sobre la consideración de los agentes públicos, el TC 25 de marzo de 1956, *Berkani*, simplificó la situación afirmando que “las personas no estatutarias

1000. BURDEAU, F. *Histoire du droit...*, cit., pp. 215-217; *Histoire de l'administration...*, cit., pp. 328-334. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 256-257.

1001. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 89-92. HAURIUO, M., “Note CE *Winkell et Rosier*, 7 août 1909”, afirmó que “la contradicción entre la ley y las condiciones necesarias para la existencia del Estado, de las cuales se puede afirmar que son más fundamentales todavía que las reglas positivas de la constitución escrita: estas condiciones fundamentales exigen, de un aparte, que los servicios públicos indispensables para la vida nacional no sean interrumpidos, y, de otra, que los funcionarios estén en paz con el gobierno”.

1002. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 348-350. REDOR, M.-J., *De l'Etat legal...*, cit., pp. 240-249.

que trabajan por cuenta de un servicio público con carácter administrativo son agentes contractuales de Derecho público cualquiera que sea su empleo, salvo disposiciones legislativas contrarias”¹⁰⁰³. Esta doctrina ha sido modificada por CE 2 de mayo de 2006, *M. Crohin*, en la que se afirma que las relaciones de trabajo de los marinos del servicio de faros y balizas con el servicio público que los emplea están sometidas a las reglas del Derecho privado del Código de trabajo, en régimen laboral.

C) Régimen disciplinario

El régimen disciplinario de la función pública fue una de las muchas materias sobre las que se tardó en conseguir el acuerdo sobre si entraba o no dentro del ámbito administrativo o, por el contrario, debía tratarse desde la perspectiva penal. JÈZE defendió el principio de la antinomia¹⁰⁰⁴, mientras que HAURIOU lo hizo invocando la asimilación entre ambos regímenes¹⁰⁰⁵; otros autores optaron por la autonomía del ordenamiento administrativo¹⁰⁰⁶. En este sentido el Tribunal de Casación resolvió el 6 de mayo de 1844, *Troplong*, declarando que “la acción disciplinaria es esencialmente distinta de la acción correccional”, refiriendo la primera a la administrativa y la segunda a la penal. En la de 5 de julio de 1858 el procurador general DUPIN afirmó que “la acción disciplinaria no es ni civil ni criminal, es *sui generis*”¹⁰⁰⁷.

En la construcción de este ámbito propio de Derecho administrativo se han tomado principios y técnicas del Derecho penal desde el “poder de interpretación autónomo y soberano” (CE 11 de julio de 1984, *Subrini*)¹⁰⁰⁸. En este asunto se mantuvo la misma doctrina que en CE 27 de octubre de 1978, *Debout*, sobre las especificidades del procedimiento disciplinario nacional, respecto a la aplicación de principios procesales procedentes de normas como la

1003. CE 26 de junio de 1996, *Moreschi*.

1004. JÈZE, G., *Les principes...*, cit., III, pp. 87 y 261.

1005. HAURIOU, M., “Théorie de l’institution et de la fondation”, en *Cahiers de la nouvelle journée*, 4, 1925, p. 10.

1006. BRETHER DE LA GRESSAYE ET LEGAL, “Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées”, en *Sirey*, 1938, pp. 144 y ss.

1007. Conclusiones del procurador general Dupin, D. 1858, 1, p. 269.

1008. GENEVOIS, M., “Conclusions sur l’arrêt du CE 11 de juillet 1984, *Subrini*”, D. 1985, p. 153. AUBY, J.-M. y AUBY, J.-B., *Droit de la fonction publique*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 341 y ss.

Convención Europea de Derechos del Hombre y los pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo. Este planteamiento, directamente relacionado con su postura sobre la prevalencia del Derecho internacional, varió con la resolución de 20 de octubre de 1989, *Nicolo*, que hacía prevalecer el derecho internacional en general sobre las normas internas en el ámbito de su competencia, posteriormente modificada por el reconocimiento de la supremacía en el orden interno de la Constitución respecto a los tratados, aunque el juez puede interpretar la Convención a la luz de la Constitución y de los principios generales del derecho que se deduzcan (CE 3 de julio de 1996, *Moussa Konè*)¹⁰⁰⁹.

La aplicación del principio de proporcionalidad entre la falta y la sanción ha merecido una considerable valoración por parte del Consejo de Estado y permite apreciar su labor respecto a los principios del Derecho¹⁰¹⁰. Rechazó la valoración en casación de la gravedad de los hechos realizada por el titular de la potestad disciplinaria (CE 11 de julio de 1984, *Subirini*) y el control de la cuantía de la sanción (CE 28 de mayo de 1971, *Ville Nouvelle Est*; 7 de enero de 1998, *Trany*; 28 de julio de 1999, *Mumm-Perrier-Jouët*)¹⁰¹¹. La misma idea de la proporcionalidad se produce en la teoría del balance costo-ventaja/beneficio respecto al coste e inconveniente social de los atentados a la propiedad privada (CE 18 de julio de 1973, *Ville de Limoges*).

D) *Control jurisdiccional*

En el progreso del control de la discrecionalidad, el Consejo de Estado suprimió la exigencia de que existiera un derecho adquirido para legitimar la

1009. CE 2 de junio de 1999, *Meyet*, declaró que el control de las leyes nacionales sobre su adecuación a las normas internacionales puede realizarse respecto a la situación existente en el momento de votar la ley o a los cambios posteriores de hecho o derecho. MASSOT, J.-GIRARDOT, T., *Le Conseil d'État*, número monográfico de *Notes et Études documentaires*, 5086-87, enero 1999: "el asunto *Nicolo* supuso un cambio radical en las relaciones del juez administrativo y la ley. Mientras que el juez administrativo era el guardián de la ley y que esta última no podía discutirse ante él, se convirtió en el juez de la ley. Con el *arrêt Nicolo*, las exigencias inherentes a la jerarquía de las normas han triunfado sobre una cierta concepción de la democracia que quería que el juez se inclinara ante la ley".

1010. Reconocidos por el Consejo Constitucional el 28 de julio de 1989 y 30 de diciembre de 1997, ley de finanzas de 1998. El Consejo de Estado estimó el principio general de contradicción (CE 5 de mayo de 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*; 26 de octubre de 1945, *Aramu*; 28 de mayo de 1954, *Barel*).

1011. En la resolución de 10 de octubre de 2000, *Terrail*, entró a valorar el posible error manifiesto de apreciación porque se trataba de decisión de un Ministro, no del juez administrativo.

acción de exceso de poder contra las decisiones que afectaran a la promoción interna de los funcionarios (CE 20 de mayo de 1904, *Berrets*; 15 de diciembre de 1905, *de la Taste*; 29 de noviembre de 1908, *Alcindor*). Exigió la justificación del cese de funciones y la percepción de la pensión (CE 9 de febrero de 1906, *Pannessot*), la notificación del expediente (CE 6 de julio de 1906, *Nicol*), la motivación de las medidas disciplinarias (CE 22 de mayo de 1908, *Baudelot*) y el respeto del derecho de defensa (CE 20 de junio de 1913, *Téry*)¹⁰¹², rechazando las “notas secretas” (CE 15 de noviembre de 1912, *Bourbon*). Se consideraron ilegales las “nominaciones por orden” a favor de quienes no ocupasen plazas (CE 19 de noviembre de 1926, *Monzat*) y las anticipadas no justificadas por las necesidades del servicio (CE 11 de marzo de 1931, *Apcher*). Se justificó la restricción discrecional del ingreso y la promoción del personal femenino por razones de interés del servicio (CE 3 de julio de 1936, *Dlle Bovard*).

En relación con el elemento de control de la discrecionalidad sobre la función pública, el Consejo de Estado fiscalizó su ejercicio con criterios de oportunidad y “si la decisión se fundamenta en hechos materialmente inexactos, error de derecho, error manifiesto de apreciación, o estar tachado de desviación de poder” (CE 25 de abril de 1980, *Institut technique de Dunkerque*)¹⁰¹³. Consideró fiscalizables, dentro del supuesto del error manifiesto de apreciación, las valoraciones sobre los empleos públicos y sus equivalencias (CE 15 de febrero de 1961, *Lagrange*; 9 de mayo de 1962, *Commune de Montfermeil*; 29 de abril de 1994, *Cougrand*), así como las relativas a las capacidades personales de los candidatos a empleos de alta función pública (CE 16 de diciembre de 1988, *Association des administrateurs civils*), que se realizará conforme a atribuciones encomendadas y a las condiciones de ejercicio de sus funciones (CE 16 de diciembre de 1988, *Bleton*). La ponderación del error de apreciación conduce al control del error de derecho en la misma por inadecuado a las exigencias legales en elementos técnicos como las concentraciones (CE 13 de julio de 1961, *Demoiselle Achard*; 6 de noviembre de 1970, *Guyé*), urbanismo (CE 20 de marzo de 1968, *Société du*

1012. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 117-121.

1013. Admite como excepciones al control las valoraciones de los jurados que no podrían discutirse por el juez administrativo (CE 20 de marzo de 1987, *Gambus*) y algunos supuestos puntuales sin criterio determinado, como la apreciación del mérito de estar propuesto como candidato a la legión de honor (CE 10 de diciembre de 1986, *Loré-don*) o la creación de un nuevo cuerpo en la función pública (CE 2 de marzo de 1988, *Association nationale des assistants*).

lotissement de la place de Pampelonne; 13 de noviembre de 1970, *Lambert*), policía (CE 2 de noviembre de 1973, *Maspero*) o aptitud física del llamado a filas (CE 6 de diciembre de 1968, *Ministre des Armées*).

También ha aplicado la desviación de poder realizada en contra del principio general del “interés del servicio” que rige las decisiones en materia de función pública (CE 8 de febrero de 1984, *Évesque*; 27 de abril de 1994, *Mme Coppolani*; 9 de mayo de 1994, *Cresp*; 13 de enero de 1995, *Syndicat autonome des inspecteurs généraux de l’administration*). En este último caso anulando la modificación de un reglamento para facilitar el acceso a un empleo de libre designación y, en consecuencia, el decreto del nombramiento.

En el ámbito de la función pública se han considerado separables de aquella las faltas personales entre funcionarios, aun cuando se hayan producido dentro del servicio, que, con independencia de que puedan suponer alguna infracción administrativa, den lugar a procedimientos de naturaleza penal o civil, cuyo conocimiento es propio del poder judicial. No son separables, porque forman parte de la funciones propias del servicio público de la enseñanza, las explicaciones públicas sobre el comportamiento de un funcionario sancionado (TC 17 de noviembre de 2003, *M. X.*). Sobre el acceso a la función pública que compete al juez administrativo (CE 10 de julio de 1983, *Mulsant*), ha superado su doctrina anterior sobre los límites de este poder mínimo (CE 2 de noviembre de 1973, *Maspero*), para defender el control máximo en este ámbito, del mismo modo que en otros como el medio ambiente (principio de precaución¹⁰¹⁴) (CE 24 de febrero de 1999, *Société Pro-Nat*; 25 de septiembre de 1998, 21 de marzo de 2000 y 22 de noviembre de 2000, *Association Greenpeace France*), la utilidad pública en la expropiación¹⁰¹⁵, y la teoría del balance (*bilan*), que le permitió evaluar la proporción entre los hechos y los medios respecto al fin perseguido, que exige, como expuso el comisario BRAIBANT, acreditar las “justificaciones serias y plausibles de sus proyectos”¹⁰¹⁶.

1014. CANS, CH., “Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité”, *RFDA*, 1999, pp. 740 y ss.

1015. WALINE, J., “Le rôle du juge administratif dans la détermination de l’utilité publique justifiant l’expropriation”, en *Le juge et le droit public. Mélanges Marcel Waline*, II, Paris, LGDJ, 1974, pp. 811-830.

1016. CE 28 de mayo de 1971, *Ville Nouvelle-Est*, a propósito del control de la utilidad pública de una expropiación en el balance entre el interés público perseguido y los costes financieros y sociales que provoca. CE 20 de octubre de 1972, *Société civile Sainte-Maire-de-l’Assomption*, sobre

Respecto a la invocación del artículo 6-1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el CE 6 de noviembre de 2002, *Wargniez*, asumió la posición del Tribunal en el sentido de considerar excluidos de su conocimiento los litigios de los agentes públicos cuyo empleo corresponde a actividades específicas de la Administración pública, en la medida en que actúa como detentadora del poder público y encargada de la salvaguarda de los intereses generales del Estado.

En el orden retributivo, CE 30 de noviembre de 2001, *Ministre de la défense c. Diop*, ha considerado contraria a los derechos humanos según la Convención europea, la congelación de las pensiones de los naturales de países que estuvieron bajo la soberanía francesa.

E) Responsabilidad

El principio general de la irresponsabilidad de la Administración por la revocación del nombramiento de un funcionario local (CE 15 de diciembre de 1899, *Adda*) se superó admitiendo primero la impugnación, aunque se rechazara el fondo (CE 8 de enero de 1899, *Toutain*), para, posteriormente, establecer la reparación del perjuicio derivado del cese ilegal del funcionario (CE 29 de mayo de 1903, *Le Berre*)¹⁰¹⁷, por una reorganización del servicio (CE 11 de diciembre de 1903, *Villenave*) o una revocación no justificada (CE 15 de febrero de 1907, *Lecourte*). Respecto a la revocación irregular se sustituyó la indemnización por la totalidad de las retribuciones por la calculada en función de sus circunstancias personales y la gravedad de la falta cometida (CE 7 de abril de 1933, *Deverles*; 24 de mayo de 1933, *Faissé*). La responsabilidad se

la construcción del enlace de una autopista y posibles daños a los enfermos de un hospital psiquiátrico. Método invocado por el CE 26 de octubre de 1973, *Grassin*; 21 de enero de 1977, *Péron-Magnan*, sobre la construcción del TGV; 4 de mayo de 1979, *Département de la Savoie*, sobre la construcción de la central nuclear de Ceyss-Malville; 18 de junio de 1997, *Association de quartier La Chambrée*. CHAPUS, R., "L'administration et son juge. Ce qui change", *EDCE*, 43, 1991, pp. 259 y ss. BRISSET, V., "Le bilan coût-avantage et la protection de l'environnement. La jurisprudence du Conseil d'État en matière d'expropriation en 1900 et 1991", *Petites Affiches*, 8 de marzo de 1994, p. 4. LEMASURIER, J., "Vers un nouveau principe général du Droit? Le principe Bilan-coût-avantages", en *Le juge et le droit public. Mélanges Marcel Waline*, II, Paris, LGDJ, 1974, pp. 551-562; "Bilan coût-avantages et nécessité publique", *RA*, 1979, pp. 502 y ss. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., p. 561.

1017. REDOR, M.-J., *De l'Etat legal...*, cit., pp. 230-233.

basó en la consideración de la naturaleza contractual de la relación entre la Administración y el funcionario, o en el deber de indemnizar cualquier perjuicio anormal e injustificado¹⁰¹⁸.

F) *Laboralización*

El proceso de “laboralización” de la función pública se inició con la transformación de empleos desempeñados por funcionarios de régimen estatutario en puestos sometidos al régimen laboral o de contrato de trabajo. La existencia de dos regímenes distintos originó, en un primer momento, la práctica del “espíritu de emulación” entre colectivos diferentes en la búsqueda de los elementos de cada uno de ellos que resultaran más ventajosos, para terminar planteando la igualdad no sólo retributiva (“a igual función, igual retribución”), sino en condiciones de todo tipo, incluida la negociación colectiva de los funcionarios y la estabilidad en el empleo de los laborales, todos ellos finalmente acogidos al régimen de la Seguridad social¹⁰¹⁹.

Esta homologación práctica de regímenes jurídicos inicialmente distintos ha alcanzado a la aplicación al régimen jurídico estatutario de los funcionarios de los principios generales del Derecho del trabajo. Lo inició el Tribunal de Casación de lo social aplicando el régimen de los contratos especiales de trabajo a “los empleados dedicados a la actividad normal y permanente de las colectividades, organismos y personas morales afectadas” (TC 16 de marzo de 1999, *M. Ch. Birnbaum*). También se asumió la aplicación del régimen de Derecho administrativo a personas no sometidas al estatutario sino al laboral (TC 25 de marzo de 1996, *Berkani*).

1018. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 302-303.

1019. Artículo 7 de la Ley 84-16 de 11 de enero de 1984: “El decreto que fija las disposiciones generales aplicables a los agentes no titulares del Estado incorporados en las condiciones definidas por los artículos 4 y 6 de la presente ley [...] comprende principalmente, teniendo en cuenta la especificidad de las condiciones de empleo de los agentes no titulares, la reglas de protección social equivalentes a las que benefician a los funcionarios, salvo en lo que afecta a los regímenes de seguros de enfermedad y de ancianidad”. CE 3 de mayo de 1993, *Syndicat CFDT*, declaró que dicho precepto establece un principio general de equivalencia en materia de protección social entre los agentes titulares (art. 4, principalmente los pertenecientes a los cuerpos de funcionarios), y los no titulares (art. 6). Sin embargo, ha entendido que en dicha ley no se garantiza ni una protección semejante a la de los funcionarios ni el principio de equivalencia de protección social entre ambos grupos (CE 20 de marzo de 1990, *Force Ouvrière*).

La resolución del Consejo de Estado de 8 de junio de 1973, *Peynet*, fue el inicio de un proceso de aplicación de los principios del régimen laboral a la función pública, bajo la idea de “la unidad del Derecho social más allá de las distinciones jurídicas [...] este cambio de la jurisprudencia simplificaría considerablemente la situación del Derecho”, según afirmó la comisaria GRÉVISSE. La aplicación de estos principios ha tenido repercusiones en los ámbitos del despido, respecto a las mujeres empleadas en un servicio público cuando se hallan embarazadas¹⁰²⁰, conforme al artículo 29 del libro 1 del Código de Trabajo, porque

“las necesidades propias del servicio público no son obstáculo y ninguna disposición legislativa lo excluye expresamente, los agentes del Estado y de las colectividades y organismos públicos deben beneficiarse, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación que les une a su empleador, de los derechos equivalentes a los que la legislación de trabajo reconoce al conjunto de los asalariados”¹⁰²¹.

También se ha aplicado el régimen laboral a la remuneración, extendiendo a la Administración “por motivos de equidad” lo dispuesto por el artículo L 141-2 del Código de Trabajo, que recoge “el derecho, que es principio aplicable a todo asalariado, de percibir una remuneración mínima que, a falta de una disposición más favorable para la categoría del personal a la que el interesado pertenece, no podrá ser inferior al salario mínimo” (CE 23 de abril de 1982, *Mme Aragnou*)¹⁰²².

Por lo que se refiere al régimen sancionador sobre el empleado público se aplican los principios laborales del artículo L 122-42 del Código de Trabajo, que prohíben las multas y las sanciones pecuniarias. Se considera que con esta

1020. Artículo 6 de la Convención 103 de la OIT de protección a la maternidad.

1021. Aplicada por el CE 24 de abril de 1981, *FORMA*; 20 de marzo de 1987, *Mme Bédard*. CE 12 de junio de 1987, *Mme Seguin*, la ha extendido a los empleados no titulares con derecho al preaviso. La medida fue incorporada a la legislación administrativa por los decretos 86-83 de 17 de julio de 1986, 88-145 de 17 de febrero de 1988 y 91-155 de 6 de febrero de 1991. La jurisprudencia no ha reconocido el supuesto cuando ha concluido la vigencia de un contrato de duración determinada (CE 10 de mayo de 1985, *Mme Renou*) y no se ha renovado.

1022. AUBY, J.-B., “Note arrêt Aragnou”, *Dalloz*, 2.983, p. 8, criticó el grado de abstracción utilizado para deducir los principios. El salario mínimo se ha tomado como referencia para otras retribuciones: CE 28 de octubre de 1988, *Syndicat intercommunal des villes de Blanc-Mesnil*; en la misma fecha, *Communes de Bobigny*.

prohibición “el legislador enunció un principio general del Derecho del trabajo aplicable a las empresas públicas, cuyo personal está dotado de un estatuto reglamentario, que no es incompatible con las funciones del servicio público”. Como expuso en las conclusiones el comisario VAN RYMBEKE, el Código de Trabajo “protege al asalariado del empleador [...] protección que es necesaria aunque el empleador sea el Estado, es decir, el que fija las reglas de la protección” (CE 1 de julio de 1988, *Billard et Voile*).

La adopción de medidas contra los huelguistas ha sido considerada, también, desde la perspectiva del Derecho social, cuyo Código en el artículo L 521-1 dispone que el ejercicio del derecho de huelga no podrá dar lugar a “medidas discriminatorias en materia de remuneración y de ventajas sociales”. Para el Consejo con “esta prohibición el legislador ha enunciado un principio general del Derecho del trabajo” (CE 12 de noviembre de 1990, *Malher*).

G) *Modernización*

Ha sido un reto constante a lo largo de la historia de la función pública republicana, que en su último intento se ha concretado en la Ley 2007-148, de 2 de febrero de 2007, que continúa la línea reformista de la Ley de 3 de enero de 2001, sobre empleo precario y reclutamiento. Está directamente relacionada con el informe del Consejo de Estado de 1999 sobre *Le cumul d'activités et de rémunération des agents publics* y con el *Rapport Berger* de 2003.

Entre las medidas de reforma plantea la formación profesional, las reglas de empleo y deontológicas, formando un conjunto de normas heterogéneas con propósito de establecer una nueva cultura en la función pública.

5.3.2. *Actividad de policía*

Se manifestó como medio necesario para garantizar el derecho a la seguridad reconocido por el artículo 2 de la Declaración de Derechos de 1789: “El fin de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”. Fue incorporado a la Declaración universal (art. 3), a la Convención europea (art. 5) y a la Carta Europea de Derechos del Hombre (art. 6), al declarar que “toda persona tienen derecho a la libertad y a la seguridad”.

Fue un principio del Derecho de la policía del Antiguo Régimen su carácter de regalía propio de la soberanía, irrenunciable e indelegable, porque “el mantenimiento del orden es un deber exclusivo del poder público”¹⁰²³, y “el primer deber del Estado es sin duda mantener la paz entre los hombres”¹⁰²⁴. Así lo constató el artículo 1 de la Ley 95-73, de 21 de enero de 1995, de orientación y programación en materia de seguridad, al disponer que “la seguridad es un derecho fundamental y una de las condiciones del ejercicio de las libertades individuales y colectivas que el Estado tiene el deber de asegurar”.

Según los artículos 16 y 17 del Código de los delitos y las penas de 9 de brumario del año IV, “la policía está instituida para mantener el orden público, la libertad, la propiedad, la seguridad individual. Su carácter principal es la vigilancia. Toda la sociedad es objeto de su solicitud”. Sus fines se cifraron en el mantenimiento del orden público, social y económico, en la protección de las personas y los bienes, en conservar el orden y restaurarlo, defender las instituciones y la seguridad del Estado; sus medios fueron la vigilancia, la información, la coerción, la represión y la colaboración con la justicia. Su organización se vinculó generalmente a los prefectos de policía, hubiera o no Ministerio de Policía o Dirección de la Seguridad General, con dispersión de competencias entre los prefectos, los alcaldes y dentro de la propia organización ministerial (defensa y gendarmería, contraespionaje y vigilancia del territorio; policía judicial; comisarías especiales ferroviarias). Predominó un sistema dual: Policía-Gendarmería; prefectura parisién-ministerio; prefectos-alcaldes¹⁰²⁵.

Se adoptaron numerosas disposiciones y medidas represivas y policiales, plagadas de arbitrariedad administrativa, que afectaron a las libertades personales. Se ha de destacar el episodio conocido como el “terror blanco”, tras la restauración de LUIS XVIII, el decreto de 17 de febrero de 1852 que creó las “Comisiones mixtas” y la ley de 2 de marzo de 1858, dictada tras el atentado de ORSINI, que autorizaba a detener, internar y expulsar sin juicio a los ciudadanos considerados peligrosos para el orden público¹⁰²⁶.

1023. PETIT, J., “Nouvelles d’une antinomie: contrat et police”, en *Mélanges Moreau*, Paris, Economica, 2003, p. 346.

1024. TRUCHET, D., *Le droit public*, Paris, PUF, 2003, p. 63.

1025. BURDEAU, F., *Histoire de l’administration...*, cit., pp. 127-129.

1026. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 135.

La policía se manifestó en los controles administrativos previos en los más diversos ámbitos, como el ejercicio de actividades, reuniones, manifestaciones del pensamiento y establecimientos peligrosos. La autorización administrativa para la constitución de sociedades anónimas se suprimió por una ley de 24 de julio de 1867.

Dentro de la actividad de policía, referida a la edificación, la ley de 13 de abril de 1850 y el decreto de 26 de marzo de 1852 establecieron medidas higiénicas y de salubridad para las viviendas, con obligaciones para los propietarios, y atribuyeron poder sancionador a los alcaldes. Los prefectos y los alcaldes tenían competencia para diseñar planes de alineaciones y exigir su acomodación a las mismas de las edificaciones, que dio origen a una importante doctrina del Consejo de Estado.

La actividad administrativa de policía produjo conflictos de los que conoció el Consejo de Estado, que elaboró doctrina sobre la materia. Así, respecto a la limitación por la policía del derecho de reunión incorporó el principio de “la libertad es la regla, la restricción policial la excepción” en la resolución de 19 de mayo de 1933, *Benjamin*¹⁰²⁷.

Durante la III República se amplió el poder administrativo por medio de la policía, al mismo tiempo que se buscó afirmar las libertades públicas. En este orden fue la época de consagración de las grandes libertades: la de reunión por la ley de 30 de junio de 1881; la de prensa por la de 19 de julio de 1881, con la supresión de la autorización previa y de la censura por la ley de finanzas de 1906; la libertad de asociación por la ley WALDECK-ROUSSEAU de 1 de julio de 1901. El reconocimiento de la importancia del mundo obrero se plasmó en la ley de libertad sindical de 24 de marzo de 1884 y de las sociedades de socorros mutuos por la de 24 de marzo de 1884.

La actividad de policía se reforzó en el ámbito local por la ley municipal de 5 de abril de 1884 y la ley de policía rural de 21 de junio de 1898. La ley de 20 de marzo de 1887 estableció medidas que afectaron a los monumentos históricos. La actividad policial en materia de orden público y buenas costumbres supuso reforzar los poderes de los alcaldes y de los prefectos en el orden penal adoptando medidas de policía preventiva y judicial, realizando arrestos e indagaciones. También se incrementaron las potestades de la Administración

1027. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 209-214.

militar sobre requisas y otras medidas por la Ley de 3 de julio de 1877, modificada por las leyes de 17 de abril de 1901 y de 20 de julio de 1918. La ley de 15 de febrero de 1902 estableció importantes medidas sobre la salud pública con limitaciones a los propietarios respecto a la higiene y la salubridad de edificios e instalaciones y la exigencia de un permiso que la garantizase, que supusieron una oposición determinante de la demora en la elaboración y promulgación de la norma. El descanso semanal lo introdujo la ley de 13 de julio de 1906.

El alcance de los poderes de la actividad de policía, manifestación directa del poder público, los expuso el comisario CORNEILLE en CE 10 de agosto de 1917, *Baldy*:

“para determinar la extensión de un poder de policía en un caso particular, es preciso recordar que los poderes de policía son siempre restricciones a las libertades de los particulares, que el punto de partida de nuestro Derecho público está en el conjunto de las libertades de los ciudadanos, que la Declaración de los Derechos del Hombre está, implícita o explícitamente, en el frontispicio de las constituciones republicanas, y que toda controversia de Derecho público debe, para situarse dentro de los principios generales, partir del punto de vista de que la libertad es la regla, y la restricción de policía es la excepción”.

El poder de policía de la Administración tenía prohibido “utilizar una técnica de orden contractual” (CE 17 de junio de 1938, *Ville de Castelnaudary*), sin posibilidad de delegación de las prerrogativas del poder policial a gentes que no dependieran directamente de la autoridad competente (CE 1 de abril de 1994, *Cie Menton*; 29 de diciembre de 1997, *Cie d’Ostricourt*)¹⁰²⁸. Sin embargo, en los años ochenta se abrió paso la participación privada en la seguridad pública en ámbitos como la seguridad de los aeropuertos por las leyes 89-467 de 10 de julio de 1989, y 2005-357, de 20 de abril de 2005. La Ley 2003-239 de 18 de marzo de 2003 ha hecho posible la presencia de agentes privados de seguridad en una privatización controlada y reglamentada de ciertos medios de lucha contra la delincuencia¹⁰²⁹.

1028. MOREAU, J., “De la interdiction faite à l’autorité de police d’utiliser une technique contractuelle”, *AJDA*, 1965, pp. 5 y ss.

1029. NICOUD, F., “La participation des personnes privées à la sécurité publique: actualité et perspectives”, *RDP* 6, 2006, pp. 1.247-1.273.

5.3.3. Régimen de la propiedad

Fue considerado el derecho más importante y protegido contra la arbitrariedad administrativa, por estimarlo la base de la libertad.

La expropiación forzosa estuvo regulada por las leyes de 8 de marzo de 1810 y 22 de julio de 1833, que aportaron la determinación del justo precio por un jurado de propietarios presidido por un magistrado del orden judicial¹⁰³⁰. La de 3 de marzo de 1841 la modificó parcialmente e introdujo el procedimiento especial por urgente necesidad de ocupación de los terrenos. La causa de utilidad pública se declaraba por decreto, pero a partir de 1832 exigía la declaración por el poder legislativo en las obras de gran envergadura, exigencia mantenida por la ley de 27 de julio de 1879, tras su supresión por un senado-consulta de 1852. Se simplificaron los procedimientos para las expropiaciones conjuntas con una declaración de utilidad pública en materia de salubridad (ley de 13 de abril de 1850 y decreto 26 de marzo de 1852) y repoblación forestal de montañas (leyes de 28 de julio de 1860 y 8 de enero de 1864).

Se mantuvieron las prestaciones personales y las requisas para la reparación de caminos establecidas por las leyes de 28 de julio de 1824 y 21 de mayo de 1836. Se limitó la roturación de los montes privados, a pesar de que el Código forestal de 21 de mayo de 1827 les dotaba de un régimen de derecho común con libertad en su explotación y disposición. Aunque las minas se consideraban propiedad del titular del fundo, sin embargo era precisa la concesión para su explotación con control administrativo.

Por razones de interés general se fijaron mayores limitaciones de policía en materia de aguas y dominio público. En el régimen de las aguas, la Ley de 20 de agosto de 1790 diferenció entre los ríos y canales navegables y flotables, considerados de dominio público, y los que no lo eran, en régimen de posesión privada. Con respecto a los primeros se reguló su uso y concesiones de aprovechamiento, mantenimiento de las riberas y otras obligaciones para los propietarios ribereños. La ley de 16 de septiembre de 1807 autorizó la desecación de marismas, y la de 14 floreal del año XI impuso el mantenimiento de diques y la formación de sindicatos para las obras de defensa¹⁰³¹.

1030. BIGOT, G., *L'autorité...*, cit., pp. 83-86.

1031. Se ha de recordar el lamento de HAURIUO, M., "Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits", *Recueil Sirey de 1892 à 1928*, Paris, Sirey, 1929, pp. 413 y 414, a

Se crearon numerosas servidumbres de utilidad pública sobre las propiedades contiguas a las vías públicas y obligaciones de plantación de arbolado; limitaciones al dominio en el entorno de las plazas fuertes militares; para proteger las poblaciones de las inundaciones (ley de 28 de mayo de 1858) y las fuentes de aguas minerales (ley de 14 de julio de 1856). Otro tanto ocurrió con los ferrocarriles en función de las necesidades de su establecimiento y explotación (ley de 25 de julio de 1845). El cambio económico producido por el paso a la sociedad capitalista estuvo directamente relacionado con un mayor intervencionismo y regulación¹⁰³².

El Consejo de Estado creó una doctrina protectora sobre responsabilidad por daños y el alcance de las acciones administrativas. Exigió un plan de alineaciones para la ampliación de calles y ocupación de terrenos contiguos (CE 10 de abril de 1862, *Lebrun*), delimitación o deslinde del dominio público para conservarlo pero no para incrementarlo, susceptible de recurso por exceso de poder la delimitación si suponía una expropiación implícita (CE 23 de mayo de 1861, *Coquard*, y 27 de mayo de 1863, *Drillet de Lannigou*). Reconoció la competencia judicial por la ocupación irregular de bienes y la fijación de la indemnización por daños (CE 29 de junio de 1842, *Pruvost*) y para la interrupción de los trabajos iniciados (CE 7 de julio de 1853, *Robin*)¹⁰³³.

5.3.4. *Contratación administrativa*

El régimen de contratación pública y prestación de servicios disfrutó de los privilegios del poder que tenían sus orígenes en el Antiguo Régimen, reco-

propósito del pronunciamiento del Tribunal de Conflictos de 8 de diciembre de 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*, que la calificó de establecimiento público por las prerrogativas del poder público de las que se beneficiaba: “lo que es grave es incorporar a la Administración del Estado empresas que no son de interés público, sino sólo de interés colectivo, porque la confusión de lo colectivo y lo público es propiamente el fondo de la doctrina colectivista [...] si la asociación sindical, instrumento de producción agrícola, se ha convertido en miembro del Estado, un establecimiento del Estado, no hay razón para que una fábrica, también instrumento de la producción industrial, no devenga en establecimiento estatal, y decimos que es grave, porque se carga nuestro Estado”. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 31-34.

1032. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 136-139. BRÉCHON-MOULÈNES, Ch., “La place du juge administratif dans le contentieux économique”, *AJDA*, septiembre 2000, pp. 679-686.

1033. BIGOT, G., *L'autorité...*, cit., pp. 442-448.

gidos en el pliego de cláusulas y condiciones generales de 1811, modificado parcialmente en 1833. El incremento de la contratación exigió elaborar un nuevo régimen, que entró en vigor en 1866, e introdujo la impugnación contra las decisiones discrecionales de la Administración y la indemnización de perjuicios derivados de la modificación del trabajo y la resolución unilateral. Se mantuvieron la supremacía administrativa y las decisiones unilaterales en los diversos contratos, particularmente en el de obras públicas, sobre imposición de obras no previstas, vigilancia, revocación por insubordinación, incapacidad o falta de probidad, etcétera¹⁰³⁴. El concepto fue expansivo respecto a todas las ejecutadas “por interés del servicio público” y por cuenta de una persona pública (CE 10 de junio de 1921, *Commune de Monségur*)¹⁰³⁵, por lo que no tenían carácter de obras públicas las realizadas en un inmueble privado, que no competían a la jurisdicción administrativa (CE 16 de noviembre de 1928, *Mizgier*; 12 de enero de 1951, *Bompard*).

La importancia de la contratación en la actividad administrativa ha dado lugar a una abundante doctrina sobre la materia, de la que destacaremos los aspectos más relevantes¹⁰³⁶.

A) *Los principios del régimen contractual*

El régimen jurisprudencial de la contratación administrativa se asienta en los siguientes aspectos: la existencia de cláusulas y régimen diferentes del propio de las relaciones contractuales entre particulares; su carácter de instrumento para servir al fin del interés público; la existencia de un régimen exorbitante del común en atención a sus fines, y su sumisión a un Derecho diferente.

a) La existencia de cláusulas y régimen diferentes del propio de las relaciones contractuales entre particulares¹⁰³⁷.

1034. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 140-141.

1035. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 164-166.

1036. GUIBAL, M., “Dommage de travaux publics: que est le meilleur juge?”, *Moniteur des Travaux Publics*, 1989, pp. 46 y ss. MODERNE, F., “Le soustraitant, le fabricant et l’assureur au Palais-Royal?”, *Marchés publics*, 210, 1985, pp. 33 y ss. TERNEYRE, PH., “Contentieux de l’exécution des marchés de travaux publics et répartition des compétences juridictionnelles”, en *Mélanges René Chapus. Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 599 y ss.

1037. CE 13 de julio de 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 110-113.

Según sostuvo JÈZE que la autonomía del contrato administrativo respecto al contrato civil se basaba en la consideración de los efectos de un instrumento de la acción administrativa de servicio público e interés general¹⁰³⁸, que justifica el distinto papel de las partes respecto a la igualdad que caracteriza al civil¹⁰³⁹. Eso explica la importancia de la unilateralidad en el contrato administrativo a lo largo de toda su existencia, desde su origen al establecimiento de sus condiciones y durante su ejecución¹⁰⁴⁰.

La distinción entre los contratos administrativos y los privados ha sido criticada por entender que sus peculiaridades no justifican el conocimiento por ámbitos jurisdiccionales distintos, ni el criterio material ha servido para una clara diferenciación, los actos separables debieran formar parte del mismo régimen que el contrato porque las reglas de formación y los vicios que se produzcan son los mismos¹⁰⁴¹.

b) Su carácter de instrumento para servir al interés público.

Se ha atribuido al contrato administrativo una función de servicio público como criterio de atribución competencial, aun cuando fuera gestionado por una persona privada con contrato verbal, porque el alojamiento de residentes soviéticos antes de su repatriación tenía el carácter de “misión de servicio público” y también de “poder público”, que era “suficiente para imponer al contrato el carácter de contrato administrativo [...] sin que sea necesario buscar si dicho contrato comportaba cláusulas exorbitantes del Derecho común”; recuperando la teoría del servicio público como criterio delimitador (CE 20 de abril de 1956, *Epoux Bertin*)¹⁰⁴². Conforme a esta doctrina era contrato administrativo si lo había otorgado la Administración para un objeto de servicio público, tuviera o no exorbitancias (CE 1 de mayo de 1956, *Société française des*

1038. RAINAUD, J.-M., “Le contrat administratif: volonté des parties ou lois de service public?”, *RDP*, 1985, pp. 1.183 y ss.

1039. JÈZE, G., *Les principes...*, cit., III, p. 299. LAUBADÈRE, A.-DE VENEZIA, J.-C.-GAUDEMET, Y., *Traité...*, cit., p. 729.

1040. CHEVALLIER, J., “La obligation en droit public”, en *Archives de philosophie du droit*, 44, 2000, pp. 179-194.

1041. DRAGO, R., “Le contrat administratif aujourd’hui”, *Droits*, 12, 1990, pp. 117 y ss.

1042. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 428-438. LATOURNERIE, R., “Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie? Convalescence? Ou jouvence?”, *EDCE*, 1960, pp. 61-159. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 445.

transports Gondrand frères), entendidas estas en sentido muy amplio que incluye la remisión a los pliegos de condiciones generales (CE 17 de noviembre de 1967, *Roudier de la Brille*). En CE 13 de enero de 1961, *Magnier*, se declaró que, para que el acto de un organismo privado que ejecutaba servicios públicos tuviera naturaleza administrativa, era preciso que fuera “una de las manifestaciones de las prerrogativas del poder público encomendadas al organismo en causa”, siguiendo el criterio de la existencia de prerrogativas (TC 28 de marzo de 1955, *Effinieff*)¹⁰⁴³. Se entendió que tenían la naturaleza de obras públicas las ejecutadas por un fin de servicio público y la naturaleza administrativa del contrato cuando “constituye una de las modalidades de ejecución del servicio público” (CE 20 de abril de 1956, *Époux Grimouard*)¹⁰⁴⁴.

El mantenimiento de locales escolares como espacio de servicio público era de la competencia administrativa, aunque el contrato no tuviera cláusulas exorbitantes del Derecho común (CE 4 de junio de 1954, *Affortit et Vingtain*). En los términos del comisario CHARDEAU, actúan en régimen de contrato administrativo de Derecho público “todos los agentes –cualesquiera que sean las cláusulas de su contrato– que tienen por misión asegurar el funcionamiento del servicio público administrativo del que forman parte, que colaboran al fin perseguido por aquel” (CE 5 de julio de 1957, *Evrard*; 20 de marzo de 1959, *Lauthier*. TC 23 de noviembre de 1959, *Dlle Santelli*). El cuidado de niños era de servicio público y el cuidador tenía el régimen de agente público (TC 25 de diciembre de 1963, *Veuve Mazerand*), lo mismo que la ayudante de cocina de una cantina escolar (CE 10 de diciembre de 1986, *Mlle Rousseau*) y de un centro de obras universitarias y escolares (TC 25 de marzo de 1996, *Berkani*)¹⁰⁴⁵, pero no lo era la cocinera de un centro hospitalario (CE 4 de noviembre de 1991, *Celli*). Las personas contratadas por las personas públicas que gestionan un servicio público administrativo tienen régimen de contrato administrativo (CE 26 de junio de 1996, *Commune de Cereste*; TC 9 de diciembre de 1996, *Dame Hamon*).

Este criterio se utilizó para atribuir la naturaleza y el régimen aplicable a un contrato de un establecimiento público industrial y comercial con un

1043. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 423-428.

1044. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 428-438.

1045. AUBY, J.-B., BRAIBANT, G., LACHAUME, J.-F., “Les agents publics contractuels après l’arrêt Berkani, entretien sur les conséquences de la récente extension jurisprudentielle”, *DA*, octubre 1997, pp. 8 y ss.

privado no usuario del servicio considerándolo administrativo, frente al del usuario que está sometido al juez judicial (CE 23 de diciembre de 1921, *Société générale d'armement*. TC 28 de septiembre de 1998, *Société des grands moulins italiens de Venise*).

Sin embargo, el contenido material de los contratos no varía porque se presten en uno u otro régimen, como lo demuestran las empresas de economía mixta actuando con contratos de empresa o de obra pública¹⁰⁴⁶, encomendando al juez administrativo el contencioso contractual (TC 8 de julio de 1963, *Société entreprise Peyrot*)¹⁰⁴⁷. También se ha reconocido el carácter privado de contratos de arrendamiento de un persona pública con cláusulas exorbitantes (CE 6 de octubre de 1965, *Denis*).

Por otra parte, el efecto directo para su acomodación al fin, exige y explica la mayor flexibilidad mostrada por la jurisdicción administrativa respecto a sus fines¹⁰⁴⁸, condiciones y “economía general del contrato” en su interpretación y adecuación a nuevas circunstancias, frente al rigor del régimen de la contratación civil. En la resolución del Consejo de Estado de 30 de marzo de 1916, *Compagnie du Gaz de Bordeaux*¹⁰⁴⁹, se resolvió una cuestión de imprevisión del contrato administrativo¹⁰⁵⁰. Afrontó la modificación del contexto económico de un contrato y sus consecuencias de adaptación para mantener su equilibrio financiero (CE 25 de noviembre de 1921, *Compagnie des automobiles postales*). Esto manteniendo los principios administrativos de decisión unilateral y de sanción propios de su naturaleza y régimen (CE 31 de mayo de 1907, *Deplanque*). Precisamente el principio de decisión unilateral favorecía el resul-

1046. CE 10 de junio de 1921, *Commune de Montségur*, sostuvo que la noción de obra pública supone un trabajo inmobiliario por cuenta de un persona pública y un fin de interés general, o por una persona pública para una misión de servicio público que le compete (TC 28 de marzo de 1955, *Effimief*). El artículo 2 de la Ley de 12 de julio de 1985 hace responsable de los daños causados a la “persona jurídica por cuya cuenta se ejecuta la obra”.

1047. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 510-517.

1048. CE 7 de agosto de 1891, *Morelli*.

1049. CE 27 de junio de 1919, *Société du gaz et de l'électricité de Nice*. Se amplió a los transportes (CE 20 de julio de 1917, *Compagnie générale des automobiles postales*), a las obras públicas (CE 30 de octubre de 1925, *Mas-Gayet*), a los suministros (CE 8 de febrero de 1918, *Gaz de Poissy*) y a los gastos de explotación (CE 28 de marzo de 1924, *Société des forces motrices du Haut-Grésivaudan*). BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 316-317.

1050. CE 10 de marzo de 1948, *Hospice de Vienne*; 12 de marzo de 1976, *Département des Hautes-Pyrénées*.

tado perseguido por la Administración al contratar (CE 2 de febrero de 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*)¹⁰⁵¹.

c) La existencia de un régimen exorbitante del común en atención a sus fines.

El régimen exorbitante ha sido considerado un criterio característico del contrato público que permite al juez identificarlo como diferente del contrato privado y asumir su competencia¹⁰⁵². La existencia en la contratación administrativa de cláusulas exorbitantes del derecho común consagró la existencia del contrato administrativo, el sometimiento de las partes al régimen del Derecho público y la competencia de la jurisdicción administrativa (CE 31 de julio de 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*)¹⁰⁵³.

El concepto más típicamente relacionado con la exorbitancia del poder administrativo es el *factum principis* o decisión unilateral que modifica el contenido y la situación contractual establecidos. Inicialmente no se admitía el derecho a la indemnización por tal hecho, que se modificó posteriormente (CE 8 de marzo de 1901, *Prévet*; 3 de abril de 1903, *Mistral et Pavie*; 19 de noviembre de 1909, *Compagnie générale transatlantique*), extendiéndolo a las imposiciones de nuevas obligaciones en las concesiones (CE 11 de marzo de 1910, *Compagnie générale française des tramways*).

El contrato entre un establecimiento público industrial y comercial y los particulares es de naturaleza administrativa por ser sustancialmente distinto en sus cláusulas exorbitantes al contrato *inter privatos*, porque el ministro podía resolver los litigios en primera instancia (CE 19 de enero de 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*) o por la relación con el monopolio

1051. LAUBADÈRE, A. DE, “Du pouvoir de l’administration d’imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs”, *RDP*, 1954, pp. 36 y ss.

1052. CE 19 de enero de 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*. VEDEL, G., “Remarque sur la notion de clause exorbitante”, en *L'évolution du droit public. Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 527 y ss.

1053. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 110-113. Régimen exorbitante invocado por el TC 20 de enero de 1986, *Coopérative agricole de déshydratation et de séchage de l'Arne*; 11 de octubre de 1993, *Société centrale siderurgique de Richemont*. VEDEL, G., “Remarque sur la notion de clause exorbitante”, en *L'évolution du droit public. Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 527 y ss. LAMARQUE, J., “Le déclin du critère de la clause exorbitante”, en *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 497 y ss.

que ejercía la empresa en el sector eléctrico (TC 10 de mayo 1993, *Société Wanner Isofi*)¹⁰⁵⁴.

Se consideraba que las cláusulas exorbitantes eran ajenas al Derecho privado, lo que, sin embargo, ha sido considerado real y no excepcional en ese tipo de relaciones (CE 26 de febrero de 1965, *Société du Velodrome du Parc des Princes*)¹⁰⁵⁵, al amparo del artículo 1794 del Código civil que permite al contratista la modificación unilateral¹⁰⁵⁶.

La jurisprudencia ha negado a algunas estipulaciones el carácter exorbitante como un compromiso de pago por un municipio de las anualidades de un crédito por medio de imposición directa si fallaba el prestatario (CE 6 de diciembre de 1989, *Société anonyme de crédit à l'industrie française*).

El régimen propio de la contratación, que lo diferencia del contrato privado, se manifiesta en su formación y ejecución. En el primer orden en cuanto se refiere a las rígidas reglas procedimentales para garantizar la concurrencia, la transparencia y la objetividad. En orden a la ejecución las cláusulas exorbitantes como la decisión unilateral o *factum principis* para conseguir el interés general que motiva el contrato (CE 21 de marzo de 1910, *Compagnie générale française des tramways*), que hoy es discutible en cuanto puede implicar una posición dominante conforme a las normas comunitarias. Otro elemento característico es la decisión jurisdiccional para mantener el equilibrio económico según la “teoría de la imprevisión” (CE 30 de marzo de 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*).

Este concepto de la exorbitancia está superado por el derecho comunitario de la concurrencia que rechaza la posición dominante que “permite obstaculizar la concurrencia efectiva en el mercado” frente a los concurrentes, los clientes y los consumidores (STJCE 14 de febrero de 1978, *United brands*).

1054. El concepto de monopolio de hecho fue establecido por CE 30 de junio de 1995, *Union des syndicats CGT de la Caisse des dépôts et consignations*.

1055. DRAGO, R., “Paradoxes sur les contrats administratifs”, en *Études Jacques Flour*, Paris, Defresnois, 1979, p. 155. LICHERE, F., “Le régime juridique exorbitant du droit commun, nouvelle exception au critère organique du contrat administratif”, *DA*, mayo 1996, pp. 1 y ss. VENEZIA, J.-C., “Puissance publique, puissance privé”, en *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, pp. 369 y ss.

1056. LLORENS, F., *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, Paris, LGDJ, 1981.

En la STJCE de 7 de diciembre de 2000 (As. C-324/98, *Teleaustria y Telefonadress*), se establecieron las reglas y principios derivados del Código de los contratos públicos aplicables a las concesiones: de igualdad que se deriva del de concurrencia; de transparencia, para garantizar condiciones de concurrencia no falseada y asegurada por los medios apropiados; proporcionalidad, de modo que cada medida elegida sea necesaria y apropiada con respecto al objetivo fijado; reconocimiento mutuo de las especificaciones o calificaciones exigidas en otro Estado miembro, y protección de los derechos de los particulares. El Tribunal de Justicia ha entendido que el fin de las Directivas sobre contratación es objetivar los procesos, evitando que los poderes adjudicadores den preferencia a los licitadores nacionales y se guíen por consideraciones ajenas a las económicas (STJCE de 3 de octubre de 2000, As. C-380/98, *The Queen and H. M. Treasury-University of Cambridge*; y 1 de febrero de 2001, As. C-237/99, *Comisión /Francia-HLM*).

La existencia de unos principios y de un régimen común de la contratación ha conducido a la superación de las exorbitancias y a la homologación del régimen público al privado, aunque con mayores exigencias para garantizar el rigor contractual y la acomodación a las reglas de la unidad de mercado y libre concurrencia.

d) El sometimiento a un Derecho diferente.

El Tribunal de Conflictos ha aplicado el criterio material como delimitador de la competencia (TC 21 de marzo de 1983, *UAP*). Así entendió que los contratos de obras públicas de una sociedad de economía mixta, persona jurídica de Derecho privado, con otra empresa privada por cuenta del Estado eran contratos administrativos (TC 8 de julio de 1963, *Entreprise Peyrot*)¹⁰⁵⁷.

Los contratos entre personas públicas tienen la presunción de su naturaleza administrativa. Para que un contrato tenga naturaleza administrativa es preciso que sea un medio para la ejecución de un servicio público, contenga cláusulas exorbitantes de Derecho común o esté sometido a un régimen exorbitante del mismo (CE 5 de julio de 1999, *Commune de Sauve*). Las exorbitancias fueron suficientes para calificar un contrato de administrativo sometido

1057. MAZERES, J.-A., "Que reste-t-il de la jurisprudence société entreprise Peyrot?", en *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université, 1974, pp. 474 y ss.

a dicho régimen (CE 19 de enero de 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*). La jurisdicción administrativa es competente para conocer de los litigios sobre contratos de obras realizados por la asamblea parlamentaria por su naturaleza material administrativa (CE 5 de marzo de 1999, *President de l'Assemblée nationale*).

Dentro del contrato administrativo se plantea la disociación del régimen y la competencia en función de la distinta naturaleza atribuida a los actos que integran el proceso de su formación, según se trate de actos separables o propiamente contractuales. Respecto a los primeros me remito a lo que se expondrá en el capítulo siguiente sobre la competencia de la jurisdicción judicial y el recurso por exceso de poder.

B) *Incidencia del Derecho comunitario*

Se ha de dejar constancia de que el régimen de la contratación pública está en un momento de importantes cambios derivados del ordenamiento comunitario, que se fundamenta en los principios del Tratado Constitutivo de la Unión Europea aplicados a la contratación pública: igualdad, transparencia, proporcionalidad y mutuo reconocimiento, publicidad, libre concurrencia, eficiencia, simplificación e innovación tecnológica. De entre ellos tienen carácter constitutivo los establecidos en el Tratado de Roma de 1957:

- a) Principio de libre concurrencia, que exige el “establecimiento de un régimen que asegure que no se falsee la concurrencia en el Mercado común” (art. 3.f). Este principio es el eje del régimen de los contratos públicos a fin de superar los obstáculos que puedan establecer los Estados miembros, equiparando y haciendo posible la presencia de las empresas en todos los países.
- b) Principio de no discriminación. El artículo 7 prohibió cualquier discriminación por razón de nacionalidad, que es hoy un principio del orden jurídico comunitario e iguala a los agentes económicos¹⁰⁵⁸.

1058. La STJCE de 18 de noviembre de 1999 (As. C-275/98, *Klagenævnet for Udbud*), en cuestión prejudicial sobre interpretación del artículo 2.2 de la Directiva 93/36/CEE, de contratos de suministro, sostuvo que este principio no puede interpretarse restrictivamente e implica una obligación de transparencia para el poder adjudicador. La STJCE de 7 de diciembre de 2000 (As. C-324/98, *Teleaustria y Telefonadress*) declaró que el principio de no discriminación por nacionalidad implica “una obligación de transparencia que permite al poder adjudicador asegurar que se

- c) Principio de libre circulación de mercancías, personas y servicios. Conforme al artículo 30 es una de las libertades comunitarias básicas, prohibiendo las limitaciones de “cualquier reglamentación comercial de los Estados miembros susceptible de dificultar, directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario” (SSTJCE de 11 de julio de 1974, As. 8/74, *Dassonville*) y 20 de febrero de 1979 (As. 120/78, *Cassis de Dijon*).
- d) Principio de libre establecimiento y libre prestación de servicios. Consagrado por los artículos 52 y 59, con efecto directo¹⁰⁵⁹, permite la instalación profesional y la prestación de servicios, es esencial en relación con los contratos públicos¹⁰⁶⁰.

La construcción del régimen de los contratos públicos ha pasado por varias etapas. La primera fue la de los Programas generales para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento (art. 54 TCE) y a la libre prestación de servicios (art. 63 TCE). La segunda etapa es la de las Directivas de liberalización: 70/32/CEE, de 17 de diciembre de 1969, prohibiendo las medidas directas o indirectas de protección en los suministros a entidades públicas conforme al artículo 33.7 TCE, y 71/304/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1971, sobre la supresión de limitaciones a la libre prestación de servicios, el respeto de la igualdad de trato entre empresas nacionales y extranjeras en el acceso, atribución, ejecución o participación en la ejecución de obras públicas, con base en los artículos 54.2 y 63.2 TCE.

La firma por la Comunidad del *Código de los contratos públicos* del GATT el 12 de agosto de 1979, que entró en vigor el 1 de enero de 1980, aumentó el compromiso en el ámbito interno y externo para hacer posible una mayor

respeto dicho principio. [...] consiste en [...] garantizar un grado de publicidad adecuado que permita la apertura del mercado de servicios a la concurrencia, así como el control de la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación”. Sobre el principio de igualdad se pronunció la STJCE de 7 de diciembre de 2000 (As. C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*). La STJCE de 20 de marzo de 1990 (As. C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SpA*) consideró que la reserva a favor de las empresas de una región de una parte de los contratos de suministro era “discriminatoria con relación a los productos fabricados en el Estado miembro de que se trata, y que de este modo se obstaculiza el normal curso de los intercambios intracomunitarios”.

1059. SSTJCE de 21 de junio (As. 2/74, *Reyners*) y 3 de diciembre de 1974 (As. 33/74, *Van Binsbergen*).

1060. STJCE de 27 de marzo de 1990 (As. C-113/89, *Rush Portuguesa Lda*).

efectividad de sus propios principios y reglas. El *Libro blanco sobre el mercado interior* de 1985 se propuso, entre otras medidas, la liberalización de los contratos públicos. El Acta única europea de Luxemburgo de 1986 pretendió el establecimiento del mercado interior en 1992, cuyo artículo 130F.2 dispuso “permitir a las empresas explotar plenamente las potencialidades del mercado interior de la Comunidad con la apertura de los mercados públicos nacionales”, en un “espacio sin fronteras interiores en el que se asegure la libre circulación de mercancías, de las personas, de los servicios y de los capitales” (art. 8A)¹⁰⁶¹.

En congruencia con los principios señalados, el *Vademécum sobre contratos públicos* en la Comunidad de 1987 estableció como principios básicos del bloque normativo¹⁰⁶²:

1. Organización de una publicidad comunitaria suficiente para el desarrollo de una *competencia efectiva* entre los operadores económicos de todos los Estados miembros¹⁰⁶³.
2. Prohibición de las especificaciones técnicas que tengan un efecto discriminatorio.
3. Aplicación de criterios objetivos de participación en los contratos y de su adjudicación, que se concreta en

“a) El establecimiento de dos categorías de procedimientos que los poderes adjudicadores podrán elegir para la adjudicación de sus contratos, a saber, los procedimientos abiertos y restringidos, y la rigurosa enumeración de los casos excepcionales en los que los poderes adjudicadores no podrán utilizar dichos procedimientos.

b) La fijación de criterios de selección cualitativa que los poderes adjudicadores deberán respetar rigurosamente para la elección de los candidatos y de los licitadores¹⁰⁶⁴.

c) La fijación de dos criterios, el precio más bajo o la oferta más ventajosa económicamente, que son los únicos criterios que podrán utilizarse para la adjudicación de los contratos”.

1061. MATTERA, A., “Le marché intérieur: une brèche dans les dures murailles des souverainetés nationales”, en *Cahiers de Droit Européen*, 5-6, 2002, pp. 519-528.

1062. DOCE, C-358, de 31 de diciembre de 1987.

1063. BERMEJO VERA, J., “La publicidad en el procedimiento de contratación”, en *Noticias CEE*, 21, 1986, pp. 35 y ss.

1064. La STJCE de 20 de septiembre de 1988 (As. 31/87, *Beentjes*) diferenció las fases de selección y adjudicación de los contratos administrativos, sin que se confundan las normas y criterios de cada una de ellas.

El Derecho comunitario inició a partir del Acta única un proceso normativo con las Directivas 88/295/CEE, de 22 de marzo de 1988, sobre suministros; 88/301/CEE, de 18 de mayo de 1988, sobre telecomunicaciones; 89/440/CEE, de 18 de julio de 1989, sobre obras; 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, sobre recursos en los contratos de suministros y obras; 90/531/CEE de 17 de diciembre de 1990, sobre sectores excluidos (agua, energía, transportes y telecomunicaciones), 92/13/CEE de 25 de febrero de 1992, sobre recursos en los sectores anteriores, y 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, sobre contratos de servicios. Las Directivas 93/36, 93/37 y 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, introdujeron modificaciones en las anteriores.

El régimen comunitario de contratación pública se fundamenta en los artículos 7.1, 12, 28-31, 43-48, 49-55 y 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad y en el Acuerdo sobre el espacio económico europeo de 1 de enero de 1994. Está desarrollado en las Directivas 1989/665/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras; 2000/35/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; 2004/17, del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos, en los sectores del agua, la energía, los transportes, y los servicios postales¹⁰⁶⁵; 2004/18, del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios¹⁰⁶⁶, corregida por la Directiva 2005/75/CE, de 16 de noviembre de 2005.

1065. Su artículo 73 derogó la Directiva 93/38, del Consejo, de 14 de junio de 1993, “sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros en lo que se refiere a los plazos de incorporación al Derecho nacional y de aplicación que figuran en el anexo XXV”.

1066. El artículo 82 derogó la Directiva 92/50/CEE, excepto en su artículo 41, y las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE, con la misma cláusula anterior sobre transposición conforme al anexo XI. La tabla de correspondencia del Anexo XII precisa la relación del articulado con el de las Directivas 93/37, 93/36 y 92/50, y otros comunitarios como las Actas de adhesión de varios países miembros. Está en tramitación una Propuesta de Directiva que la corrige (COM(2005) 0214 final), que fue objeto de dictamen del Comité Económico y Social (DOC 24, de 31.2006).

También por los Reglamentos CE: 2195/2002, del Parlamento europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el vocabulario común de contratos públicos (CPV)¹⁰⁶⁷; 1874/2004, de 28 de octubre, incluido en las Directivas 2004/17/CE, de 28 de octubre y 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, a las que modifica; 1564/2005, de la Comisión, de 7 de noviembre de 2005, formularios de publicación de anuncios.

Sus disposiciones y determinaciones jurídicas y técnicas se imponen a las normas del Derecho interno de los Estados miembros y son vigentes y aplicables aunque no hayan sido transpuestas al Derecho interno¹⁰⁶⁸.

5.3.5. *Servicio público*

Existe una concepción francesa del servicio público como actividad propia del poder que, según ROLLAND, ha inspirado la organización y funcionamiento administrativos, como el “fenómeno central del Derecho administrativo francés, alrededor del cual se organiza todo”. Lo definió como

“una empresa que, bajo la alta dirección de los gobernantes, está destinada a dar satisfacción a las necesidades colectivas del público, en defecto de la iniciativa privada y que, en Francia, está normalmente sometida a un régimen jurídico especial”¹⁰⁶⁹.

Ha dado lugar a una concepción del Derecho administrativo, conocida como la “escuela del servicio público”, sin la cual no se puede explicar el Derecho público contemporáneo. CHEVALLIER la ha calificado de “mito”, ad-

1067. El “Vocabulario Común de los Contratos Públicos”, denominado CPV (*Common Procurement Vocabulary*), designa la nomenclatura de referencia aplicable a los contratos públicos, fue objeto de la Recomendación 96/527/CE (DOCE L, 222, de 3 de septiembre de 1996) y adoptada por el Reglamento (CE) número 2195/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, modificado por el Reglamento (CE) número 2151/2003 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2003.

1068. SSTJCE de 20 de septiembre de 1988 (As. 31/87, *Beentjes*), 22 de junio de 1989 (As. 103/88, *Fratelli Constanzo*) y 19 de noviembre de 1991 (Ass. C-6/90 y C-9/90, *Francovich y Bonifaci*).

1069. ROLLAND, L., *Cours de droit administratif*, DES de droit public, 1935/1935, Paris, Les cours de droit, p. 12.

virtiendo que “las controversias sobre el servicio público no se refieren sólo a un problema de delimitación y de gestión públicas, sino que expresan una interrogante de conjunto sobre el lugar y las misiones del Estado”¹⁰⁷⁰. Como expuso VEDEL

“cuando se construyó la teoría del servicio público poseía un valor explicativo muy superior a sus predecesoras y ha explicado de modo simple y coherente una gran parte del Derecho positivo de su época [...] el empleo de la noción de servicio público puso en claro que la Administración está hecha para los administrados y no para los gobernantes”¹⁰⁷¹.

Como advirtió DUGUIT se trataba de una teoría del Estado de carácter jurídico y abstracto¹⁰⁷², que “no tendrá realidad más que en la medida en que encontremos, en las sociedades modernas, hechos de los que sea la síntesis y que serán como la subestructura de las instituciones positivas designadas por la expresión abstracta de servicio público”¹⁰⁷³:

“La concepción del orden y de la paz por medio de la justicia varía; el cuadro de las obligaciones de los gobiernos se amplía. Pero una cosa permanece constante, un hecho es permanente e incontestable: es la obligación para los gobernantes de realizar, en provecho de los gobernados, una cierta misión, de cumplir cierto servicio, este es precisamente el sustrato irreductible del servicio público que del presente podemos definir: la puesta en práctica de la actividad que los gobernantes deben ejercer obligatoriamente en interés de los gobernados”¹⁰⁷⁴.

Sin embargo, el mismo autor dio un concepto material que comprendía

“toda actividad cuya realización debe asegurarse, regulada y controlada por los gobernantes, porque su ejecución es indispensable para realizar y desarrollar la in-

1070. CHEVALLIER, J., *Le service public*, Paris, PUF, 2003, pp. 3 y 6. BIGOT, G., “Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif”, *RFDA*, 1. 2008, pp. 1-6. DURELLE-MARC, Y.-A., “Le ‘citoyen administratif’: les données théoriques et historiques d’une quadrature”, *RFDA*, 1. 2008, pp. 7-12.

1071. VEDEL, G., “Les bases...”, *cit.*, pp. 35-36.

1072. DUGUIT, L., *Traité...*, *cit.*, II, p. 62. “El servicio público es el fundamento y el límite del poder gubernamental. Y por ello mismo mi teoría del Estado se encuentra acabada”.

1073. DUGUIT, L., “De la situation des particuliers à l’égard des services publics”, *RDP*, 1907, p. 411.

1074. DUGUIT, L., “De la situation...”, *cit.*, p. 417.

dependencia social, de tal naturaleza que no puede realizarse completamente más que por la intervención del poder gubernamental”¹⁰⁷⁵.

De este modo el servicio público se convirtió en una organización o institución de medios jurídicos, personales y materiales, y en una actividad prestacional para servir al interés general¹⁰⁷⁶. En el sentido institucional lo consideró HAURIUO cuando definió el servicio público

“como una organización pública de poderes, de competencia y de costumbres para asumir la función de dar al público [...] un servicio determinado desde una idea de policía, en el sentido elevado de la palabra”¹⁰⁷⁷.

En sentido material se manifestó ROLLAND calificándolo de “tarea que en un país y un momento dados se considera por los gobernantes destinada a permitirles satisfacer la obligación que pesa sobre ellos de contribuir al bien común”¹⁰⁷⁸. Este concepto material se ha impuesto sobre el orgánico a la hora de la actual consideración de la categoría¹⁰⁷⁹, aunque siempre está implícita, de modo directo o indirecto, la idea de la organización y la autoridad públicas¹⁰⁸⁰, o la de “una organización que depende de una colectividad pública”¹⁰⁸¹.

Por otra parte, además de la evolución que expondremos sobre la intervención de los particulares, la presencia más o menos intensa de la Administración no implica que “la idea del régimen exorbitante sea inherente a la definición del servicio público”¹⁰⁸², aunque siempre “haya una sumisión de

1075. DUGUIT, L., *Traité...*, cit., II, p. 61.

1076. JÈZE, G., *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Giard, II, p. 16: “son única y exclusivamente servicios públicos las necesidades de interés general que los gobernantes en un país y una época determinados han decidido satisfacer por un procedimiento de derecho público. Se ha de considerar sólo su intención”.

1077. HAURIUO, M., *Précis...*, cit., p. 64.

1078. ROLLAND, L., *Cours...*, cit., p. 24. GUÉRY, A., “L'État. L'ontil du bien commun”, en NORA, P., *Les lieux de mémoire*, III, Paris, Gallimard, 1992, pp. 862-863. “La originalidad francesa es haber hecho del bien común un atributo del Estado. [...] El bien común, en sí mismo, es la solución adoptada por la sociedad francesa para mantener su cohesión”.

1079. LACHAUME, J.-F., PAULIAT, H., BOITEAU, C., *Droit des services publics*, Paris, Dalloz, 2004, p. 12.

1080. RIVERO, J.-WALINE, J., *Droit...*, cit., p. 307.

1081. CORAIL, J.-L., “L'identification du service public dans la jurisprudence administrative”, en *Mélanges F. Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, p. 789.

1082. LAUBADÈRE, A. DE, *Traité...*, cit., p. 586.

intensidad variable del servicio público a un régimen exorbitante respecto al Derecho privado”¹⁰⁸³.

A) *Su evolución hasta el siglo XXI*

Durante la II República se produjo una reactivación y liberalización de la actividad económica que llevó a los poderes públicos, siempre protagonistas a pesar del liberalismo, a utilizar las técnicas del servicio público industrial y comercial y los contratos de concesiones. Aunque tras la Segunda Guerra Mundial se socializaron algunos medios de producción por medio de las nacionalizaciones¹⁰⁸⁴, el modelo anterior siguió siendo hasta 1950 la referencia fundamental del equilibrio libertad económica-intervencionismo público¹⁰⁸⁵.

El servicio público tradicional era concebido como una actividad de interés general prestada por una persona pública por medios públicos con las prerrogativas propias de la Administración. Estaba integrada por tres elementos: el material de la actividad de interés general en sentido amplio; el orgánico de la persona pública y sus órganos y agentes que desarrollaban la actividad; el jurídico del régimen propio exorbitante del Derecho común en razón al interés general que era su razón de ser.

La transformación de las formas de actuar del Estado en el primer tercio del siglo XX hizo entrar en crisis el concepto del servicio público en sentido

1083. LACHAUME, J.-F., PAULIAT, H., BOITEAU, C., *Droit...*, cit., p. 43. Sin embargo, JÈZE, G., *Les principes...*, cit., p. 7, reservaba la denominación de servicio público a los supuestos en que los agentes públicos aplicaran cláusulas exorbitantes para satisfacer necesidades de interés general.

1084. El párrafo noveno del preámbulo de la Constitución de 1946 declaró que “todo bien, toda empresa, cuya explotación tiene o adquiera las características de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, debe ser propiedad de la colectividad”. El Consejo Constitucional en resolución 86-207 de 25-26 de junio de 1986 diferenció entre los servicios públicos cuyo carácter público era una exigencia constitucional y aquellos que lo tenían por determinación del legislador, rechazando que los servicios públicos lo fueran “por su naturaleza”. Dedujo que “el hecho de que una actividad haya sido configurada como servicio público por el legislador sin que la Constitución lo haya exigido, no es obstáculo para que esta actividad sea, como la empresa que está encargada de ello, objeto de una transferencia al sector privado”.

1085. DUBOIS, L., “Le Conseil d’État, l’économie et le service public: concessions et services publics industriels et commerciaux (années 1880-1950)”, *Revue d’Histoire Moderne et Contemporaine*, 3, 2005, pp. 51-74. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 417-424.

material y orgánico¹⁰⁸⁶. Se inició la utilización de formas de gestión de los servicios públicos por particulares y sometidos a un régimen jurídico de Derecho privado para dar mayor flexibilidad a la gestión y participar en el mercado de bienes y servicios. El proceso de nacionalizaciones tras la Segunda Guerra Mundial y la gestión de empresas de titularidad pública por medios privados desembocaron en la crisis definitiva del concepto material y orgánico del servicio público caracterizadores de la actividad administrativa¹⁰⁸⁷. Incluso el elemento jurídico ha sido mutado cuando se admite que actividades de servicio público se presten en régimen de Derecho privado. En esta disociación de los elementos que constituyeron el concepto tradicional se centra la denominada “crisis del servicio público”, como crisis del modelo histórico.

Actualmente el “servicio público” sigue siendo un medio de la actividad de gestión de la Administración para la prestación de servicios. Si originariamente supuso la prestación directa sujeta al Derecho público, en su evolución desde el siglo XIX ha dado lugar a la utilización de los agentes privados por la concesión y otras formas de hacerlo en régimen de Derecho privado, bajo el control de la Administración titular de la competencia y gestora del servicio.

En los últimos años del siglo XX se renovó el concepto, los objetivos y los métodos de gestión por las circulares de 23 de febrero de 1989 y 25 de enero de 1990, en el marco del nuevo régimen establecido por la Comunidad Europea.

B) *La aportación jurisprudencial*

El *arrêt Blanc* del Tribunal de Conflictos de 8 de febrero de 1873 fue decisivo para configurar el Derecho administrativo sobre la idea del servicio pú-

1086. AUBY, J.-M. y DUCOSADER, R., *Grands services publics et entreprises nationales*, Paris, PUF, 1973. MESCHERIAKOFF, A.-S., *Droit des services publics*, Paris, PUF, 1991. WALINE, M., *Vicissitudes de la notion de service public*, Paris, 1947, pp. 45 y 55. LONG, M., “Service public, services publics: déclin ou renouveau?”, *RFDA*, 3, 1995, pp. 497-503. REGOURD, S., “Le service public et la doctrine: pour un plaidoyer dans le procès en cours”, *RDP*, 1987, pp. 5-48. CONSEIL D’ÉTAT, *Service public, services publics: déclin ou renouveau?*, Paris, EDCÉ, 46, 1995.

1087. RIVERO, J., “Le régime des entreprises nationalisées et l’évolution du Droit administratif”, *Pages de doctrine*, II, cit., pp. 49 y ss. VEDEL, G. y DELVOLVÉ, P., *Droit administratif...*, cit., pp. 118-120. WOEHRLING, J.-M., “Réflexions sur le renouveau du service public”, *La Revue Administrative*, 269, 1992, pp. 394-400. ALBERT, S.-BUISSON, C., “Entreprises publiques. Le rôle de l’État actionnaire”, en *Notes et études documentaires*, 5160-61, Paris, 2002.

blico y para atribuir su conocimiento a la jurisdicción administrativa, porque los tribunales judiciales

“son radicalmente incompetentes para conocer de las demandas formuladas contra la Administración por razón de los servicios públicos, cualquiera que fuera su objeto, incluso cuando no persiguiesen anular, reformar o interpretar por la autoridad judicial los actos de la Administración, sino simplemente pronunciarse contra ella por la responsabilidad pecuniaria en reparación por los causados por sus operarios”¹⁰⁸⁸.

a) La gestión privada de los servicios industriales y comerciales.

Tras esta resolución, las de 6 de febrero de 1903, *Terrier*¹⁰⁸⁹, 29 de febrero de 1908, *Feurtry*¹⁰⁹⁰, y 4 de marzo de 1910, *Thérona*¹⁰⁹¹ supusieron la superación del criterio de atribución de la competencia basado en la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión para asumir el del servicio público. Al mismo tiempo se reforzaba la posibilidad abierta por el comisario DAVID en *Blanc* para la gestión privada de los servicios públicos, confirmada por CE 31 de julio de 1912, *Socité des granits porphyroïdes des Vosges*¹⁰⁹². Esta fórmula de gestión se fue ampliando durante el periodo entreguerras para alcanzar su esplendor tras la Segunda Guerra Mundial.

El servicio público podía no determinar siempre la competencia administrativa en el caso de su gestión privada por medio de contratos con cláusulas propias del derecho privado, como expuso el comisario Léon BLUM: “puede ocurrir que la Administración actuando en todo ello en el interés del servicio público se emplace voluntariamente en condiciones de Derecho privado” (CE 31 de julio de 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*)¹⁰⁹³. Cuando la

1088. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 5-9. La ley de 31 de diciembre de 1957 encomendó a la jurisdicción ordinaria el conocimiento sobre los daños de cualquier naturaleza causados por vehículos que, si hubiera estado vigente en el momento del accidente de la niña Blanc, no hubiese permitido al Tribunal de Conflictos dictar su famosa resolución, ni al Consejo de Estado elaborar la doctrina sobre el servicio público.

1089. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 53-56.

1090. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 79-80.

1091. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 92-96.

1092. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 110-113.

1093. TC 4 de junio de 1910, *Cie d'assurances Le Soleil*, había aceptado que el contrato entre una localidad y la autoridad militar para alojar reservistas en un inmueble municipal era de Derecho privado.

gestión del servicio no es directa, sino delegada por parte de la Administración, esta “prescribe las modificaciones y las adiciones necesarias para asegurar, en interés público, la normal marcha del servicio” (CE 11 de marzo de 1910, *Compagnie générale française des tramways*)¹⁰⁹⁴, pudiendo modificar unilateralmente las condiciones y cláusulas (CE 10 de enero de 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-les-Rouen*¹⁰⁹⁵; 2 de febrero de 1983, *Union des transports urbains et régionaux*).

La posibilidad de que personas jurídicas de Derecho privado pudieran gestionar misiones de servicio público fue admitida en el caso de su carácter industrial o comercial, no administrativo (TC 22 de enero de 1921, *Société commerciale de l'ouest africain-Bac Eloka*)¹⁰⁹⁶. Se consagró la categoría de los servicios públicos industriales y comerciales, que se sitúan en el marco de la Primera Guerra Mundial. El comisario MATTER sostuvo que, cuando una persona pública asegura un servicio, es público si su objeto manifiesta una función administrativa, pero es privado si no lo hace:

“ciertos servicios son de naturaleza de la esencia misma del Estado o de la Administración pública; es necesario que el principio de separación de poderes garantice el pleno ejercicio, su contencioso será de la competencia administrativa. Otros servicios, por el contrario, son de naturaleza privada, y si son prestados por el Estado, es de modo ocasional y accidentalmente, porque ningún particular se ha encargado de ello, y lo que importa es asegurar el interés general; las demandas que suscitan su explotación corresponden naturalmente a la jurisdicción de derecho común”¹⁰⁹⁷.

El Tribunal de Conflictos reconoció la competencia judicial para conocer de las consecuencias dañosas del accidente de la explotación de un servicio de transporte en las mismas condiciones que un industrial ordinario¹⁰⁹⁸.

El Consejo de Estado admitió la existencia de actividades no administrativas sino industriales y comerciales (CE 23 de diciembre de 1921, *Société générale*

1094. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 96-100.

1095. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 38-43.

1096. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 159-164. CE 16 de noviembre de 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*.

1097. Recogidas en *Sirey*, 1924, III, p.p. 40-41.

1098. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 310-312.

d'armement; 4 de diciembre de 1931, *Dame Dumy*; TC 11 de julio de 1933, *Dame Mélinette*¹⁰⁹⁹; 10 de febrero de 1949, *Guis*), con funcionamiento similar al de las empresas privadas (CE 20 de enero de 1932, *Kuhn*; 20 de octubre de 1950, *Stein*).

En las conclusiones del Comisario del Gobierno RIVET en CE 23 de diciembre de 1921, *Société générale d'armement*, diferenció tres supuestos. El de ciertos servicios cuya naturaleza los hace no susceptibles de gestión por otros que el Estado o sus personas jurídicas, en régimen de derecho público, porque su naturaleza los hace distintos de los servicios privados, con verdadera naturaleza de contratos administrativos. Los monopolios cuya gestión no implica normas exorbitantes y pudieran gestionarse por la iniciativa privada cuya regularidad de funcionamiento los ha mantenido en el espacio de la competencia del Consejo. Finalmente, los servicios industriales o comerciales gestionados sin monopolio con el mismo régimen de explotación que la empresa privada, en que nos encontramos en el dominio de los tribunales civiles, que conocerán de los contratos para crear el servicio o asegurar el mercado, las reclamaciones de los usuarios¹¹⁰⁰, los daños por funcionamiento defectuoso de la explotación y los conflictos internos. Advirtió que los espacios no serían geométricos y que se producirían supuestos en los que la competencia sería contenciosa, invocando la orientación que se desprendía de CE 26 de enero de 1923, *Robert Lefreygère*¹¹⁰¹. En esta doctrina algunos servicios públicos industriales y comerciales eran por su especialidad organizativa de “gestión pública”, y los contratos de servicios de “gestión privada” estaban sometidos al Derecho administrativo si estaban otorgados con formas y procedimiento de gestión pública, lo que restringió la doctrina de *Bac d'Eloka*.

Se asimiló un organismo privado a un “servicio intermediario que, sin ser un servicio público, está dotado de ciertas prerrogativas de poder público y que

1099. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 214-219. El TC aludió en su decisión a que se trataba “de la ejecución de un servicio prestado en condiciones similares a las de un servicio público industrial”. En TC 27 de noviembre de 1933 negó esta naturaleza al servicio de puentes y carreteras.

1100. En el mismo sentido: CE 15 de febrero de 1935, *Société française de constructions mécaniques*; 23 de diciembre de 1949, *Société électrométallurgique de Saint-Léger*; 20 de octubre de 1950, *Stein*.

1101. Conclusiones del Comisario del Gobierno Rivet están recogidas en *RDP*, 1924, pp. 389-390. CE 23 de mayo de 1924, *Société des affréteurs réunis*.

podría calificarse de servicio de interés público”, particularmente del beneficio de la expropiación (CE 20 de diciembre de 1935, *Établissements Vézia*)¹¹⁰². Este pronunciamiento se consideró como un elemento que abría el camino del servicio público a los servicios de carácter privado al reconocer que el servicio de interés público lo prestaban y garantizaban personas privadas con beneficios públicos, que fue asumido posteriormente (CE 13 de mayo de 1938, *Caisse Primaire Aide et Protection*)¹¹⁰³.

Además de la crisis material del servicio público por la introducción de nuevas formas de gestión, se produjo la crisis orgánica al admitir la actuación de personas privadas que salían del Derecho privado y de la competencia judicial para pasar al régimen del Derecho público y a la competencia del juez administrativo (CE 13 de enero de 1961, *Magnier*). En el *arrêt Vézia*, de 20 de diciembre de 1935, y en el *Bouguen* de 2 de abril de 1943 se admitió la gestión privada y que personas no públicas pudieran dictar actos administrativos sin que mediara una concesión administrativa. Se consolidó aceptando que personas privadas gestionasen un servicio público administrativo, reconociendo a las Cajas de seguros sociales como personas jurídicas de Derecho privado que estuvieran encargadas de la gestión de un servicio público de Seguridad Social (CE 13 de mayo de 1938, *Caisse Primaire Aide et Protection*).

Durante el gobierno de Vichy se reconoció que los establecimientos privados de utilidad pública concurrían a la prestación de un servicio público (CE 13 de diciembre de 1940, *Rousselier*) o colaboran en el servicio público (CE 27 de febrero de 1942, *Mollet*), sometidas a condiciones particulares en su colaboración (CE 5 de mayo de 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*). Se atribuyó a los Comités de organización, creados por la ley de 16 de agosto de 1940, sobre organización provisional de la producción industrial¹¹⁰⁴, el carácter de “encargados de participar en la ejecución de un servicio público, y que las decisiones que deben adoptar en el ámbito de sus atribuciones, sean reglamentarias, sean individuales, constituyen actos administrativos” (CE 31 de julio de 1942, *Montpeur*). Se les asignó carácter de entes productores de actos administrativos a las asociaciones profesionales, porque “el legislador ha

1102. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 227-229.

1103. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 242-245.

1104. MATHIOT, A., “L'intégration des Comités d'organisation au Droit public français”, en LAUBADÈRE, A., MATHIOT, A., RIVERO, J., VEDEL, G., *Pages...*, cit., II, pp. 9-28.

querido hacer de la organización y del control del ejercicio de la profesión médica un servicio público” atribuyéndole un *pouvoir professionnel* (CE 2 de abril de 1943, *Bouguen*)¹¹⁰⁵.

La idea de asociación de la empresa privada al servicio público (CE 31 de julio de 1948, *Boulic*) o de un “organismo privado encargado de asegurar un servicio público” (CE 4 de agosto de 1944, *Alais, Frogés et Camargue*), la consolidó la doctrina del *arrêt Morand* de 28 de junio de 1946 al reconocer a las organizaciones agrarias de Derecho privado una potestad reglamentaria para ejercer el servicio público de organización y control de la profesión, incluso para dictar actos administrativos fiscalizables ante la jurisdicción. Fue confirmada por CE 13 de enero de 1961, *Magnier*.

b) El concepto material del servicio público.

Las decisiones que desconocieron el protagonismo de los agentes privados supusieron el paso del concepto orgánico o institucional del servicio público al concepto material, que era independiente del sujeto que lo prestase y de su régimen público o privado. La nueva denominación de la actividad material fue la de “misión de servicio público” (CE 12 de abril de 1957, *Mimouni*) a la que se reconoció “prerrogativas del poder público” y sujeciones como parte de “las reglas de Derecho público correspondientes a su misión” (CE 28 de marzo de 1955, *Effimieff*)¹¹⁰⁶. Correspondían a “una de las modalidades de la misma ejecución del servicio” (CE 20 de abril de 1956, *Epoux Grimouard*)¹¹⁰⁷. Era el sujeto gestor quien, por la naturaleza de su actividad material encomendada por la Administración, se beneficiaba de ellas (CE 13 de enero de 1961, *Magnier*; 8 de junio de 1963, *Narcy*; 13 de julio de 1968, *Capus*. TC 8 de diciembre de 1969, *Arcival et autres c. SAFALT et SAFER de Bourgogne*)¹¹⁰⁸.

Pero ello no implica que pierda su naturaleza administrativa por utilizar distintas formas para su gestión bajo la responsabilidad y dirección de la Administración, como en los contratos de delegación o de asociación en la prestación del servicio u otros modos de ejecución (CE 20 de abril de 1956, *Epoux*

1105. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 420-422.

1106. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 423-428.

1107. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 428-438.

1108. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 423, 444, 450.

Bertin)¹¹⁰⁹. Por otra parte, es preciso valorar el grado de participación del agente en la ejecución del servicio público para calificarlo de agente público (CE 4 de junio de 1954, *Vingtain et Affortit*). Pero la realización de una misión de servicio público no supone la atribución de la naturaleza de establecimiento público (TC 20 de noviembre de 1961, *Centre régionale de lutte contre le cancer Eugène Marquis*).

Por otra parte, el asunto CE 20 de abril de 1956, *Epoux Bertin* dio lugar a ampliar a los contratos el concepto de “misión de servicio público”, conociéndola en razón a referirse a la ejecución de un servicio público de repatriación de refugiados extranjeros en territorio francés, “circunstancia que era suficiente, por sí misma, para dar al contrato el carácter de contrato administrativo”.

c) Los principios de los servicios públicos.

Se han reconocido tres leyes o principios de los servicios públicos: principio de continuidad (CE 7 de julio de 1950, *Debaene*)¹¹¹⁰; principio de mutabilidad¹¹¹¹ (CE 10 de enero de 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-les-Rouen*¹¹¹²; 29 de diciembre de 1905, *Bardie*; 10 de marzo de 1910, *Compagnie générale française des tramways*; 27 de enero de 1961, *Vannier*; 18 de marzo de 1977, *Chambre de commerce de La Rochelle*), y principio de igualdad (CE 29

1109. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 428-438. LAUBADÉRE, A. DE, “Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français”, *AJDA*, 1961, pp. 591 y ss., sostuvo que en este asunto el Consejo de Estado había recuperado la teoría del servicio público como criterio para determinar la competencia del juez administrativo. En ese sentido se han pronunciado: CE 13 de septiembre de 1959, *Navizet*; 4 de abril de 1962, *Chevassin*. TC 20 de noviembre de 1961, *Centre régionale de lutte contre le cancer Eugène Marquis*.

1110. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 328-339. CE 7 de agosto de 1909, *Winkel*, que excluyó el derecho de huelga de los funcionarios públicos; 26 de octubre de 1945, *Aramu*; 25 de julio de 1978, *Droit de grève à la radio et à la télévision*, entendió que el principio de continuidad de los servicios públicos obedece a razones de interés general superior a la defensa de los intereses profesionales y como tal limita los derechos individuales, como el de huelga, cuando aquel prevalece. CE 7 de julio de 1950, *Debaene*, con base en el preámbulo de la Constitución de 1946 no rechazó el ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos si no constituye “un uso abusivo o contrario a las necesidades del orden público”. La continuidad fue consagrada como valor constitucional por CC 25 de julio de 1979. DUGUIT, L., *Traité...*, cit., p. 61: el servicio público “es de tal importancia para la colectividad que no puede interrumpirse un solo instante [...] La continuidad es uno de los caracteres esenciales del servicio público”.

1111. JÈZE, G., *Les principes...*, cit., p. 2: “la organización del servicio público puede modificarse en cualquier momento por las leyes y los reglamentos”.

1112. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 38-43.

de noviembre de 1911, *Chomet*; 9 de marzo de 1951, *Société des concerts du conservatoire*)¹¹¹³.

d) Bloque de competencia.

La jurisprudencia ha elaborado la teoría del bloque de competencias para clarificar la atribución de su conocimiento a las jurisdicciones y evitar al justificable el peregrinaje. Se estableció respecto al servicio público por TC 27 de noviembre de 1952, *Préfet de la Guyane*¹¹¹⁴, asumida por CE 17 de abril de 1953, *Falco et Vidaillac*¹¹¹⁵. En relación con la competencia judicial se recoge en el capítulo siguiente.

Para calificar por su naturaleza un servicio público se han establecido tres criterios clásicos: determinar su objeto, el modo de financiación y las modalidades de funcionamiento (CE 11 de noviembre de 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*). Respecto al primero se pondera su relación con el interés general; en el segundo la relación entre el precio y el valor de las prestaciones con las aportaciones públicas o el sistema tarifario (CE 10 de abril de 1992, *SARL Hofmiller*).

Respecto a las modalidades de funcionamiento la jurisprudencia estableció los criterios para identificar los servicios públicos cuando son gestionadas por una persona privada: tener carácter de interés general, ejercerse bajo el control de la Administración y, sobre todo, que el gestor privado disponga de prerrogativas de poder público (CE 28 de junio de 1963, *Narcy*; 20 de julio de 1990, *Ville de Melun*; 22 de marzo de 2000, *Lasaulce*). La falta de prerrogativas no fue obstáculo para la consideración como servicio público (CE 20 de julio de 1990, *Ville de Melun*), aunque posteriormente entendió que actúa sobre la naturaleza de la actividad impidiendo atribuirle la consideración de servicio público, aunque el fin de la actividad fuera de interés general y se realizara bajo el control de la Administración (CE 17 de febrero de 1992, *Soc. Textron*; 24 de marzo de 1999, *Ass. pour la gestion du patrimoine immobilier*).

1113. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 345-349. Se manifiesta en la igualdad de tarifas (CE 1 de julio de 1936, *Viere*; 1 de abril de 1938, *Société de alcool dénaturé de Coubert*) y en la no discriminación en la admisión de empleados (CE 28 de mayo de 1965, *Barrel*). CC 73-51 DC 27 de diciembre de 1973, *Taxation d'office*.

1114. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 379-386.

1115. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 392-398.

En la resolución de 22 de febrero de 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, ha establecido y clarificado tres hipótesis¹¹¹⁶. En la primera es el legislador quien reconoce o excluye la existencia del servicio público. En la segunda se aplican los criterios calificadores de *Narcy*: “Una persona privada que asegura una misión de interés general bajo el control de la Administración, está dotada a tal fin de prerrogativas de poder público y está encargada de la ejecución de un servicio público”. En la tercera, ante el silencio de la Ley y la falta de prerrogativas, cuando les asegura una misión de servicio público de interés general, las condiciones de creación, organización o funcionamiento, las obligaciones impuestas y las medidas para comprobar que se cumplen los objetivos suponen que la Administración les ha confiado tal misión”.

Por tanto, se ha admitido que en el ejercicio por personas privadas de una actividad de servicio público, las relaciones entre ellas y su personal son de naturaleza privada y están sometidas a la jurisdicción judicial (CE 4 de abril de 1962, *Chevassier*, 22 de marzo de 2000, *Syndicat autonome du personnel del BDF*).

C) *El servicio público del Derecho comunitario*

El servicio público fue invocado por el artículo 77 del Tratado de Roma respecto a los transportes terrestres autorizando “las ayudas que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público”, ampliable a otros servicios básicos. Por el artículo 90.1 para las empresas públicas y las que concedan derechos especiales o exclusivos sin eximir las de las normas de los artículos 7 y 85; en el apartado 2 respecto a las empresas encargadas de prestar un “servicio de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal, que estarán sometidas al Tratado, en particular a las normas de la competencia si no impide el cumplimiento de su misión específica”¹¹¹⁷. La exclusividad que había sido característica del servicio

1116. Sobre la consideración posterior de esta doctrina: CLAMOUR, G., “Apostille pour les faiseurs de systèmes”, *AJDA*, 4, 2008, p. 169, dossier sobre “Actualité du service public social”, planteando las dificultades de su noción, su consideración por el Consejo de Estado y por el Derecho comunitario.

1117. Las STJCE de 17 de febrero de 1993, *Poncet y Pistrel/AGF y Cancava*, C-160/91, y de 23 de abril de 1998, *Col/Union de caisses de maladie*, C-159/96, admiten la creación de monopolios

público queda limitada a misiones específicas que la hagan indispensable bajo el control de la Comisión (art. 90.3)¹¹¹⁸.

Entre los fines de los servicios públicos se encuentran la lucha contra la exclusión de las personas discapacitadas, en situaciones críticas o con recursos insuficientes, la búsqueda de la cohesión social y el sentimiento de pertenencia a una comunidad de un determinado ámbito territorial, o la de favorecer una utilización eficaz y equilibrada del territorio y de los recursos comunes¹¹¹⁹. Constituyen actividades que no atienden el mercado ni la competencia y deben ser satisfechas por razones de interés general.

Según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad una actividad es de interés general cuando corresponde a una misión específica y utiliza varios criterios como que exista un beneficiario en conjunto de modo indeterminado, que se confíe de modo expreso por un acto jurídico al organismo afectado y que conste la voluntad de la autoridad pública de que la actividad sea gestionada como servicio público¹¹²⁰.

El concepto de cohesión social y territorial está incorporado en el artículo 16 del Tratado de la Unión referido a los “servicios de interés económico general”, así como en el artículo 36 de la Carta de los derechos fundamentales que afirma el derecho de los ciudadanos al acceso a dichos servicios con el mismo fin (arts. 3.1.k, 158-162 TCE).

La Comisión europea calificó de “realidad proteica” las actividades de servicio público que son “un elemento clave del modelo europeo de sociedad”¹¹²¹ y parte indispensable del mismo¹¹²². La Comunicación de la Comisión de 20

de servicios públicos de naturaleza no económica, aunque en el ejercicio de sus fines deben respetar las grandes libertades establecidas por el Tratado.

1118. El Reglamento CEE 3577/92, de 7 de diciembre, sobre transporte marítimo, autorizó a los Estados miembros a “celebrar contratos de servicio público o imponer obligaciones de servicio público a las compañías marítimas que efectúen servicios regulares con destino u origen en islas, como condición para prestación de servicios de cabotaje”.

1119. HENRY, C., *Concurrence et services publics dans l'Union européenne*, Paris, PUF, 1997, pp. 6-8. KARPENSCHIF, M., “Vers une définition communautaire du service public?”, *RFDA*, 1, 2008, pp. 58-66.

1120. SSTJCE de 21 de marzo de 1974, 127/73, *BRT/SABAM*, 11 de abril de 1989, 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen e.a.*, 23 de octubre de 1997, C-159/92, *Comisión c. Francia*.

1121. Comunicación de la Comisión de 20 de septiembre de 2000, “Los servicios de interés general en Europa”, COM, 2000, 580 final, DOCE, 19 de enero de 2001, C 17, p. 4.

1122. *Les valeurs européennes à l'ère de la mondialisation*, COM, 2005, 525 final, 20 de octubre de 2005, p. 5. AUBY, J.-B., *Les services publics en Europe*, Paris, PUF, 1998.

de septiembre de 2000 constató los principios de libertad de las autoridades públicas de los Estados miembros para la creación, la organización y la financiación de los servicios públicos. Además, son “los primeros responsables de la definición de lo que consideren como servicios de interés económico general” (punto 22), la Comisión “no se ocupa de saber si las empresas responsables de la prestación de servicios de interés económico general deberán ser públicos o privados”, y la neutralidad está garantizada por el artículo 295 (punto 21). En ese mismo precepto se fundamenta la libertad y discrecionalidad de la persona pública para elegir el modo de organización del servicio público para su gestión directa o indirecta, interna o externa, aunque existen servicios que sólo se pueden prestar directamente por medios públicos como la policía, según disponga el derecho interno.

El *Libro Verde* de la Comisión de 21 de mayo de 2003, sobre los servicios de interés general, constató su complejidad en la Unión Europea, que comprendía elementos muy diferentes agrupadas en las siguientes categorías: diversidad de actividades como las grandes industrias de redes (energía, servicios postales, transportes y telecomunicaciones), salud, educación y servicios sociales; diversidad de los niveles territoriales de prestación (locales, nacionales, europeos e, incluso, mundiales), y diversidad organizativa en función de las características históricas de su régimen y de la propia actividad. El *Libro verde* y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones en relación con el *Libro Blanco sobre los servicios de interés general*, recogió los conceptos de aquel en las siguientes categorías:

a) Servicios de interés general.

Concepto más amplio y derivado del de servicios de interés económico general, que “abarca los servicios, sometidos o no a la disciplina de mercado, que las autoridades públicas consideran de interés general y están sometidos a obligaciones específicas de servicio público”.

b) Servicios de interés económico general.

Los servicios de interés económico general (arts. 16 y 86.2 del Tratado) designan los “servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general. Por consiguiente, entran dentro de

este concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el transporte, los servicios postales, la energía y las comunicaciones. Sin embargo, esta expresión abarca igualmente otras actividades económicas sometidas también a obligaciones de servicio público”.

c) Servicio público.

Término más ambiguo que los anteriores y con diversos significados, que confunde “servicio público” con “sector público” por lo que se rechaza en el documento. “Con esta expresión se alude a veces al hecho de que un determinado servicio se ofrece al público en general, mientras que otras veces lo que se quiere resaltar es que se ha asignado a un servicio una misión específica de interés público o se hace referencia al régimen de propiedad o al estatuto de la entidad que presta el servicio”.

d) Obligaciones de servicio público.

Alude a las “obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público, por ejemplo en materia de transporte aéreo, ferroviario y por carretera, o en el sector de la energía. Estas obligaciones pueden aplicarse a escala regional, nacional o comunitaria”.

e) Empresa pública.

Se utiliza “para definir el régimen de propiedad del proveedor de un servicio. El Tratado prevé a este respecto una estricta neutralidad¹¹²³. Con arreglo al Derecho comunitario, es irrelevante que los proveedores de servicios de interés general sean públicos o privados; todos están sujetos a los mismos derechos y obligaciones”.

Frente al modelo histórico del servicio público continental, la Comunidad exige actuar en las mismas condiciones de concurrencia que los privados, prohíbe las prácticas contrarias y sostiene la necesidad de eliminar la posición

1123. El principio de neutralidad está recogido en el artículo 295 del Tratado que “no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros”. En su virtud se trata de igual modo a los operadores públicos o privados en la aplicación de los principios que rigen la concurrencia. Está recogido en las STPI de 27 de febrero de 1997, T-106/95, FFSA (*La poste*) y STJCE de 25 de marzo de 1998, C-174/97.

dominante¹¹²⁴ y los conflictos e intereses, potenciando la diferenciación entre la actividad reguladora y la de gestión o explotación para garantizar la libre competencia (SSTJCE 3 de julio de 1991, *AKZO c. Comisión*, 19 de marzo de 1991, *Francia vs. Comisión*, C-202/88 y 17 de noviembre de 1992, *España vs. Comisión*). Para ello se está produciendo la ruptura de la concepción orgánica del servicio público y el sometimiento de todos los servicios públicos económicos, con carácter general, al Derecho de la competencia. Implica la construcción de un modelo de servicio público comunitario, que sustituye el clásico del servicio público de origen francés.

Dentro del Derecho de la Unión Europea se diferencia entre los “servicios de interés general” (SIG) y los “servicios de interés económico general” (SIEG) –ambos conceptos más precisos que el genérico de “servicio público”– entre los valores comunes por su contribución a la cohesión económica y social y de promoción de la competitividad, por facilitar a las empresas servicios eficientes que les mejoran sus condiciones productivas (art. 16)¹¹²⁵. Se ha de señalar que se está abriendo camino un nuevo concepto, el de los “servicios sociales de interés general” (SSIG), que se basa en la conclusión 31 de la Estrategia acordada por el Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000¹¹²⁶.

1124. Para la STJCE de 14 de febrero de 1978, As. 27/66, *United Brands c. Comisión*, consideró comportamientos abusivos de las empresas por su posición dominante los que “influyen en la estructura del mercado en los que, como consecuencia de la presencia de la empresa en posición dominante, el grado de concurrencia está ya debilitado y que tienen por efecto obstaculizar [...] el mantenimiento del grado de concurrencia existente en el mercado o a desarrollar la concurrencia”. La concesión de derechos exclusivos exige “que la misión particular que se le ha encomendado no pueda asegurarse más que por la concesión de tales derechos” (STJCE de 23 de octubre de 1997, C-159/94, *Comisión c. Francia*); demostrar su carácter necesario y proporcionado (STJCE de 19 de mayo de 1993, C-320/91, *Corbeau*); “la duración de la concesión debe fijarse de manera que no restrinja la libre concurrencia más allá de lo que es necesario para asegurar la amortización de las inversiones y una remuneración razonable de los capitales invertidos” (STJCE de 17 de mayo de 1984, 15/83, *Denkavit Nederland*); no debe conducir a una situación que pueda producir el abuso de la posición dominante (STJCE de 21 de abril de 1991, C-41/90, *Höner y Elener c. Macrotron*), ni desconocer las reglas generales del tratado como igualdad, transparencia y reconocimiento mutuo (STJCE de 28 de marzo de 1996, *Procédure pénale contra Guioit*).

1125. JENNY, F., “Des services publics dans le marché et hors marché: service public, service d'intérêt général ou service d'intérêt économique général”, en *Europe, service public et concurrence, Actes du colloque de l'AJE-AFEC du 13 mai 2004 sur le Livre vert SIG*, Petites Affiches 2004, spécial, 239, p. 6. DONY, M., LEVRAT, N., RODRIGUES, S. y VANDAMME, J., *Les services d'intérêt général en Europe, rapport d'étude pour le Comité des régions*, E3/2004, Bruselas, OPOCE, 2005.

1126. TC 22 de enero de 1955, *Naliato*, invoca la categoría de los “servicios sociales”.

No parece que el orden europeo de los servicios públicos esté construido de un modo definitivo y válido para todos los diferentes supuestos, que se incrementan con la ampliación y las economías de los nuevos Estados miembros. Se necesita aclarar el significado de los servicios de interés general en su concepto, participación, gestión y garantía por parte de los poderes públicos, alcance de los objetivos de interés general, de sus ámbitos y evaluación, establecimiento de las bases normativas comunes, etcétera.

Es lo cierto que estamos ante nuevas categorías y regímenes en los que se distinguen los servicios de interés general, los servicios de interés económico general y la externalización de la prestación de los servicios, cuyo alcance trasciende de este trabajo¹¹²⁷, pero que tienen gran influencia en los modelos nacionales de servicio público y, particularmente, en el más clásico y sólidamente construido que es el francés.

D) *La privatización del sector público*

El término *privatización* encuadra distintos modelos y formas de realización, así como de objetivos, en relación con el sector público económico directamente vinculado con su razón de ser que era el servicio público. Implica la reducción del protagonismo económico de los poderes públicos en beneficio de la actividad económica de los agentes sociales¹¹²⁸. En los primeros años ochenta del siglo XX se inició en el Reino Unido un proceso de reformas al amparo de la denominada “nueva economía institucional” por el Gobierno TATCHER con la privatización de empresas públicas para reducir el peso del Estado en la economía, mejorar la productividad industrial, crear el accionariado social, generar recursos y, al mismo tiempo, el poder sindical, que se habían acumulado durante los gobiernos laboristas. En Francia el proceso se produjo tras las elecciones de 1986 revisando las nacionalizaciones de 1945 y 1982, que se interrumpió con la crisis bursátil de octubre de 1987 y el cambio

1127. ALLI ARANGUREN, J. C., *La construcción...*, cit., pp. 522-597.

1128. El distinto significado atribuido al término queda reflejado en los textos siguientes: según el *The MIT Dictionary of Modern Economics*, Cambridge, The MIT Press, 1986, p. 340, la privatización es “la transferencia de servicios asumidos antes por el sector público, como la recogida de basuras, a empresas del sector privado”. En el *The Concise Oxford Dictionary of Politics*, Oxford University Press, 1996, p. 406, la privatización es “la transferencia de bienes públicos al sector privado por la venta o la externalización”.

político de 1988. Se recuperó a partir de marzo de 1993 por la ley de 19 de julio de 1993, y el programa se ejecutó entre 1993 y 1996.

Dentro del término genérico *privatización* se encuadraban actuaciones con significado y alcance muy diferentes, como son la venta de los activos públicos y de las participaciones estatales en empresas a los particulares, la desreglamentación, desregulación o liberalización de los mercados protegidos, y el contrato de prestación de servicios (*contracting out/franchising*). A partir de ese inicio los Estados europeos potenciaron la primera actuación, y la Unión Europea ha estimulado las restantes que, actualmente, son una práctica común, como se tratará a propósito de la gestión privada de funciones públicas y de servicios públicos¹¹²⁹.

En esta dinámica está plenamente inmersa la Unión Europea. La Directiva 2003/54/CE del Parlamento y del Consejo de 26 de junio de 2003 ha establecido las reglas sobre el mercado interior de la electricidad, derogando la Directiva 96/923/CE. Respecto al mercado de gas lo ha hecho la Directiva 2003/55/CE de 26 de junio.

La ley 46-628 de 8 de abril de 1946 nacionalizó la electricidad y el gas, y las autopistas lo fueron por la ley 55-435 de 18 de abril de 1955, con apoyo en el preámbulo de la Constitución de 1946. Conforme al régimen comunitario, se dictaron las leyes de 8 de noviembre de 2006 que privatizó *Gaz de France* y 2006-1537 de 7 de diciembre de 2006 sobre el sector de la energía. Los Decretos 2006-98 de 2 y 2006-167 16 de febrero y 2006-267 de 8 de marzo de 2006 que dieron fin a las concesiones de las autopistas y las transfirieron al sector privado.

En torno a estas privatizaciones se ha producido un reciente debate sobre su naturaleza de servicios públicos a efecto de su constitucionalidad, con base en los recursos planteados. El Consejo de Estado en su decisión de 27 de septiembre de 2006, *Bayrou et Association de défense des usagers des autoroutes publiques de France*, y el Consejo Constitucional en la de 30 de noviembre de 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, han declarado que las sociedades de las autopistas y el gas no eran monopolio de hecho y del servicio público nacional

1129. GUISLAIN, P., *Les privatisations: un défi stratégique juridique et institutionnel*, Bruselas, De Boeck Université, 1995. NICOUD, F., "La participation des personnes privées à la sécurité publique: actualité et perspectives", *RDP*, 6, 2006, pp. 1.247-1.273.

en los términos del párrafo noveno del preámbulo de la Constitución de 1946, por lo que para privatizarlas no es necesaria la reforma constitucional¹¹³⁰. En la decisión 2006-543 de 30 de noviembre de 2006 declaró que la empresa *Gaz de France* podía privatizarse desde el momento en que perdió la cualidad de servicio público nacional¹¹³¹.

De este modo se contrapusieron las empresas y servicios no constitucionales y las que lo eran, como había declarado el Consejo Constitucional en su decisión 86-207 DC de 25 y 26 de junio de 1986, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*¹¹³², que incluía la privatización de empresas: “alguna de las empresas que figuran en la lista del artículo 4 de la ley no puede considerarse como la explotación de un servicio público cuya existencia y funcionamiento estuvieran exigidos por la Constitución [...] la necesidad de ciertos servicios públicos deriva de los principios o reglas de valor constitucional”. En la 86-217 de 18 de septiembre de 1986, *loi relative à la liberté de communication*, afirmó que “la comunicación televisual por vía hertziana no constituye una actividad de servicio público que tenga su fundamento en disposiciones de naturaleza constitucional”¹¹³³.

5.4. Responsabilidad administrativa

La desaparición del poder regio de derecho divino y su irresponsabilidad al convertirlo en una relación de confianza de la nación a los gobernantes, llevó emparejada la posibilidad de exigencia de responsabilidad por sus actos. Así lo plasmó el artículo 15 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: “La sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a todo agente

1130. BELLESCIZE, R., “Grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel”, *RFDA*, 6, 2006, pp. 1.163-1.174. DION, F., “Les privatisations en France, en Allemagne, en Grande Bretagne et en Italie”, en *Notes et études documentaires*, 5024, Paris, 1995.

1131. MARCOU, G., “Que reste-t-il de l’alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946? Note Conseil constitutionnel, 30 novembre 2006, loi relative au secteur de l’énergie-n.º 2006-543 DC”, *AJDA*, 4, 2007, pp. 192-198.

1132. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 652-676.

1133. Otro pronunciamiento en similares términos fue el 87-232 DC de 7 de enero de 1988, sobre la *loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale du Crédit agricole*.

público”¹¹³⁴. SAINT-JUST recomendaba *resserrer tous les nœuds de la responsabilité*¹¹³⁵. Con ello se subrayó que

“ya nadie dispone de los poderes públicos como de un derecho propio para ejercer cualquier autoridad, de la mayor a la más pequeña, en el cuerpo social, que todo poder se ejercita en interés del cuerpo social y en ejecución de la Ley en que este interés ha plasmado su contenido. Queda así enérgicamente perfilado el efectivo reino de la Ley”¹¹³⁶.

Es esencial a la hora de determinar la responsabilidad la existencia de una persona jurídica con competencia y patrimonio a la que se imputan los efectos dañosos de sus actos y, por tanto, quien responde de los mismos. La persona jurídica es un “ente de razón, capaz de poseer un patrimonio y de convertirse en sujeto de derechos y obligaciones sobre sus bienes. El Estado constituye una persona jurídica de pleno Derecho”¹¹³⁷. Como expuso HAURIU, “la personalidad jurídica se ha constituido porque ha sido el instrumento perfeccionado del régimen de los riesgos y de las responsabilidades de cada uno, regulación que constituye el gran asunto del Derecho en la serie de relaciones con otros”¹¹³⁸. Respecto a la personalidad administrativa del Estado afirmó que

“contiene en primer lugar la personalidad civil de Derecho común que corresponde sensiblemente a la esfera de los derechos patrimonializados [...] A continuación, la personalidad administrativa se extiende más o menos en la esfera de los derechos del poder público no patrimoniales. Sin duda, entonces, no se manifiesta por el signo de la propiedad, sino que lo hace por el de las responsabilidades producidas por efecto del ejercicio de los derechos; la responsabilidad subjetiva es como la capacidad de adquirir un elemento de la personalidad”¹¹³⁹.

1134. DUGUIT, L., *La separación...*, cit., pp. 65-72. *Sobre la responsabilidad política de los ministros*, pp. 73-81.

1135. SAINT-JUST, *Rapport de 10 de octubre de 1793*.

1136. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, cit., pp. 144-145.

1137. AUBRY, B. et RAU, C., *Cours de droit civil français*, I, Marchal-Billard, 1897, 54. Citados por DELCROS, B., *L'unité de la personnalité juridique de l'État (Etude sur les services non personnalisés de l'État)*, Paris, LGDJ, 1976, p. 6.

1138. HAURIU, M., *Principes...*, cit., p. 101.

1139. HAURIU, M., *Précis...*, cit., p. 293.

5.4.1. *La configuración de un régimen propio*

El Consejo de Estado intentó lograr la configuración de un régimen común de la responsabilidad pública, distinto del derivado de los artículos 1.382 y siguientes del Código civil, que inició con la doctrina del “Estado deudor” (CE 26 de agosto de 1835, *Clament-Zuntz*), frente a la jurisdicción ordinaria que actuaba en sentido contrario¹¹⁴⁰. Mientras tanto, se aplicaban los regímenes especiales, como el propio de la responsabilidad de los funcionarios acogido al principio de su “garantía” o el de las obras públicas¹¹⁴¹. El primero porque reducía el campo de la responsabilidad, mientras que el segundo la ampliaba más allá de lo que era común en el régimen general con la idea de un mayor reparto de cargas.

El elenco legal en que apoyar la responsabilidad era muy amplio. En el Código civil de un modo directo en los artículos 545 sobre daños por obras públicas, 1.382, 1.383 y 1.384 sobre la responsabilidad civil, incluida la extracontractual; indirecto en los artículos 1.852, 1.999 y 2.000 referidos al principio del enriquecimiento sin causa, y por analogía a los artículos 375, 1.852 y 1.999. Las leyes de 3 de julio de 1877, modificada por las de 20 de julio de 1918, 17 de abril de 1901 y 13 de julio de 1911 lo establecieron sobre los daños derivados de actividades militares¹¹⁴², y el artículo 15 de la Ley de 11 de julio de 1938 sobre la organización en tiempos de guerra. Las leyes de 17 de mayo de 1919 sobre daños materiales por causa de explosiones¹¹⁴³, derogada por la Ley de 28 de octubre de 1946, que asimiló las explosiones aisladas a los daños de guerra¹¹⁴⁴. La Ley de 31 de diciembre de 1957 encomendó a la autoridad judicial el conocimiento de las reclamaciones derivadas de los daños causados por los vehículos del ejército. Las leyes 65-956 de 2 de noviembre de 1965 sobre los daños derivados de los navíos nucleares, y 68-943 de 30 de octubre de 1968 sobre daños causados por la explotación de las instalaciones nucleares.

1140. REDOR, M.-J., *De l'Etat legal...*, cit., pp. 227-257.

1141. CHAPUS, R., “Structure de la responsabilité pour dommages de travaux publics”, en *Le juge et le droit public. Mélanges Marcel Waline*, II, Paris, LGDJ, 1974, pp. 307-322.

1142. CE 30 de marzo de 1966, *Guyot*.

1143. CE 28 de marzo de 1919, *Regnault-Desroziers*.

1144. CE 26 de enero de 1968, *Société Péduzzi*.

El principio que se desprende de estas y otras normas es el de la responsabilidad de la Administración por los daños causados a los particulares por el funcionamiento normal o anormal, con o sin falta, de los servicios públicos.

Durante la Restauración se redujo la competencia del Consejo de Estado sobre la materia en beneficio de la jurisdicción ordinaria, por estimar que los actos dañosos del contratista implicaban su responsabilidad individual con base en el artículo 1.382 del Código civil (CE 21 de septiembre de 1827, *Rousseau*), con el conocimiento de los litigios por aquella, con base en el precepto del Código civil y en la equidad. La invocación de la igualdad ante las cargas públicas sirvió de argumento adicional a los anteriores para indemnizar de los daños en la propiedad, porque “todo sacrificio exigido en interés de todos debe ser soportado proporcionalmente por todos” (CCass 18 de enero de 1826).

El Consejo reclamó su competencia al amparo de la Ley de 28 pluvioso del año VIII y se pronunció sobre la responsabilidad en ejercicio de su competencia (CE 12 de abril de 1832, *Massip*; 30 de mayo de 1834, *Imbert-Dubey*), asumiendo la doctrina de la jurisdicción judicial, que exigió la existencia de un daño “material y directo” (CE 29 de marzo de 1845, *Tendret*), rechazando la indemnización cuando no fuera así como hallarse situados cerca de un cementerio (CE 8 de marzo de 1855, *Ville de Paris*).

La jurisdicción ordinaria se consideró competente conforme a la doctrina de la resolución de 1 de abril de 1845, *L'administration des postes/Depeyre*. Lo hizo a partir de las resoluciones de 6 de diciembre de 1855, *Rotschild*¹¹⁴⁵, y 6 de agosto de 1861, *Dekeister*. Sin embargo, el Tribunal de Conflictos sostuvo que la competencia de la jurisdicción administrativa constituía una “sanción del principio de división de poderes”. Vinculó la competencia del juez administrativo a la utilización de un derecho distinto al común, que fue el administrativo, elaborado progresivamente por el Consejo de Estado y, posteriormente, por las sucesivas regulaciones de la actividad administrativa¹¹⁴⁶:

“la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por los hechos de personas que emplea en el servicio público, no puede

1145. MESTRE, J.-L., “Les grands arrêts antérieurs à 1873”, *RFDA*, 2, 2007, p. 234.

1146. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 239-242. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 195-199. DEGUERGUE, M., “Déclin...”, cit., pp. 256-257.

regirse por los principios establecidos en el Código civil para las relaciones entre particulares; que esta responsabilidad no es ni general, ni absoluta; tiene sus reglas especiales, que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”.

En la de 4 de julio de 1874, *Riusciti*, prohibió a la autoridad judicial conocer de la responsabilidad estatal por la pérdida de un efecto por correos; la de 13 de julio de 1875, *Renaux*, sobre daños causados por la Administración aduanera.

En la determinación de un criterio objetivo sobre la competencia de la jurisdicción administrativa, se considera a la decisión *Blanc* del Tribunal de Conflictos de 8 de febrero de 1873¹¹⁴⁷, la “piedra angular” del Derecho administrativo francés, en cuanto reconoció la especialidad del derecho propio de la Administración, la existencia de unas reglas de la responsabilidad administrativa y la autonomía de la jurisdicción administrativa¹¹⁴⁸. Resolvió un conflicto entre el juez ordinario y el administrativo atribuyendo a este la competencia para conocer las acciones sobre la responsabilidad contra el Estado por daños a los particulares ocasionados por los empleados públicos.

A partir de la resolución *Blanc* el Tribunal de conflictos y el Consejo de Estado configuraron el régimen jurídico de la responsabilidad administrativa en muchas otras resoluciones. En CE 7 de mayo de 1962, *Vincent*, afirmó: “la responsabilidad que puede incumbir al Estado [...] no es ni general ni absoluta; [...] tiene sus reglas especiales que varían siguiendo las necesidades del servicio y la necesidad de combinar los derechos del Estado con los derechos privados”. En la de 8 de febrero de 1873, *Dugave et Bransiet*, sostuvo que se podía demandar al Estado ante los tribunales ordinarios

“cuando representa el dominio privado de la nación, pero no podía ampliarse a los casos en que representa a la autoridad social, encargada de atender a los intereses generales y de asegurar los servicios públicos”.

1147. CHAPUS, R., “Signification de l’arrêt Blanc”, en *L’administration et son juge*, Paris, PUF, 1999, pp. 33 y ss. LUCHET, J., *L’arrêt Blanc. La thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l’État*, Paris, Sirey, 1935. LONG, M, WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 5-8.

1148. VEDEL, G., *Derecho administrativo...*, cit., pp. 40-41. REDOR, M.-J., *De l’Etat legal...*, cit., pp. 230-233.

Hasta finales del siglo XIX predominaba la idea de la irresponsabilidad del poder: “constituye un principio que el Estado no es, en tanto que poder público, y particularmente en cuanto se refiere a las medidas de policía, responsable de la negligencia de sus agentes” (CE 13 de enero de 1899, *Lepreux*; 15 de diciembre de 1899, *Adda*). Sin embargo, se fue imponiendo la responsabilidad del Estado por haber herido a una persona tomándolo por un contrabandista (CE 6 de abril de 1870, *Mallet*), por los actos de policía abusivos (CE 27 de febrero de 1903, *Zimmermann*), por los disparos de un gendarme cuando pretendía matar a un toro (CE 10 de febrero de 1905, *Tomaso-Grecco*) o de otros daños causados por la policía (CE 17 de febrero de 1905, *Auxerre*; 24 de diciembre de 1910, *Pluchard*)¹¹⁴⁹.

También se imputaron al Estado los daños derivados de las obras públicas en reclamaciones contra las autoridades administrativas (CE 29 de diciembre de 1873, *Lambert*), y los accidentes personales por su mal mantenimiento (CE 17 de abril de 1886, *O'Carroll*), aunque existiera una falta personal del agente (TC 10 de noviembre de 1900, *Espitalier*). La ley de 9 de abril de 1898 encomendó a los tribunales judiciales conocer de las reclamaciones de los obreros accidentados por una obra pública.

Se asumió la responsabilidad administrativa siempre que la acción causante tuviera alguna relación con el servicio, aunque existiera una acumulación de responsabilidades con los hechos del afectado, por los “accidentes que producidos fuera del servicio, no estaban desprovistos del todo de relación con el servicio” (CE 18 de noviembre de 1949, *Demoiselle Mimeur*¹¹⁵⁰; 26 de octubre de 1973, *Sadoudi*). En estos casos la Administración ejercería una acción de reembolso contra el agente responsable para evitar colocarlo en una inmunidad e irresponsabilidad absoluta (CE 28 de julio de 1951, *Laruelle et Delville*¹¹⁵¹). En CE 28 de julio de 1951, *Delville*, distinguió entre la obligación colectiva por la deuda y la contribución a la deuda graduada en función de los hechos, que permitiría al agente condenado reclamar a la Administración.

La III República, siguiendo la labor del Consejo durante el II Imperio, realizó una aplicación extensiva de la ley del año VIII respecto a los contratos de obras públicas y a la responsabilidad por daños causados por ellas¹¹⁵².

1149. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 288-289.

1150. LONG, M, WEIL, P, BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 319-323.

1151. LONG, M, WEIL, P, BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 360-370.

1152. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 183-185.

En el progreso del control de legalidad de los primeros años del siglo XX uno de los ámbitos más afectados fue el de la responsabilidad administrativa, que experimentó una considerable ampliación. Se admitió implícitamente la responsabilidad por una medida de policía (CE 31 de enero de 1902, *Grosson*; 27 de febrero de 1903, *Olivier et Zimmermann*), por falta grave (TC 15 de marzo de 1902, *Mascaras*), por una ilegalidad flagrante (TC 24 de diciembre de 1904, *Montlaur*), por otros actos de poder público (CE 10 de febrero de 1905, *Tomasso Greco*¹¹⁵³; 17 de febrero de 1905, *Auxerre*), por un *factum principis* (CE 10 de enero de 1908, *Noiré et Beyssac*); por acumulación de falta personal y del servicio (CE 3 de febrero de 1911, *Anguet*¹¹⁵⁴. TC 6 de mayo de 1918, *Lempereur*), por los perjuicios derivados de las obras públicas (CE 10 de mayo de 1912, *Ambrosini*), por demoras en el servicio (CE 28 de junio de 1912, *Mlle Manrot*).

En el periodo entreguerras siguió planteándose la limitación de la responsabilidad personal sustituyéndola por la responsabilidad del servicio, como la del centinela que mató de un disparo fortuito a un niño (TC 6 de diciembre de 1937, *Cornu*), aunque existiera falta penal (TC 14 de enero de 1935, *Thépaz*¹¹⁵⁵) o vía de hecho (8 de abril de 1935, *L'Action française*¹¹⁵⁶). Actitud que fue potenciada por las leyes de 7 de febrero de 1933 y 5 de abril de 1937, que amplió la inmunidad de los escolares de la ley de 20 de julio de 1899. Se amplió el alcance de la teoría del riesgo a las obras peligrosas y la responsabilidad sin falta, reduciendo el alcance de la falta grave por no haber expulsado a los huelguistas (CE 3 de junio de 1938, *Société Anonyme Géo Foucault*), en línea con la inejecución de la decisión judicial (CE 30 de noviembre de 1923, *Couitéas*¹¹⁵⁷). Se mantuvo el principio de la acumulación de las responsabilidades (CE 26 de julio de 1918, *Époux Lemonnier*¹¹⁵⁸; 9 de noviembre de 1928, *Rapin*). Destaca en esta época el reconocimiento de la responsabilidad sin falta del Estado por causa de las leyes (CE 16 de marzo de 1934, *Société Amann-Firmery*; 14 de enero de 1938, *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette*¹¹⁵⁹).

1153. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 61-64.

1154. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 100-103.

1155. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 219-222.

1156. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 222-227, 251-257.

1157. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 178-181.

1158. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 144-150.

1159. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 235-242. Por resolución CE de 8 de febrero de 2007, *Gardedieu*, ha innovado la doctrina anterior invocando los prin-

DUGUIT centró la cuestión del alcance de la responsabilidad cuando afirmó:

“Hoy la responsabilidad del Estado no se vincula en modo alguno a la idea de falta. Sin duda, por los hábitos adquiridos, por la persistente influencia de las ideas civilistas, se habla todavía de la falta del Estado, de la falta de los servicios públicos. Pero en realidad no es una pretendida falta del Estado la que fundamente su responsabilidad. No se trata de una responsabilidad vinculada a una imputabilidad, sino sólo saber que patrimonio soportará definitivamente el riesgo del daño ocasionado por el funcionamiento de un servicio público”¹¹⁶⁰.

La cuestión a conocer no es tanto quien es el responsable del daño, sino cual sea el patrimonio que asegura su reparación, porque, como expuso el comisario KAHN “los daños se suceden siguiendo una causalidad natural, que se puede observar, mientras que la determinación de los responsables procede de una elección, es el producto de un juicio”¹¹⁶¹.

5.4.2. Tipos de daños

El artículo 4 de la ley de 28 pluvioso del año VIII encomendó a los Consejos de prefectura resolver las reclamaciones particulares por daños por la expropiación, aunque no les correspondía conocer de los “daños y perjuicios causados por el empresario pero no por la Administración”. Interpretando la ley de 7-11 de septiembre de 1790 se consideró de la competencia administrativa el establecimiento de la indemnización por los daños causados a la propiedad por la ejecución de obras públicas por la Administración o con su control, porque la obra pública implicaba el ejercicio de la competencia administrativa, tanto en su ejecución como después de ella. Con independencia de que se ejecute por un adjudicatario, el fin y los actos que la autorizaban eran administrativos, pero si los daños los causaban obras ejecutadas al margen y sin autorización

.....
cipios de los artículos 2 y 3 de la Convención Europea de Derechos del Hombre para sostener que la responsabilidad del Estado podía exigirse por la violación de una convención internacional.

1160. DUGUIT, L., *Les transformations du droit public*, Libraire Armand Colin, 1913, pp. 228-229 y 231.

1161. DEGUERGUE, M., “Le contentieux de la responsabilité: politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique”, *AJDA* 1995, especial, p. 220.

administrativa, la indemnización correspondía a la jurisdicción ordinaria. El Consejo de Estado exigió un daño actual, directo y material (CE 29 de marzo de 1895, *Tendret*), que, si no se demostraba, estaba libre de responsabilidad (CE 5 de mayo de 1859, *Hubic*), exigiendo posteriormente que el daño fuera “anormal”.

En cuanto a los daños causados a las personas, hubo acuerdo en las jurisdicciones en reconocer la competencia administrativa, a no ser que existiera una causa penal en el origen del daño. El Consejo declaró inaplicable a los accidentes de las personas la ley del 28 pluvioso del año VIII (CE 22 de noviembre de 1863, *Boisseau*).

En la elaboración de una doctrina propia de la responsabilidad administrativa, sin otro apoyo normativo que el procesal sobre la competencia para el control, se consagró el principio de la irresponsabilidad pública por los actos de “interés general” o de “seguridad pública”. Se entendió que no producían derecho a reclamar los que implicaban el ejercicio de la soberanía, como las medidas legislativas o reglamentarias, con carácter general y destinatario indeterminado, los actos de naturaleza política, de guerra o de policía, ni los de los superiores jerárquicos respecto a sanciones o revocación de sus subordinados¹¹⁶².

Se estimó que la responsabilidad pública no era “ni general ni absoluta” (CE 8 de agosto de 1844, *Dupart*), sino que se producía conforme a la naturaleza y necesidades de cada servicio (CE 6 de diciembre de 1855, *Rotschild y Gloxin*), separándose del principio consagrado por el artículo 1382 del *Code civil*.

En supuestos de responsabilidad cuasidelictual la jurisdicción administrativa no pudo condenar a una persona privada: CE 30 de octubre de 1964, *Commune de Ussel*, sobre daños causados por un usuario de un servicio público.

5.4.3. *La imputación de la responsabilidad*

A partir de KELSEN se diferenció la imputación de la causalidad, entendiendo aquella como lo que debe ser. La imputación es la “relación entre un compor-

1162. REDOR, M.-J., *De l'Etat legal...*, cit., pp. 230-233. DELVOLVÉ, P., *Le principe d'égalité devant les charges publics*, Paris, LGDJ, 1969, p. 408: “la multiplicación de los casos de indemnización de los daños de los que nadie puede considerarse responsable reduce la importancia de los problemas de la causalidad e incrementa la de los problemas de imputabilidad”

tamiento como condición y una sanción como competencia establecida por un acto de voluntad de una norma, mientras que la causalidad es la relación entre una causa y un efecto descrita por la ley natural que es independiente de tal intervención”¹¹⁶³. Mientras que en el ámbito penal la imputación se refiere a autoría del hecho individual ilícito, en el ámbito administrativo no se refiere tanto a la autoría del hecho dañoso como a saber a quien corresponde resarcir por mandato legal, esto es, como señaló DUGUIT, cual será el patrimonio responsable para indemnizar por los daños causados por la actividad administrativa¹¹⁶⁴.

El Consejo de Estado ha establecido el principio de que “las personas jurídicas de Derecho público no pueden ser condenadas jamás a pagar una suma que no deben; esta prohibición es de orden público y debe ser levantada de oficio por la jurisdicción cuando le sea formulada la demanda que la condena” (CE 19 de marzo de 1971, *Mergui*; 4 de abril de 1997, *Société d'ingénierie immobilière sud*; 26 de junio de 1992, *Commune de Béthencourt*). Este principio quiebra cuando existe imputación del efecto y la actividad perjudiciales de lo que responderá el patrimonio de una persona determinada (CE 11 de julio de 1980, *Compagnie d'assurance La Concorde*).

Se han venido dando como fundamentos de la responsabilidad de la Administración la existencia o inexistencia de falta y el riesgo:

a) La responsabilidad por falta.

Se vinculó a los daños causados por los errores y las acciones culpables de la Administración, supuesto que se amplió conforme se fue reduciendo el número de supuestos exentos por no ser fiscalizables o exigirse la existencia de un falta grave para que se produjera la condena. La responsabilidad por falta “comprende el funcionamiento defectuoso del servicio por incumplimiento de las obligaciones que se le imponen, constituye una especie de derecho común de la responsabilidad administrativa”¹¹⁶⁵.

La idea original de que no cabía la responsabilidad por la actividad de policía del Estado fue superada por el Consejo de Estado en la resolución de

1163. KELSEN, H., *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, p. 31. CE 22 de marzo de 1957, *Jeannier*, conclusiones.

1164. REDOR, M.-J., *De l'Etat legal...*, cit., pp. 233-239.

1165. DARCY, G., *La responsabilité de l'administration*, Paris, Dalloz, 1996, p. 66.

10 de febrero de 1905, *Tomaso Greco*¹¹⁶⁶. Se admitió que, incluso cuando la ley exoneraba de la responsabilidad, esta exclusión se descartaba cuando se trataba de una falta grave. Este modo de imputar por falta grave se fue abandonando en materias concretas como la sanitaria (CE 10 de abril de 1992, *Époux V.*), el transporte médico de urgencia (CE 21 de junio de 1997, *Theux*), los servicios de socorro y salvaguarda marítima (CE 13 de marzo de 1998, *M. Améon*) o la lucha contra incendios (CE 29 de abril de 1998, *Commune de Hannappes*). El paso siguiente fue superar la responsabilidad por falta grave por un sistema de responsabilidad por falta, hasta alcanzar una fórmula de estilo que elude la calificación de la falta al remitirse a “una falta de tal naturaleza que compromete la responsabilidad de” la persona pública (CE 29 de abril de 1998, *Commune de Hannappes*; 13 de noviembre de 2002, *Société Hélictransport*).

Uno de los motivos invocados para que se asuma esta responsabilidad en garantía del derecho dañado ha sido la idea del “deudor insolvente”, porque, como expuso el comisario KAHN se ha introducido la idea de que “los funcionarios públicos son necesariamente insolventes: es uno de estos axiomas que reciben, no se sabe por qué, la adhesión unánime [...] la jurisprudencia Lemonnier está fundada sobre la insolvencia presunta de los agentes públicos” (CE 22 de marzo de 1957, *Jeannier*).

b) La responsabilidad sin falta.

Es el régimen más favorable para las víctimas porque no es necesario probar la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el perjuicio sufrido, incluso aunque la actividad administrativa se hubiera realizado sin falta. Como expuso el comisario ROMIEU en CE 21 de junio de 1895, *Cames*, “compete al juez examinar directamente, según sus propias luces, su conciencia y los principios de la equidad cuales son los derechos y deberes del Estado [...] en la ejecución de los servicios públicos”:

“Estimamos que la justicia quiere que el Estado sea responsable frente al obrero de los peligros que corre por su cooperación al servicio público. Si se produce un accidente en el trabajo y si no hay falta del obrero, el servicio público es res-

1166. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 61-64. Esto mismo ocurrió en materia penitenciaria hasta CE 21 de mayo de 2003, *Chabba*.

ponsable y debe indemnizar a la víctima, conforme a las reglas de la equidad y la humanidad”¹¹⁶⁷.

El principio de equidad se convirtió en el fundamento de la responsabilidad sin falta¹¹⁶⁸, como en CE de 28 de marzo de 1919, *Regnault-Desrozières*¹¹⁶⁹; 26 de marzo de 1920, *PLM*; 21 de mayo de 1920, *Colas*, 24 de diciembre de 1926, *Walther*¹¹⁷⁰ 18 de noviembre de 1949, *Demoiselle Mimeur*¹¹⁷¹. La fundamentó en las teorías del riesgo y de la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas.

En el caso de riesgo se reparan los efectos perjudiciales tengan o no como causa una acción culpable. La responsabilidad por riesgo, sin falta y por equidad, se asumió a partir de CE 21 de junio de 1895, *Cames*, en virtud de la peligrosidad de la actividad administrativa para terceros o para sus colaboradores permanentes, sus propios agentes y obreros. Se asimiló la responsabilidad de las personas jurídicas a la derivada de hechos de otros cuando actuaban por cuenta de aquellas: “como lo ha concebido el legislador, la responsabilidad de las personas jurídicas supone necesariamente la intervención de las personas físicas que cometen una infracción por cuenta de aquella. La responsabilidad de la persona jurídica es pues indirecta”¹¹⁷². La ley de 3 de abril de 1898 generalizó la responsabilidad del empleador por el riesgo asumido en caso de accidente laboral. La ley de 3 de mayo de 1921 la aplicó a los daños causados a terceros por los accidentes en los establecimientos públicos, a las empresas relacionadas con la defensa nacional, a los accidentes de vehículos de la Administración (CE 22 de diciembre de 1924, *Société d’assurances mutuelles Les Travailleurs français*). El Estado asumía la responsabilidad derivada de los daños por la gestión de los servicios públicos por personas privadas del mismo modo que si fuera un agente público (CE 21 de octubre de 1949, *Compagnie d’assurances La Mutuelle du Mans*).

Fue ampliado a los riesgos que implicaba la colaboración ocasional con la Administración (CE 22 de noviembre de 1946, *Commune de Saint-Priest-La*

1167. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 29-31.

1168. LOSCHAK, D., *Le rôle...*, cit., p. 228.

1169. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 153-156.

1170. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 321.

1171. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 319-323.

1172. CONSEJO DE ESTADO, *La responsabilité pénale des agents publics*, 1996.

Plaine)¹¹⁷³ y a los terceros y limítrofes con las obras públicas por los “riesgos que excedan los límites que resulten normalmente de la vecindad” como la explosión de un depósito de municiones (CE 28 de marzo de 1919, *Regnault-Desrozieres*)¹¹⁷⁴, del empleo de armas de fuego (CE 24 de junio de 1949, *Consorts Lecomte*)¹¹⁷⁵, o instalaciones o materiales peligrosos (CE 29 de julio de 1951, *Aubergé et Dumont*; 28 de mayo de 1971, *Malpasset*). Se extendió a los daños ocasionados por quienes, estando a cargo del servicio público correspondiente, son objeto de tratamientos de reeducación, reinserción social o enfermos mentales (CE 13 de julio de 1967, *Département de la Moselle*), se les aplican métodos abiertos (CE 3 de febrero de 1956, *Thouzellier*), o por los pupilos de los centros de atención y educación de la infancia y juventud (CE 23 de julio de 2003, *Calon*). Alcanza a los daños de obras excepcionalmente peligrosas, como una autopista (CE 6 de julio de 1973, *Dalleau*; 11 de julio de 1983, *Kichenin*).

El segundo fundamento de la teoría de la responsabilidad sin falta invocado por el Consejo de Estado fue el “principio de igualdad ante las cargas públicas”. Se utilizó, por motivos de equidad, para evitar por la asunción de la responsabilidad que unos no sufran los efectos de las acciones que, por ser públicas, benefician a todos, porque, en caso contrario, el perjuicio supondría una desigualdad¹¹⁷⁶.

El principio de equidad se invocó como un principio de gran repercusión por el Tribunal de Gran Instancia del Sena en su decisión de 28 de noviembre de 1952, *Giry*, conforme a los “principios generales del Derecho que ordenan a la vez todo el Derecho público y el Derecho civil, antes reunidos bajo el termino del *ius civile*”, cuya aplicación “no es monopolio de una jurisdicción determinada, que no se podría, en nombre de la división de poderes, retirar a los magistrados del orden judicial cuya función no está limitada a aplicar exclusivamente la ley civil”. Afirmó que

“el principio de equidad ordena el conjunto de las reglas jurídicas” [y asegura que] “el perjuicio sufrido por un particular durante una ejecución indispensable en in-

1173. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 287-290.

1174. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 321.

1175. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 315-319.

1176. DUGUIT, L., *Les transformations...*, cit., p. 232. DEBARD, T., “L'égalité devant les charges publiques, fondement incertain de la responsabilité administrative”, *D.*, 1987, pp. 157 y ss. DELVOLVÉ, M., *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, LGDJ, 1969.

terés del servicio público debe ser soportada por la colectividad y no sólo por la víctima; porque decidir de un modo distinto sería romper la igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas”¹¹⁷⁷.

Este principio fue más importante que el del riesgo para configurar la responsabilidad administrativa. El fundamento de este principio es que si se imponen sacrificios por el interés general, la colectividad debe asumir las cargas para evitar que se produzca una situación de desigualdad. En la decisión de 30 de noviembre de 1923, *Couitéas*¹¹⁷⁸, el Consejo de Estado obligó a reparar el daño derivado de la inejecución de una decisión de la justicia por no usar la fuerza pública. En CE 3 de junio de 1938, *Société La Cartonnerie et imprimerie Saint Charles*¹¹⁷⁹, por no restablecer el orden público y aplicar una decisión administrativa. Se imputa a la Administración la responsabilidad por un perjuicio “anormal y especial” derivado de un acto administrativo regular (CE 30 de marzo de 1966, *Compagnie générale d'énergie radioélectrique*)¹¹⁸⁰. El Consejo en su resolución de 24 de noviembre de 1974, *Amonzegh*, valoró los daños permanentes por la existencia de una obra pública que afectaba a una actividad mercantil. Podía dar lugar a indemnizar a quienes se hubiesen visto afectados por la aplicación de la ley (CE 14 de enero de 1983, *Société de produits laitiers La Fleurette*) o de un tratado internacional (CE 30 de marzo de 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-electrique*). Esta doctrina fue confirmada por el Consejo constitucional en la decisión 98-403 DC de 29 de julio de 1998, *Lutte contre les exclusions*. Nuevamente se ha establecido por el Consejo en la resolución de 8 de febrero de 2007, *Arcelor*, condenando al Estado por los daños sufridos por una ley de convalidación contraria al derecho a un proceso equitativo, conforme al artículo 6.1. de la Convención Europea de Derechos Humanos. Invoca el principio de la confianza recíproca entre los sistemas jurídicos comunitario y nacional¹¹⁸¹.

La responsabilidad sin falta avanzó en materia sanitaria, del mismo modo que ocurrió con la responsabilidad por falta grave. La formuló el Consejo en la

1177. CE 29 de diciembre de 2004. *J. A.*

1178. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 178-181.

1179. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 245-251.

1180. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 518-524.

1181. ALONSO GARCÍA, R., “El Conseil d'État ante la encrucijada constitucional: ¿Waterloo para la soberanía francesa o triunfo de la confianza recíproca europea? (Asunto Arcelor, 8 de febrero de 2007)”, *Gaceta Jurídica de la UE*, 248, 2007, pp. 3-8.

resolución de 21 de diciembre de 1990, *Consorts Gomez*, sobre la aplicación de una nueva terapia cuyos riesgos no eran totalmente conocidos: “las complicaciones excepcionales y anormalmente graves que sean consecuencia directa de ella comprometen, incluso en ausencia de falta, la responsabilidad del servicio público hospitalario”. La suerte de un tratamiento generaba “la responsabilidad del servicio público hospitalario si la ejecución del acto es la causa directa de los daños sin relación con el estado inicial del paciente con la evolución previsible de su estado, representando una extrema gravedad” (CE 9 de abril de 1993, *Bianchi*). Se consideró supuesto de responsabilidad la tetraplejía causada por una arteriografía o por daños derivados de la anestesia (CE 3 de noviembre de 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d’Arles*), por transfusión sanguínea (CE 26 de mayo de 1995, *N’Guyen, Jouan, consorts Pavan*) o por deficiencias de los productos o aparatos utilizados en un centro sanitario (CE 9 de julio de 2003, *Mme Marzouk*).

c) La determinación del patrimonio responsable.

A la hora de buscar un criterio para determinar cual sea el patrimonio público responsable, AMSELEK y la doctrina mayoritaria han defendido un criterio funcional con base en la competencia atribuida a cuyo ejercicio se vincula el daño¹¹⁸². Cuando del ejercicio de la competencia se producen daños, la reparación corresponde al titular de aquella y autor de los actos que los han generado, porque “el daño no es reparable en cuanto se puede imputar a la actividad de una persona pública determinada”¹¹⁸³. El Consejo de Estado en su resolución de 13 de julio de 1962, *Lastrajoli*, declaró la responsabilidad, sucesivamente, de la colectividad a la que se vincula la actividad dañosa, la de aquella cuya competencia jurídica abarca la actividad en causa, y la que ejerce por intermediación de sus representantes el poder de decisión en la materia objeto de la actividad.

El principio de responsabilidad por daños ocasionados a los particulares por la Administración planteó algunas cuestiones, como la imputación a los

1182. AMSELEK, P., “La détermination de la personne publique responsable d’après la jurisprudence administrative”, en *Études de droit public*, Paris, Cujas, 1964, pp. 289-376. LAUBADÈRE, A., DE VENEZIA, J.-C., GAUDEMET, Y., *Traité...*, I, cit., p. 1.021. CHAPUS, R., *Droit administratif général*, I, Paris, Montchrestien, 1987, p. 1.172.

1183. RIVERO, J.-WALINE, M., *Droit...*, cit., p. 244.

funcionarios en el ejercicio de sus tareas, por funcionamiento defectuoso de los servicios públicos o por delitos o cuasi-delitos, así como el régimen jurídico aplicable. La resolución de 1 de abril de 1845, *L'administration des postes/Depeyre*, declaró que

“las reglas de los artículos 1.382, 1.383 y 1.384 del Código civil son aplicables sin excepción en todos los casos en los que cualquier hecho humano cause a otro un daño producido por falta de su autor; el Estado, representado por las diferentes ramas de la Administración pública, puede ser condenado por el daño que pudiera causarse por el hecho, la negligencia o la imprudencia de sus agentes”.

La aplicación del artículo 1.384 del Código civil al Estado por responsabilidad extracontractual había sido planteada en la resolución de 1 de abril de 1845¹¹⁸⁴, pero fue rechazada en uno de los pronunciamientos más destacados del Consejo de Estado durante el II Imperio, que reconoció el carácter especial y de ordenamiento propio del Derecho administrativo. En el *arrêt Rothschild* de 6 de diciembre de 1855 se examinó si era imputable al Estado la responsabilidad de una falta cometida por un empleado de correos, estableciendo el principio de responsabilidad administrativa, a partir de la competencia exclusiva para regular los servicios públicos. Las relaciones que de ellos se derivan,

“los derechos y obligaciones no pueden estar regulados sólo por los principios y disposiciones del derecho civil como lo son entre los particulares; [...] en lo que concierne a la responsabilidad del Estado en caso de falta, de negligencia o de errores cometidos por un agente de la Administración, esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, se modifica conforme a la naturaleza y las necesidades de cada servicio”.

La exclusión del derecho común sobre la responsabilidad implicó la remisión al régimen de responsabilidad del ordenamiento propio de la Administración, como derecho del poder, no de la función desempeñada, constituida

1184. El artículo 1.383, dentro del Título IV, sobre las obligaciones que se contraen sin convenio, dispone: “La persona será responsable no solamente del daño que cause por su propia acción, sino también por el que causara por la actuación de personas de las que deba responder, o de cosas que permanezcan bajo su guarda”.

en “una de las bases de nuestro derecho público y de la regla general de la competencia para las demandas introducidas contra el Estado, *puissance publique*, por los particulares que pretenden ser sus acreedores”¹¹⁸⁵. Su conocimiento correspondía no a la jurisdicción civil sino a la jurisdicción administrativa (CE 16 de agosto de 1861, *Dekeister*)¹¹⁸⁶.

d) La “garantía de los funcionarios”, la falta personal y la falta del servicio¹¹⁸⁷.

La “garantía de los funcionarios” del artículo 75 de la Constitución del año VIII impedía perseguirlos ante los tribunales ordinarios, por hechos relativos al ejercicio de sus funciones, salvo decisión favorable del Consejo de Estado, que fue interpretada en sentido muy amplio por el mismo Consejo y el Tribunal de Casación. La ley de 8 de diciembre de 1814 la suprimió respecto a los gestores de las contribuciones indirectas y la de 28 de abril de 1816 para los de aduanas. La Carta de 1830 remitió a la ley la determinación de la responsabilidad de los ministros y de otros agentes del poder” (art. 69.2). La garantía la mantuvo la II República, y el decreto de 18 de febrero de 1852 encomendó al Consejo de Estado autorizar las diligencias contra los agentes del gobierno, vigente hasta 1870. Las autorizaciones se consideraron como “asunto administrativo” por la ordenanza de 22 de marzo de 1831, impidiendo la intervención de los jueces en los de esa naturaleza y estableciendo un régimen de inmunidad jurisdiccional para los funcionarios por hechos personales, aunque trascendieran la consideración de falta administrativa y alcanzaran carácter penal. La derogó el Gobierno de Defensa Nacional por medio del decreto de 19 de septiembre de 1870, aprobado posteriormente por la Asamblea Nacional.

El Tribunal de Conflictos en la resolución de 30 de julio de 1873, *Pelletier*, estableció la diferencia entre la falta del servicio de competencia administrativa y la falta personal de competencia judicial, haciendo desaparecer el sistema de la “garantía de los funcionarios”. Declaró que el decreto de 1870 “no ha tenido otro efecto que suprimir la inadmisibilidad derivada de una falta de autorización [...] pero no ha podido tener igualmente por consecuencia la de ampliar los límites de su jurisdicción, de suprimir la prohibición que le

1185. Confirmada por CE 6 de diciembre de 1855, *Gloxin*; 10 de marzo de 1858, *Gilles*.

1186. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 145-148; *L'autorité...*, cit., pp. 319-339, 472-488.

1187. REDOR, M.-J., *De l'Etat legal...*, cit., pp. 239-251.

ha sido formulada [...] de conocer de los actos administrativos de cualquier clase que sean”¹¹⁸⁸. Recogió la doctrina del Tribunal de casación de 31 de marzo de 1864, *Chéronnet*, para el que la garantía del artículo 7 de la Constitución del año VIII era consecuencia del principio de separación de poderes y “no tenía otro objeto que asegurar la independencia de la Administración respecto a la autoridad judicial y proteger no a la persona inculpada, sino al acto administrativo”¹¹⁸⁹.

e) La falta personal y la falta del servicio.

Respecto a los funcionarios la jurisdicción administrativa diferenció entre los actos personales y los realizados en el ejercicio de las funciones administrativas (CE 20 de mayo de 1850, *Manoury*). En el primer caso la competencia recaía en el juez ordinario por tratarse de una responsabilidad privada.

La resolución de 30 de julio de 1873, *Pelletier*¹¹⁹⁰, distinguió entre la falta personal y la de servicio y la responsabilidad de la Administración y sus agentes por daños a terceros. La primera se separa del servicio, y el juez judicial puede sancionarla sin valorar el funcionamiento de la Administración. Por el contrario, cuando se trata de una falta del servicio la apreciación del hecho del agente en la prestación de aquel implica un juicio sobre el funcionamiento de la Administración.

El significado de la falta personal como criterio de imputabilidad fue expuesto en las conclusiones del comisario LAFERRIÈRE (TC 5 de mayo de 1877, *Laumonnier-Carriol*):

“si el acto dañoso es impersonal, si lo produce un administrador, un mandatario del Estado más o menos sujeto a error, y no el hombre con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias, el acto es administrativo y no puede ser remitido a los tribunales; si, por el contrario, la personalidad del agente se manifiesta por faltas de derecho común, por una vía de hecho, por dolo, entonces la falta es imputable al funcionario, no a la función. El acto pierde su carácter administrativo y no existe obstáculo alguno a la competencia judicial”.

1188. TC 24 de noviembre de 1887, *Gounouilhou*; 29 de diciembre de 1877, *Viette*. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 79, 144-146, 236-238. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 191-192.

1189. LAFERRIÈRE, E., *Traité...*, cit., pp. 583-586, entendió que el decreto de 19 de septiembre de 1870 mantuvo que el acto estaba excluido del conocimiento de los jueces ordinarios.

1190. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 9-13.

La responsabilidad del agente sólo cabía en la falta personal y ante el juez ordinario, pero la jurisprudencia evolucionó hasta determinar que, incluso en la falta personal, salvo que estuviera desprovista de toda relación con el servicio, existe una responsabilidad sin falta del poder público, condenando al Estado a indemnizar a un obrero por los daños sufridos aun cuando no se determinó la existencia de falta por parte de la administración de la empresa (CE 21 de junio de 1895, *Cames*). De modo que la víctima puede, como en la falta de servicio, demandar a la Administración ante el juez administrativo porque la falta es a la vez personal del agente y del servicio de la Administración: “puede ser que la falta se separe del servicio, pero el servicio no se separa de la falta” (CE 26 de julio de 1918, *Epoux Lemonnier*)¹¹⁹¹. Se rechazó la doctrina anterior porque

“no daba satisfacción a la exigencia de la opinión, que demandaba que el ciudadano lesionado por una falta administrativa grave tuviera una acción y pudiera obtener una reparación. Esta exigencia era cada vez más presente en la medida en que el espíritu democrático o simplemente el espíritu de justicia penetraba más en el conjunto de nuestras leyes”.

De modo que la responsabilidad sólo se atribuye al autor si procede de una falta que le es imputable: “la ilegalidad que se reprocha a un acto administrativo no le despoja de su carácter para hacerle degenerar en un hecho particular” (TC 24 de noviembre de 1877, *Gounouilh*).

Esta diferenciación entre la falta personal y la falta del servicio condujo a la doble competencia jurisdiccional: en el primer caso ante la judicial (TC 9 de mayo de 1908, *Dame Vve Gérôme*) y ante el Consejo en el supuesto de daño causado por el servicio (TC 15 de abril de 1905, *Dame Debray*). Esta situación impedía la acumulación de la responsabilidad y que el perjudicado por falta personal recibiera la indemnización cuando el responsable era insolvente y no tenía medio para exigirla al Estado. El Consejo trató de resolverla aplicando el principio de la acumulación de faltas (CE 3 de febrero de 1911, *Anguet*¹¹⁹²; 26 de julio de 1918, *Époux Lemounnier*)¹¹⁹³, asumida por el Tribunal de Conflictos

1191. Fórmula que ya se había planteado en CE 3 de febrero de 1911, *Anguet*.

1192. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 100-103.

1193. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 144-150.

(TC 6 de mayo de 1918, *Lempereur*), que se reforzó por la yuxtaposición de responsabilidades tras la Primera Guerra Mundial (CE 14 de noviembre de 1919, *Époux Lhuillier*; 13 de marzo de 1925, *Clef*). La Administración se subrogaría en los derechos de la víctima contra el autor del hecho dañoso (CE 18 de junio de 1926, *Compagnie des assurances L'Abeille*; 29 de diciembre de 1926, *Bodson*). Se convirtió la acumulación en principio general (CE 28 de marzo de 1924, *Poursines*).

La identificación de HAURIUO entre la explotación del servicio y la obra condujo a aplicar el sistema de responsabilidad de las obras públicas, incluso con falta del servicio (CE 26 de julio de 1929, *Commune de Chailly-en-Bière*; 27 de noviembre de 1931, *Lemaire*; 25 de abril de 1958, *Veuve Barbara*; 26 de enero de 1968, *Dame Maron*). La falta personal fuera del servicio compromete la responsabilidad estatal si el hecho no estuviera totalmente desvinculado del servicio (CE 5 de enero de 1951, *Mamadou M'Backe*).

El Consejo de Estado en la resolución de 12 de abril de 2002, *Papón*, ha establecido la relación que, a efectos de la responsabilidad, se produce entre la Administración, el agente y la víctima. El agente fue el exsecretario general de la Prefectura de La Gironde durante el régimen de Vichy, condenado a diez años de reclusión y a una indemnización por su colaboración en la deportación de judíos a los campos de exterminio nazis. Como miembro del cuerpo prefectural reclamó al Estado que se hiciera cargo de la indemnización, que fue rechazada por el ministro. Formuló recurso por exceso de poder ante el Consejo de Estado. Este, en un cambio jurisprudencial, reconoció la responsabilidad del Estado por los daños causados por el régimen de Vichy invocando la distinción entre falta personal y falta del servicio, el carácter inexcusable del comportamiento del agente y que la falta personal fue cometida con ocasión del servicio que la hace inseparable de este último. Condenó al Estado a asumir la responsabilidad por la mitad de la cuantía indemnizatoria establecida por la condena.

f) Faltas graves y leves, error no culpable.

La responsabilidad por falta grave (*lourde*)¹¹⁹⁴ de la Administración ha sido valorada sobre dos criterios (CE 3 de noviembre de 2001, *Kechichian*). En

1194. En relación con la responsabilidad de la Administración de justicia, el Tribunal de casación en resolución de 23 de febrero de 2001 definió la falta grave como “cualquier deficiencia

primer lugar, la importancia del derecho individual afectado. En segundo, las necesidades del servicio y las dificultades de la Administración para realizarlas, que limitan la responsabilidad cuando son esenciales y tiene una gran dificultad. Si falta alguna de estas se puede considerar una falta simple con una responsabilidad administrativa menor, como en el caso de que se hayan adoptado las medidas de policía (CE 25 de marzo de 1966, *Société Les Films Marceau*) o del suicidio de un recluso “como consecuencia directa de una sucesión de faltas imputables al servicio” (CE 23 de mayo de 2003, *Chabba*)¹¹⁹⁵.

Inicialmente quedaron sometidos al régimen de la falta grave las situaciones de responsabilidad sin falta, puramente objetiva, que se fue configurando conforme se incrementaron los riesgos para la sociedad, con base en la Ley de 9 de abril de 1898. Ya se había declarado en caso de un accidente de trabajo sin falta por parte del obrero (CE 21 de junio de 1895, *Cames*)¹¹⁹⁶, con riesgos derivados de la actividad administrativa (CE 25 de mayo de 1900, *Veuve Guignet*) o por incumplimiento de una sentencia sobre ocupación de las tierras de un colono por parte de los indígenas, rompiendo la igualdad ante las cargas públicas con un perjuicio especial y anormal y el apoyo de la fuerza pública para la ejecución de las decisiones jurisdiccionales que había rechazado el prefecto (CE 30 de noviembre de 1923, *Couitéas*)¹¹⁹⁷. También en este campo tuvieron importancia los efectos de la Primera Guerra Mundial como los riesgos derivados de la proximidad a un polvorín que explotó (CE 29 de marzo de 1919, *Regnault-Desrozier*)¹¹⁹⁸; 26 de marzo de 1920, *Cie PLM*; 21 de mayo de 1920, *Colas*)¹¹⁹⁹.

caracterizada por un hecho o una serie de hechos que traducen la ineptitud del servicio público de la justicia para cumplir la misión que le está encomendada”.

1195. CE 10 de abril de 1992, *Epoux V*, sobre el régimen de falta simple como consecuencia de responsabilidad por el servicio público sanitario.

1196. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 29-31.

1197. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 178-181.

1198. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 153-156.

1199. LAUBADÈRE, A., DE VENEZIA, J.-C., GAUDEMET, Y., *Traité...*, cit., p. 977: “el régimen de los daños de guerra constituye el tipo más característico de reparación del daño por el Estado fuera de toda condición de falta”. AMSELEK, P., “La responsabilité sans faute des personnes publiques d’après la jurisprudence administrative”, en *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 255 y ss. FOMBEUR, V., “Les évolutions jurisprudentielles de la responsabilité sans faute”, *AJDA*, especial, julio-agosto 1999, pp. 100 y ss. MEILLON, D., “Un nouveau fondement pour la responsabilité sans faute des personnes juridiques: la garde d’autrui”, *RDP*, 5, 2006, pp. 1.221-1.246. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 291-293.

Para aceptar la responsabilidad se exigió que la causa de los daños fuera una falta grave (CE 1 de mayo de 1925, *Coulon*; 20 de julio de 1919, *Vallet*) en sentido amplio por mal funcionamiento de los servicios (CE 29 de junio de 1929, *Tison-Solengrau*), falta de actividad (CE 23 de noviembre de 1917, *Ville de Toulouse*), incumplimiento de la cosa juzgada (CE 8 de agosto de 1919, *Abbé Toesca*), desviación de poder (CE 18 de enero de 1924, *Société laitière Maggi*), daños causados por una bomba lacrimógena en una manifestación (CE 16 de marzo de 1956, *Époux Domenech*), aunque la anulación del acto por este motivo no genera automáticamente la responsabilidad (CE 1 de diciembre de 1922, *Grellet*). Esta exigencia de que se tratara de una falta grave para poder exigir la responsabilidad la convertía en excepcional y liberaba al Estado de hacerla efectiva, pero

“después de un cierto tiempo, sin embargo, una evolución jurisprudencial tiende a reconocer la existencia de una falta grave desde que una insuficiencia en la organización o el funcionamiento del servicio tiende por consecuencia a agravar la ampliación del siniestro”¹²⁰⁰.

Este criterio de la falta grave se cuestionó cuando se comprobó que suponía la posible exclusión de la responsabilidad y esto era contrario a la consideración socio-política de la exigencia de responsabilidad pública. Así lo expuso el comisario STAHL al afirmar que “actualmente se percibe por el justiciable como una limitación injustificada de la responsabilidad de las personas públicas [...] el juez de la reparación no puede permanentemente hacer pensar a sus conciudadanos que no les otorga justicia” (CE 20 de junio de 1997, *Theux*). El mismo comisario sustituyó la distinción entre falta grave-falta leve por la de falta y error no culpable (*erreur non fautive*), entendido este como la “torpeza ligera o la imprudencia mínima explicable por la urgencia” (conclusiones LEGAL en CE de 10 de abril de 1992, *Epx. V.*) o “los errores que no tienen un grado suficiente o que se explican por situaciones de urgencia o [...] dificultades técnicas particulares” según las conclusiones del comisario STAHL (CE 20 de julio de 1997, *Theux*).

Se admitió la responsabilidad por falta leve por error sobre temas fiscales (CE 27 de julio de 1990, *Bourgeois*), en materia de Administración local (CE 13 de

1200. PISIER-KOUCHNER, E., *La responsabilité de la police*, Paris, PUF, 1972, p. 40.

mayo de 1991, *Commune de Garúes-lès-Gonesse*, 19 de diciembre de 1997, *Cum-mune d'Arcueil*), atención sanitaria (CE 10 de abril de 1992, *Époux V.R.*; 9 de abril de 1993, *G.D.B.*; 29 de abril de 1998, *Commune de Hannepes*), control de inundaciones (CE 13 de marzo de 1998, *Améon*), ilegalidad de la disposición de medios públicos para la actividad privada (CE 30 de septiembre de 2002, *M. Dupuy*).

La responsabilidad derivada de los daños causados por concentraciones de personas en forma de tumulto (*attroupement*) exige que se trate de acciones poco organizadas y relativamente espontáneas, no premeditadas (CE 29 de diciembre de 2000, *Assurances générales de France*; 26 de marzo de 2004, *Société BV Exposrtslachterij Appeldoorn Esa*). Es suficiente que exista una voluntad colectiva en el grupo (CE 3 de marzo de 2003, *Compagnie Generali France Assurances*), aunque no tenga una condición finalista reivindicativa (CE 13 de diciembre de 2002, *Compagnie d'assurances Les Lloyd's de Londres*).

La prueba de la falta incumbe a quien la invoca (*ei incumbit probatio cui affirmat*), aunque el juez puede establecer una presunción de falta o un sistema de presunciones (CE 19 de octubre de 1990, *Ingremeau*).

g) La responsabilidad sin falta.

La responsabilidad sin falta se extendió a los colaboradores ocasionales de los servicios públicos (CE 5 de marzo de 1943, *Chaval*; 25 de septiembre de 1970, *Commune de Batz-sur-Mer c. Dame Tesson*; 10 de julio de 1977, *Ville de Caen*), a las actividades peligrosas de la policía (CE 24 de junio de 1949, *Lecomte*) o a los riesgos derivados de la evasión de presos (CE 3 de febrero de 1956, *Thouzellier*).

Desde el siglo XIX las obras públicas han sido el ámbito de la actividad administrativa en el que el Consejo de Estado elaboraba las innovaciones más destacadas que generalizaba al régimen de la responsabilidad. Se estableció el principio de la responsabilidad de la Administración contratista por los daños causados (CE 6 de octubre de 1964, *Ministre des travaux publics*), o contra la entidad local beneficiaria si se produce una “colaboración obligatoria” por parte de la Administración estatal (CE 28 de octubre de 1960, *Commune de Ricamarie*; 29 de enero de 1971, *Jeunesse et reconstruction*), lo que no ocurre cuando el agente que actúa por cuenta de otro no ejecuta una orden del representante de la entidad beneficiaria (CE 28 de mayo de 1971, *Saint-Jean-de-Maurienne*). El artículo 2 de la Ley de 12 de julio de 1985 hace responsable de los daños causados a la “persona jurídica por cuya cuenta se ejecuta la obra”.

También se ha establecido una responsabilidad sin falta relacionada con la utilización por el servicio público sanitario de productos defectuosos, anticipando la derivada de la Ley de 19 de mayo de 1998 sobre este tipo de productos (CE 15 de julio de 2004, *M. André Dumas*). En CE 9 de julio de 2003, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris c. Mme Marzouk*, hizo responsable al servicio público “incluso sin falta por su parte, de las consecuencias perjudiciales para los usuarios de los fallos de los productos y aparatos que utiliza”.

Los terceros también se pueden ver afectados por los daños derivados de las actividades administrativas, particularmente por las obras públicas. La resolución del Consejo de Estado de 7 de noviembre de 1952, *Grau*, estableció el principio de que “incluso sin falta, la Administración es responsable de los daños causados a terceros por la ejecución o la inejecución de obras públicas, a menos que estos daños no sean imputables a una falta de la víctima o a un caso de fuerza mayor”¹²⁰¹. Se trata de las personas víctimas de “un daño que no tiene su origen en la utilización efectiva de la obra pública que causa el daño [...] es totalmente ajena al trabajo público o a la obra pública” (CE 23 de febrero de 1973, *Ville de Chamonix*).

Los usuarios de las obras públicas no se asimilan a los terceros afectados por estas (CE 3 de febrero de 1956, *Dame veuve Durand*), pero se estimó que sólo los daños derivados para el usuario del uso normal y sin falta generaban responsabilidad (CE 30 de octubre de 1964, *Min. Transport c. Piquet*), cuando existen defectos de señalización (CE 13 de enero de 1989, *Époux Berthelot*).

La manifestación de la responsabilidad sin falta por motivo de los daños causados por las leyes se estudiarán en un apartado propio. También se ha admitido la responsabilidad estatal derivada de los acuerdos internacionales (CE 30 de marzo de 1966, *Compagnie générale radio-électrique*; 29 de octubre de 1976, *Consorts Burgat*). En la resolución del Consejo de 29 de diciembre de 2004, *Almayrac et autres*, se aceptó la demanda indemnizatoria sin subordinarla a la regularidad de la incorporación del acuerdo internacional al ordenamiento interno.

Un exponente de la transformación de las valoraciones jurídicas que realiza el Consejo de Estado, se ha producido recientemente en relación con la responsabilidad sin falta por una resolución innovadora o *grand arrêt*, que implica

1201. CE 28 de mayo de 1971, *Malpasset*.

un cambio jurisprudencial, determinante de “un progreso, una evolución o un cambio durable”¹²⁰². Este nuevo hito significativo en la materia fue establecido por el CE 11 de febrero de 2005, *GIE Axa Courtage*, sobre daños causados por un joven internado en un establecimiento de protección judicial a la juventud que provocó un incendio que destruyó varios edificios. La compañía aseguradora exigió la responsabilidad estatal con base en la doctrina de la responsabilidad por los daños causados por lo menores cuya custodia tenía encomendada por la existencia de una falta en la custodia (CE 11 de abril de 1973, *Département de la Marne*; 3 de noviembre de 1976, *Société d’assurances modernes des Agriculteurs et Némoz*). El Consejo ha abandonado esa doctrina para asumir la

1202. BRAIBANT, G., “Qu’est-ce qu’un grand arrêt?”, *AJDA*, 2006, p. 1.428, considera que constituye un *grand arrêt* el que determina “un progreso, una evolución o un cambio durable”. Sobre los cambios de la doctrina jurisprudencial (*revirements*): BATIFFOL, H., “Note sur les revirements de jurisprudence”, *APD*, 1967, pp. 330 y ss. BONNEAU, T., “Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement”, *D.*, 1995. CANIVET, G.-MOLFESSIS, N., “Les revirements de jurisprudence”, en LAGARDE, X., *Jurisprudence et insécurité juridique*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 678 y ss., en que se valora la misión de la jurisprudencia de reforzar la seguridad jurídica y garantizarla al justiciable, aludiendo a los riesgos que para ella representan los cambios jurisprudenciales. CHARTIER, Y., “Les revirements de jurisprudence”, en *L’image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 1994. LE BERRE, H., *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l’an VIII à 1998 (Conseil d’État et Tribunal de conflits)*, Paris, LGDJ, 1999. DELAPORTE, V., “Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation”, en *L’image doctrinale...*, cit. DI MANNO, T., “Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel”, en *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 20. MOLFESSIS, N., *Rapport sur les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet, 30 de novembre de 2004*, Paris, Juris Classeur, 2005. MOULY, Ch., “Les revirements de jurisprudence”, en *L’image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 1994. RIVERO, J., “Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle”, *AJDA*, 1968, pp. 15 y ss. VALY, A., *Les revirements de jurisprudence*, Paris, editado por el autor, 1996. El Tribunal de Casación publicó un comunicado sobre la materia el 30 de noviembre de 2004, y en alguno de sus pronunciamientos se ha inclinado por modular los cambios. En su resolución de 21 de diciembre de 2006, invocó su doctrina sobre que “la interpretación jurisprudencial de una misma norma en un momento dado no puede ser diferente según la época de los hechos considerados y nadie puede prevalerse de un derecho adquirido por una jurisprudencia establecida” (Cas. Civil 9 de octubre de 2001), porque “la seguridad jurídica no podría consagrar un derecho adquirido por una jurisprudencia inmutable, la evolución de la jurisprudencia manifiesta el oficio del juez en la aplicación del derecho” (C. Cas Social 25 de junio de 2003; 25 de febrero de 2004) y “la seguridad jurídica, invocada sobre el fundamento de un derecho a un proceso equitativo previsto por el artículo 6 de la Convención europea de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, no se consagra un derecho adquirido a una jurisprudencia inmutable, la evolución de la jurisprudencia relevando al oficio del juez en la aplicación de la ley” (Cas. Social 23 de marzo de 2005).

responsabilidad sin falta por los daños causados por los menores internados conforme a los artículos 375 y siguientes del Código Civil. Se fundamenta el Consejo en que es el Estado, conforme a sus poderes para confiar el menor a un establecimiento sometido a su autoridad, quien “compromete su responsabilidad, incluso sin falta, por los daños causados a terceros por el menor”¹²⁰³.

Mayor complejidad en las relaciones y, por tanto, en la responsabilidad se produce en los casos de “colaboración facultativa”¹²⁰⁴ propia de una gestión pública cada vez más contractualizada¹²⁰⁵. Sirvan de ejemplo los “contratos públicos de ordenación urbana” del artículo L 300-4 de la Ley 2000-1208, de 213 de diciembre, sobre solidaridad y renovación urbana¹²⁰⁶. Por Ley de la Asamblea Nacional 2003-591, de 2 de julio de 2003, se autorizó al Gobierno para

“crear nuevas formas de contratos de las personas públicas [...] para la creación, realización, transformación explotación y financiación de equipamientos públicos o la gestión y financiación de servicios, o para la combinación de estos objetivos”¹²⁰⁷.

5.4.4. Responsabilidad por las leyes

Los controles sobre el legislador, incluso sobre la constitucionalidad de las leyes, han sido una de las cuestiones más polémicas del Derecho público francés, particularmente durante la III República, por los impedimentos derivados

1203. Con ese pronunciamiento el Consejo ha asumido la doctrina del Tribunal de Casación penal de 10 de octubre de 1996, *Association Le foyer Saint-Joseph*, y del civil de 20 de enero de 2000, *Le Faou*.

1204. CE 29 de junio de 1973, *Ministre de l'équipement c. Société parisienne pour l'industrie électrique*, se aplicó la responsabilidad solidaria del Estado, del sindicato de municipios y del contratista por los daños a terceros, salvo que hubiera fuerza mayor o culpa de la víctima. Respecto a esta última se ha aplicado la teoría del inadecuado mantenimiento (CE 13 de noviembre de 1987, *Société provençale d'équipement*). En CE 31 de octubre de 1986, *Société entreprise Magny*, se invocó la responsabilidad solidaria de la entidad pública y el contratista.

1205. GAUDIN, J.-P., *Gouverner par contrat: l'action publique en question*, Paris, Press de Sciences Politiques, 1999.

1206. FANTÔME, V. E., “L'urbanisme contractuel”, en *AJDA*, 1993, número especial *Droit de l'urbanisme, bilan et perspectives*.

1207. ACTUALITÉ JURIDIQUE DROIT ADMINISTRATIF, *Dossier La réforme du partenariat public-privé*, 27 septembre 2004. Fundamentada en la habilitación legal se dictó la Ordenanza 2004-559, de 17 de junio de 2004, sobre contratos de colaboración, que establece una nueva forma de contratos públicos (*partenariat public-privé*, PPP).

de los planteamiento políticos sobre la soberanía parlamentaria, del principio de separación de poderes y de la ausencia de normas suficientes para poder realizarlo¹²⁰⁸.

Sin embargo, en tiempos reciente se abrió paso la consideración de la responsabilidad sin falta del Estado por causa de las leyes fue reconocido por CE 16 de marzo de 1934, *Société Amann-Firmery*, y consagrada en la resolución de 14 de enero de 1938, *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette*¹²⁰⁹, porque

“nada ni en el mismo texto de la ley o en sus trabajos preparatorios, ni en el conjunto de circunstancias del asunto, permite pensar que el legislador ha querido que el interesado soporte una carga que no le incumbe normalmente; que esta carga, creada por un interés general, debe ser soportada por la colectividad”.

Para ello, además de examinar la ley y los trabajos preparatorios, se ha de valorar su voluntad con referencia al “conjunto de las circunstancias del asunto”, lo que se ha venido haciendo con un criterio restrictivo (CE 21 de enero de 1944, *Sieurs Caucheteux et Desmonts*; 25 de enero de 1963, *Sieur Bovéro*; 7 de julio de 1989, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes*; 30 de julio de 2003, *Association pour le développement de l’aquaculture en région Centre*).

El Consejo había admitido la responsabilidad sin falta por la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas (CE 30 de noviembre de 1923, *Couitéas*),

“para asegurar la reparación de los perjuicios nacidos de las convenciones concluidas por Francia con otros Estados e incorporados regularmente en el orden jurídico interno con la condición, por una parte, de que ni la convención ni la ley que eventualmente autorice la ratificación pueda interpretarse que haya querido excluir toda indemnización, y de otra que el perjuicio cuya reparación se demanda sea de una gravedad suficiente y presente un carácter especial” (CE 30 de marzo de 1966, *Compagnie générale d’énergie radio-électrique*)¹²¹⁰.

1208. REDOR, M.-J., *De l’Etat legal...*, cit., pp. 216-226.

1209. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 235-242. MESTRE, J.-L., “Les grands arrêts antérieurs à 1873”, *RFDA*, 2, 2007, pp. 230-231, cita como precedente el *arrêt Duchâtellier* de 11 de enero de 1838.

1210. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 518-524.

El poder reglamentario de ejecución de las leyes debe adoptar las medidas pertinentes en un plazo razonable para no hacerlas ineficaces, teniendo en cuenta las exigencias técnicas que el legislativo no controla por lo que puede remitirse directamente a precisarlas por los reglamentos (CC 17 de enero de 1989). Ahora bien, si no se adoptan las medidas existe una responsabilidad del Estado por inejecución (CE 27 de noviembre de 1964, *Dame Veuve Renard*)¹²¹¹. También existe responsabilidad por un acto reglamentario de desarrollo de una ley contraria a los objetivos del Derecho comunitario (CE 28 de febrero de 1992, *SA Rothmans International et SA Philips Morris France*).

En la resolución de 2 de noviembre de 2005, *Coopérative Ax'ion*, el Consejo de Estado ha eliminado de la responsabilidad del hecho de las leyes su principal límite desde el asunto *La Fleurette* de 1938, que era adivinar por el texto y los antecedentes la voluntad implícita del legislador. Se consagra la reparación plena de los daños graves y especiales y se extiende a la ley la responsabilidad de los actos administrativos. Por un Decreto de 16 de abril de 1999 se ordenó a la cooperativa la eliminación de los silos y otras instalaciones por el riesgo que representaban para la población próxima, conforme a la Ley de 19 de julio de 1976. La petición de indemnización fue rechazada pero el Consejo de Estado declaró que

“resulta de los principios que gobiernan el compromiso de la responsabilidad sin falta del Estado que el silencio de una ley sobre las consecuencias que puede comportar su ejecución, no podrá interpretarse como excluyente, por principio, del derecho a la reparación de los perjuicios que su aplicación es susceptible de provocar [...] en ausencia de disposiciones que lo prevean expresamente, la explotación de una instalación cuyo cierre o supresión ha sido ordenado con base en la ley de 19 de julio de 1976 en razón de los daños o inconvenientes que representa, está fundada para demandar la indemnización del daño que ha producido este hecho”¹²¹².

1211. CE 13 de febrero de 1985, *Syndicat communautaire de Cergy-Pontoise*, afirmó que una vez ha entrado en vigor una ley que exige medidas de aplicación sobre las que nada ha previsto el legislador, las colectividades locales pueden adaptarlas por sí mismas.

1212. CE 2 de noviembre de 2005, *Coopérative Ax'ion*, *RFDA*, 2006, p. 349. BROYELLE, C., “L'arrêt Coopérative Ax'ion et la banalisation de la responsabilité de l'État législateur”, *RDP*, 5, 2006, pp. 1427 y ss.

5.4.5. Responsabilidad por la justicia

La responsabilidad del Estado por los daños causados por el servicio público de la justicia en el ejercicio de su función está regulada por el artículo L 781-1 del Código de la organización judicial, conforme al artículo 11 de la Ley de 5 de julio de 1972:

“El Estado está obligado a reparar el daño causado por el funcionamiento defectuoso del servicio de la justicia. Esta responsabilidad se compromete por falta grave o denegación de justicia. La responsabilidad de los jueces por falta personal se rige por el estatuto de la magistratura en lo que afecta a los magistrados de los cuerpos judiciales y por leyes especiales para los jueces de las jurisdicciones de atribución. El Estado garantiza a las víctimas de los daños causados por las faltas personales de jueces y magistrados, salvo su recurso contra estos últimos”¹²¹³.

La responsabilidad de la jurisdicción judicial se expone en el capítulo siguiente en relación con el ámbito de su competencia.

El primer supuesto de responsabilidad se vincula a la falta grave que según el Tribunal de casación es “toda deficiencia caracterizada por un hecho o una serie de hechos que manifiestan la ineptitud del servicio público de la justicia para cumplir la misión de la que está investido” (TCas. 23 de febrero de 2001, *Consorts Bolle et Laroche*)¹²¹⁴. Ante la inexistencia de un código deontológico se aplica la doctrina del Tribunal comunitario que va perfilando la responsabilidad de los magistrados, a partir del reconocimiento del derecho del justiciable a la imparcialidad personal y funcional¹²¹⁵.

1213. AUBY, J. M., “La responsabilité de l’État en matière de justice judiciaire”, *AJDA*, 1973, pp. 4 y ss. La responsabilidad civil de los magistrados está regulada por el nuevo artículo 11-1 de la Ordenanza de 22 de diciembre de 1958, introducido por la Ley de 18 de enero de 1979, que establece la responsabilidad por faltas personales relacionadas con el servicio público de la justicia ante una cámara civil del Tribunal de casación.

1214. CCas. 21 de febrero de 1995, *Société United Distillers*, calificó como falta grave una instrucción del Ministro de Justicia para realizar diligencias contrarias a una resolución del TJCE. Se ha planteado la valoración de la deontología profesional de los jueces por DOKHAN, D., “Le Conseil d’État, garant de la déontologie des magistrats de l’ordre judiciaire”, *RFDA*, 2002, pp. 768 y ss.

1215. Lleva aparejada la posibilidad de formular la recusación: CEDH 1 de octubre de 1982, *Piersak c./Belgica*. Está reconocida en el Derecho francés por los artículos 668 CPP y 341 NCPC. MOREAU, J., “La responsabilité des magistrats et de l’État du fait de la justice, l’apport du droit administratif”, *Justices*, 5, 1997, pp. 39-48.

La responsabilidad por denegación de justicia se basa en que la prohibición de *non liquet* obliga a resolver y, por tanto, sanciona el no hacerlo, recogida en los artículos 4 del Código civil y 185 del Código penal. Existe denegación de justicia, según el artículo 596 del Código de procedimiento civil, “cuando los jueces rehúsan responder a las demandas y actúan con negligencia en los asuntos que les corresponde juzgar”¹²¹⁶. Se ha considerado que no existe denegación de justicia cuando hay declaración de incompetencia o se comprueba que no existe un verdadero litigio.

La jurisdicción administrativa no dispone de texto de contenido similar, pero la responsabilidad de la jurisdicción ha sido reiteradamente reconocida por el Consejo de Estado (CE 29 de diciembre de 1978, *Darmont*):

“si en virtud de los principios generales que rigen la responsabilidad del poder público, una falta grave cometida en el ejercicio de la función jurisdiccional por una jurisdicción administrativa es susceptible de producir el derecho a la indemnización, la autoridad que se opone a la cosa juzgada se opone al ejercicio de esta responsabilidad, en el caso en que la falta grave alegada resultara de igual contenido que la decisión jurisdiccional cuando esta decisión deviniera definitiva”¹²¹⁷.

La responsabilidad también alcanza por el daño causado no por el funcionamiento, sino por la organización del servicio de la justicia, aplicando el régimen indemnizatorio propio del Derecho privado (TC 27 de noviembre de 1952, *Préfet de la Guyane*)¹²¹⁸. Constituye una excepción a este régimen la indemnización a un colaborador ocasional de este servicio público en razón a la naturaleza de la actividad (Cas. Civil 23 de noviembre de 1956, *Trésor public c. Giry*).

El Consejo de Estado en resolución de 28 de junio de 2002, *Magiera*, admitió la responsabilidad del Estado por falta simple por violación del derecho a un plazo razonable para resolver un juicio que había tardado siete años. Se ha de destacar que esta resolución del Consejo de Estado alude a la reparación

1216. TCass. 7 de julio de 1838; 8 de abril de 1935. TCassCrim. 20 de febrero de 1862.

1217. CE 27 de febrero de 2004, *Mme Popin c/ Université de Strasbourg*. La exigencia del carácter definitivo de la decisión ha sido exigida por CE 12 de noviembre de 1980, *Pierrot*; 12 de octubre de 1983, *Consorts Levi*. No lo fue en CE 2 de octubre de 1981, *Cloatre*, por considerar que no se trataba de una falta grave.

1218. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 379-386.

del “perjuicio causado por la pérdida de una ventaja o suerte, o por el reconocimiento tardío de un derecho” y a los daños materiales y morales, directos e indirectos.

Invocó el artículo 6-1 CEDH y los “principios generales del Derecho que gobiernan el funcionamiento de las jurisdicciones administrativas”, porque

“el carácter razonable del plazo del juicio de un asunto debe apreciarse de manera global –teniendo en cuenta, principalmente, el ejercicio de las vías de recurso– y concreta, considerando su complejidad, las condiciones de desarrollo del procedimiento y, en particular, el comportamiento de las partes a lo largo de este, pero también, en la medida en que la jurisdicción toma conocimiento de los elementos, el interés que puede tener, para uno u otro, que sea resuelto rápidamente, valorando la situación particular, las circunstancias propias del litigio y, llegado el caso, de su misma naturaleza”.

En cuanto al alcance de la reparación consideró que debiera:

“permitir la reparación del conjunto de los daños tanto materiales como morales, directos y ciertos, que hayan podido causarse y cuya reparación no se encuentre asegurada por la decisión sobre el litigio principal; que puede así, sobre todo, encontrar reparación del perjuicio causado por la pérdida de una ventaja o suerte, o por el reconocimiento tardío de un derecho, pudiendo dar lugar a reparaciones desagregadas provocadas por la duración abusivamente larga de un procedimiento, cuando aquel tiene carácter real y va más allá de las preocupaciones causadas habitualmente por un proceso, teniendo en cuenta principalmente la situación personal del interesado”¹²¹⁹.

Para amparar la indemnización de los perjuicios se ha venido invocando la “teoría del enriquecimiento sin causa” en relación con los ocasionados por las obras públicas, que permitió al juez disponer de una herramienta útil para amparar situaciones que no tenían claro amparo en la norma, pero habían producido una lesión demostrada. Se invalidaba por los hechos del perjudicado si podía invocarse en su contra el brocardo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Se admitían los daños materiales pero no los morales (CE 6 de junio de 1958, *Commune de Grigny*), que fueron incorporados posteriormente (CE

1219. CE 29 de diciembre de 2004, *Guy C.*

24 de noviembre de 1961, *Consorts Letisserand*)¹²²⁰, pero no los afectivos o *pretium affectionis*.

Para que fuera indemnizable el perjuicio debía ser cierto, realmente causado, anormal, especial, grave y cuantificable en dinero actual o a futuro en función de las reparaciones (CE 21 de marzo de 1947, *Dame Veuve Aubry*)¹²²¹. Era precisa la relación de causalidad entre el hecho y el daño (CE 14 de febrero de 1947, *Epoux Quarez*; 17 de noviembre de 2002, *Nicolas Perrouche*). En el caso de los daños personales se toma como fecha de referencia para la valoración la de celebración del juicio (CE 21 de marzo de 1947, *Veuve Aubry*), frente a la regla general de la fecha en que se produjeron. Exoneran de responsabilidad la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de terceros y la falta de la víctima (CE 10 de julio de 1996, *Meunier*).

5.4.6. Regímenes especiales

Se ha de distinguir entre los supuestos en que la competencia sobre la responsabilidad de la Administración se encomienda a la jurisdicción judicial y los que se atribuye a la administrativa. Los primeros se exponen en relación con los tribunales judiciales en el capítulo siguiente, diferenciando entre los derivados de normas especiales o los establecidos por los límites jurisprudenciales.

Los regímenes especiales de responsabilidad proceden de normas que han establecido regímenes indemnizatorios basados en la solidaridad colectiva con reglas especiales, que, según expuso el comisario LEGAL,

“determinan las modalidades particulares de reparación de un daño causado por el poder público [...] la intervención del legislador ha sustraído la materia al derecho común jurisprudencial de la responsabilidad extracontractual del poder público no dando lugar por ello a ninguna otra reparación a cargo del Estado que la prevista por la ley [...] Las leyes más conocidas en esta categoría son las relativas a la reparación de daños de guerra o las que tratan de la indemnización global por los accidentes sufridos por los funcionarios en servicio. Constituyen otra categoría las leyes de objeto conservador que buscan beneficiar rápidamente por la solidaridad

1220. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 488-493.

1221. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 295-300.

nacional a las víctimas de ciertos daños, cualquiera que fuera su origen, pero sin descargar al autor del daño [...] de su responsabilidad” (CE 9 de abril de 1993, M.D.).

Por este medio se garantiza la indemnización con cargo a un fondo creado a tal fin, sin determinar la responsabilidad ni el patrimonio público imputado para hacerla efectiva, que se produce en los siguientes supuestos:

A) *Sanidad*

La prestación de la sanidad como servicio público universal propio del Estado social de Derecho determina la posibilidad de efectos dañosos imputables a la actividad pública en diversos ámbitos¹²²².

a) Atención hospitalaria.

La responsabilidad por la atención hospitalaria se basó en la falta simple respecto al servicio y en la falta grave para los actos médicos y quirúrgicos (CE 8 de noviembre de 1935, *Veuve Loiseau et dame Phillonneau*; 16 de junio de 2000, *Hospices civils de Lyon*). Esa doctrina fue superada por la resolución del Consejo de Estado de 10 de abril de 1992, *Époux V.*, que formuló la necesidad de demostrar el carácter culpable del daño resultante del acto médico sin que fuera necesaria una falta grave, considerando suficiente una “falta característica” del profesional o el establecimiento sanitarios (CE 19 de febrero de 2003, *M. et Mme. Maurice*; 9 de febrero de 2005, *Centre hospitalier Émile Roux du Puy-en-Velay*). Se ha incorporado al ámbito de la responsabilidad por riesgo (CE 9 de abril de 1993; 27 de octubre de 2000).

b) Vacunaciones.

La reparación de los daños derivados de las vacunaciones obligatorias fue regulada por la Ley 64-643 de 1 de julio de 1964, que incorporó el artículo 20-1 al Código de la salud pública, como una responsabilidad del Estado sin falta. Anteriormente, la doctrina establecida por el Consejo de Estado encuadró el supuesto dentro del defectuoso funcionamiento del servicio público

1222. DUBOUIS, L., “Le juge administratif, le malade et le médecin”, en *Le juge et le droit public. Mélanges Marcel Waline*, II, Paris, LGDJ, 1974, pp. 389-406.

haciendo responsable al Estado o al Departamento por su colaboración en la prestación del mismo (7 de marzo de 1958, *Sieur Dejous*; 13 de julio de 1962, *Sieur Lastrajoli*)¹²²³. En la resolución de 9 de marzo de 2007, *Mme. S.*, se admitió la relación de causalidad entre una esclerosis en placas y una vacunación. Por decisiones de 9 de marzo de 2007 se ha reconocido como enfermedad profesional la derivada de una vacunación obligatoria.

c) Transfusiones sanguíneas.

Conforme al artículo 47 de las leyes de 31 de diciembre de 1991, de medidas de orden económico y social, que previó la constitución de un fondo para la reparación de los daños producidos por “la transfusión de productos sanguíneos o una inyección de productos derivados de la sangre”, siempre que exista una relación de causalidad entre la transfusión y el efecto dañoso¹²²⁴. El fondo directamente responsable puede ejercitar una acción de reembolso contra los culpables por falta subrogándose en los derechos de la víctima.

En la doctrina del CE 9 de abril de 1993, *M.D.G.B.*, en un supuesto de transmisión de SIDA por una transfusión sanguínea, permite accionar contra el Estado por sus competencias reglamentarias y de control “sin que pueda ser exonerado por las faltas imputables a los centros de transfusión”. Además,

“en el caso en que los productos sanguíneos causantes de una contaminación hayan sido elaborados por varios centros de transfusión con personalidades jurídicas distintas, la persona jurídica demandada ante el juez administrativo debe tenerse por responsable del conjunto de los daños sufridos por la víctima y condenado a repararlos si no demuestra la inocuidad de los productos que ella misma ha elaborado”.

También puede invocarse la ley de 19 de mayo de 1998, sobre productos defectuosos. Alcanza a todos los casos de transfusión con efectos no deseables para la salud (CE 20 de octubre de 2000, *Torrent*), previéndose la acción de reembolso contra la persona pública o privada coautora.

1223. SAVATIER, R., “Responsabilité de l’État dans les accidents de vaccination obligatoire reconnus imparables”, en *Le juge et le droit public. Mélanges Marcel Waline*, II, Paris, LGDJ, 1974, pp. 751-758.

1224. La Ley 98-535 de 1 de julio de 1998, sobre la vigilancia y el control de la seguridad sanitaria, creó un establecimiento público sobre las transfusiones con carácter de servicio público.

B) *Terrorismo*

La Ley 86-1.020 de 9 de septiembre de 1986 sobre lucha contra el terrorismo y atentados a la seguridad del Estado, modificada por la Ley 86-1.322 de 30 de diciembre de 1986, estableció un seguro de solidaridad nacional por medio de un fondo de garantía para las personas, y la incorporación a los seguros de bienes de una cláusula de garantía por actos de terrorismo¹²²⁵.

C) *Amianto*

La Ley 98-1.194 de 23 de diciembre de 1998, sobre financiación de la seguridad social, creó un fondo para indemnizar a las víctimas del amianto. El Consejo Constitucional en su decisión 2000-437 DC de 19 de diciembre de 2000, declaró la inexistencia de derecho a recurso jurisdiccional para demandar una segunda indemnización cuando ya se había obtenido por una decisión definitiva.

El Consejo de Estado declaró la responsabilidad del Estado por las enfermedades profesionales derivadas de la afección del polvo de amianto a los trabajadores por la carencia de las medidas de prevención de los riesgos derivada de una insuficiente reglamentación de los lugares de trabajo (CE 3 de marzo de 2004, *Bourdignon, Botella, Thomas, Xueref*).

D) *Policía y actos violentos*

a) *Policía.*

Ha sido preciso delimitar la responsabilidad por la policía de prevención de las competencias estatales y locales, y por el poder general de policía de los alcaldes. En CE 22 de junio de 1987, *Ville de Rennes*, declaró que no exoneraban de responsabilidad al municipio, competente respecto a la prevención de las inundaciones, las faltas cometidas por el servicio estatal de anuncio de crecidas al no haber comunicado a los servicios municipales la subida de las aguas.

Es municipal la responsabilidad por el mantenimiento de los semáforos, aunque, a petición del alcalde y sin incumplir sus órdenes, lo atendiera personal de la gendarmería (CE 22 de junio de 1987, *Bouesnard*).

1225. RENOUX, T., "L'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme: un nouveau cas de garantie sociales", *RFDA*, 1987, pp. 909 y ss. RENOUX, T.-ROUX, A., "Responsabilité de l'État et droits des victimes d'actes de terrorisme", *AJDA*, 1993, pp. 76 y ss.

b) Tumultos y manifestaciones.

El artículo L 133-1 a 8 del Código municipal establece acciones ante el orden judicial en relación con los crímenes y delitos cometidos contra las personas y las propiedades por tumultos y manifestaciones, sean o no armados, conforme al artículo L 1331-1¹²²⁶.

Realmente está atribuida al Estado, a pesar de su regulación en el ámbito local, conforme a la Ley de 16 de abril de 1914, si el municipio no tiene medios de policía local ni de fuerza armada (art. 133-4), conforme al artículo 87 de la Ley 75-1.278 de 30 de enero de 1975, de finanzas. El artículo 92 de la Ley 83-8 de 7 de enero de 1983, sobre distribución de competencias entre municipios, departamentos, regiones y Estado dispone que este es “civilmente responsable de los daños cometidos por la fuerza o la violencia, por tumultos o manifestaciones, armados o no armados, contra las personas o contra los bienes”, aunque se reserva la facultad de interponer un recurso ante el juez administrativo contra el municipio cuando su responsabilidad está establecida.

Se exige que exista *force ouverte* por falta de resistencia suficiente por las autoridades públicas o utilización de la violencia (TC 2 de junio de 1945, *Epoux Couvillier*; 12 de junio de 1961, *Dame Jean*).

Se discutió si la asunción de la responsabilidad por el Estado ha supuesto o no el cambio del ámbito jurisdiccional del judicial al administrativo, como lo formuló la circular 83-265 de 22 de noviembre de 1983. Esta transferencia fue rechazada por la decisión del Tribunal de Conflictos de 13 de febrero de 1984, *Préfet commissaire de la République de la Seine-Maritime*. Sin embargo, la Ley 86-29 de 9 de enero de 1986, sobre las colectividades locales, atribuyó definitivamente la competencia a la jurisdicción administrativa (CE 20 de febrero de 1998, *Société de études et constructions de sièges pour l'automobile et autres*; 29 de diciembre de 2000, *AGF*)¹²²⁷.

1226. GUENAIRE, M. “Le régime juridique de la responsabilité administrative du fait des actes de violence”, *AJDA*, 1987, pp. 227 y ss.

1227. MODERNE, F., “Les articles L. 133-1 à L. 133-8 du code des communes sont abrogés: les nouvelles règles de compétence en matière de dommages causées par les attroupements et rassemblements”, *D.* 1987, pp. 110-112. LETTERON, R., “Le juge administratif et la responsabilité du fait des attroupements”, *RDP*, 1990, p. 492.

5.5. La reserva reglamentaria

Se ha expuesto como dentro del proceso de incremento del poder administrativo destacaba el reconocimiento y la ampliación del poder reglamentario durante la III República por el artículo 6 de la Ley de 17 de agosto de 1848, que fijó en una lista las “materias reglamentarias por naturaleza”, facultando al Gobierno para derogar o modificar por decreto las disposiciones legales que les afectaran. Asimismo por la exigencia parlamentaria al ejecutivo para que sobre esas materias dictara reglamentos, con opinión del Consejo de Estado sobre algunas materias, que fueron los calificados por la doctrina de “reglamentos de Administración pública”. Una parte de la doctrina la valoró como una delegación legislativa en el Jefe del Estado, lo que fue rechazado por DUGUIT invocando la inconstitucionalidad de las delegaciones, aunque admitió sustituir la delegación por la “determinación de competencia”¹²²⁸. En su comentario a CE 6 de diciembre de 1907, *Compagnie du Nord, d’Orléans, du Midi, de l’Est et de l’Ouest*, expuso JÈZE que “en parte alguna la ley constitucional enumera las materias legislativas y reglamentarias”, aunque sólo el “legislador puede modificar el régimen de la propiedad privada, de la libertad individual, de la libertad de comercio y de industria”¹²²⁹. Este poder se afianzó durante la guerra de 1914 con el fin de asegurar el orden público y la defensa nacional.

Las “leyes-marco” y las leyes de plenos poderes siguieron ampliando el campo del reglamento, del mismo modo que la Ley de 16 de marzo de 1956 de poderes especiales. Continuó durante la IV República y se consolidó con la reserva reglamentaria de la Constitución de 1958¹²³⁰.

La ampliación de la potestad reglamentaria fue la manifestación de la divergencia entre la superestructura constitucional potenciadora de la ley y limitativa de la potestad, y la infraestructura reglamentaria, que se fue abriendo paso en las Constituciones que tuvieron mayor presencia del principio monárquico, aunque fue negada por las de 1848 (art. 49.2) y 1875 (art. 3). Afirmó BARTHÉLEMY que “no vemos ninguna objeción teórica para que se reconozca

1228. DUGUIT, L., *Manuel...*, cit., p. 1025; *Traité...*, cit., II, p. 456 y 461. REDOR, M.-J., *De l’Etat legal...*, cit., pp. 245-148.

1229. Citado por REDOR, M.-J., *De l’Etat legal...*, cit., p. 143. Principio continuamente invocado por el Consejo de Estado: WORMS, R., “La juridiction...”, cit., pp. 668-669.

1230. BARRAT I ESTEVE, J., *La reserva reglamentaria*, León, Universidad, 1999.

al Ejecutivo un poder reglamentario libre e independiente en el ámbito no regulado por la legislación”. Lo amparaba en la necesidad de dar órdenes distintas de las generales que establezca el Legislativo, que no podrán interferir ni contradecir aquellas¹²³¹. Esta tendencia a reconocer potestad normativa al Ejecutivo se reforzó con las habilitaciones legislativas y la posibilidad de dictar decretos-leyes a partir de 1879, con base en el poder del Presidente según la Constitución de 1875¹²³², reforzada en los periodos bélicos. En el periodo final de la III República, inmediatamente antes de la Segunda Guerra Mundial, se realizaron por medio de decretos-leyes la mayor parte de las más importantes reformas por causa de la inestabilidad política¹²³³.

La Constitución de 1875 declaró la subordinación del reglamento a la ley (art. 3) reconociendo al legislador el más amplio poder regulador. Durante el régimen parlamentario de la III República se reconoció al Ejecutivo la posibilidad de dictar reglamentos independientes al amparo de los principios de un orden legal que debía mantenerse, aunque no hubiera una norma concreta a desarrollar¹²³⁴. Así lo hizo el Consejo de Estado en el ámbito de la policía (CE 8 de agosto de 1919, *Labonne*) porque “compete al Jefe del Estado sin necesidad de delegación legislativa y en virtud de sus propios poderes, determinar las medidas de policía que deben aplicarse en todo caso en el conjunto del territorio”¹²³⁵. También se le reconoció en cuanto a los servicios públicos conforme al artículo 3 de la Constitución, en cuanto “cabeza de la administración francesa encargado de asegurar la ejecución de las leyes debe velar porque en toda época, los servicios públicos establecidos por las leyes y los reglamentos estén en condiciones de funcionamiento, sin que las dificultades de la guerra los paraliquen” (CE 4 de mayo de 1906, *Babin*; 28 de junio de 1918, *Heyriès*). Respecto a los llamados reglamentos de administración dictados por el Jefe del Estado, aunque se adopten en virtud de una dele-

1231. BARTHÉLEMY, J., *Le rôle...*, cit., p. 13.

1232. En pronunciamientos del Consejo de Estado durante la vigencia de la Constitución de 1946 se reconoció a los Decretos-leyes carácter de norma administrativa (CE 10 de febrero de 1950, *Gicquel*; 16 de marzo de 1956, *Garrigou*).

1233. WALINE, M., “Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958”, en *RDP*, 1959, pp. 699-717.

1234. RIVERO, J., *Droit...*, cit., p. 45. REDOR, M.-J., *De l'Etat legal...*, cit., pp. 144-151.

1235. CE 29 de mayo de 1908, *Colonie du Sénégal*, reconoció al Presidente potestad legislativa en relación con las colonias.

gación legislativa, “en cuanto emanan de una autoridad administrativa” son controlables por medio del recurso por exceso de poder conforme al artículo 9 de la ley de 25 de mayo de 1872 (CE 6 de diciembre de 1907, *Compagnie des chemins de fer de l’Est*).

La Constitución de 1946 de la IV República fue parlamentaria con control del ejecutivo en un retorno a los conceptos de la III República, como réplica al autoritarismo del Estado francés del régimen de Vichy¹²³⁶. Se atribuyó la potestad reglamentaria al Presidente del Consejo (art. 47) y redujo con severos controles la posibilidad de los decretos-leyes (art. 13)¹²³⁷, que no fueron un obstáculo a su abundante utilización. La ley 48-1.268 de 17 de agosto de 1948 sobre la recuperación económica y financiera habilitó ampliamente al Gobierno para modificar mediante decreto normas con rango de ley que recaían sobre materias que “por su naturaleza” tenían carácter reglamentario en su artículo 7, previo dictamen del Consejo de Estado y a propuesta del ministro de finanzas y asuntos económicos y de los ministros interesados en “derogar, modificar o reemplazar las disposiciones en vigor”. El Parlamento, que había establecido la habilitación, seguía siendo el titular de la potestad normativa y podía dictar leyes sobre las materias de naturaleza reglamentaria según su propia norma (CE 24 de junio de 1955, *Ville de Lyon*).

La promulgación de leyes-marco fue otro medio para superar las limitaciones al poder normativo del Ejecutivo derivadas del artículo 13 de la Constitución de 1946, porque permitían al Ejecutivo un amplio desarrollo por medio de decretos. Fueron ejemplo durante la III República la ley de 6 de julio de 1934, de reforma fiscal, y en la IV República las leyes 56-619 de 23 de julio de 1956, sobre los territorios de ultramar, 57-908 de 7 de agosto de 1957 sobre la construcción de viviendas y equipamientos colectivos, y 58-95 de 5 de febrero de 1958, sobre las instituciones de Argelia.

El artículo 34 de la Constitución de 1958 establece el ámbito propio de la reserva legal, correspondiendo al poder reglamentario las materias no reservadas a la ley. Además de los reglamentos complementarios se establece la

1236. DUVERGER, M., *Les constitutions de la France*, Paris, PUF, 1944, p. 74: “el régimen establecido por la Constitución de 27 de octubre de 1946 se parece como un hermano al instaurado por la Constitución de 1875”.

1237. Sobre el alcance del artículo 13 se pronunció el Consejo de Estado en dictamen consultivo de 6 de febrero de 1953.

categoría de los reglamentos autónomos (art. 37 CF)¹²³⁸, y de las ordenanzas (art. 38) que constitucionalizan los anteriores decretos-leyes. Corresponde al Primer Ministro asegurar la ejecución de las leyes (art. 21 CF) lo que le permite dictar reglamentos para hacerlas efectivas (CC 149 L de 20 de febrero de 1987. CE 22 de enero de 1982, *Autodéfense*). Fue nuevamente redactado por la ley constitucional 96-138 de 22 de febrero de 1996, sobre financiación de la seguridad social por un régimen diferente del general, desarrollada por la ley orgánica de 22 de julio de 1996. Según BURDEAU,

“al final de una evolución de poco más de un cuarto de siglo, el Gobierno ha conquistado una autoridad normativa comparable a la que había dispuesto el primer cónsul, después Napoleón, ciento cincuenta años antes. Este es el primer testimonio del reforzamiento de la autoridad reconocida a los responsables más altos de la Administración”¹²³⁹.

Sin embargo, por medio de una mutación constitucional se ha reformado el régimen derivado de las reservas de los artículos 34, 37 y 38 CE para volver a la situación anterior a la Constitución de 1958¹²⁴⁰. El alcance de la reserva reglamentaria se traduce en dos aspectos. Por una parte se limita el contenido material de las leyes en su objeto y grado de intervención; por otra, la ley no puede entrar en una regulación detallada, sino en la definición de las reglas y los principios fundamentales, reservándose aquella a los reglamentos¹²⁴¹. Sin embargo, mantuvo la necesidad de la regulación legal en materias fundamentales como los derechos y las libertades (CC 75-56 DC de 23 de julio de 1975, *Juge unique*).

El Consejo de Estado contribuyó a esta mutación aplicando los principios generales del Derecho a la jerarquía de normas (CE 2 de marzo de 1962,

1238. CE 26 de junio de 1959, *Syndicat général des Ingénieurs conseils*, y 12 de febrero de 1960, *Eky*, establece el deber del poder reglamentario autónomo de respetar los principios superiores, que controla el juez administrativo.

1239. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 387.

1240. FAVOREU, L., “Consideraciones comparadas sobre la revolución jurídica francesa”, *RCEC*, 1, 1989, pp. 29-238. CHAPUS, R., *Droit administratif...*, cit., p. 54, reconoce que la situación de las fuentes del Derecho administrativo en la relación de la ley con el reglamento no es muy diferente de la anterior a la V República.

1241. COHEN, A. G., “La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au domaine de la loi après l'article 34 de la Constitution”, *RDP*, 1963, pp. 746.

Rubin de Sevens)¹²⁴², a las ordenanzas sobre habilitación legislativa (CE 24 de noviembre de 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*)¹²⁴³ y a los reglamentos autónomos (CE 26 de junio de 1959, *Syndicat general des ingénieurs-conseils*¹²⁴⁴; 28 de octubre de 1960, de *Laboulaye*), equilibrando el alcance de la reserva reglamentaria del artículo 37 frente al dominio limitado de la ley del artículo 34 de la Constitución, haciéndole perder su valor en beneficio de la ley.

1242. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 18, 21, 76, 494.

1243. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 327, 473, 506, 508.

1244. Declaró que los reglamentos autónomos están sometidos a los principios generales del Derecho y a los de valor constitucional que se imponen a todas las autoridades reglamentarias aunque no estén recogidos en un texto.

Tercera parte

Las aportaciones del Derecho Público francés
a los paradigmas del Estado de Derecho (II)

1. La jurisdicción administrativa y el control de legalidad

A partir de los paradigmas establecidos por la Revolución era necesario someter a la Administración, sus prerrogativas y actividad al Derecho para aplicarle la división de poderes y el principio de legalidad, desde un ordenamiento específico y con el control de una jurisdicción propia. Tanto la concreción de las prerrogativas, justificadas por el servicio al interés general, como las técnicas de control fueron evolucionando con los distintos regímenes, conforme a su distinta naturaleza, hasta asentarse al final del siglo XIX.

En este proceso histórico de sometimiento de la Administración al Derecho, a través del control de legalidad por medio de la jurisdicción administrativa, ha sido relevante el papel de esta, personificada en el Consejo de Estado. Su jurisprudencia ha ido creando un cuerpo doctrinal que ha transformado el Derecho administrativo, inicialmente concebido como el medio del poder y las prerrogativas, “instrumento de coacción y de sometimiento que expresaba la superioridad absoluta de la Administración sobre los administrados”¹²⁴⁵. Precisamente por medio de ella se ha convertido en un instrumento de equilibrio entre las prerrogativas de la Administración para satisfacer el interés general y las garantías de los derechos de los ciudadanos. Esto es, en un “Derecho del poder para la libertad” en la expresiva definición de GONZÁLEZ NAVARRO¹²⁴⁶.

PONTIER sostiene que el Derecho administrativo es un derecho de “confrontación de derechos”, en el sentido de tensiones entre subsistemas jurídicos público-privado, entre derechos administrativos especializados, entre derecho

1245. CHEVALLIER, J., “Les fondements idéologiques du droit administratif français”, CURAPP, *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, II, Paris, PUF, 1979, p. 6.

1246. GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho...*, cit., I, p. 122.

interno y derecho comunitario e internacional¹²⁴⁷. Pero lo que le caracteriza, sobre todo, es constituir un “derecho de equilibrio de derechos del Estado y derechos de otras personas jurídicas, derechos del Estado y derechos de los ciudadanos”:

“si la imagen de la balanza es la que representa tradicionalmente la justicia, el juez administrativo es el que pone en la balanza estos derechos respectivos, el que corrige el movimiento de una balanza inclinada en otro tiempo claramente del lado del Estado y que, ciertamente, hoy debiera inclinarse del lado de los ciudadanos. Pero el derecho administrativo sólo puede perdurar en su ser si es capaz de equilibrar estas dos exigencias”¹²⁴⁸.

1.1. El privilegio de la jurisdicción administrativa

Una de las principales aportaciones de la Revolución fue impedir al orden judicial intervenir respecto al poder ejecutivo por la desconfianza que suscitaba su carácter aristocrático, contrario a los principios de rechazo de los privilegios e igualdad del nuevo régimen. Como había expresado BERGASSE en la Asamblea constituyente, “no hay poder público alguno que sea preciso limitar con más exactitud que este”, por lo que propuso que no “tuviera parte activa en la legislación o influir, de cualquier modo que fuera, en la formación de la ley”¹²⁴⁹. Se le convirtió en “boca de la ley” como puro aplicador.

La configuración de una nueva jurisdicción administrativa resultó fundamental para construir un derecho propio de la Administración, el Derecho administrativo, concebido como instrumento para conseguir el interés general, que establecía las prerrogativas administrativas para realizarlo, y condujo a un sistema de garantía de los derechos ciudadanos¹²⁵⁰ y de responsabilidad del poder.

1247. DUBOUIS, L., “Droit administratif et droit communautaire”, en *AJDA*, junio 1995, pp. 66 y ss. BONICHOT, J.-C., “Le droit communautaire et le droit administratif français”, *AJDA*, junio 1996, pp. 15 y ss.

1248. PONTIER, J.-M., “Qu’est-ce le droit administratif?”, *AJDA*, 35, 2006, p. 1.940.

1249. *Archives parlementaires...*, cit., VIII, pp. 440-441.

1250. MORANGE, J., *Libertés publiques*, Paris, PUF, 1985, p. 90, invocó la “superioridad técnica del control de la jurisdicción administrativa” respecto a otras jurisdicciones.

1.1.1. *Evolución histórica*

A partir de la división de poderes, tal y como fue entendida por la Revolución, sin que el judicial controlara o interviniera respecto al ejecutivo, se prohibió al juez ordinario juzgar a la Administración, porque *juger l'administration c'est encore administrer*¹²⁵¹ o, como expresó LAFERRIÈRE, *le pouvoir d'administrer comporte logiquement le pouvoir de juger administrativement*¹²⁵². Se buscó impedir que los tribunales actuaran contra las reformas revolucionarias, como había ocurrido durante el reinado de LUIS XVI. Condujo a la exención jurisdiccional que llevó a encomendar el conocimiento de los recursos contra la Administración a las autoridades administrativas para, finalmente, crear un ámbito propio de control de aquella por medio de un criterio objetivo. El principio de separación entre Administración y Justicia fue configurado como “una exención judicial, una exención rotunda, radical, absoluta, de los poderes administrativos. Pero he aquí también lo casual, he aquí lo paradójico. Es justamente esta idea de la exención judicial de la Administración la que determinó la suerte entera de lo que hoy llamamos lo *contencioso-administrativo*”¹²⁵³.

Como se ha expuesto, se plasmó, fundamentalmente, en los artículos 12 y 13 de las leyes de 6, 7 y 11 de septiembre y 16 y 24 de agosto de 1790, entre cuyos precedentes se hallaba el citado proyecto de THOURET que establecía “la explícita separación del poder judicial del poder de administrar”.

Las constituciones también lo recogieron. En primer lugar el artículo 5 de la de 1791 reconoció al rey el “derecho de anular los actos de los administradores de departamento contrarios a las leyes o a las órdenes que les hubieran dirigido”, pudiendo suspenderles de sus funciones por desobediencia o por comprometer la seguridad y tranquilidad públicas. A su vez, los administradores de los departamentos tenían reconocido el mismo derecho respecto a los actos de los subadministradores de distrito contrarios a las leyes o resoluciones y órdenes de los administradores de departamento (art. 6), pudiendo hacerlo el rey cuando aquellos no procedieran (art. 7). En todo caso, el rey debía informar al cuerpo legislativo que elevaría o confirmaría la suspensión o procedería

1251. PANSEY, H. DE, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, 1810. CHAPUS, R., *Droit du contentieux...*, cit., pp. 44-45.

1252. LAFERRIÈRE, F., “Jurisdiction administrative”, en BLOCK, M., *Dictionnaire...*, cit., p. 1.027.

1253. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra...*, cit., pp. 18-19.

a disolver a la Administración culpable (art. 8). El poder judicial no podía ser ejercido ni por el legislativo ni por el rey (ejecutivo) (art. 1 del Cap. V), ni los tribunales inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni interferir las funciones administrativas, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones (art. 3). Para GARCÍA DE ENTERRÍA,

“esta técnica se extrema hasta tal punto que se prohíbe expresamente a los jueces y al poder ejecutivo, no sólo dictar Leyes, que son lógicamente para ellos heterónomas, como producto que son de la voluntad de la nación, sino también extender, incluso hasta interpretar (rectius: fuera de su sentido literal), los preceptos legales a los cuales quedan estrictamente vinculados, sin resquicio alguno”¹²⁵⁴.

Así lo expresó PORTALIS en la presentación del Código civil respecto a la limitada capacidad de actuación de los jueces:

“la máxima es que los jueces deben obedecer a las leyes y que les está prohibido interpretarlas [...] la interpretación por vía de autoridad consiste en resolver las cuestiones y las dudas por medio de reglamentos o de disposiciones generales. Este modo de interpretación es el único que le está prohibido al juez. Cuando la ley es clara es preciso seguirla, cuando es oscura es necesario profundizar en las disposiciones”¹²⁵⁵.

En el marco de la Constitución del 5 fructidor del año III (22 de agosto de 1795) el Poder ejecutivo estaba encomendado a un Directorio que tenía atribuidas, entre otras, la competencia para “anular inmediatamente los actos de las administraciones departamentales o municipales” (art. 196), exigiéndose que “toda resolución que conllevara la casación de actos, suspensión o destitución de administrador, debía estar motivada” (art. 197). Las administraciones departamentales y municipales “no podían modificar los actos del cuerpo legislativo, ni los del Directorio ejecutivo, ni suspender su ejecución, ni inmiscuirse en los asuntos que dependan del orden judicial” (art. 189). La jerarquía del sistema centralista se compendia en el artículo 193, que disponía

1254. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, cit., p. 141.

1255. FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, pp. 463 y ss.

la subordinación de los administradores municipales a los del departamento, y de estos a los ministros; en consecuencia los ministros pueden anular, cada uno en su parte, los actos de las administraciones de los departamentos; y estos las de las administraciones municipales, cuando sean contrarios a las leyes o a las órdenes de las autoridades superiores (art. 193). También podían suspender en el mismo orden, los ministros a las administraciones departamentales, y estas a las municipales (art. 194). Ni la suspensión ni la anulación eran definitivas sin la confirmación formal del Directorio ejecutivo (art. 195).

Además, la Constitución de 1795 dispuso que las funciones jurisdiccionales no podían ejercerse ni por el legislativo ni por el ejecutivo (art. 202) y los jueces no debían inmiscuirse ni reglamentar aquellos, ni parar o suspender la ejecución de la ley ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones (art. 203). En este último aspecto, el Decreto de 16 fructidor del año III (1795) conformó la separación entre el poder judicial y la Administración al disponer en su artículo único: *Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, avec peine de droit*. El criterio delimitador de las competencias administrativas o jurisdiccionales era “evitar rigurosamente que la Administración pudiera ser juzgada por el poder judicial”, considerando de naturaleza administrativa todo lo que procediera del sujeto Administración¹²⁵⁶. En su invocación sistemática por el Consejo de Estado se fundamentó en el principio de excluir los actos administrativos del control por los tribunales judiciales. Fue el Consejo, en ejercicio de su poder pretoriano, el que estableció la radical exclusión del poder judicial de los supuestos que el propio poder administrativo consideró de su competencia, por afectar a algún interés general.

La aportación de la Constitución del Consulado del año VIII (1799) fue decisiva para la configuración de la justicia administrativa retenida y separada de la jurisdicción ordinaria, bajo el principio de que *le Roi doit juger et corriger les injustices de l'administration*¹²⁵⁷. Para mantener la separación de poderes y no someter a la Administración al control del poder judicial se crearon el Consejo

1256. LAUBADÈRE, A DE, *Traité...*, cit., I, p. 421.

1257. SIREY, J. B., *Du Conseil d'État selon la Charte constitutionnelle, ou notions sur la justice d'ordre politique et administratif*, Paris, Cour du Harly, 1818, pp. 462-463. AUCOC, M. L., *Des recours pour excès de pouvoirs devant le Conseil d'État*, Paris, Académie des sciences morales et politiques, 1878, p. 8.

de Estado¹²⁵⁸ y los Consejos de prefectura, estos más orientados a la acción administrativa que a la justicia¹²⁵⁹. Se encomendó al Consejo de Estado la misión de “redactar los proyectos de ley¹²⁶⁰ y los reglamentos de Administración pública, y resolver las dificultades que se planteen en materia administrativa” (art. 52)¹²⁶¹. A partir del 11 de junio de 1806 se creó en su seno una Comisión del contencioso para preparar las decisiones del jefe del Ejecutivo, quien lo consideró “un cuerpo semiadministrativo, semijudicial, que regulará el uso de la porción de arbitrariedad necesaria en la administración del Estado”¹²⁶². La Constitución del II Imperio de 1852 reiteró que su función era *résoudre les difficultés qui s’élèvent en matière d’administration* (art. 50).

SANDEVOIR puso de relieve que el periodo comprendido entre el año VIII (1799) y 1806 fue decisivo para articular el principio *juger à l’administration, c’est encore administrer*, que configuró la justicia administrativa en el sistema francés¹²⁶³. A partir de 1806 “el Consejo de Estado no era ya un simple *servicio de lo contencioso*, sino que se había convertido en un juez”¹²⁶⁴.

Durante la Restauración y la vigencia de la Carta de 1814 se mantuvo la institución en sus funciones contenciosas. Tanto la Monarquía de Julio de

1258. Sobre la historia del Consejo de Estado: MASSOT, J., GIRARDOT, T. X., “Le Conseil d’État dans la tradition administrative française”, número monográfico de *Notes et études documentaires*, 5086-5087, enero, 1999, pp. 13-45.

1259. SANDEVOIR, P., *Études sur le recours de pleine juridiction*, Paris, LGDJ, 1964, cit., p. 176.

1260. BRAIBANT, G., “Le rôle du Conseil d’État dans l’élaboration du droit”, en *Mélanges René Chapus. Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 91-102.

1261. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Administración...”, cit., p. 572. CONDE DE LAS CASAS, *Memorial de Santa Elena*, I, Barcelona, 1854, pp. 152 y ss., detalló la labor del Consejo de Estado en el orden jurisdiccional: “El Consejo de Estado recibía en apelación y se pronunciaba en última instancia sobre todos los juicios administrativos y, eventualmente, sobre los de todos los otros tribunales, incluso el de casación. Allí se examinaban todas las quejas contra los ministros, [...] Así, el Consejo de Estado, constantemente presidido por el emperador, y a menudo en oposición directa contra sus ministros, o reformando sus actos y errores, resultaba naturalmente ser el refugio de los intereses o personas lesionados por cualquier autoridad que fuese. Quienquiera que haya asistido a él, sabe con cuanto calor se defendía allí la causa de los ciudadanos. Una Comisión del Consejo recibía todas las peticiones del Imperio y sometía al emperador las que eran dignas de atención”.

1262. Citado por PELET DE LA LOZÈRE, “Opinions de Napoleon sur divers sujets de politique et d’administration”, 1848, p. 190, en *Le Conseil d’État: 1799-1974*, Paris, Consejo de Estado, 1975, p. 134.

1263. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor”, *REDA*, 76, 1992.

1264. SANDEVOIR, P., *Études...*, cit., p. 184.

1830 como la II República reforzaron el Consejo de Estado al poner fin al régimen de justicia retenida, permitiéndole actuar como justicia delegada y jurisdicción contenciosa “en nombre del pueblo francés”. Recuperó ámbitos de competencia que en el periodo anterior habían pasado a la jurisdicción ordinaria por una lectura extensiva de la ley del año VIII en materia de daños causados por las obras públicas.

En la Constitución de la II República de 1848 el Consejo de Estado “ejerce, respecto a las administraciones públicas, todos los poderes de control y vigilancia que le sean encomendados por la ley” (art. 75). Recuperó su importancia institucional al encomendarle la ley de 9 de marzo de 1849 la función de “justicia delegada”. A pesar de las críticas iniciales a la institución, la comisión creada en la Asamblea constituyente aprobó el informe de VIVIEN que rechazó someter lo contencioso-administrativo a los tribunales ordinarios, porque

“las leyes y los contratos administrativos pertenecen a un orden de principios, de ideas y de intereses completamente extraño a los jurisdiccionales civiles; es preciso para aplicarlo conocimientos prácticos, estudios legales que sólo se encontrarán en estas jurisdicciones”¹²⁶⁵.

El artículo 89 de la Constitución de 1848 creó un Tribunal de Conflictos para resolver los de atribución entre el poder judicial y la jurisdicción administrativa, encomendándole el artículo 90 los recursos por incompetencia y exceso de poder contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas¹²⁶⁶. Su actividad se

1265. DUCROCQ, M., *Cours de Droit administratif*, I, Paris, Ernest Thorin, 1881, p. 243. VIVIEN, A., *Études...*, cit., pp. 121-122, recogió las opiniones contrarias a la jurisdicción administrativa, entre las que cita las de un ilustre autor en un artículo en la *Revue française* de 1828. Se trataba de BROGLIE, quien afirmó que el contencioso-administrativo sólo debía conocer de las “reclamaciones formuladas sobre el mérito, la justicia, la oportunidad de una medida adoptada por el gobierno discrecionalmente y en el límite de sus poderes”, atribuyéndose a los tribunales ordinarios “toda reclamación que se fundamente en los términos expresos de una ley, de un decreto, de una ordenanza, de una resolución”. Recoge VIVIEN que lo fundamentaban en que “los tribunales administrativos no son más que un desmembramiento de la justicia ordinaria, realizado por el espíritu revolucionario o por el despotismo, en perjuicio de los derechos privados y de la libertad de los ciudadanos”.

1266. El control de las cuentas públicas fue dispuesto por el artículo IV de la ordenanza de Pontoise de Felipe V el Largo en 1318. Napoleón creó el Tribunal el 16 de septiembre de 1807. Actualmente está regulado por los artículos L 111-1 a L 140-9 del Código de las jurisdicciones financieras (CJF).

rigió por el reglamento de 26 de octubre de 1849. La Ley de 4 de febrero de 1850 estableció su organización.

NAPOLÉON III y la Constitución de 1852 del II Imperio restablecieron la “justicia retenida” para “resolver las dificultades que se planteen en materia administrativa” (art. 50). El decreto de 25 de enero de 1852 perfiló la organización, funcionamiento y atribuciones de la Sección de lo contencioso. Su naturaleza de “jurisdicción retenida” fue calificada por AUCOC de “ficción constitucional”¹²⁶⁷, porque fue delegada de hecho al aceptar el emperador sus propuestas y no interferir en sus decisiones¹²⁶⁸. El decreto de 30 de diciembre de 1862 reorganizó los consejos de prefectura extendiendo el procedimiento previsto en la ordenanza del Consejo de 2 de febrero de 1831. Por la ley de 21 de junio de 1865 se reorganizaron el Consejo de Estado y los consejos de prefectura¹²⁶⁹.

El II Imperio recuperó el Consejo de Estado en las funciones y prestigio anteriores, dotándole de una capacidad práctica mayor por el reconocimiento y aceptación de sus propuestas. Actuó con una perspectiva distinta, porque la organización administrativa ya estaba creada y consolidada. En un primer momento fue respetuoso con la autonomía administrativa, pero cuando se fueron manifestando las actitudes más autoritarias del nuevo régimen, incluida la elección de alcaldes fuera de los consejos municipales, el Consejo asumió la responsabilidad de controlar el uso arbitrario de las potestades administrativas. En los primeros años sesenta inició el camino de control de las prerrogativas del poder por la legalidad, quizá para evitar las suspicacias liberales respecto a la institución bonapartista, contribuyendo decididamente a la legalización del poder. RIVERO describió la situación de la justicia administrativa al final del siglo XIX:

“Durante la mayor parte del siglo XIX se mantuvo la distinción entre acción administrativa y contencioso administrativo. En la acción administrativa sólo ciertos

1267. AUCOC, L., *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école impériale des Ponts et Chaussées*, I, Paris, Dunod, 1869, p. 350.

1268. AUCOC, L., *Des recours...*, cit., p. 15, afirma que sólo dos veces dictó un decreto contrario a la propuesta del Consejo.

1269. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 131-134. Sobre las competencias contenciosas de los Consejos de prefectura, BATBIE, A., *Introduction générale au droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 1861, cit., pp. 421-430; *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, VII, Paris, 1868, pp. 433-448.

actos competían al contencioso administrativo. En 1848, tras los debates de la Constituyente, algunos autores propusieron un proyecto de lista de asuntos contenciosos. Sólo al final del siglo XIX, con LAFERRIÈRE, apareció la afirmación de que todos los asuntos administrativos en los que estuviera en juego un punto de Derecho, podían ser objeto de un contencioso destinado a sancionar el respeto de la legalidad¹²⁷⁰.

Por otra parte, no se ha de olvidar que el Consejo de Estado no actúa como un mero juez que aplica el Derecho, porque, como señaló WEIL, al resolver los asuntos contenciosos, realiza “¿política jurisprudencial o jurisprudencia política?”, por la “frecuencia e importancia de sus tomas de posición de orden político decidiendo en lo contencioso [...] desbordando el plano estrictamente jurídico y comprometiendo a toda la sociedad”. Sus opiniones son “fiel reflejo” de la “opinión política dominante”, que no coincide necesariamente con la de los “gobernantes en el sentido jurídico del término”, sino con la de un grupo social formado por “técnicos, altos funcionarios, políticos, periodistas, universitarios, que sin cubrir todas las funciones oficiales, en realidad gobiernan el país”, como grupo social “mayor que el de los gobernantes propiamente dichos, pero menor que la opinión pública”¹²⁷¹. Puso como ejemplo su invocación de los principios generales del Derecho, los actos de gobierno, el “poder profesional”, la huelga en los servicios públicos, el acceso de candidatos a la ENA, la libre expresión de los ciudadanos, el laicismo¹²⁷², los poderes especiales, los

1270. RIVERO, J., “Le pouvoir et les administrés devant le juge”, *Cours ENA*, Paris, 1955, p. 96.

1271. WEIL, P., “Le Conseil d’État statuant au contentieux: politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique?”, *Annales de la Faculté de Droit d’Aix*, 1959, pp. 281 y ss. LOSCHAK, D., *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1972, pp. 321-322, explicó que la opinión pública dominante no “debía necesariamente entenderse como la opinión mayoritaria, sino sobre todo como la de la fracción de la opinión que, en un momento dado, detenta los medios de influencia efectivos sobre la dirección de los asuntos públicos, por razón de su estatuto político o de su situación económica”.

1272. A partir de la Ley de 9 de diciembre de 1905 y su consagración constitucional en 1946 y 1958, sobre los principios de libertad de conciencia y de separación Iglesia-Estado, porque la República “no reconoce, no paga, ni subvenciona culto alguno”. Se traduce en una “neutralidad” que impone obligaciones al servicio público (CE 3 de mayo de 2000, *Dlle Marteaux*) para mantener la neutralidad respecto a opiniones y creencias como “ley común de los agentes públicos en el ejercicio del servicio público” (RIVERO). Además de la neutralidad del Estado y la tolerancia implica la igualdad de cultos conciliando la libertad religiosa y el orden público (CE 19 de mayo

internamientos administrativos¹²⁷³, etcétera. Este comportamiento independiente explica las tensiones que, a menudo, se han creado con las instituciones políticas, porque “todo poder político, por liberal que sea, tiene un umbral de tolerancia al control jurisdiccional”¹²⁷⁴.

1.1.2. *El Consejo de Estado y la jurisdicción delegada*

La III República y sus leyes constitucionales de 1875, surgidas de la caída del II Imperio tras la derrota de Sedán potenciaron la función jurisdiccional administrativa por la Ley de 24 de mayo de 1872¹²⁷⁵, que atribuyó al Consejo de Estado y a los Consejos de Prefectura la jurisdicción delegada para dictar sus resoluciones “en nombre del pueblo francés” en materia contencioso-administrativa y sobre las demandas de anulación por exceso de poder contra actos administrativos. Representó un importante avance al superar la anterior concepción de la Administración-juez y de la “jurisdicción retenida”. La justicia administrativa adquirió el rango de una verdadera justicia independiente¹²⁷⁶, resolviendo con la “autoridad del acto jurisdiccional”¹²⁷⁷. Su función fue la de “aplicar una legislación normal”, una vez que habían concluido las consecuencias de la Revolución y que la jurisdicción administrativa se había liberado de las atribuciones excepcionales¹²⁷⁸.

de 1933, *Benjamin*), así como el reconocimiento del pluralismo, el derecho a su expresión sin su reconocimiento ni negación por cualquiera de ellas de los fundamentos del Estado. BARTHÉLEMY, J., “Le Conseil d’État et la construction des fondements de la laïcité”, *La revue administrative*, 1999. CONSEIL D’ÉTAT, “Un siècle de laïcité”, *Rapport public*, 2004.

1273. MOURGEON, J., *La répression administrative*, Paris, LGDJ, 1967, pp. 158 y ss.

1274. LAVAU, G., “Le juge et le pouvoir politique”, en *La justice*, Paris, PUF, 1961, p. 66.

1275. DRAGO, R., “La loi du 24 mai 1872”, *EDCE*, 25, 1972, pp. 13 y ss. BENOIT, F., *El Derecho administrativo francés*, Madrid, IEA, 1977, pp. 153 y ss. DEBBASCH, CH. y RICCI, J.-C., *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 1999, pp. 4-5: “la ley de 24 de mayo de 1872 estableció una verdadera justicia administrativa asegurando el paso de la justicia retenida a la justicia delegada. Además, aseguró la separación entre la función del juez y la del administrador. El nacimiento de la justicia administrativa en el seno de la Administración ha permitido la formación de una jurisdicción particular vinculada a la Administración”. BURDEAU, F. *Histoire de l’administration...*, cit., pp. 292-296.

1276. DUPEYROUX, O., “L’indépendance du Conseil d’État statuant au contentieux”, *RDP*, 1983, pp. 565-630.

1277. DEBBASCH, Ch.-RICCI, J.-C., *Contentieux administrative*, Paris, Dalloz, 1985, p. 181.

1278. AUCOC, L., *Conférences...*, cit., I, p. 345. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 153.

Se defendía la justicia retenida argumentando el riesgo para la libertad de la Administración y su responsabilidad si “un cuerpo colocado en el centro del país controlara desde el punto de vista legal los actos de todas las autoridades administrativas, incluido el Jefe del Estado”¹²⁷⁹. Argumentando en sentido contrario favorable a la jurisdicción delegada, se estimó

“que la jurisdicción propia ejercida por los miembros del Consejo de Estado, que por las restantes funciones estaban al corriente de las necesidades permanentes de la Administración y de sus dificultades pasajeras, ofrecía las garantías necesarias a los justiciables y no implicaba riesgo alguno al interés público”.

La nueva República restableció el Tribunal de Conflictos para dirimir los de competencias entre las jurisdicciones ordinaria y administrativa, conforme a la Ley de 24 de mayo de 1872¹²⁸⁰. Le correspondía resolver los *conflictos de competencia positivos y negativos*. Como se expondrá más adelante, su misión ha sido relevante cuando ha decaído la del Consejo de Estado, y su doctrina ha significado una evidente continuidad con la de este último, a pesar de haberlo creado como alternativa. La Ley de 20 de abril de 1932 le encomendó los *conflictos entre decisiones y los de reenvío*. En el primer caso se trataba de resolver el conflicto entre dos decisiones contradictorias entrando en el fondo en última instancia. En el segundo se posibilitaba al Consejo de Estado y al Tribunal de casación plantear preventivamente un posible conflicto de competencias entre ambos¹²⁸¹.

La dualidad jurisdiccional atribuyó a la jurisdicción administrativa los conflictos con la Administración, y a la común los planteados entre particulares¹²⁸². Según DUGUIT, tras la Ley de 24 de mayo de 1872 “el Consejo de Estado es

1279. AUCOC, L., *Des recours...*, cit., p. 15.

1280. Sus atribuciones fueron reestablecidas por la Ley de 20 de abril de 1932 y el Decreto de 25 de julio de 1960. Regido por los arts. R. 771-1 y 2 del Código de la Justicia administrativa (CJA), que incorporan los artículos 34 y 35 del Decreto de 26 de octubre de 1849.

1281. Su misión esencial ha sido y es, la de respetar el principio republicano de separación de las autoridades administrativas y judiciales, distribuyendo las competencias entre ambas para garantizar el derecho a una jurisdicción independiente e imparcial y, actualmente, además, el de la tutela judicial efectiva (CE 17 de abril de 2000, *Philippe*).

1282. Así lo reconocieron las Leyes de la II República de 3 de marzo de 1849, de la III República de 24 de mayo de 1872 y la Ordenanza de 31 de julio de 1945.

el tribunal administrativo de derecho común”, resumiendo la situación que a partir de ese momento se planteó:

“O bien el proceso administrativo da lugar a un arbitraje completo de derecho y de hecho, o bien no requiere más que un arbitraje de derecho sobre una cuestión de validez; en el primer caso hay un contencioso de plena jurisdicción; en el segundo, contencioso de anulación. En ambos casos hay contencioso-administrativo y la Administración contenciosa es competente. [...] No es la consecuencia de la separación de poderes tal y como la comprendió la Asamblea Nacional de 1789. Partieron de reconocer que “la autoridad administrativa es siempre y exclusivamente competente para resolver sobre las cuestiones, contenciosas o no, que afecten principalmente a la libertad política o interés colectivo. [...] La Administración es competente, con exclusión de los tribunales judiciales, para resolver sobre todos los asuntos administrativos, incluso los contenciosos”¹²⁸³.

De ella partió el régimen propio de la dualidad jurisdiccional del contencioso francés¹²⁸⁴. Por una parte, la jurisdicción administrativa del Consejo de Estado y los Consejos de Prefectura, convertidos en 1954 en Tribunales Administrativos, como primer grado de jurisdicción y el Consejo en instancia de apelación. A partir de la ley de 31 de diciembre de 1985 se crearon los Tribunales Administrativos de Apelación y convirtieron al Consejo de Estado en Tribunal de Casación. Por otra, la organización judicial.

La III República y la Constitución de 1875 atribuyeron al Consejo de Estado la justicia delegada y perfilaron la actual estructura. Su jurisprudencia fue continuista con las aportaciones del II Imperio, tratando de disciplinar el poder público dominador y de hacerlo soportable para los administrados. Su propia situación debilitó sus posibilidades innovadoras, ya que fue suspendido por el Gobierno de Defensa Nacional el 15 de septiembre de 1870 y sustituido por una Comisión provisional compuesta por ocho consejeros, a la que se encomendaron los asuntos administrativos o contenciosos urgentes en tanto lo reorganizaba la Asamblea constituyente. GAMBETTA, que había pedido el 4 de septiembre la supresión, sostuvo el 19 de febrero de 1871 ante la Asamblea, que

“el Estado tiene el derecho de no dejar mermar los servicios públicos, de no dejar tocar su poder conservador, su poder administrativo; el Estado tiene el derecho

1283. DUGUIT, L., *La separación...*, cit., pp. 122-123.

1284. MASSOT, J., GIRARDOT, T., “Le Conseil...”, cit., pp. 97-112.

de comparecer ante una jurisdicción especial: esta jurisdicción es la del Consejo de Estado”¹²⁸⁵.

La ley de 24 de mayo de 1872 consagró la justicia delegada al disponer su artículo 9 que “el Consejo de Estado decide soberanamente sobre los recursos en materia contencioso-administrativa, y sobre las demandas de anulación por exceso de poder formuladas contra los actos de las diversas autoridades administrativas”¹²⁸⁶. A su sección de lo contencioso correspondía “preparar el informe de los asuntos contenciosos que deben juzgarse por el Consejo de Estado (art. 15)”. El Consejo de Estado fue depurado por la ley de 13 de julio de 1879, perdiendo su importancia institucional y la función directiva de periodos anteriores, como le había ocurrido durante la II República. Conviene destacar su papel respecto a la política laicista y anticlerical, al contencioso de las congregaciones religiosas¹²⁸⁷ y la crisis política que provocó con motivo del asunto *Cie du chemin de fer de Paris à Orléans* resuelto el 11 de enero de 1895¹²⁸⁸. Sin embargo, es destacable el progreso logrado en el control de la legalidad durante la III República que, además de consolidar la forma de gobierno, lo hizo con el Consejo en régimen de jurisdicción delegada y con el recurso por exceso de poder en la ley de 1872.

En el último periodo de la III República se produjeron la reforma de los Consejos de prefectura por la ley de 3 de agosto de 1925. Ante el incremento de los recursos ante el Consejo se procedió a su reorganización por el Decreto-Ley de 5 de mayo de 1934 y el Decreto de 12 de julio de 1934, que suprimió la sección de lo contencioso y unificó la organización.

Como se ha recogido en la primera parte, durante la II Guerra Mundial el Consejo de Estado desarrolla escasa actividad en la Francia de Vichy¹²⁸⁹.

1285. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 173-174. WORMS, R., “La juridiction...”, cit., p. 674, calificó a la jurisdicción del Consejo de Estado de “derecho común” en contraposición a la “locura de jurisdicciones especiales” (consejos de prefectura, consejos de revisión militar, etc.).

1286. En similares términos se expresó el artículo 32 de la ordenanza de 31 de julio de 1945: “El Consejo de Estado decide soberanamente sobre las demandas de anulación por exceso de poder formuladas contra los actos de las diversas autoridades administrativas”.

1287. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 180-182. ROSANVALLON, P., *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, p. 326, destaca que el concepto de sociedad civil en Francia se diseñó “en ruptura con el mundo religioso”.

1288. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 178.

1289. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 305-310.

En la Francia libre actuó la Comisión de legislación y el Comité de lo contencioso. Por la ordenanza de 31 de julio de 1945 se reorganizó tras la depuración, desarrollando una amplia actividad en los primeros años de la IV República¹²⁹⁰.

Los Decretos de 30 de septiembre y 28 de noviembre de 1953 reorganizaron la justicia administrativa, con el fin de agilizar los recursos y descongestionar al Consejo. Los Consejos de prefectura se convirtieron en Tribunales administrativos de Derecho común y primera instancia y al Consejo de Estado en jurisdicción de apelación, salvo en los supuestos en que mantiene la primera y segunda instancia “por la necesidad de asegurar un juez único para los recursos contra actos administrativos cuyo ámbito de aplicación se extienda más allá del ámbito del tribunal”. Se reservó al Consejo el conocimiento de los “recursos por exceso de poder contra los decretos reglamentarios e individuales” y los “litigios relativos a la situación individual de los funcionarios nombrados por Decreto” (art. 2).

La crisis de Argel, que puso fin a la IV República, dio lugar a una situación excepcional que tuvo amplia repercusión política e institucional, como se ha destacado a propósito de las “circunstancias excepcionales” en el capítulo anterior. Muchas de las decisiones del Consejo justificaron medidas limitativas de la libertad y los derechos, claramente ilegales, con unas valoraciones que olvidaron el progreso del Estado de Derecho y su propia tradición, aunque en el *arrêt Canal* de 19 de octubre de 1962 demostró su independencia de criterio y su sentido jurídico¹²⁹¹. En esas difíciles circunstancias RIVERO expuso el papel histórico del Consejo en la tradición institucional francesa cuando los distintos regímenes jurídicos

“que se sucedieron tras el año VIII hubieron podido reaccionar intentando actuar sobre la independencia del Consejo o restringiendo su competencia; pero ninguno cayó en la tentación. El mismo Segundo Imperio, que no pasa por ser un modelo de liberalismo, facilitó a los demandantes el acceso a la jurisdicción administrativa suprema”¹²⁹².

1290. BURDEAU, F. *Histoire de l'administration...*, cit., pp. 296-298.

1291. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 504-509.

1292. RIVERO, J., *Le Monde*, 31 de octubre de 1962. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 315, nota 3.

En la reforma de 1985 se convirtió el Consejo de Estado en un tercer grado (casación)¹²⁹³. En esta condición de juez de casación tiene funciones más amplias que las tradicionales del recurso de casación, porque controla la calificación jurídica y la materialidad de los hechos, aunque aparentemente no lo haga, así como la valoración de fondo realizada por los jueces cuando aprecia desnaturalización de los hechos. Como expresó RIVERO, “el Consejo de Estado es el sol de esos treinta planetas”¹²⁹⁴, que eran los Tribunales administrativos. Mantiene su función de apoyo legislativo, como lo demostró, por su significado, con la participación en la redacción de la Constitución de la V República de 1958. Los artículos 32 y 34 de la Constitución encomiendan a la ley fijar las reglas sobre las garantías fundamentales y el ejercicio de las libertades públicas¹²⁹⁵, reservándole la asignación de las competencias a las jurisdicciones, como había venido reconociendo el Consejo de Estado¹²⁹⁶.

1.1.3. *Su influencia en la creación del Derecho administrativo*

De este modo se configuró un sistema de autocontrol de la Administración sobre sí misma, con la participación de los ciudadanos para exigir el acatamiento de la legalidad, que excluyó a los jueces de su intervención con el fin

1293. Su organización y funcionamiento fueron modificados por la Ley de 30 de julio de 1963 y el Decreto 63-766 de 30 de julio de 1963; estos a su vez por los Decretos de 9 de septiembre de 1968, de 26 de agosto de 1975 y de 12 de enero de 1980. MASSOT, J., GIRARDOT, T., “Le Conseil...”, *cit.*, pp. 155-172. DRAGO, R., “La réforme du Conseil d’État”, *AJDA*, 1, 1963, pp. 524 y ss. El Decreto 75-791 de 26 de agosto de 1975 introdujo reformas en la ordenanza de 31 de julio de 1945. AUBY, J. M.-DRAGO, R., “La réforme du Conseil d’État”, *RDP*, 6, 1975, pp. 150 y ss.

1294. RIVERO, J., “Le Conseil d’État, cour régulatrice”, *D.*, 1954, chronique XXVIII, p. 29.

1295. La decisión del Consejo Constitucional 84-181 de 10 y 11 de octubre de 1984 invoca el artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y declara que “no se opone a que el legislador competente en los términos del artículo 34 de la Constitución pueda fijar las reglas que regulen los derechos civiles y las garantías fundamentales reconocidas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas.

1296. CHAPUS, V., *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 1990, pp. 83 y 84, reconoce al juez su contribución a la determinación de la competencia interpretando las disposiciones que establecieron el principio de exención judicial. CE 30 de mayo de 1962, *Asociación nacional de la meneurie*; Tribunal Constitucional 2 de marzo de 1970, *Soc. Duvoir*, y 7 de diciembre de 1970, *Riehm*.

de respetar el principio de separación de poderes. Se consideró una parte indestructible del mismo poder administrativo

“el juzgar el contencioso de la Administración por la misma Administración [...] el poder de pronunciarse sobre el contencioso de la Administración está en el poder ejecutivo, porque la administración misma de la que es inseparable está ahí ciertamente”¹²⁹⁷.

La gran aportación de la Revolución a la construcción del Derecho administrativo fue la separación de las funciones administrativas y judiciales, decisiva para producir actos y para controlarlos en su legalidad. Esta última faceta es la que trazó, aunque de un modo “imperfecto e inacabado”, las bases para el derecho propio de la Administración. Como expuso BIGOT,

“confiando a la Administración activa el cuidado de cerrar las cuestiones contenciosas, los revolucionarios no tuvieron conciencia de traer al mundo un derecho administrativo. [...] Los revolucionarios no discurrieron en términos de justicia donde sólo veían Administración. Cuando esta última no se enfrentaba con los derechos privados evoluciona en el ámbito del poder discrecional escapando a todo tipo de control jurisdiccional. [...] La Administración contenciosa sólo es una manifestación particular de la acción de una autoridad erigida en poder independiente. La idea fue resumida bajo la Restauración por el adagio de HENRION DE PANSEY: *juger l'administration, c'est encore administrer*, que ha sido más conforme a la realidad histórica de avanzar: administrar es principalmente autorizar a la Administración a resolver las dificultades contenciosas que son los obstáculos que los particulares oponen a su marcha”¹²⁹⁸.

Se ha venido considerando que en esta separación se encuentran las bases constitucionales del Derecho administrativo, como expuso LAFERRIÈRE, al afirmar que “la Asamblea constituyente, el Consulado y las Cartas de 1814 y 1830 son la triple fuente del Derecho administrativo”¹²⁹⁹. Además de la separación, ha sido decisivo el logro del criterio que, al delimitar el alcance del

1297. CHAUVEAU, A., “Préface”, en *Principes de compétence et de juridiction administratives*, I, Paris, Cotillon, 1841, p. XXIX.

1298. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 42.

1299. LAFERRIÈRE, F., *Cours...*, cit., p. 39.

control por la jurisdicción administrativa, lo hiciera a su vez del propio Derecho¹³⁰⁰. Precisamente, en palabras de AUBY,

“la existencia de las jurisdicciones administrativas tiene su justificación en el derecho particular aplicable a la Administración. Este Derecho es [...] derecho público y sus reglas son totalmente diferentes de las del derecho privado”¹³⁰¹.

Todo ello supone que la jurisdicción administrativa

“funda su existencia en la Constitución y, por consiguiente, excluir que su supresión pueda ser decidida por una ley que no sea constitucional; lo que es importante, porque pudiera no existir, a pesar de representar el modelo jurisdiccional administrativo más acabado y conocido universalmente”¹³⁰².

A partir del principio general de separación de jurisdicciones era preciso buscar criterios y principios para objetivar la delimitación de las materias y, por tanto, de los ámbitos competenciales de una y otra. Esta ha sido la obra de la jurisprudencia¹³⁰³. Como expuso AUCOC,

“ha establecido una serie de reglas de competencia sobre los casos controvertidos entre la Administración y los tribunales del orden judicial; particularmente la teoría de la interpretación de los actos administrativos¹³⁰⁴, y las reglas relativas a la responsabilidad del Estado por los daños causados por los actos de sus agentes. [...] que el acto discutido fuera verdaderamente de naturaleza que atentara a un derecho y no fuera una simple amenaza, una pretensión, una autorización, sin eficacia inmediata”¹³⁰⁵.

1300. DEBBASCH, CH. y RICCI, J.-C., *Contentieux...*, cit., p. 33, señalan que “la competencia del juez administrativo no está claramente fijada. La evolución histórica ha llevado a un refinamiento extremo de las reglas de delimitación de lo contencioso administrativo y del contencioso judicial. Esto explica que si es posible descubrir el criterio de la competencia del juez administrativo, se trata de hecho de una sistematización doctrinal”. ALLI ARANGUREN, J. C., *La construcción...*, cit., p. 103.

1301. AUBY, J.-M. y AUBY, J.-B., *Institutions administratives*, Paris, Dalloz, 1996, p. 266.

1302. LAFERRIÈRE, F., *Traité...*, cit.: “La atribución en bloque a la autoridad judicial de todos los recursos que son competencia de los tribunales administrativos, comprendidos aquéllos que afectan a los actos de potestad pública, constituiría un atentado al principio de la separación de poderes y a las reglas fundamentales de nuestro derecho público”.

1303. Sobre la diferencia entre el juez y la jurisprudencia: FRISON-ROCHE, M.-A.-BORIES, S., “La jurisprudence massive”, *D.*, 1993, pp. 287 y ss.

1304. TC 16 de junio de 1923, *Septfonds*; 30 de octubre de 1947, *Barinstein*.

1305. AUCOC, M. L., *Des recours...*, cit., p. 10.

1.2. El criterio delimitador de la competencia

AUBY planteó las consideraciones para la determinación del criterio de atribución de la competencia en tres órdenes distintos: político, administrativo y técnico. En el primero se considera la función de la jurisdicción administrativa en los distintos periodos políticos expuestos en el capítulo primero y, seguidamente, en su evolución histórica. En el segundo se valora la necesidad y utilidad de la jurisdicción administrativa, tanto para el interés general, para la Administración y para los ciudadanos, así como la naturaleza y actividad del Consejo de Estado. Finalmente, la consideración de las técnicas procesales para realizar la atribución de la competencia contenciosa a las jurisdicciones judicial o administrativa, que, como se expondrá, ha sido la obra del legislador y, sobre todo, de la jurisprudencia¹³⁰⁶.

Cada uno de los regímenes políticos estudiados en el capítulo anterior aportó su impronta al proceso de someter el poder administrativo al Derecho. A partir de las premisas revolucionarias, la competencia de la jurisdicción administrativa fue amplísima comprendiendo los litigios que de modo directo o indirecto afectarían a la Administración y sus actividades. El Primer Imperio sentó las bases de la juridificación de la Administración por medio de la encomienda de las cuestiones contenciosas a la Comisión de lo contencioso del Consejo de Estado y a los Consejos de Prefectura. El Consejo de Estado con funciones jurisdiccionales con justicia retenida y con carácter de propuesta al gobierno, configuró un espacio doctrinal autónomo al margen del poder judicial y del derecho civil o común.

El reconocimiento por la Monarquía de Julio de un “derecho público de los franceses” permitió avanzar en el control del poder administrativo. El Segundo Imperio, a pesar de su autoritarismo, contribuyó a la creación del régimen liberal, y la restauración del Consejo de Estado le permitió avanzar en la aportación de técnicas de control para el uso, jurídicamente más adecuado, de la actividad administrativa. A pesar de las críticas y propuestas alternativas que se realizaron durante la III República, la institución napoleónica siguió demostrando su relevante papel para la construcción del orden jurídico de la Administración, de su sometimiento al Derecho y de la garantía de los derechos de las personas.

1306. AUBY, J.-M., *Droit public*, II, Paris, Economica, 1985, pp. 593-594.

Durante el siglo XIX se utilizaron varios criterios delimitadores de la competencia que no fueron sucesivos sino concurrentes. En el primer periodo se invocó el del Estado deudor (*État débiteur*) por el que existía competencia administrativa cuando procedía el pago de una cuantía de la que el Estado era deudor. También se utilizó el de los “actos de autoridad” y el del poder público (*puissance public*). Durante la segunda mitad del siglo se perfeccionó el criterio distinguiendo entre los actos de autoridad y los de gestión, y en estos últimos los de gestión del interés general en que la Administración actuaba con prerrogativas, de los de gestión privada en los que lo hacía como particular. La decisión más importante del momento fue el *arrêt Blanc* de 8 de febrero de 1873. El criterio del servicio público dominó en los primeros años del siglo XX.

Por otra parte, desde la segunda mitad del siglo XIX el Consejo de Estado desarrolló una función de controlador de la legalidad que, como expresó el comisario TEISSIER, fue “un control administrativo superior ejercido *a posteriori* en forma judicial, más que un contencioso propiamente dicho, en el sentido antiguo y estricto de este término” (CE 5 de junio de 1908, *Gavignot et Verny*). Este contencioso de control de la legalidad se instrumentalizó por medio de un recurso que inicialmente se denominó “recurso por incompetencia” para convertirse en un “recurso por exceso de poder”, que pasó de ser un recurso en beneficio de la Administración para convertirse en un recurso de protección de los ciudadanos¹³⁰⁷.

Del régimen jurídico de la Administración construido a lo largo del siglo XIX se ha considerado que las prerrogativas administrativas más importantes son el control por una jurisdicción distinta de la ordinaria, la capacidad de intervenir respecto a los derechos privados, y la existencia de un régimen administrativo de la responsabilidad. Como expresó RIVERO, en menos de un siglo se ha pasado de la Administración juzgada al juicio de la Administración¹³⁰⁸.

El privilegio de la jurisdicción implicaba la dificultad de determinar el punto en que una autoridad incide en el ámbito de otra, lo que le está prohibido, esto es, cuando el poder judicial interfiere en el campo de competencia de la

1307. AUBY, J.-M., *Droit...*, cit., pp. 594-598.

1308. RIVERO, J., “Le juge administratif, gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité”, en *Le juge et le droit public. Mélanges Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 701-717.

Administración, actuando fuera de la propia, por serlo de la administrativa. De este modo la competencia se convirtió en la referencia de ámbito jurisdiccional legitimado para intervenir. Pero determinarla exigía una mayor concreción sobre el sujeto y el contenido material de su actividad, lo que llevó a invocarla en relación con el acto administrativo. La regla general era que, conforme a la ley de 16 fructidor del año III (3 de septiembre de 1795), *défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, avec peine de droit*. El criterio delimitador de las competencias administrativas o jurisdiccionales era “evitar rigurosamente que la Administración pudiera ser juzgada por el poder judicial”, considerando de naturaleza administrativa todo lo que procediera del sujeto Administración¹³⁰⁹.

La defensa del marco legal sobre la competencia administrativa, basada en una gran desconfianza ante el poder judicial, dio lugar a pronunciamientos del Consejo de Estado sobre la actividad de los jueces para comprobar si actuaban “por efecto de un simple error de opinión, o si había que atribuirle a una decisión culpable” (CE de 15 brumario del año X, *Chatelin*). Anuló pronunciamientos del Tribunal de casación sobre rentas feudales por su disconformidad a su doctrina (CE 24 de junio de 1808, *Fieffataires et censitaires du pays de Porentruy*). Admitió que, si el conflicto de competencias no lo había planteado el prefecto, se pudiera formular ante el Tribunal de Apelación o el de Casación (CE 17 de marzo de 1812, *Bayle*).

En el intento de reconocer un concepto definidor de la competencia, el Consejo de Estado invocó la noción de *puissance publique*, oponiendo los actos de autoridad y los actos de gestión de la Administración; la noción del *Estado deudor*, que excluía la competencia judicial ordinaria, y la noción de *servicio público*, de modo que “poder público” y servicio público” se convirtieron en los pilares del Derecho administrativo¹³¹⁰. La necesidad de buscar un criterio claro y objetivo para asignar a una u otra jurisdicción el conocimiento de los litigios condujo a intentar

“descubrir, a través de las materias aparentemente confusas de un derecho administrativo poco explorado, un criterio, un signo infalible que permitiese en cada

1309. LAUBADÈRE, A. DE, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, Paris, LGDJ, 1963, I, p. 421.

1310. CHEVALLIER, J., “Les fondements ...”, *cit.*, pp. 3 y ss.

caso reconocer la situación regida por reglas ‘derogatorias del derecho común’, y, del mismo modo, en caso de litigio, elegir el juez competente”¹³¹¹.

La cuestión tampoco ha sido pacífica en la doctrina, que ha ido proponiendo distintos criterios delimitadores de la competencia, dominando las posturas favorables a la idea del poder (*puissance publique*), que se ejerce con subordinación por parte de las personas y organizaciones sometidas al Derecho privado, de la gestión pública y del servicio público. En 1968 CHAPUS, tras reivindicar la noción del servicio público como determinante de la competencia administrativa, consideró que la división de las actividades y servicios públicos entre la jurisdicción administrativa y la judicial estaba justificada por los diferentes procedimientos utilizados para su ejecución, de modo que

“la gestión privada llama a la competencia judicial como lo hace la pública a la administrativa. Tal es, en todo caso, el sistema que constantemente, desde el día en que se instituyó el dualismo jurisdiccional, ha consagrado el Derecho positivo”¹³¹².

La clave del concepto delimitador de la competencia está en la doctrina del Consejo de Estado que ha ido introduciendo y aplicando diversos conceptos, a veces combinándolos, aunque puede establecerse, con todas las reservas, una cierta orientación predominante. Se puede afirmar que ha sido el del servicio público, combinado con el del poder público que también se manifiesta en aquel. Ha invocado con carácter secundario conceptos relacionados con la naturaleza de la situación estudiada o de las cuestiones de fondo del litigio, para buscar en ellas los elementos más favorables a la asunción de su conocimiento por la jurisdicción administrativa. No podemos olvidar que, en determinadas épocas históricas ya expuestas, se ha tratado de eliminar o, al menos, reducir el ámbito de su competencia, desarrollada en continua tensión con la pretensión contraria de la jurisdicción judicial.

En todo caso, el análisis de la jurisprudencia nos lleva a sostener que los criterios del poder público y del servicio público son los predominantes a la

1311. RIVERO, J., “¿Existe-t-il un critère du droit administratif?”, en *RDP*, 2, 1953, pp. 279-296.

1312. CHAPUS, P., “Le service public et la puissance publique”, *RDP*, 1968, p. 260. DIDRY, C., “Léon Duguit, ou le service public en action”, *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine*, 3, 2005, pp. 88-97.

hora de atribuir la competencia a la jurisdicción administrativa. Estos criterios se han invocado a veces de modo exclusivo (TC 21 de marzo de 1983, *Consorts Raphanel*), para el primero; CE 4 de junio de 1954, *Affortit et Vingtain*, para el segundo, o alternativo (CE 31 de julio de 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*¹³¹³, y 20 de abril de 1956, *Epoux Bertin*¹³¹⁴), respectivamente.

1.2.1. *La puissance publique*

Sin embargo, la aplicación de los criterios para delimitar la competencia no eran claros y se produjo una gran casuística, reconociendo competencia a los tribunales ordinarios en materia de contribuciones indirectas, indemnizaciones a los propietarios expropiados por obras públicas, emigración, propiedad y otros derechos reales, aplicación del Derecho civil, etcétera. Para buscar un criterio delimitador de la competencia, cuando no existiera atribución legal de la misma, se invocó la noción de *puissance publique*, que distinguía entre el Estado-poder y el Estado-persona privada, aplicando al primero el Derecho administrativo y al segundo el Derecho civil o común¹³¹⁵. En esos supuestos aparecían distintos intereses en juego, el interés público o el interés privado, que correspondían a distintas jurisdicciones. Desde la perspectiva del “carácter dominante del Derecho administrativo, el interés público impone al interés privado una serie de sacrificios”, en este caso el de acudir a una jurisdicción administrativa¹³¹⁶.

El Consejo de Estado realizó una interpretación extensiva de los supuestos, buscando el común denominador del poder administrativo actuando en relación con el interés general, de acuerdo con la ley. Como expresó VIVIEN, le corresponde

“regular los intereses públicos y hacerlos prevalecer totalmente sobre los intereses privados, conciliar sus respectivas exigencias, tanto como lo permitan las circunstancias y las necesidades sociales, esta es la misión de la Administración”¹³¹⁷.

1313. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 110-113.

1314. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 428-438.

1315. CARBONNIER, J., “Le droit administratif du droit civil”, *Revue historique de droit française et étranger*, 1974, pp. 758-763.

1316. AUCOC, M. L., “Introduction à l'étude du droit administratif”, en *Première conférence faite à l'école des ponts et chaussées*, Paris, Imprimerie Dupont, 1895, p. 13.

1317. VIVIEN, A., *Études...*, cit., pp. 123-124.

Precisamente el servicio al interés público justificaba las prerrogativas, porque

“descomponiendo la Administración civil reconocemos muchos de sus caracteres: cuando realiza actos de poder [...] se persigue el interés general de la sociedad, o se gestiona el patrimonio del Estado o se ejerce la alta tutela de los establecimientos públicos”¹³¹⁸.

No se trataba de una relación entre personas iguales, regida por el Derecho civil, sino de un conflicto entre un particular y el poder administrativo, que representaba el poder en sí mismo, al servicio del interés general. Para HENRION DE PANSEY

“el poder administrativo resuelve sobre las relaciones de los ciudadanos con el Estado, sobre las cuestiones que se deciden por la ley política, que interesan al gobierno como tal”, [mientras que corresponden a la competencia judicial] “los asuntos que interesan al gobierno como propietario, [...] cuya resolución depende de disposiciones de derecho civil, de acuerdos y de la posesión de las partes”¹³¹⁹.

Desde esta perspectiva, el Consejo de Estado valoró como ejercicio del poder y el interés general el comportamiento administrativo, que se manifestaba en daños en relación con la ejecución de obras públicas (CE 20 de noviembre de 1806, *Bouvoigny*; 17 de enero de 1814, *Chenaud*), por la participación por un municipio y percepción de una contribución (CE 24 de julio de 1806, *Daussy*), embellecimiento de monumentos públicos (CE 7 de febrero de 1809, *Le maire de Marseille*), obras municipales (CE 12 de marzo de 1811, *Vernier*), conservación de caminos (CE 16 de agosto de 1808, *Danielou*), o indemnización por daños causados por la Administración (CE 30 de enero de 1809, *Laforcade*).

A partir del II Imperio el Consejo de Estado se convirtió en el juez natural de las cuestiones relativas a las obras públicas, basándose en la ley de 28 pluviioso del año VIII, superando la teoría de la “expropiación indirecta” que se había utilizado para justificar la intervención del poder judicial, identificando daños y propiedad. Sólo se reconoce a esta última en los casos en que se produ-

1318. TROLLEY, A., *Cours de droit administratif. Premier partie: Hiérarchie administrative*, II, Paris, Thorel, 1843, p. 104.

1319. HENRION DE PANSEY, P. P., *Traité de l'autorité...*, cit., p. 314.

ce una cuestión importante que afecta a la propiedad con el fin de indemnizar por la expropiación (CE 15 de abril de 1857, *Desbordes*). El criterio finalista de la utilidad pública de las obras y de los contratos siguió empleándolo el Consejo de Estado para conocer de las reclamaciones (CE 8 de diciembre de 1859, *Lottero*; 8 de mayo de 1861, *Commarmond*). La jurisdicción ordinaria de casación asimiló los conflictos relativos a los contratos y las obras municipales aplicando extensivamente la misma norma, en razón al carácter público y a la utilidad general, acabando con la atribución anterior de las obras locales (TC 22 de junio de 1853). Esta aplicación extensiva de la ley del año VIII continuó durante la III República, tanto respecto a los contratos de obras públicas como a los daños derivados de ellas¹³²⁰.

En relación con los contratistas de obras públicas, frente a la anterior pretensión de justificar la competencia de la jurisdicción ordinaria en la vía de hecho, exigiendo el recurso previo administrativo, el Consejo la admitió respecto a los daños causados por aquellos, aunque actuasen conforme a los pliegos de condiciones o cumpliendo las órdenes administrativas (CE 15 de mayo de 1856, *Galet*; 26 de noviembre de 1866, *Laget*).

En cuanto a las cuestiones planteadas sobre los bienes públicos, el binomio autoridad/gestión se tradujo en propiedad/Administración, considerando afectada por el derecho administrativo la utilización de las prerrogativas derivadas de la soberanía, en una situación de desigualdad entre las partes justificada por el interés general. Por el contrario, en el supuesto de aplicación del régimen común la competencia correspondía a la jurisdicción ordinaria. Este es el caso de los contratos de venta de terrenos, “actos de derecho civil sobre los cuales corresponde a los tribunales determinar el sentido y valorar los efectos” (CE 28 de abril de 1864, *Ville de Marseille*). El Tribunal de Casación consideró que no era de naturaleza administrativa la concesión de una parte del dominio público del Estado, en el que no actúa como poder administrativo, “sino como representante del Estado propietario” (TC 18 de enero de 1861, *Pradeau*). Este criterio se extendió a los arrendamientos y concesiones como parte de la administración de sus bienes (CE 8 de abril de 1852, *Istral*; 24 de febrero de 1853, *Bertoglio*; 10 de diciembre de 1857, *Colette*)¹³²¹.

1320. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 182-185; *L'autorité...*, cit., pp. 225-258, 345-349, 391-396.

1321. BIGOT, G., *L'autorité...*, cit., pp. 308-318, 435-453.

AUCOC expuso en los últimos años del II Imperio el resumen de los criterios utilizados para establecer el régimen y la jurisdicción competente:

“se diferencian las reclamaciones que sólo afectan al interés privado y otras que se refieren al interés público confiadas al cuidado de la autoridad pública. Para las que se refieren a objetos de interés privado, sólo la autoridad judicial puede conocerlas. [...] Se consideran de interés privado las cuestiones entre los ciudadanos y los órganos de interés colectivo a propósito de la gestión de los bienes del Estado, los departamentos, los municipios y los establecimientos públicos que los poseen a título de propietarios, por ejemplo, en lo relativo a la venta, el cambio y el arrendamiento de estos bienes [...] se aplican las reglas del derecho civil como en las reclamaciones entre particulares”¹³²².

Durante la III República el Tribunal de conflictos sostuvo la competencia y el régimen de Derecho administrativo cuando se actuara en interés público, y la ordinaria de Derecho civil en el caso del interés privado. Así se afirmó respecto a la afectación del dominio público y a los contratos sobre el mismo (TC 24 de julio de 1874, *Hospice de Vichy*; 13 de diciembre de 1890, *Décamps*). Las cuestiones de propiedad entre la Administración y los terceros eran consideradas de derecho común propias de la jurisdicción ordinaria (TC 29 de julio de 1881, *Petijean*), lo mismo que la afectación de un bien comunal a terceros era un “acto de gestión” (TC 12 de julio de 1890, *Ville de Paris*), el arrendamiento de un bien aunque sea para prestar un servicio público, y la gestión del patrimonio demanial (TC 11 de diciembre de 1875, *Maisonnavé*). Otro tanto respecto a los daños vinculados a los bienes que no eran consecuencia de una actividad de poder sino del dominio cuyas relaciones con terceros estaban sometidas al derecho civil (TC 21 de mayo de 1884, *Linás*). En la resolución de 11 de enero de 1873 se distinguió entre la competencia administrativa sobre las obligaciones y derechos relacionados con la organización de los servicios públicos y la ordinaria sobre los contratos otorgados por la Administración¹³²³.

1322. AUCOC, M. L., *Conférences...*, cit., I, pp. 271-272. Citado por BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 141.

1323. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 188-189. Recoge en las páginas 189-190 la reinterpretación que propuso LAFERRIÈRE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levaul, 1887-1888, pp. 423-424. Sobre este importante autor: GONOD, V. P., *Edouard Laferrrière. Un juriste au service de la République*, Paris, LGDJ, 1997.

La gestión de las concesiones de los servicios públicos fue objeto de debate jurisdiccional, pues mientras la jurisdicción ordinaria consideró que la explotación industrial y comercial era de su competencia, el Consejo de Estado la vinculó a las obras de la concesión del servicio por una interpretación extensiva de las obras públicas y de su competencia (CE 27 de mayo de 1865, *Ducruet*; 26 de diciembre de 1867, *Chemin de fer de l'Est*).

1.2.2. *Los actos de autoridad y los actos de gestión*

La consecuencia directa del principio de *puissance publique* fue considerar que en la manifestación del poder público de la Administración se producían *actos de autoridad y actos de gestión*. Los primeros se referían al Estado poder, mientras que los actos de gestión lo hacían al Estado propietario cuando el régimen de la propiedad no estaba afectado por el poder público. DUCROCQ calificó de *actes de la puissance public* a los que eran administrativos propiamente dichos y, por tanto, pertenecían al ámbito de la jurisdicción administrativa¹³²⁴.

Para LAFÈRRIERE, en los actos de gestión la Administración actúa como gerente de los servicios públicos sin ejercitar actos propios de la soberanía¹³²⁵. BERTHELEMY definió los actos de gestión como los que

“realizan los administradores, sea en beneficio del dominio privado, sea para el funcionamiento de los servicios públicos, en las mismas condiciones que los particulares actúan para la gestión de sus propios asuntos”¹³²⁶.

Constituyó el precedente del criterio, utilizado en el siglo XX, de la gestión pública y la gestión privada para establecer el ámbito competencial, así como de la diferenciación de las cuestiones sobre la propiedad, como afirmó SIREY:

“no es necesario creer que una cuestión de propiedad dominial sea considerada administrativa por interesar al poder público, porque es la autoridad y no la propiedad la que está en el ámbito de la Administración. De modo que todas las

1324. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 132. BIGOT, G., *L'autorité...*, cit., pp. 92-98.

1325. LAFÈRRIERE, E., *Traité...*, cit., p. 484.

1326. BERTHELEMY, J., *Traité élémentaire de Droit administratif*, Paris, Arthur Rousseau, 1930, p. 26.

veces que los agentes del dominio plantean una cuestión de propiedad, separada de cualquier ejercicio de autoridad, la discusión es judicial”¹³²⁷.

Los *actos de autoridad* correspondían a la jurisdicción administrativa y estarían excluidos del conocimiento de la ordinaria por ser manifestación del poder público y sus prerrogativas. Al amparo de la gestión y de sus actos el Tribunal de casación pretendió conocer de las materias de responsabilidad. Sin embargo, el Consejo de Estado rechazó aquella pretensión expansionista de la jurisdicción ordinaria, aunque no la afirmó como exclusiva de la administrativa. Insistió en la competencia administrativa cuando la Administración actuaba con potestad y se perseguían intereses generales, mientras que si lo hacía como persona privada en interés particular eran competentes los tribunales ordinarios:

“El contencioso administrativo [...] no es nunca el resultado de un acto del Estado que actúa como simple particular contra un ciudadano, porque entonces el Estado, propietario de una parte del suelo, tiene por juez a los tribunales comunes, los tribunales civiles ordinarios”¹³²⁸.

Era propio de juez ordinario el conocimiento de las cuestiones planteadas en relación con la gestión y los contratos sobre el dominio público, conforme a la regla antigua de que “ninguna disposición legal atribuye las cuestiones de esta naturaleza a la jurisdicción administrativa” (CE 20 de noviembre de 1840, *Ministre de Marine*). Se amplió a “cualquier debate sobre la ejecución de un arrendamiento que es competencia de los tribunales” (CE 20 de noviembre de 1815, *Veuve Richou*), que determinó el conocimiento por estos de las cuestiones sobre arrendamientos administrativos. A partir de estos contratos se extendió a otros cuando la Administración gestionaba como persona privada, como los contratos de pesca en dominio público (CE 26 de junio de 1822, *Questel et Lenoble*). Alcanzó incluso a contratos de claro interés público, como el arrendamiento de peso y medida municipal (CE s.f, 1821, *Commune de Vaise*), los mercados municipales (CE 28 de febrero de 1828, *Ville de Gournay*), la explotación de las barcazas de paso en los ríos, porque “ninguna ley atribuye a la autoridad admi-

1327. SIREY, J.-B., *Du Conseil d'État...*, cit., pp. 70-71.

1328. CHAUVEAU, A, “Préface...”, cit., p. XLVII.

nistrativa el conocimiento de los conflictos a que puedan dar lugar los arrendamientos de esta naturaleza” (CE 20 de marzo de 1828, *Dabin*)¹³²⁹. En estos supuestos el Consejo de Estado reconoció que el fin de servicio público, que se prestaba por un arrendatario de bienes públicos, no era determinante de la atribución a la jurisdicción administrativa. Asumió el criterio de que correspondía a la competencia judicial ordinaria todo lo relativo a las obligaciones y contratos cuyos principios y régimen se formulaban por el Código civil.

Este proceso expansivo de la jurisdicción judicial, muy propio de la consideración negativa que se tuvo de la administrativa durante la Restauración, afectó al proceso de construcción del Derecho administrativo por parte del Consejo de Estado, al reducir su actividad en beneficio de poder judicial por una interpretación restrictiva del artículo 4 de la ley de 28 pluvioso del año VIII, aceptando que las cuestiones relativas a los contratos de obras estaban sometidas al régimen común de las obligaciones y a los jueces ordinarios. En la resolución del Consejo de Estado de 25 de abril de 1828, *Urbain*, declaró

“que dicho artículo 4 sólo es aplicable a las obras de utilidad pública, cuyos proyectos fueron aprobados por el gobierno, en las formas prescritas y cuya ejecución es vigilada por un agente delegado a este efecto por la autoridad superior”.

Cuando faltaba alguno de esos elementos, consideró que se trataba de contratos ordinarios. Así ocurrió en materia de diferencias entre los contratistas y los municipios sobre la construcción de un local de espectáculos (CE 29 de agosto de 1821, *Ville de Poitiers*). Entendió propio de la jurisdicción civil la indemnización por daños causados por las obras públicas valorándolas como una expropiación indirecta (CE 1 de septiembre de 1819, *Deschampneuf*; 17 de agosto de 1825, *Manisse*), o estimando que los actos dañosos del contratista implicaban su responsabilidad individual, basándose en el principio de responsabilidad del artículo 1.382 del Código civil (CE 21 de septiembre de 1827, *Rousseau*)¹³³⁰.

1329. El Tribunal de Casación afirmó que no infringía la ley de 1790 la interpretación de las cláusulas de un contrato de arrendamientos municipal de pompas fúnebres (Civ. 17 de agosto de 1823, *Lavatte*); respecto al arrendamiento de una barca de paso declaró que “sólo a la autoridad judicial corresponde pronunciarse sobre las cuestiones relativas a la ejecución de este acuerdo puramente civil y ordinario” (Civ. 6 de agosto de 1829, *Beaudoin*). BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 90-92.

1330. BIGOT, G., *L'autorité...*, cit., pp. 136-149.

Esta atribución de competencia a favor de la jurisdicción ordinaria fue superada durante la Monarquía de Julio por la atribución al Consejo de Estado de la justicia delegada y la lectura extensiva de la ley del año VIII. Para determinar la competencia administrativa de los Consejos de prefectura se centró en la naturaleza de las obras: fin de utilidad pública, decisión administrativa y contratación por los procedimientos públicos (CE 11 de marzo de 1839, *Michel et Piedevache*; 14 de abril de 1839, *De Boisredon*; 8 de enero de 1840, *Commune de Crotenay*; 5 de diciembre de 1842, *Ménestrel*, y 17 de mayo de 1844, *La Bretonnière*). Alcanzó a los actos de los contratistas actuando en el ámbito del contrato y de las órdenes administrativas (CE 4 de abril de 1837, *Devars*; 17 de septiembre de 1845, *Giraud*). También a los contratos de arrendamiento, por considerar que existía un acto administrativo asimilable a los contratos de obras públicas (CE 23 de marzo de 1845, *Miriaud*), fundándose en que la única diferencia válida era la relativa a la condición del Estado como propietario o como poder público. Así lo hizo respecto a la explotación de barcazas, que consideró servicio público y, por tanto, de la competencia administrativa.

El Consejo de Estado encuadró entre los contratos las cuestiones sobre la gestión de bienes del dominio privado y los demaniales estatales o locales que, salvo disposición en contrario, como ocurría con las ventas de bienes nacionales (CE 24 de abril de 1808, *Le Breton de Ransanne*), eran de la competencia exclusiva de los tribunales judiciales (CE 15 de noviembre de 1814, *Gausset*; 20 de noviembre de 1815, *Richon*; 23 de febrero de 1820, *Turnier*). Fue muy abundante la doctrina sobre explotaciones forestales de bosques públicos (CE de septiembre de 1807, *Magnan*, 29 de abril de 1809, *Serin*; 10 de agosto de 1813, *Pelard de Champ-Robert*) y arrendamientos del dominio consentidos por la Administración CE 30 de junio de 1813, *Otten*; 4 de junio de 1815, *Labbé*)¹³³¹.

Por el contrario, sobre los bienes nacionales el Consejo de Estado declaró que la competencia era administrativa, porque

“importa establecer bien los principios en esta materia, y dar a los adquirentes de los bienes nacionales toda la protección de las leyes, sin dejarlos expuestos, por el

1331. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 71-72; *L'autorité...*, cit., pp. 123-130, 454-471. AUBY, J. M., “Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration”, *EDCE*, 12, 1958, pp. 35 y ss.

mismo hecho de su adquisición, a discusiones judiciales a menudo largas y ruinosas” (CE 5 fructidor del año IX, *Benoit*)¹³³².

La doctrina de los actos de autoridad y los actos de gestión fue recuperada tras la invocación como criterio delimitador de la competencia del concepto de “Estado deudor”. El Consejo reconoció la competencia administrativa en razón del sujeto y de la actividad, que se complementó con la aplicación del principio del “Estado deudor” en ausencia de textos que reconocieran la competencia administrativa¹³³³. Con estas aportaciones se sentaron las bases para mantener y ampliar la competencia del Consejo de Estado, sobre la regla general del conocimiento de los actos de autoridad y de los “realizados por la Administración para la ejecución de servicios públicos”. No obstante, se reconoció a la autoridad judicial el derecho de juzgar litigios administrativos cuando la naturaleza de la situación jurídica implicaba la aplicación del Derecho privado.

Esa diferenciación entre distintos tipos de actos no impidió al Consejo elaborar una doctrina más general sobre los actos administrativos como manifestación de la voluntad de la Administración, estableciendo sus condiciones y régimen. En este sentido entendió que los tribunales ordinarios debían aplicar los actos administrativos y en ocasiones imponer sanciones a quienes los contravinieran, pero el fijar su sentido correspondía exclusivamente a quienes los producían; de tal modo que no podrían apreciar ni los méritos ni la regularidad sin transgredir las leyes de separación¹³³⁴. Se admitió que no se aplicaran los reglamentos ilegales afectados por la “excepción de ilegalidad” de los decretos y resoluciones de policía (art. 471.11 del Código Penal conforme a la ley de 28 de abril de 1832, convertido en art. R. 26.15º)¹³³⁵.

1332. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 66-68.

1333. AUCOC, M. L., “Conclusiones sobre el arrêt Pinard”, CE 20 de febrero de 1869, *Pinard*, D, 1869, III, 84. Para el Consejo Constitucional, en su decisión 86-224 DC de 23 de enero de 1987, constituye el núcleo de la competencia de la jurisdicción administrativa, que se limita a la “anulación o la reforma de las decisiones adoptadas en el ejercicio de las prerrogativas del poder público, por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo, sus agentes, las colectividades territoriales de la República o los organismos públicos emplazados bajo su autoridad o su control” (86-224 DC de 23 de enero de 1987).

1334. CE 16 de junio de 1923, *Septfonds*, aceptó que el poder judicial pudiera interpretar los actos administrativos.

1335. CE 3 de febrero de 1989, *Alitalia*, estableció el deber de la Administración de derogar los reglamentos ilegales.

Sobre las medidas y condiciones de la ejecución de las decisiones administrativas se pronunció en la resolución de 2 de diciembre de 1902, *Société immobilière de Saint-Just*¹³³⁶, admitiendo las medidas y condiciones de la ejecución forzosa de sus decisiones.

1.2.3. *El Estado deudor*

Otro concepto utilizado para buscar el criterio delimitador de una y otra jurisdicción fue el del *Estado deudor*. Se excluían de la jurisdicción administrativa los casos en que la ley previera expresamente la competencia judicial, como ocurría en materia de aduanas (ley 14 fructidor del año III), de expropiación (ley de 3 de mayo de 1841) y responsabilidad por explotación de ferrocarriles (ley de 15 de julio de 1845).

El Consejo de Estado reservó a la jurisdicción administrativa el conocimiento de las reclamaciones en que el Estado fuera deudor, como las relativas al reconocimiento de deudas públicas, en particular las derivadas de los créditos de la lista civil de CARLOS X, que había asumido el Tesoro por la ley de 8 de abril de 1834. La regla general fue la de que, a falta de una ley contraria, el acreedor contra el Estado tenía que acudir a la jurisdicción administrativa, incluso por responsabilidad extracontractual (CE 26 de agosto de 1835, *Clament-Zuntz*). Por resolución de 20 de mayo de 1850, *Lavigerie et Dumorieux*, aceptó la competencia judicial sobre la reclamación de responsabilidad personal de un administrador por falta, pero la rechazó respecto a la Administración, para evitar que se inmiscuyera en su gestión, contra lo dispuesto por las leyes de 16-24 de agosto de 1790 y 16 fructidor del año III.

Durante la II República el Tribunal de Conflictos creado por la Constitución de 1848 no se impuso en el debate contra el Consejo de Estado, sino que se vinculó a sus posiciones, manteniendo el privilegio de una justicia excepcional para la Administración, aunque fuera “en detrimento de los derechos más elementales de la propiedad, sacrificados a las necesidades de la utilidad pública”¹³³⁷. Re-

1336. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 47-52.

1337. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 121. BATBIE, A., *Introduction générale...*, cit., pp. 416-421; *Traité théorique...*, cit., pp. 426-427, rechazó la afirmación de CORMENIN de que la jurisdicción administrativa era una jurisdicción de excepción, porque no conocía de su ejecución.

conoció la competencia de los Consejos de prefectura sobre las reclamaciones particulares por los daños causados por las obras públicas (TC 29 de marzo de 1850, *Thomassin et Besniard*; 18 de noviembre de 1850, *Papillon*), las obras municipales que sirvan al interés general (TC 21 de mayo de 1850, *Gauthier*; 8 de noviembre de 1851, *Brun*) y por responsabilidad contractual cuando estuviera excluida la aplicación del derecho común (TC 26 de junio de 1850, *Asnif-Loutfyfan*). Reconoció la competencia de los tribunales judiciales en relación con la distribución de productos de una explotación de montes comunales (TC 10 de abril de 1850, *Caillet*), en un contencioso sobre un contrato civil para la ejecución de un servicio público (TC 23 de mayo de 1851, *Lapyre*), o respecto a la indemnización por desposesión de la propiedad (TC 3 de julio de 1850, *De Rousselet*)¹³³⁸. En algunos casos no se invocó otro fundamento que la Ley de 16-24 de agosto de 1791.

La progresiva ampliación de la actividad administrativa y los nuevos espacios normativos durante el II Imperio sirvieron para que el Consejo de Estado extendiera su control de legalidad de los actos administrativos por los recursos de exceso de poder y de plena jurisdicción, desde la idea de la existencia de dos órdenes jurídicos simétricos, el administrativo y el judicial. Como expuso PINARD, se estimaba que “los poderes discrecionales permitidos por la legislación al gobierno no se conservan en todas las materias sino cuando se utilizan sobriamente y en el momento oportuno”¹³³⁹.

El tema central del debate entre los órdenes jurisdiccionales fue el relativo a la responsabilidad estatal por los daños causados por sus agentes, que reclamaba el orden civil por tratarse de una institución regulada por el Código civil. Por el contrario, para el Consejo de Estado la competencia era administrativa en razón del sujeto y de la actividad causante de los daños, que “constituye al Estado en deudor” y que, a la vista de las leyes de 17 de julio-8 de agosto de 1790, “corresponde conocer a la autoridad administrativa” (CE 9 de febrero de 1847, *Legat*). También porque era suya la de fiscalizar las convenciones que tengan naturaleza de actos administrativos (CE 5 de marzo de 1852, *Cie. Le Phénix*) y “conocer las demandas que tienden a constituir al Estado en deudor”

1338. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 126-131. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 120.

1339. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 175.

(CE 6 de diciembre de 1855, *Rotschild*). Otras veces la fundamentó en la Ley de 16-24 de agosto de 1791 (CE 6 de agosto de 1861, *Dekeiser*; 21 de enero de 1871, *Conflict du préfet de la Seine*). Reconoció a los tribunales ordinarios el conocimiento de contratos en régimen de derecho civil (CE 8 de junio de 1854, *Veuve Saurin*; 18 de enero de 1855, *Bourgouin*)¹³⁴⁰.

A partir de estos pronunciamientos entró en crisis la noción de “Estado deudor” y se recuperó como criterio delimitador de la competencia la doctrina de los actos de autoridad y los actos de gestión. AUCOC, en el asunto *Pinard* (CE 20 de febrero de 1869), afirmó que

“la jurisdicción administrativa es la jurisdicción ordinaria y normal cuando se trata de decidir sobre los derechos y obligaciones que deriven para los ciudadanos y para la Administración de las leyes y reglamentos que han organizado los servicios públicos y de actos de autoridad realizados por la Administración en ejecución de las leyes [...] los actos de autoridad realizados por la Administración [...] Su competencia cesa sólo cuando el Estado actúa en condiciones de derecho privado, cuando realiza un contrato para la gestión de sus propiedades o para la gestión de los servicios públicos”.

1.2.4. *El servicio público*

Otro criterio utilizado para la delimitación de la competencia entre las jurisdicciones fue el del *servicio público*, que legitimaba la derogación del derecho común para la consecución del interés general. Este se realiza por medio de las actividades de una persona pública que atiende las necesidades de la población, de modo que la finalidad supera al medio utilizado. Suponía diferenciar entre las actividades que implicaban servicios públicos, sometidas a la jurisdicción administrativa, y las privadas de la Administración sometidas al juez judicial. El criterio operaba negativamente al excluir de la competencia administrativa las actividades que no constituyen servicio público, y positivamente al atribuirle los litigios relacionados con la organización y el funcionamiento del servicio, con algunas excepciones que no derogaciones¹³⁴¹.

1340. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 131-134.

1341. LAUBADÈRE, A. DE, *Traité...*, cit., pp. 434-435.

A) *La doctrina del arrêt Blanc*

A la hora de aplicar este criterio tuvo un gran significado el Tribunal de Conflictos quien, a partir del *arrêt Blanc* de 8 de febrero de 1873¹³⁴², la invocó continuamente. En la decisión introdujo el concepto del servicio público convertido en “la piedra angular”¹³⁴³, “en el alfa y el omega”¹³⁴⁴ del Derecho administrativo francés y el criterio de atribución de la competencia para conocer de los actos administrativos entre la jurisdicción ordinaria y la administrativa¹³⁴⁵.

Se afirmó que, cuando se trataba de un servicio público, la reclamación de responsabilidad contra el Estado era competencia de la jurisdicción administrativa y se regía por reglas especiales¹³⁴⁶. Lo reiteró el 27 de noviembre de 1933, *Verbanck*; 20 de enero de 1945, *du Verne*; 2 de junio de 1945, *Wiesner*. En el *arrêt Feutry* (TC 29 febrero de 1908)¹³⁴⁷.

Extendió la doctrina *Blanc* respecto a la competencia de la jurisdicción administrativa para las cuestiones de responsabilidad por cuasidelitos, considerando actividad del servicio público y competencia administrativa la relativa a los daños causados en la propiedad privada por un enajenado que escapó de un centro estatal, porque, como expuso el comisario TEISSIER,

“la fórmula es absolutamente general: inspira toda acción de responsabilidad dirigida contra el Estado, cualquiera que sea la causa del daño, que provenga de un acto administrativo, del funcionamiento de un servicio público e incluso de la gestión de una industria monopolizada”; [sin diferenciar la responsabilidad estatal de la departamental o local, porque] “el poder público es uno, el carácter de sus actos

1342. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 5-8.

1343. JEZE, G., *Les principes...*, cit., p. X.

1344. WEIL, P., *Le droit administratif*, Paris, PUF, 1978, p. 16.

1345. AUBY, J.-B. et DRAGO, R., *Traité de Contentieux administratif*, I, Paris, LGDJ, 1962, p. 320: “la doctrina del servicio público, tal y como la exponen DUGUIT y JEZE, sostiene que el servicio público postula necesariamente un régimen de Derecho público y da lugar en todos los casos a la competencia de la jurisdicción administrativa. Según los partidarios de esta concepción, la competencia judicial, completamente excluida en materia de servicio público [...] no puede encontrar un lugar en materia administrativa más que a propósito de la gestión del dominio privado”.

1346. VEDEL, G., *Derecho administrativo*, Madrid, Aguilar, 1980, p. 66, recoge que la novedad se hallaba en fundamentar la responsabilidad en la jurisdicción administrativa en el servicio público, porque la atribución no era nueva sino que existían precedentes (resoluciones de 6 de diciembre de 1855, *Rotschild*, y 6 de agosto de 1861, *Dekeister*). BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 233-235. ALLI ARANGUREN, J. C., *La construcción...*, cit., pp. 116-124.

1347. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 79-80.

o de sus operaciones no cambia por la importancia territorial de la Administración que actúa¹³⁴⁸.

Con base en esta doctrina se extendió la responsabilidad a los municipios (TC 11 de abril de 1908, *De Fonscolombe*) y a los establecimientos públicos (TC 23 de mayo de 1908, *Jouillié*).

La doctrina *Blanc* se aplicó también por el Consejo de Estado reconociéndose competente en razón a que el litigio estaba vinculado a la “ejecución de un servicio público de interés general” en la resolución de 6 de febrero de 1903, *Terrier*¹³⁴⁹, en la que sostuvo que constituía servicio público la actividad de los entes locales que fomentaban la muerte de víboras, siendo competencia de la jurisdicción administrativa. Se invocó como razón de la atribución a la competencia administrativa

“la ejecución, inejecución o mala ejecución de un servicio público [...] funcionando con sus propias reglas de carácter administrativo o, por el contrario, frente a actos [...] de gestión privada que se mantienen exclusivamente en el terreno de las relaciones entre particulares en condiciones de Derecho privado”¹³⁵⁰.

El comisario ROMIEU, siguiendo a HAURIOU, sostuvo que toda gestión de servicio público era una operación de poder público y que

“todo lo que concierne a la organización y el funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, generales o locales, actúe la Administración por medio del contrato o por medio de la autoridad, constituye una operación administrativa que es, por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa”¹³⁵¹.

En el *arrêt Therond* (CE 4 de marzo de 1910)¹³⁵² el Consejo de Estado aplicó el criterio del servicio público a los contratos municipales para atender los servicios de su competencia, cuyo conocimiento correspondía a la jurisdicción

1348. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 274-276. Acota que la doctrina *Feutry* desmiente la tesis de Duguit por colocar a la Administración en una situación de superioridad, mientras que confirma a Hauriou en cuanto a que en todo servicio público existe una porción de poder público.

1349. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 53-56.

1350. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., p. 56.

1351. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 277-279.

1352. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 92-96.

administrativa¹³⁵³. El comisario PICHAT constató el abandono de la división entre los actos de autoridad y los actos de gestión de los que conocían, respectivamente, la jurisdicción administrativa y la judicial, indicando que el *arrêt Blanc* había abierto una nueva vía al establecer el servicio público como criterio de la competencia sin cuestionar si se utilizaban medios de poder o de gestión.

La doctrina *Blanc* ha venido siendo invocada para vincular la competencia al servicio público (TC 27 de noviembre de 1933, *Verbanck*; 20 de enero de 1945, *du Verne*). También lo ha hecho en relación con la “ejecución de un servicio público de interés general” (CE 17 de diciembre de 1948, *Angrand*; 21 de octubre de 1949, *Mutuelle de Mans*; 17 de julio de 1950, *Mutuelle Richelieu*), y en el caso de las dependencias de dominio privado afectas al servicio público o a la ejecución del servicio sobre un bien de dominio privado (TC 3 de noviembre de 1950, *Giudicelli*. CE 18 de abril de 1947, *Société de secours mutuel*; 16 de mayo de 1952, *Société St-Gobain*; 3 de marzo de 1975, *Courrière*).

Sin embargo, el criterio del conocido asunto no fue pacífico ni admitido sin discusión, como se demostró en el *arrêt Dame Mélinette* de 11 de julio de 1933¹³⁵⁴, en el que el Tribunal de Conflictos, tras un pronunciamiento por responsabilidad dictado por el juez judicial, estimó que el servicio asumido en las mismas condiciones que un servicio público industrial puede dar lugar a reclamaciones ante la jurisdicción civil, provocando la desvinculación entre el servicio público y la jurisdicción administrativa. Recuperó la doctrina *Blanc* en la resolución de 27 de noviembre de 1933, *Verbanck*, aceptando la competencia de los tribunales ordinarios por la responsabilidad de los daños causados por los particulares empleados en el servicio público. Vinculó al servicio público y al régimen administrativo el servicio público de carácter social (TC 22 de enero de 1955, *Naliato*).

B) *El rechazo del criterio del servicio público*

Esta opinión se cuestionó por el Consejo de Estado en el *arrêt* de 31 de julio de 1912, *Société des granits prophyroïdes de Vosges*¹³⁵⁵, sobre la compe-

1353. Fue recogida en sus resoluciones de 17 de diciembre de 1948, *Angrand*; 21 de octubre de 1949, *Mutuelle de Mans*; 17 de julio de 1950, *Mutuelle Richelieu*.

1354. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 214-219.

1355. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 110-113.

tencia respecto a un contrato de suministros. Siguiendo la opinión del comisario Léon BLUM, el Consejo sostuvo que en materia de responsabilidad contractual no se podía distinguir entre la gestión pública y la privada y que en el suministro de adoquines no había poder, por lo que debía conocer el juez común¹³⁵⁶.

El criterio del servicio público para atribuir la competencia fue rechazado en la resolución de 22 de enero de 1921, *arrêt Societé commerciale de l'Ouest Africain (Bac d'Éloka)*¹³⁵⁷, porque

“se explota un servicio de transporte en las mismas condiciones que un industrial ordinario; que, en consecuencia, no existiendo un texto especial que atribuya la competencia a la jurisdicción administrativa, compete a la autoridad judicial conocer de las consecuencias dañosas de la acción invocada”.

El Consejo recuperó el criterio de los daños de la explotación industrial y comercial (CE 27 de mayo de 1865, *Ducruet*), que se excluían del servicio público, pero reinterpretó el *arrêt Banc d'Éloka* en un sentido favorable a la competencia administrativa, creando un híbrido, el servicio público industrial y comercial. Esta es la causa de que, a través de su posterior interpretación se le haya atribuido el significado de un reconocimiento del criterio del servicio público reemplazando al de *puissance publique*¹³⁵⁸.

C) *La crisis del servicio público*

El Consejo de Estado francés reconoció la crisis del concepto del servicio público cuando en el *arrêt Granits des Vosges* (CE 31 de julio de 1912) constató que en materia contractual los servicios públicos recurren frecuentemente a los contratos de Derecho privado. El Tribunal de Conflictos en el *arrêt Bac d'Eloka* (TC 22 janv. 1921, *Société Commerciale de Ouest Africain*) entendió normal la gestión privada y en régimen de Derecho privado de los servicios públicos, y que hacerlo en las mismas condiciones que un industrial, en ausencia de un texto especial que atribuyera competencia a la jurisdicción administrativa, la

1356. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 279-280.

1357. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 159-164.

1358. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 280-282.

competencia era de la autoridad judicial¹³⁵⁹. La fórmula que utilizó el Consejo para reconocer la competencia civil fue la de “gestión en condiciones similares a las de Derecho privado”.

Posteriormente, el servicio público no ha sido considerado un criterio absoluto para atribuir la competencia al juez administrativo, y se ha exigido en materia de responsabilidad que el daño sea producido por la coincidencia del servicio público y del ejercicio de prerrogativas de las potestades públicas, así como de las reglas de fondo aplicables al sujeto y la actividad material, como ya había apuntado el Consejo de Estado en la resolución *Blanc* al referirse a los principios de la responsabilidad, que no eran los del *Code civil*, sino las reglas administrativas especiales, que condujo a considerar la competencia de la autoridad administrativa y a declarar que la Administración estaba sometida a un Derecho autónomo y distinto del Derecho civil, que dotaba al poder público de unas prerrogativas exorbitantes de las propias del Derecho común, a fin de que pudiera acometer su fin de servicio a los intereses generales, uno de los más trascendentales de la decisión ejecutoria nacido del *privilège du préalable* (CE 30 de mayo de 1913, *Préfet de l'Eure*).

D) *Los servicios públicos industriales y comerciales*

Respecto al contencioso de los servicios públicos industriales y comerciales la distinción que se estableció en el *arrêt Banc d'Éloka* permitió una primera diferenciación entre el régimen de Derecho público del servicio público administrativo y el Derecho privado del servicio público comercial e industrial. Se exigió un elemento material (actividad de interés general) y un elemento orgánico (la gestión por una persona pública), sin que el régimen jurídico público o privado fuera parte de la definición del servicio público, ni quedara excluida por su prestación por persona privada¹³⁶⁰. A estos efectos se ha de diferenciar las relaciones con los usuarios, con los agentes y con terceros.

1359. MESCHERIAKOFF, A.-S., “L'arrêt du Bac d'Eloka; légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique”, *RDP*, 1988, pp. 1.060 y ss. LACHAUME, J.-F., “Actualité des conclusions de Matter et de la jurisprudence Bac d'Eloka”, en AUBY, J.-B. y BRACONNIER, S. (dirs.) *Services publics industriels et commerciaux*, Paris, LGDJ, 2003, pp. 3 y ss.

1360. TC 15 de enero de 1968, *Époux Barbier*, asumió la naturaleza reglamentaria de algunas disposiciones de tales servicios.

Tal y como se elaboró posteriormente, se diferenció entre los servicios públicos administrativos y los servicios públicos industriales y comerciales, cuyo conocimiento correspondía a la jurisdicción judicial:

“en la explotación de los servicios públicos industriales de los que asume el deber de su gestión, el Estado se halla frente a los usuarios en la misma situación que el empresario ordinario, a menos que la propia naturaleza del servicio o cláusulas especiales no supongan acuerdos individuales con los usuarios con carácter de verdaderos contratos administrativos” (CE 23 de diciembre de 1921, *Société générale d’armement*); 5 de mayo de 1922, *The American Trading Company*).

a) Relaciones con los usuarios.

Se ha reconocido la competencia administrativa sobre las decisiones de las entidades locales y la reparación de los daños causados a terceros por las obras a su cargo, incluso sin falta; se excepciona el conocimiento si la víctima es un usuario y si el daño ha sido causado por una persona que colabora en la ejecución por la entidad del servicio, en que se atribuye a la judicial (CE 13 de enero de 1961, *Bas Rhin*).

La relación del usuario con el prestador del servicio se ha considerado de Derecho privado (TC 24 de junio de 1954, *Dame Galland*; 17 de octubre de 1966, *Dame Veuve Canasse*, y 29 de diciembre de 2004, *Blanckerman*. CE 11 de julio de 2001, *Poirrez*), de modo que todos los contratos de la persona pública que gestiona el servicio con el usuario son de Derecho privado y sometidos a la jurisdicción judicial, incluso aunque tenga una cláusula exorbitante del Derecho común que en principio entraña la competencia administrativa (CE 13 de octubre de 1961, *Établissement Campanon-Rey*, confirmado por TC de 17 de diciembre de 1962, *Dame Bertrand*).

Los daños causados por las obras realizadas por la persona privada que gestiona un servicio público industrial y comercial a un usuario competen a la judicial (CE 25 de abril de 1958, *Dame Veuve Barbaza*. TC 10 de octubre de 1966, *Veuve Canasse*; 24 de mayo de 2004, *Garcia*). En la distinción entre usuario del servicio público y de las obras o estructuras del servicio público, que se efectuó a propósito del hundimiento de una marquesina en una celebración, se impone la primera condición y se atribuye a la jurisdicción judicial (CE 24 de noviembre de 1967, *Demoiselle Labat*). A la condición de usuario se dio un sentido amplio que alcanzó al usuario fraudulento (TC 5 de diciembre de 1983, *Niddam*).

La competencia judicial es la regla general en los litigios con el usuario del servicio público industrial y comercial, y en las relaciones con los terceros y los agentes (TC 11 de julio de 1933, *Dame Mélinette*)¹³⁶¹. Se atribuye a la jurisdicción administrativa si se trata de un acto administrativo adoptado por el servicio público en ejercicio de sus prerrogativas (TC 22 de noviembre de 1993, *Matisse*), de daños causados por obras públicas (TC 2 de marzo de 1987, *Compagnie La Lutèce*; CE 25 de abril de 1958, *Dame Veuve Barbaza*), o de litigios individuales que afectan a los agentes del servicio como el del “encargado de la dirección del conjunto de los servicios” (CE 8 de marzo de 1957, *Jalenques de Labeau*).

Por el contrario, se mantiene la competencia administrativa respecto a los actos unilaterales de la persona pública con ejecución de prerrogativas del poder público (TC 19 de enero de 1998, *Syndicat français de l'Express international*), o cuando la gestión del servicio público administrativo la realizan las personas públicas. En estos supuestos domina el criterio orgánico en los conflictos con los agentes (TC 25 de marzo de 1996, *Berkani*), los usuarios (TC 15 de marzo de 1999, *Mme Mistupa*) o terceros (TC 15 de noviembre de 1999, *Comité de expansion de la Dordogne*).

b) Relaciones con los agentes.

En cuanto a las relaciones con los agentes se consideró que respecto a los directivos y jefes la jurisdicción competente era la administrativa, mientras que para el personal subalterno lo era la judicial (CE 26 de enero de 1923, *De Robert de Lafrégeyre*)¹³⁶². Se precisó la noción de personal de dirección excluyendo a los jefes de servicio que entraron en la competencia judicial (CE 29 de enero de 1952, *Boglione*), atribuyendo aquella categoría al director general, al secretario general y al contable (CE 25 de enero de 1952, *Vingtain et Affortit*). Los agentes públicos contratados empleados en los servicios son de régimen privado y se les aplica el régimen laboral, salvo para los situados en la dirección del servicio, que incluye al contable público (CE 8 de marzo de 1957 *Jalenques de Labeau*). Si un agente contractual impugna una medida de organización del servicio que es un acto reglamentario, la competencia es administrativa (TC

1361. LONG, M., WEIL, P. y BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 214-219.

1362. LONG, M., WEIL, P. y BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 171-174.

15 de enero de 1968, *Époux Barbier*)¹³⁶³. Los litigios individuales del personal contractual con el servicio competen a la jurisdicción judicial, con la reserva de una posible cuestión prejudicial sobre la legalidad del contrato (TC 17 de abril de 2000, *Conseil des Proud'hommes de Villeneuve Saint Georges*).

c) Relaciones con terceros.

Respecto a las relaciones con terceros por motivo de la prestación del servicio industrial y comercial, se consideró competente a la judicial respecto a la reparación (TC 11 de julio de 1933, *Dame Mélinette*; 4 de noviembre de 1991, *CAMIF*; 22 de noviembre de 1993, *Matisse*; 1 de julio de 2002, *Mademoiselle Labrosse*). Una de las derogaciones del conocimiento por la jurisdicción judicial se produce cuando los daños se causan a terceros por parte de las personas privadas que los gestionan (CE 25 de abril de 1958, *Veuve Barbaza*).

A la hora de determinar la competencia se mantiene la regla de que es propio de la competencia administrativa conocer de los asuntos relativos a un “servicio público administrativo cuya gestión está encomendada bajo el control de la Administración a organismos de Derecho privado” (CE 13 de enero de 1961, *Magnier*). Además del criterio del servicio público se puede invocar el del ejercicio del poder público para determinar la competencia (CE 10 de julio de 1956, *Société Bourgogne-Bois*).

1.3. Los tribunales y los recursos administrativos

1.3.1. *Tribunales e instancias*

En la organización jurisdiccional nacional de Francia se diferencian dos órdenes: el judicial y el administrativo. Corresponde al judicial conocer de las materias civil, social, comercial y penal. En ambos hay tres grados: compete al primero conocer en instancia¹³⁶⁴, al segundo de las apelaciones y al tercero de

1363. LONG, M., WEIL, P. y BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 524-529.

1364. En el orden judicial existen dos tipos de Tribunales en función de la cuantía de los litigios. El Tribunal de Instancia conoce los de cuantía inferior a 7.600 euros y todos los de ciertas materias como créditos de consumo, arrendamientos de viviendas, protección de personas, etc. Al Tribunal de Gran Instancia corresponden los de cuantía superior a 7.600 euros y todos sin límite de cuantía que no correspondan a otro tribunal, con competencias exclusivas en divorcio, filiación, bienes inmuebles, etcétera.

la casación. Fuera y por encima de este orden están el Tribunal de conflictos y el Consejo constitucional.

Se denominan jurisdicciones políticas las que juzgan al Presidente de la República y a los ministros. La Alta Corte de Justicia para el primero por crimen de alta traición¹³⁶⁵, y para los otros el Tribunal de Justicia de la República por las infracciones cometidas durante el ejercicio de sus funciones¹³⁶⁶.

Corresponde a la jurisdicción “aplicar el Derecho resolviendo los litigios” (CE 12 de diciembre de 1953, *De Bayo*) que, en el caso de la jurisdicción administrativa, su carácter lo determina el tipo de litigio de que conoce, su composición, sus poderes y la posibilidad de recursos de revisión (CE 7 de febrero de 1947, *D’Aillères*)¹³⁶⁷.

Como se ha expuesto, el dualismo jurisdiccional no sólo tiene una larga tradición histórica, sino que constituye uno de los principios del régimen constitucional francés, avalado por el Consejo Constitucional en sus decisiones 80-119 de 22 de julio de 1980¹³⁶⁸ y 86-224, de 23 de enero de 1987¹³⁶⁹. En la primera de ellas –conocida como *loi de validation*– declaró que

“resulta de las disposiciones del artículo 64 de la Constitución, en lo que concierne a la autoridad judicial, y de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, en cuanto afecta, tras la ley de 24 de mayo de 1872, a la jurisdicción administrativa, que se garantiza la independencia de las jurisdicciones y el carácter específico de sus funciones que no pueden invadir ni el legislador ni el Gobierno; sin que competa ni al legislador ni al Gobierno censurar las decisiones de las jurisdicciones, dirigirles mandatos ni sustituirlas en el juicio de los litigios que les corresponden en su competencia. Pero considerando que estos principios de valor constitucional no se oponen a que, en ejercicio de su competencia y por necesidad, salvo en materia penal, por la vía de las disposiciones retroactivas, el legislador modifique las reglas que el juez tiene la misión de aplicar”¹³⁷⁰.

1365. Decisión del Consejo Constitucional 98-408 DC de 22 de enero de 1999.

1366. SCARANO, J.-P., *Institutions juridictionnelles*, Paris, Ellipses, 2005.

1367. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 291-295.

1368. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 414-427.

1369. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 699-714.

1370. VELLE, S., “La constitutionnalisation d’un mythe: justice administrative et séparation des pouvoirs”, en *RDP*, 3, 1989, pp. 767-783. BIGOT, G., “Les mythes fondateurs du droit administratif”, *RFDA*, 2000, pp. 528 y 535, considera que la concepción francesa de la separación de poderes es “una falsificación del pasado”.

Sin embargo, como se ha expuesto, periódicamente aparecen voces críticas con la fórmula, que reclaman el fin de la división y la creación de una jurisdicción única¹³⁷¹. Argumentan que superaría los defectos, mejoraría la justicia, la dotaría de mayor legitimidad y eficacia, el derecho sería más eficiente y legible y más conforme con el comunitario. La evolución reciente de la jurisdicción administrativa, que está reduciendo las diferencias entre sus propios instrumentos, supone un acercamiento de principios, procedimientos y reglas entre ambos órdenes con el fin de proporcionar al ciudadano una justicia plena y de garantizar la tutela judicial efectiva.

A efectos de situar, esquemáticamente, la actual organización de la jurisdicción administrativa, se puede distinguir la de derecho común y las jurisdicciones administrativas especiales.

A) *Jurisdicción administrativa de derecho común*

La Ley de 24 de mayo de 1872, que dio el impulso definitivo a la jurisdicción administrativa delegada del Consejo de Estado, estuvo vigente hasta la Ley de 18 de diciembre de 1940. Esta fue derogada por la Ordenanza 1728/1945 y por el Decreto 1709/1945, de 31 de julio.

El 1 de enero de 1954 los Consejos de prefectura se convirtieron en tribunales administrativos y jueces de derecho común en materia administrativa, conforme al decreto de 30 de septiembre de 1953, dictado por delegación del Parlamento de 26 de marzo de 1953¹³⁷². Los decretos 766 y 767/1963, de 30 de julio, introdujeron importantes modificaciones¹³⁷³. La ley 86-14 de 6 de enero de 1986 otorgó a los magistrados administrativos un estatuto que garantizaba su independencia.

1371. TRUCHET, D., "Plaidoyer pour une cause perdue: la fin du dualisme juridictionnel", *AJDA*, 32, 2005, pp. 1.767-1.770, concluye afirmando que "el doble dualismo no está adaptado a las necesidades del derecho y de la justicia de la sociedad francesa contemporánea y que las cuestiones de fondo deben lógicamente imponerse sobre las cuestiones de competencia, preferiría un tercer modelo: *deux droits, un juge*. Este sería el escenario más eficaz para las evoluciones suaves que parecen imponerse en un sistema que no es jurídicamente cerrado".

1372. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 465-468.

1373. El carácter de competencia reglamentaria de la organización de la justicia a partir de la Constitución de 1958 ha sido reconocido por el CE 8 de octubre de 1971, *SA Librairie François Maspero*.

La reforma más importante la introdujo la ley 87-1.127 de 31 de diciembre de 1987, por la que se crearon nuevas estructuras de la jurisdicción administrativa como los tribunales administrativos de apelación, se distribuyeron las competencias atribuyéndoles decidir sobre las apelaciones contra las decisiones de los tribunales administrativos, se reformó el procedimiento y el reenvío por consulta¹³⁷⁴.

El Decreto 97-563 de 29 de mayo de 1997, reguló el funcionamiento de los Tribunales administrativos y los Tribunales administrativos de apelación y el procedimiento ante estas jurisdicciones, modificando el Código de los Tribunales administrativos y de apelación. Simplificó los procedimientos de instrucción y creó una medida cautelar (*référé préventif*) sobre obras públicas para comprobar el estado de un inmueble que pudiera sufrir daños por ellas.

La ley 99-1.071 de 16 de diciembre de 1999 habilitó al Gobierno para adaptar los diversos códigos por medio de una Ordenanza, conforme al artículo 38 de la Constitución. Las Ordenanzas 2000-387, 388 y 389 de 4 de mayo de 2000 dictaron la parte legislativa del Código de justicia administrativa por la primera y, las dos últimas, su parte reglamentaria¹³⁷⁵. Posteriormente se incorporaron al Código las reformas introducidas por la Ley de 12 de abril y 30 de junio de 2000 sobre las medidas cautelares¹³⁷⁶.

1374. MASSOT, J., GIRARDOT, T., "Le Conseil...", *cit.*, pp. 141-153. DOUMBÉ-BILLÉ, S., "Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux", *AJDA*, 1, 1993, p. 3, observó que la creación de los tribunales administrativos de apelación daba una "nueva fisonomía a la jurisdicción administrativa y obligaba a replantearse las circunscripciones antiguas". GABOLDE, CH., "La seconde réforme du contentieux administratif", *Recueil Dalloz Sirey*, 8, 1988, pp. 51-54. COMBARNOUS, M., "Une étape décisive dans la modernisation du contentieux administratif". FRANC, M., "Commentaires sur une réforme", en *AJDA*, 2, 1988, pp. 76-78 y 79-84, respectivamente. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La crisis del contencioso-administrativo francés: El fin del paradigma", *REDA*, 58, 1988, pp. 165-179.

1375. CC 86-207 DC de 15 y 26 de junio de 1986, declaró su competencia para controlar la constitucionalidad de la ley que habilita al gobierno para actuar mediante ordenanza. En CC 2003-473 DC de 26 de junio de 2003 sobre la definición por medio de ordenanza del régimen de los contratos de colaboración público-privado, aludió a las "exigencias constitucionales inherentes a la igualdad ante el mandato público, a la protección de las propiedades públicas y al buen uso de los recursos públicos". Criterios que asumió el Consejo de Estado en relación con la ordenanza de 17 de junio de 2004 sobre dichos contratos (CE 29 de octubre de 2004, *Sueur et autres*).

1376. CHAPUS, R., "Lecture du code de justice administrative", *RFDA*, 5, 2000, pp. 929 y ss. ARRIGHI DE CASANOVA, J., "Le Code de justice administrative", *RFDA*, 7-8, 2000, pp. 639 y ss.

La ley 2000-321 de 12 de abril de 2000, sobre derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones¹³⁷⁷, renovó el régimen de las decisiones, convirtió el silencio de cuatro en dos meses por rechazo implícito; incorporó las medidas cautelares agrupadas en un procedimiento único; la obligación de un recurso administrativo¹³⁷⁸; fijó plazos de ejecución y estableció condenas pecuniarias para las personas jurídicas de Derecho público y el régimen de los litigios sobre la situación personal de los funcionarios, con excepción de las medidas disciplinarias o de selección. Fue desarrollada por Decreto 2001-407 de 7 de mayo de 2001¹³⁷⁹.

La Ley 2000-597 de 30 de junio y el Decreto 2000-1.115 de 22 de noviembre de 2000, modernizaron los procedimientos de urgencia y permiten adoptar una decisión preventiva provisional tras una breve instrucción¹³⁸⁰.

a) Primera instancia:

aa) *Consejo de Estado*: primera y única instancia de los litigios de los artículos L. 311-2 a L. 311-6 y R. 311-1 CJA y otras disposiciones:

- Recursos contra las Ordenanzas del Presidente de la República y los decretos (art. R. 311-1.1º).
- Recursos contra los actos reglamentarios de los ministros y los actos dictados tras recibir opinión del Consejo de Estado (art. R. 311-1.2º).

1377. CHEVALLIER, J., “La transformation de la relation administrative: mythe ou réalité? (à propos de la loi n.º 2000-321 de 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administration”, *D.* 2000, chron. p. 575. LATOURNERIE, M.-A., “Réflexions sur l’évolution de la juridiction administrative française”, *RFDA*, 5, 2000, pp. 924 y ss.

1378. AUBY, J. M., “La notion du recours administratif”, *AJDA*, 1955, pp. 117-122, caracterizó el recurso administrativo por dirigirse a un administrador activo, decidiendo en cuanto tal por medio de un acto administrativo distinto y no sometido a las reglas de los actos jurisdiccionales. Según cual sea la autoridad que conoce se trataría de recurso jerárquico, de tutela o de control, que puede anularlo o modificarlo. Su naturaleza y régimen es distinto de los recursos jurisdiccionales, con independencia de que se exprese en tres posibilidades: elegir libremente ambas vías, ejercerlas simultánea o sucesivamente, con algunas limitaciones respecto a los procedimientos.

1379. CE 12 de octubre de 2001, *Ste. des produits Roche*, sobre recurso administrativo previo a recurso por exceso de poder sin efecto suspensivo.

1380. FOULETIER, M., “La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives”, *RFDA*, 5, 2000, pp. 963 y ss. PACTEAU, B., “Vu de l’intérieur: la loi 30 juin 2000, une réforme exemplaire”, *RFDA*, 5, 2000, pp. 959 y ss. VANDERMEEREN, R., “La réforme des procédures d’urgence devant le juge administratif”, *AJDA*, 9, 2000, pp. 706 y ss. VV.AA., “Colloque Primer bilan de la réforme des procédures d’urgence dans le contentieux administratif”, *RFDA*, 1, 2007, pp. 31 y ss.

- Recursos sobre la situación individual de funcionarios nombrados por decreto del Presidente (art. R. 311-1.3º)¹³⁸¹.
- Recursos de anulación contra las decisiones administrativas de organismos colegiados con competencia que exceda del ámbito de un solo Tribunal administrativo (art. R. 311-1.4º)¹³⁸².
- Recursos contra actos administrativos cuyo ámbito de aplicación es mayor que la competencia de un solo tribunal (art. R. 311-1.5º)¹³⁸³.
- Litigios surgidos fuera del territorio de la jurisdicción de los tribunales administrativos (art. R. 311-1.6º).
- Los de procedimientos de urgencia se atribuyen a los del mismo carácter del Consejo.
- Recursos contra las decisiones de la Comisión nacional del derecho de réplica en medios de comunicación (Decreto de 13 de mayo de 1975).
- Recursos contra la decisión de la Comisión central sobre determinación del beneficio agrícola estimado (art. 1.652 del CGI).
- Recursos sobre las elecciones al Parlamento europeo, consejos regionales y Consejo superior de los franceses en el extranjero.
- Recursos contra las Decisiones de la comisión de encuestas (Ley de 19 de julio de 1977).
- Recursos sobre las elecciones de los miembros del Consejo económico y social (art. 10 de la ordenanza 58-1.360 de 29 de diciembre de 1958).
- Recursos en interés de ley¹³⁸⁴.
- Recursos contra las decisiones de los tribunales administrativos sobre demanda de los contribuyentes locales autorizados a ejercer una acción municipal, departamental o regional (art. L. 2132.5 y

1381. Corresponden al tribunal administrativo en primera instancia los relativos a condecoraciones, remuneraciones no estatutarias y nombramiento de un empleo que no está estatutariamente reservado a un agente que sólo podía ser nombrado por el presidente (CE 7 de marzo de 2005, *M. François M.*)

1382. CE 25 de abril de 2001, *Association sportive Nancy-Lorraine*.

1383. CE 25 de abril de 2001, *Association choisir le vie-Association pour l'objection de conscience à l'avortement*.

1384. CE 1 de octubre de 1997, *Ministre de la Défense*.

6 del Código general de las colectividades territoriales y R. 316-1 del código de los comunales).

ab) *Tribunales administrativos*: son los jueces de derecho común del contencioso-administrativo (art. L. 311.1 CJA). Se les reconoce función de conciliación (art. L. 211.4 CJA). Conocen en primera y única instancia (arts. R. 222.13 y 811.1 CJA): conflictos de naturaleza fiscal; función pública; indemnizaciones inferiores a ocho mil euros; contenciosos particulares sobre declaración de obras, ayudas personales a la vivienda de menos de ocho mil euros, servicio nacional, comunicación de documentación administrativa; procedimientos sumarios.

b) Apelación:

Por medio del recurso de apelación se juzga íntegramente por una nueva instancia el pronunciamiento del tribunal de primera instancia, con el fin de confirmarlo, anularlo o modificarlo. Respecto a la jurisdicción administrativa de primera instancia, la apelación se formula ante los Tribunales administrativos de apelación o ante el Consejo de Estado.

aa) Tribunales administrativos de apelación:

La Ley 87-1.127 de 31 de diciembre de 1987 creó los Tribunales administrativos de apelación para reducir la carga de trabajo del Consejo del Estado, que venía conociendo de los recursos de apelación contra los pronunciamientos de los tribunales administrativos de primera instancia en los recursos de pleno contencioso. El decreto 92-245 de 17 de marzo de 1992 dispuso que a partir de 1 de septiembre de 1992 se ampliase su competencia a los recursos por exceso de poder. La progresiva transferencia de los recursos concluyó el 1 de octubre de 1995 (art. 75 de la Ley 95-125 de 8 de febrero). El artículo R. 221-7 CJA prevé las sedes y los ámbitos territoriales de los distintos Tribunales administrativos de apelación.

ab) Consejo de Estado:

A partir del 1 de octubre de 1995 conoce en apelación de las decisiones de los Tribunales administrativos que le encomienda el artículo R. 322-1 CJA: contencioso de las elecciones comunales y cantonales; recursos contra ordenanzas en materias cautelares (art. L. 523-1 CJA); requerimientos sobre competencia en primera y última instancia para decidir sobre un nuevo requerimiento vinculado

al anterior (art. R. 341-1 CJA)¹³⁸⁵; decisiones de las jurisdicciones administrativas especiales que no dispongan de un régimen propio de apelación.

c) Casación:

El Consejo de Estado conoce en casación no revisora, sino limitada a verificar la aplicación del derecho por los jueces de primera instancia. Parte de su apreciación de los hechos, aunque puede censurar su desnaturalización y el error de derecho. Si anula la decisión, puede entrar al fondo del asunto “si el interés de la buena justicia lo justifica” (art. L. 821-2 CJA)¹³⁸⁶.

Conoce de las resoluciones de los tribunales administrativos de apelación; de las decisiones de las apelaciones de las jurisdicciones especializadas; de los pronunciamientos en primera y única instancia de los tribunales administrativos; de las ordenanzas en primera y única instancia de los presidentes de los tribunales administrativos o de los magistrados delegados en ciertos sumarios (art. L. 523.1 CJA); de las resoluciones de los tribunales regionales de pensiones militares y víctimas de guerra (art. 69)¹³⁸⁷.

B) *Jurisdicciones especializadas de naturaleza administrativa*

Existen más de sesenta jurisdicciones administrativas especializadas, de las cuales sólo las resoluciones de algunas de ellas llegan al Consejo de Estado en apelación o casación, sobre

- disciplina profesional (Consejo Superior de la Magistratura, Cámara de disciplina de la Compañía Nacional de los Consejos de patentes de invención);

1385. Ley 2000-597 de 30 de junio de 2000. CE 3 de abril de 2006, *Placoplatre*, estudió el caso en que el Tribunal administrativo era competente en un recurso contra la resolución del prefecto sobre la construcción de una carretera, quien también decretó su declaración de utilidad pública. Sobre este último era competente el Consejo de Estado. La conexión entre las decisiones hace competente al Consejo sobre ambos recursos (art. R. 341.1 CJA) y también para conocer de los requerimientos de medidas preventivas.

1386. CE 12 de julio de 2002, *M. et Mme. Leniaou*, declaró que el juez administrativo “tiene siempre la facultad, en el interés de una buena justicia, de reabrir la instrucción y de someter a debate contradictorio los elementos contenidos en la nota de alegatos al juez”.

1387. CE 11 de junio de 2003, *Mme. H. Veuve G.*

- extranjeros (Comisión de recursos de los refugiados)¹³⁸⁸;
- materia social (discapacitados, mutilados de guerra, comisiones técnicas de orientación y clasificación profesional);
- financiera:
 - Tribunal de cuentas (arts. L.111-1 a L.140-9 del Código de las jurisdicciones financieras)¹³⁸⁹.
 - Cámaras regionales de cuentas: control *a posteriori* de legalidad presupuestaria de los actos de los municipios, departamentos y regiones (Ley 82-213 de 2 de marzo de 1982), control de la ejecución del presupuesto y de la gestión de entidades y organismos del sector público local (art. L.211-1 á 8 CJF)¹³⁹⁰.
 - Tribunal de disciplina presupuestaria y financiera, con competencia para sancionar las irregularidades cometidas respecto a la gestión de la contabilidad pública¹³⁹¹ (Ley de 25 de septiembre de 1948 y Libro III del Tít. I CJF).

1.3.2. *La evolución reciente de los recursos y de su régimen: la superación de la división tradicional*

A) *Tipos de recursos contenciosos*

Para estudiar la evolución de los recursos administrativos y de su régimen, es preciso partir de la distinción que realizó LAFERRIÈRE sobre la base del poder y carácter de la decisión del juez entre cuatro tipos de contenciosos que denominó los *quatre branches du contentieux*: los más importantes eran los de plena jurisdicción y de anulación; de importancia secundaria los de

1388. TIBERGHEN, F., *La protection des réfugiés en France*, Paris, Economica, 1984. Como se expondrá, esta ha sido una materia en la que más se aprecia el desarrollo del control de la Administración para garantizar los derechos reconocidos por las sentencias del Tribunal europeo de Derechos Humanos.

1389. DESCHEEMAER, Ch., “La cour de comptes”, en *Les études de la documentation française*, 5.206-07, Paris, 2007.

1390. GAUDEMET, P.-M., “Les chambres régionales des comptes”, *AJDA*, 1983, pp. 32 y ss.

1391. Decisión del Consejo constitucional 2005-198 L de 3 de marzo de 2005.

interpretación y de represión¹³⁹². Los dos primeros se han convertido en los instrumentos contenciosos fundamentales y en torno a ellos gira el orden jurisdiccional¹³⁹³.

a) Contencioso de plena jurisdicción:

Según LAFÈRRIÈRE “comporta el ejercicio de un arbitraje completo, de hecho y de derecho, sobre el litigio”, es el “contencioso-administrativo propiamente dicho” (AUCOC) o “pleno contencioso” (Consejo de Estado): el juez dispone de los mayores poderes que le permiten fiscalizar la gestión administrativa y las relaciones bilaterales. Examina el fondo de todas las situaciones que se le plantean, tanto en los hechos como en el Derecho, con pleno poder de examen y comprobación. En su decisión puede sustituir la impugnada y reformar las adoptadas por la Administración recurrida por ser ilegales o erróneas, así como restablecer la situación con la restitución y reparaciones necesarias del derecho invocado por el recurrente.

En la enumeración de LAFÈRRIÈRE se divide en los relativos a los contratos administrativos; los referidos a obligaciones pecuniarias del Estado nacidas de un origen distinto al contractual por cuasi-contrato, cuasi-delito o por la ley, que incluye las reclamaciones de indemnizaciones, sueldos, etcétera, y los derivados de “operaciones administrativas de las que resulten obligaciones o derechos”, como impuestos directos, contabilidad pública, bienes comunales, selección y operaciones electorales. Según AUCOC se pueden agrupar y distinguir entre el contencioso de reparación, el de impuestos directos y el de contratos.

b) Contencioso de anulación:

Un acto de la jurisdicción administrativa anula un acto administrativo ilegal, con un alcance limitado, que “hace caer el acto irregular sin poder, tras anularlo, sustituirlo por una decisión diferente” (AUCOC). Por tanto, el juez sólo ejerce “poderes de anulación limitados al derecho a anular los actos ata-

1392. LAFÈRRIÈRE, E., *Traité...*, cit., p. 15.

1393. JÈZE, G., “Exposé critique d’une histoire en faveur au Conseil d’État sur la classification des recours contentieux en recours en annulation et recours de pleine juridiction”, *RDP*, 1908, pp. 671 y ss. HEILBRONNER, A., *Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux*, Paris, D. 1953, pp. 183 y ss.

cados como irregulares, sin que el juez administrativo tenga el poder de reformarlos y de sustituirlos por su propia decisión” (LAFÈRRIERE).

c) Contencioso de interpretación:

Para determinar el sentido y alcance de un acto administrativo o para apreciar su valor legal, cuando se discute o, incluso, un pronunciamiento sobre su legalidad, pero sin otros efectos. La jurisdicción ejerce “poderes de interpretación consistentes únicamente en determinar el sentido y alcance de un acto administrativo o de apreciar su valor legal, sin aplicar el acto a las partes interesadas” (LAFÈRRIERE).

d) Contencioso de represión:

Por el que se “sancionan las infracciones cometidas contra las leyes y reglamentos que protegen el dominio público y aseguran su destino legal” (LAFÈRRIERE).

DUGUIT realizó la división por el contenido material, diferenciando entre el contencioso subjetivo y el “contencioso objetivo de anulación”:

a) El contencioso subjetivo afectaría a un derecho personal y subjetivo que implicaría un derecho a la reparación de la lesión o de la situación personalizada, generador de una legitimación para formular un recurso de plena jurisdicción.

b) El recurso contencioso objetivo de anulación se refiere a la aplicación de la pura legalidad objetiva, que sería el supuesto del recurso por exceso de poder en defensa de aquella. Admitió que en aplicación de la legalidad objetiva se pueda resolver, con carácter accesorio, una cuestión de carácter subjetivo, del mismo modo que en la subjetiva se pueda hacer con una cuestión de derecho objetivo¹³⁹⁴, porque “en todo proceso administrativo se plantea una cuestión de derecho subjetivo”: para la Administración el alcance de su poder y para el administrado saber si sus derechos subjetivos de libertad o propiedad han sido violados. Afirmó que “el recurso por exceso de poder es la síntesis general del contencioso objetivo que domina todo el Derecho”¹³⁹⁵.

Ambos tipos de recursos se vieron afectados por las sucesivas reformas, a partir de la de 30 de septiembre de 1953, que dio lugar a una cierta confusión

1394. DUGUIT, L., *Traité...*, cit., II, pp. 458-478.

1395. DUGUIT, L., *Les transformations...*, cit., pp. 181-182 y 191.

entre ambos tipos, que se acrecentó con la crisis de la jurisdicción administrativa hasta el punto de que se ha impuesto progresivamente la idea de una banalización de la división tradicional¹³⁹⁶. Como valoró HAURIUO, el recurso de pleno contencioso se ha convertido en el recurso “ordinario” con tendencia muy clara a la confusión de ambos contenciosos, por absorción del recurso de plena jurisdicción en el recurso por exceso de poder”, aunque valoró “la probable supervivencia de la distinción entre las dos categorías de recursos”¹³⁹⁷. HAURIUO anunció una combinación de ambos tipos de recurso, que denominó “compenetración de los dos contenciosos”¹³⁹⁸. Esta es la realidad actual, tras las sucesivas reformas legales y la evolución de la doctrina jurisdiccional.

Sin embargo, la evolución de ambos recursos ha dado lugar a que AUBY y DRAGO hayan optado por la combinación de las posturas anteriores, diferenciando entre el recurso objetivo de legalidad (recurso por exceso de poder) y el contencioso subjetivo de los derechos (recurso de pleno contencioso)¹³⁹⁹. En el segundo se distingue entre el pleno contencioso subjetivo, que versa sobre un derecho subjetivo cuestionado, y el pleno contencioso objetivo, que también valora una cuestión de legalidad, de la que pueden derivarse el reconocimiento de derechos de los particulares y de deberes de la Administración.

CHAPUS destaca la heterogeneidad del recurso de plena jurisdicción por su contenido de reconocimiento del derecho subjetivo, derivado de un contrato o de un derecho a indemnización por daños, y objetivo en cuanto a la cuestión de legalidad. Además, comprende un recurso que escapa a la distinción anterior: la interpretación del contenido exacto de un acto administrativo, decisión o contrato oscuros. Puede utilizarse como recurso principal respecto a una situación litigiosa, o incidental¹⁴⁰⁰.

Como se expondrá más detalladamente, las reformas y la jurisprudencia más recientes han potenciado el contenido y alcance del recurso por exceso de

1396. DOUMBÉ-BILLÉ, S., “Recours...”, *cit.*, p. 3.

1397. HAURIUO, M., *Précis...*, *cit.*, pp. 395, 398 y 399; el que la admisión del recurso por exceso de poder sólo se admitiera si no había otro recurso paralelo no le atribuía carácter subsidiario del recurso de pleno contencioso, admitiéndose aquel cuando proporcionase mayor satisfacción al interés del reclamante (p. 434). CE 6 de enero de 1961, *dame Chétrit*.

1398. HAURIUO, M., *Précis...*, *cit.*, p. 397.

1399. AUBY, J.-M. y DRAGO, R., *Traité de Contentieux administratif*, II, Paris, LGDJ, 1984, pp. 79 y ss.

1400. CHAPUS, R., *Droit administratif...*, *cit.*, pp. 576-577.

poder, que eclipsa al pleno contencioso, al incorporar elementos declarativos y objetivos respecto al acto, al mismo tiempo que se realizan sobre el aspecto subjetivo¹⁴⁰¹. Por tanto, la distinción entre el recurso por exceso de poder y el recurso de pleno contencioso o plena jurisdicción ha devenido obsoleta y la confusión entre ambos terminará por hacer desaparecer formalmente a alguno de ellos.

B) *El aval reformista del Consejo Constitucional*

Las reformas que se han venido introduciendo en el régimen de los recursos están directamente relacionadas con el principio de la “buena administración de la justicia”, que recogió el Consejo Constitucional en su decisión 86-224 de 23 de enero de 1987, *Conseil de la concurrence*¹⁴⁰², que ha sido muy importante en relación con el sistema de jurisdicción dual¹⁴⁰³:

a) Reconoce el valor constitucional de la justicia administrativa:

Declara que “figura entre los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República el de que, con la excepción de las materias reservadas por naturaleza a la autoridad judicial, encomienda en última instancia a la competencia de la jurisdicción administrativa la anulación o la reforma de las decisiones adoptadas, en ejercicio de las prerrogativas de poder público, por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo, sus agentes, las colectividades territoriales o los organismos públicos situados bajo su autoridad o control”.

b) Propone unificar las reglas de la competencia jurisdiccional:

Para ejecutar el principio “cuando la aplicación de una legislación o de una reglamentación específica pudiera generar diversos debates contenciosos que

1401. CE 29 de junio de 2001, *Vassilikoitis*, ha modulado los efectos de la declaración de nulidad con sanciones y anulación condicional de efectos diferidos, decidiendo el juez por exceso de poder sobre los derechos subjetivos y acontecimientos futuros sobre los actos anulados, con un ejercicio más reformador que anulador, ya que mantener algunos de los efectos del acto no es hacerlo desaparecer del mundo, sino reformarlo en tanto en cuanto se den las circunstancias. CE 11 de mayo de 2004, *Association AC*, invocada en relación con los efectos de la anulación de los actos.

1402. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 699-714.

1403. FAVRET, J.-M., “La bonne administration de la justice administrative”, *RFDA*, 2004, pp. 943-952. GABARDA, O., “L’interêt d’une bonne administration de la justice. Étude de droit du contentieux administratif”, *RDP*, 1, 2006, pp. 153-184.

se repartirían entre la jurisdicción administrativa y la judicial, está permitido al legislador, en interés de una buena Administración de la justicia, unificar las reglas de la competencia jurisdiccional principalmente afectada”.

c) Aconseja racionalizar las reglas de la competencia jurisdiccional:

La determinación del juez administrativo competente en primera instancia ha venido siendo un punto complejo para el justiciable, difícil de entender y generador de conflictos (arts. L. 311-1 y R. 311.1 CJA). Fue simplificado por el decreto 2002-547 de 19 de abril de 2002 que posibilitó el reenvío a la jurisdicción competente, así como la agrupación en una misma jurisdicción de los asuntos conexos. Ha sido incorporado como artículo R. 351-8 CJA, que se inicia invocando las “consideraciones de buena administración”¹⁴⁰⁴.

C) *La reforma de 1987*

La reforma realizada por la ley 87-1.127, de 31 de diciembre de 1987, ha transformado el sistema francés de justicia administrativa con un “control jurisdiccional renovado”¹⁴⁰⁵, aunque insuficiente y generador de problemas posteriores por la nueva distribución de competencias¹⁴⁰⁶.

GARCÍA DE ENTERRÍA valoró esta reforma más allá de su contenido organizativo y de mejora del funcionamiento, con el fin de reducir el atasco de asuntos contenciosos. Pasó de la anécdota a la categoría, entrando en las cuestiones de fondo, algunas tratadas en las reformas posteriores introducidas por las leyes 95-125 de 8 de febrero de 1995 y 2000-597 de 30 de junio de 2000.

1404. El Tribunal de casación fundamentó el principio de “buena administración” en el de seguridad jurídica: “Los principios generales de buena administración comportan el derecho a la seguridad jurídica y se imponen también a la Administración financiera; este derecho implica principalmente que el ciudadano debe tener confianza en los servicios públicos y contar con que estos respeten las reglas y sigan una política bien establecida que no podrían concebir de otra manera” (TC 27 de marzo de 1992). El principio lo ha consagrado el CE 24 de marzo de 2006, *Société KPMG et autres*.

1405. FRANC, M., “Commentaires sur une réforme”, *AJDA*, 1988, p. 81. PACTEAU, B., “La longue marche de la nouvelle réforme du contentieux administratif”, *RFDA*, marzo-abril, 1988, pp. 168 y ss.

1406. DRAGO, R., “Les cours administratives d’appel”, *RFAP*, 1988, pp. 201-202. CHABANOL, D., “Une réforme inachevée”, *AJDA*, 1988, p. 102.

Señaló la insuficiencia de las decisiones y de las bases de la técnica del *excès de pouvoir*, la inexistencia de contrapesos, los abusos del privilegio de la decisión previa y de la

“técnica misma del ‘proceso al acto’, que hace puramente declarativas las sentencias estimatorias; que no contempla la posibilidad de extraer de la anulación declarada las consecuencias que interesan al recurrente que ha ganado el proceso; que excluye las injoctions u órdenes de hacer dirigidas a la Administración para rectificar la situación legal constatada, y más aún la posibilidad de sustituir por comisarios judiciales o por el propio juez la inactividad deliberada de la entidad vencida; que hace, en consecuencia, virtualmente facultativo el cumplimiento de las sentencias por las Administraciones perdedoras y que ni siquiera impide eficazmente la repetición indefinida a arbitrio de la Administración de los litigios ya decididos por la fuerza de la ‘cosa juzgada’ por la sola vía de volver a dictar un acto análogo al anulado, lo que obligaría a un nuevo recurso”¹⁴⁰⁷.

Tras estudiar la reforma y recoger las opiniones de destacados autores franceses, ENTERRÍA buscó el nuevo paradigma del Derecho administrativo, a partir del concepto de KUHN, que hemos invocado en la Introducción. En este sentido afirmó que “el nuevo paradigma me parece estar en el principio de la tutela judicial efectiva de los derechos verdaderos de los ciudadanos”. Se ha de recordar brevemente su conclusión en el sentido de alcanzar el paradigma previsto en la Constitución española, que son los “valores superiores del ordenamiento” (art. 1), “fundamento del orden político” (art. 10.1), “que han de prevalecer incluso sobre los intereses de la Administración, que tantas veces encubren simples comodidades o intereses de la burocracia”. Para ello es necesario superar la idea de la justicia administrativa como proceso abstracto al acto administrativo aislado y llegar al “proceso plenario a la Administración como sujeto por parte de otro sujeto en vista de obtener una tutela judicial efectiva y completa a sus derechos e intereses legítimos”¹⁴⁰⁸.

1407. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La crisis...”, *cit.*, p. 168. Expone detalladamente el contenido de los artículos sobre la reforma publicados en AJDA, 2, 1988.

1408. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La crisis...”, *cit.*, pp. 177 y 179.

D) *Las reformas de 1995 y 2000*

La Ley de 8 de febrero de 1995 sobre la organización de las jurisdicciones y del procedimiento civil, penal y administrativo¹⁴⁰⁹, modificó profundamente los poderes jurisdicciones del juez en contra de la prohibición de interferencia con la actividad administrativa y a favor del recurso por desviación de poder, a fin de garantizar el derecho a la tutela judicial como derecho reconocido por la Convención Europea de los Derechos Humanos¹⁴¹⁰. Se manifiesta, entre otros, en los siguientes aspectos:

- a) Los nuevos poderes del juez administrativo:
- Utilizar nuevas medidas ejecutivas como las *injonctions préventives* para la ejecución de la cosa juzgada (*renvoi à l'Administration pour faire ce que de droit*¹⁴¹¹), que se pueden incluir en el fallo de las sentencias declarativas, sin necesidad de plantear un incidente de ejecución posterior.
 - Fijar plazo para la ejecución de la decisión acompañada de multa por la inexecución total o parcial de la decisión.
 - En el recurso por exceso de poder podrá pronunciarse, además de la legalidad, por las consecuencias de la anulación del acto administrativo y las medidas que debe adoptar la Administración en un plazo razona-

1409. MASSOT, J., GIRARDOT, T., "Le Conseil...", *cit.*, pp. 131-133.

1410. CE 7 de febrero de 2003, *GISTI*, asumió la necesidad de que las decisiones de los jueces nacionales se acomoden a la Convención Europea de Derechos del Hombre y, en particular, la derogación del Decreto-Ley de 6 de mayo de 1939, sobre el control de la prensa extranjera, y la modificación del artículo 14 de la Ley de 29 de julio de 1881 de libertad de prensa, en cuanto violan el artículo 10 de la Convención. ABRAHAM, R., "Les incidences de la convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français", *RFDA*, 6, 1990, pp. 1.053 y ss. Se ha de señalar que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 fue publicada pero no fue ratificada por el Ministerio francés de Asuntos Exteriores, por lo que no forma parte del derecho interno ni puede ser invocada ante los tribunales (CE 18 de abril de 1951, *Elections de Nolay*; 11 de abril de 1962, *Société Savana*; 10 de marzo de 1995, *M. Petit*).

1411. Según la fórmula clásica para dar efectividad a la cosa juzgada (CE 20 de enero de 1905, *D'Uston de Villéreglan*; CE 26 jun 1908, *Daraux*), con o sin plazo (CE 28 de julio de 1911, *Rougegré*). El Consejo de Estado rechazó formular *astreintes* para forzarle (CE 27 de febrero de 1924, *Commune de Morizine*; 26 de junio de 1926, *Cie foncière de Constantine*). Esta fórmula era considerada como un elemento de *injonction*, aunque se estimó que el Tribunal no podía dirigirse a la Administración (CE 17 de abril de 1963, *Ministre des Anciens Combattants*), y se reconoció su responsabilidad pecuniaria por inexecución de sus decisiones (CE 18 de julio de 1947, *Rey frères*; 4 de enero de 1952, *L'homme*; 15 de julio de 1955, *Renteux*).

ble¹⁴¹², implica reducir la importancia del recurso de pleno contencioso al que se podrá acudir cuando de la decisión se deriven nuevos actos.

- b) Desaparición práctica de la extensión de los poderes en función de los tipos de recurso, aunque se mantienen diferencias porque, en principio, el de exceso de poder es objetivo y el de pleno contencioso subjetivo, respecto a
- Poder de reforma, que es más importante que el poder de establecer medidas ejecutivas con multa.
 - Reglas procesales distintas.
 - La decisión en el recurso por exceso de poder se basa en los elementos de hecho establecidos en el momento de producirse la decisión administrativa, mientras que el del recurso de pleno contencioso lo hace en el de adoptarla el juez.
 - La decisión del recurso por exceso de poder tiene autoridad absoluta de cosa juzgada, frente a la limitada del recurso de pleno contencioso. Sus consecuencias son negativas en cuanto impiden actuar en contra, y positivas, que obliga a adoptar las medidas de ejecución¹⁴¹³.

Con la reforma de 8 de febrero de 1995 el legislador puso fin al carácter puramente declarativo del recurso por exceso de poder que, sin perderlo respecto a la adecuación a la legalidad, se convirtió en un instrumento procesal de condena de la Administración. Por tanto, la sentencia anulaba el acto impugnado y condenaba a hacer cumplir a la Administración los efectos derivados del fallo (*injonction pour faire ce que de droit*), cuya efectividad aseguraría me-

1412. La idea de un “plazo razonable” para resolver un litigio está recogida en el artículo 6.1 de la Convención europea de derechos del hombre (CEDH 26 de agosto de 1994, *Karakaya c. Francia*; 26 de octubre de 2000, *Kulda c. Polonia*). El Consejo de Estado, en resolución de 28 de junio de 2002, *Magiera*, admitió la responsabilidad del Estado por falta simple por violación del derecho al plazo razonable para resolver un juicio que había tardado siete años.

1413. CE 8 de julio de 1904, *Botta*, afirmó el comisario Romieu en sus conclusiones que la anulación se aplicaría a todas las autoridades jurisdiccionales y de la Administración activa, obligándole a no actuar en contra, que se asimilaría a una violación de la ley. CE 10 de diciembre de 1954, *Cru*; 13 de julio de 1962, *Bréart de Boisanger*; 26 de mayo de 1995, *Etna et ministre des DOM-TOM*; 25 de marzo de 1996, *Mme Picard*; 26 de julio de 1996, *Association lyonnaise de protection des locataires*. BRAIBANT, G. “Remarques sur l’efficacité des annulations pour excès de pouvoir”, *EDCE*, 1961, pp. 60-63. JOSSE, P.-L., “L’exécution forcée des décisions du juge administratif par la mise en jeu de la responsabilité pécuniaire du service public”, *D.*, 1953. LACHAUME, J.-F., *Les grandes décisions de la jurisprudence: droit administratif*, Paris, PUF, 1983, pp. 104-105.

dian­te me­di­das coer­ci­ti­vas di­rec­tas con­tra la Ad­mi­nis­tra­ción y, si se re­sis­tie­se al cum­plimien­to, con­tra los ad­mi­nis­tra­do­res por me­dio de mul­tas coer­ci­ti­vas, re­ite­ra­das o *astreintes*, e, in­clu­so, por mul­tas per­so­na­les¹⁴¹⁴.

Las re­for­mas de la Ley 2000-597 de 30 de ju­nio de 2000, de­sar­rol­la­das por el De­cre­to 2000-1.115 de 2 de no­vie­m­bre, han re­vi­sa­do el ré­gi­men con­ten­cio­so, a­por­tan­do me­di­das en lí­nea con los re­pa­ros for­mu­la­dos por la in­su­fi­ci­en­cia de la re­for­ma an­te­rior, de­sta­cán­do­se las re­fe­ri­das a las me­di­das cau­te­la­res y las de e­jecu­ción.

Las re­for­mas in­tro­du­ci­das por las le­yes de 1995 y 2000 han su­pues­to para GAR­CÍA DE EN­TERRÍA que, si el De­re­cho ad­mi­nis­tra­ti­vo era la “obra por ex­ce­len­cia de la ju­ris­pru­den­cia del Con­se­jo de Es­ta­do, ha pa­sa­do a ser así un De­re­cho en­te­ra­men­te co­di­fi­ca­do”¹⁴¹⁵. Han per­se­gui­do bus­car el e­qui­li­brio en­tre las fun­cio­nes ad­mi­nis­tra­ti­va y ju­ris­dic­cio­nal, que “nun­ca ha si­do de­fi­ni­do de un mo­do pre­ci­so, in­clu­so cuan­do en nom­bre de su pre­ser­va­ción se ha em­pren­di­do la re­dac­ción de re­for­mas su­ce­si­va­men­te va­ria­das des­pués de al­gu­nos a­ños”¹⁴¹⁶. Por otra par­te, se es­tá pro­du­ci­en­do una a­pro­xi­ma­ción al pro­ce­di­mien­to ci­vil, en aras a con­se­guir los ob­je­ti­vos co­mu­nes de la “bu­ena ad­mi­nis­tra­ción de la ju­sti­cia” y de la efec­ti­vidad del de­re­cho a la tu­te­la ju­di­cial, di­lu­yen­do las di­fe­ren­cias en­tre el ca­rácter “acu­sa­to­rio” del pro­ce­so pe­nal y el “in­qui­si­to­rial” del ad­mi­nis­tra­ti­vo¹⁴¹⁷.

1414. GAR­CÍA DE EN­TERRÍA, E., “La re­for­ma ra­di­cal del sis­te­ma de e­jecu­ción de sen­ten­cias”, en *Hacia una nueva justicia administrativa*, Ma­drid, Ci­vi­tas, 1992, pp. 233-234, tras su­ge­rir que las me­di­das e­jecu­to­rias se in­cor­po­ra­sen al fal­lo, afir­mó que “ta­les con­se­cuen­cias de sa­tis­fac­ción plena del in­te­rés del re­cu­rren­te [...] se ob­ten­drán por la vía e­jecu­ti­va que la re­for­ma abre, in­clu­so por la vía ex­tre­ma de las *injections* u ór­de­nes de con­duc­tas a adop­tar de que el Con­se­jo de Es­ta­do ha afir­ma­do dis­poner con to­do énfasis. La pu­reza del sis­te­ma, en be­ne­fi­cio de la tu­te­la ju­di­cial efec­ti­va pre­sta­da a los ciu­da­da­nos, con aban­do­no de los dog­mas tra­di­cio­na­les, queda, pues, ir­re­me­di­able­men­te afec­ta­da”.

1415. GAR­CÍA DE EN­TERRÍA, E., *Las transformaciones...*, cit., p. 98.

1416. LEVY, D. y PRÉTOT, X., “Le juge et le tomahawk”, *AJDA*, 1988, p. 116.

1417. CE 21 de di­ciem­bre de 1960, *Vicat-Blanc*. El juez ad­mi­nis­tra­ti­vo di­rige la in­struc­ción (CE 1 de ju­lio de 1959, *Caisse régionale de sécurité sociale de Normandie*), de ofi­cio (CE 26 de abril de 1985, *Smanor*), ac­tuando sólo y por sí mis­mo (CE 17 de fe­bre­ro de 1966, *Echernier*), de mo­do se­cre­to (CE 13 de ju­lio de 1963, *Cassel*). El pro­ce­di­mien­to es con­tra­dic­to­rio se­gún el prin­ci­pio ge­ne­ral del De­re­cho re­co­gi­do por los ar­tí­cu­los R. 105 a 110 del Có­di­go de los Tri­bu­na­les ad­mi­nis­tra­ti­vos (CE 11 de marzo de 1955, *Sieur Colon*; 23 de fe­bre­ro de 1964, *Daligault*; 16 de ene­ro de 1976, *Gate*; 20 de marzo de 1976, *Conseil regional de l'ordre des pharmaciens d'Aquitaine*), prin­ci­pal­men­te es­cri­to y pú­bli­co en el Con­se­jo se­gún la or­denan­za de 31 de ju­lio de 1945 (CE 4 de oc­tu­bre de 1967, *Wattebled*; 4 de oc­tu­bre de 1974, *Dame David*; 27 de oc­tu­bre de 1978, *Debout*).

En las sucesivas reformas se observa la penetración de las técnicas del primero en el segundo, lo que ha sido patente en relación con las medidas cautelares.

1.3.3. *Tipos de recursos contenciosos*

Como consecuencia de las modificaciones introducidas por las disposiciones citadas el régimen actual de los recursos contenciosos es el siguiente:

A) *Recursos de iniciación de un procedimiento en primer grado*

a) Recurso por exceso de poder:

- *Finalidad*: la anulación de una decisión administrativa unilateral por violación de la legalidad objetiva, según la fórmula tradicional. Es el proceso al acto, incluso sin texto expreso en que apoyarlo, tiene por efecto asegurar el respeto al ‘bloque de la legalidad’, integrado por la Constitución (CE 12 de febrero de 1960, *Société Eky*), los tratados (CE 30 de mayo de 1952, *Dame Kirkwood*, aunque el Consejo Constitucional rechazó integrarlos en el bloque por la decisión 74-54 DC 15 de enero de 1975, *Interruption volontaire de grossesse*¹⁴¹⁸) y los principios generales del Derecho” (admitidos implícitamente en CE 5 de mayo de 1944, *Dame Veuve Trompier*¹⁴¹⁹, y explícitamente en CE 26 de octubre de 1945, *Aramu*; 17 de febrero de 1950, *Dame Lamotte*)¹⁴²⁰. Si no se respetan los límites del poder atribuido por el ordenamiento jurídico, la Administración actúa con *excès de pouvoir* o *ultra vires*.

1418. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 305-329.

1419. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 272-276.

1420. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 325-328. El Consejo de Estado los ha invocado implícitamente (CE 5 de mayo de 1944, *Trompier-Gravier*) y explícitamente (CE 26 de octubre de 1945, *Aramu*), aplicándolos a la jerarquía de normas (CE 2 de marzo de 1962, *Rubin de Sevens*), a las ordenanzas sobre habilitación legislativa (CE 24 de noviembre de 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*), a los reglamentos autónomos (CE 26 de junio de 1959, *Syndicat general des ingénieurs-conseils*), equilibrando el alcance de la reserva reglamentaria del artículo 37 CF, frente al dominio limitado de la ley del artículo 34 de la Constitución, haciéndole perder su valor en beneficio de la ley. VIVIEN, A., *Études...*, cit., p. 128: “las leyes y los principios generales que les afectan forman el derecho común de la Administración, como el Código civil es el de los intereses privados y de las transacciones ordinarias de los ciudadanos”.

- *Interés público*: como lo es el respeto de la legalidad, que se trata de restablecer (CE 14 de marzo de 1997, *Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne*), aunque no se refiera a texto sino a los principios generales (CE 17 de febrero de 1950, *Dame Lamotte*; 17 de abril de 1953, *Falco et Vidaillac*¹⁴²¹; 17 de mayo de 1957, *Simonet*).
- *Actos recurribles*: se puede formular contra cualquier decisión administrativa, de carácter resolutorio (CE 18 de noviembre de 1998, *Association d'éducation populaire L. Frodrops*), no calificada de “medida de orden interior” de carácter organizativo, que la jurisprudencia ha limitado¹⁴²². Cuando una disposición dispone que un acto no es susceptible de recurso se entiende que excluye a todos menos al de exceso de poder porque este alcanza a cualquier acto y permite al juzgador valorar “todo acto administrativo [...] tiene por efecto asegurar el respeto a la legalidad”, incluso en ausencia de texto (CE 17 de febrero de 1950, *Dame Lamotte*) y alcanza a
 - los actos anteriormente calificados de “puramente discrecionales” (CE 31 de enero de 1902, *Grazietti*)¹⁴²³;
 - los actos separables de un acto bilateral o de un procedimiento complejo en varios ámbitos;
 - los actos implícitos (Ley 17 de julio de 1900 y Decreto de 11 de enero de 1965);
 - los actos denegatorios (CE 4 de febrero de 1949, *Villaret*);
 - los actos de paralización por constituir una decisión administrativa (CE 25 de enero de 1991, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*);

1421. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 392-398.

1422. En materia penitenciaria se ha calificado como tal a la de ingreso preventivo (CE 12 de marzo de 2003, *Frérot*). Se ha admitido la impugnación de muchas otras como la instalación de un arco de seguridad (CE 21 de octubre de 1988, *Syndicat des avocats*) o la sanción en celdas disciplinarias (CE 17 de febrero de 1995, *Marie*). CE 17 de febrero de 1995, *Hardouin*, restringe el alcance de las medidas de orden interior.

1423. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 263, sitúa esta decisión dentro de las que favorecieron el “objetivismo jurídico y contribuyó a acreditar la opinión según la cual el poder sólo puede moverse entre los límites del Estado de Derecho [...] abre la vía a la jurisprudencia que, sancionando el error de Derecho por un examen de la legalidad de los motivos, el juez administrativo reduce la libertad concedida hasta entonces al autor del acto”.

- las circulares de naturaleza reglamentaria (CE 29 de enero de 1954, *Institution Notre Dame du Kreisker*¹⁴²⁴; 18 de diciembre de 2002, *Duvignères*)¹⁴²⁵;
 - las medidas disciplinarias en los ámbitos militar y penitenciario (CE 17 de febrero de 1995, *Hardouin et Marie*; 30 de julio de 2003, *Ministre de la Justice*);
 - los actos de privados actuando con prerrogativas en los servicios públicos (CE 13 de enero de 1961, *Magnier*);
 - la responsabilidad administrativa por mal funcionamiento de los servicios públicos, incluida la falta del servicio, pero sin carácter general ni absoluto y con reglas propias (CE 8 de febrero de 1973, *Blanco*)¹⁴²⁶;
 - los contratos administrativos que permiten contratar agentes públicos (CE 30 de octubre de 1998, *Ville de Lisieux*);
 - las resoluciones prefectorales suspensivas de acuerdos de las entidades locales, pero no un acto preparatorio (CE 15 de abril de 1996, *Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux*), o medidas contra contratos de las colectividades territoriales (CE 26 de julio de 1991, *Commune de Sainte Marie*);
 - los contratos administrativos de las asambleas parlamentarias (CE 5 de marzo de 1999, *President de l'Assemblée Nationale*).
- *Motivos*: se fundamenta en un vicio de legalidad:
- La ilegalidad externa del acto se refiere a la incompetencia (material, territorial o temporal), al vicio de procedimiento¹⁴²⁷, al vicio de

1424. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 398-407. DEGUERGUE, M., “Déclin ou renouveau...”, cit., p. 263.

1425. Las circulares no eran impugnables (CE 10 de diciembre de 1909, *Carsault*), salvo que constituyeran acto administrativo ejecutivo (CE 22 de julio de 1910, *Fedel*) o impusieran obligaciones (CE 16 de enero de 1914, *Consorts Lebideux*). Es un supuesto de variación jurisprudencial que culminó el 18 de diciembre de 2002, *Duvignères*, superando los límites de *Kreisker*, que había exigido que la circular fuera innovadora para admitir el recurso.

1426. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 5-8.

1427. CHAPUS, R., *Droit administrative général*, I, Paris, Montchrestien, 2000, p. 1.015, diferenció entre el vicio de procedimiento y el vicio de forma: “contrariamente al vicio de procedimiento que afecta al proceso mismo de elaboración de una norma, el vicio de forma afecta a la representación exterior del acto por el cual la norma se publica: el continente (*instrumentum*) y no el contenido (*negotium*)”.

forma¹⁴²⁸ y en la formación de la voluntad de un organismo cuya opinión es obligatoria¹⁴²⁹.

- El vicio de ilegalidad interna alcanza al contenido del acto por violación de ley, error de hecho¹⁴³⁰, inexactitud material de los hechos¹⁴³¹, error de Derecho en los motivos¹⁴³², error en la calificación jurídica de los hechos¹⁴³³, error manifiesto de apreciación¹⁴³⁴, desviación de procedimiento por utilizarlo para fines distintos de los específicos de aquel¹⁴³⁵, o por desviación de poder respecto al fin de interés general¹⁴³⁶.
- *Discrecionalidad*: control de las decisiones que adopta la Administración en ejercicio de su discrecionalidad para elegir¹⁴³⁷, consecuencia del progreso de la juridificación de la actividad administrativa. Actúa sobre su ejercicio con criterios de oportunidad, de proporcionalidad¹⁴³⁸, y “si la decisión se fundamenta en hechos materialmente inexactos, error de derecho, error manifiesto de apreciación o estar tachado de desviación de poder” (CE 25 de abril de 1980, *Institut technique de Dunkerque*).

1428. Incluye la falta de motivación (CE 30 de julio de 1997, *Commune de Montreuil-sous-Bois*).

1429. CE 9 de junio de 1978, *SCI Arago*.

1430. CE 12 de febrero de 1954, *Bierge*; 19 de febrero de 1954, *Société Martin*, 11 de marzo de 1987, *ONIC*.

1431. CE 19 de julio de 1860, *Port de Bercy*; 30 de enero de 1906, *Dame Pratt*; 4 de abril de 1914, *Gomel*; 14 de enero de 1916, *Camino*; 20 de enero de 1922, *Trépont*; 24 de marzo de 1922, *Salin*.

1432. CE 31 de enero de 1902, *Grazetti*; 24 de julio de 1914, *Consorts Schoelcher*; 28 de mayo de 1954, *Barel*; 21 de diciembre de 1960, *Vicat-Blanc*; 13 de julio de 1968, *Yana*, se planteó la coherencia entre motivos contradictorios.

1433. CE 4 de abril de 1914, *Gomel*; 24 de mayo de 1952, *Chillou de Saint Albert*; 21 de diciembre de 1960, *Therond*.

1434. CE 9 de junio de 1978. BOURGOIS, J.-P., *L'erreur manifeste d'appréciation: la décision administrative, le juge et la force de l'évidence*, Paris, Villeneuve d'Ascq, 1988. ROUVIERE, J., “Réflexions sur l'erreur manifeste”, *EDCE*, 1988, pp. 65 y ss.

1435. CE 24 de junio de 1960, *Frampar*.

1436. Por utilización del poder de policía para un fin financiero (CE 26 de noviembre de 1875, *Pariste*); por disconformidad con su fin en materia de policía (CE 21 de diciembre de 1900, *Trottin*); por utilizar el poder de policía sobre el mercado en ambulancia para favorecer a los comerciantes locales (CE 22 de enero de 1975, *Commune de Vallon Pont d'Arc*).

1437. Respecto a la elección del trazado de una autovía (CE 20 de octubre de 1972, *SCI Sainte-Marie-de-l'Assomption*), emplazamiento de una ZAC (CE 23 de marzo de 1979, *Valentini*) o trayectoria de las pistas del aeropuerto de Orly (CE 30 de marzo de 1981, *Ville de Longjumeau*).

1438. CE 19 de mayo de 1933, *Benjamin*; 28 de mayo de 1971, *Ville Nouvelle Est*.

- *Vicios de orden público*: incompetencia del autor del acto, incorrecta aplicación de la ley en el tiempo o el espacio, contradicción con la cosa juzgada, responsabilidad sin falta de la Administración, ausencia del recurso previo obligatorio, decisión jurisdiccional superior que pueda interferir sobre la legalidad del acto.
- *Revocación unilateral*: imposibilidad de realizarla respecto a un acto declarativo de derechos (CE 3 de noviembre de 1922, *Dame Cachet*)¹⁴³⁹.
- *Efecto de la estimación*: la anulación conduce a la inexistencia del acto con valor de cosa juzgada¹⁴⁴⁰, por tanto, con efecto retroactivo al momento de su producción (*ex tunc*)¹⁴⁴¹, frente a la regla general de la irretroactividad de los actos administrativos¹⁴⁴². Excepcionalmente se ha admitido la modulación temporal de los efectos de la anulación¹⁴⁴³.

1439. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 167-171. Por el contrario consideró que la autoridad administrativa competente estaba obligada a revocar las decisiones individuales no creadoras de derechos que se convirtieran en ilegales por un cambio de circunstancias (CE 1979, *Dame Bayret*). La doctrina *Cachet* fue modificada por CE 26 de octubre de 2001, *Ternon*, en que declaró que no es posible la revocación de una decisión individual explícita declarativa de derechos, aunque sea ilegal, sino en el plazo de cuatro meses tras su adopción. Confirmada por CE 6 de noviembre de 2002, *Mme Soulier*, en materia pecuniaria. DEGUERGUE, M., “Déclin ou renouveau...”, cit., pp. 263-264.

1440. CE 26 de diciembre de 1925, *Rodière*; 31 de mayo de 1957, *Rosan-Girad*, declarando la competencia del Consejo para pronunciarse sobre las ilegalidades constitutivas de vía de hecho. En este sentido, TC 27 de junio de 1966, *Guigon*.

1441. CE 26 de diciembre de 1925, *Rodière*. CE 29 de junio de 2001, *Vassilikoitis*, planteó la anulación parcial con sanción y anulación condicional con efectos diferidos. Según el CE 4 de diciembre de 2003, *M. Auguste*, “la anulación pronunciada por el juez administrativo tiene por efecto hacer desaparecer el acto anulado del ordenamiento jurídico. Este acto se reputa que no ha existido nunca. El juez pronuncia la anulación en la medida en que se ha establecido una ilegalidad. El exceso de poder es, en sentido estricto, el contencioso de la legalidad de la decisión administrativa. Así, por el contrario, no es un control de la oportunidad de la decisión. El juez administrativo está atento a limitar el control que ejerce sobre un acto a su legalidad y a descartar por ello los aspectos de pura oportunidad”. Este efecto se ha limitado en su carácter absoluto si sus consecuencias son excesivas en razón de los efectos y de las situaciones (CE 11 de mayo de 2004, *Association AC*). CE 11 de enero de 2006, *Association des familles victimes du saturnisme*. Esta doctrina se ha vinculado con las leyes de convalidación (*lois de validation*). DIEU, F., “La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique”, *AJDA*, 44, 2006, pp. 2.428-2.436.

1442. CE 25 de junio de 1948, *Société du journal L'Aurore*.

1443. CE 11 de mayo de 2004, *Association AC*, declara que forma parte del “oficio del juez” “tomar en consideración, de una parte, las consecuencias de la retroactividad de la anulación para los diversos intereses públicos o privados en presencia y, de otra parte, los inconvenientes que re-

La ilegalidad se aprecia por estimación de un recurso de parte legitimada ante la jurisdicción contenciosa, o planteada por una decisión judicial por reenvío (*renvoi*) a la jurisdicción administrativa como cuestión prejudicial de legalidad de una decisión administrativa, a la que está subordinada su decisión (art. 12 de la Ley 87-1127, de 31 de diciembre de 1987)¹⁴⁴⁴.

- *Convalidación legal*: se ha reconocido la posibilidad hacerlo respecto a los vicios del acto. El Consejo constitucional en la decisión 80-119 DC de 22 de julio de 1980 declaró que, a partir del artículo 64 de la Constitución, de la Ley de 24 de mayo de 1872 y del principio de separación de poderes, es posible que “en el ejercicio de su competencia y por necesidad, salvo en materia penal, por medio de disposiciones retroactivas, el legislador modifique las reglas que el juez tiene la misión de aplicar; que el hecho de que la ley sometida al examen del Consejo constitucional en una materia sobre la que se hayan formulado recursos actualmente pendientes no es suficiente para considerarla contraria a la Constitución”¹⁴⁴⁵. Ha exigido que el acto anulado estuviese definido, que no recayera sobre materia penal y que no impidiera el control jurisdiccional del acto invalidado cualquiera que fuera el motivo de ilegalidad invocado por los recurrentes (CC 99-425 DC de 29 de diciembre de 1999). Respecto a las situaciones de las que derivara desigualdad, afirmó que “el principio de igualdad no se opone a que el legislador derogue por legalidad y razones de interés general previsto la diferencia de tratamiento resultante en relación directa con el objeto de la ley que la establece” (CC 96-375

presentarían, respecto del principio de legalidad y del derecho de los justiciables a un recurso efectivo, una limitación temporal de los efectos de la anulación; que le corresponde apreciar, relacionando todos estos elementos, si pueden justificar que se derogue a título excepcional el principio de efecto retroactivo de las anulaciones contenciosas y, en caso afirmativo, prever en su decisión de anulación”. CE 18 de octubre de 2006, *Fédération de services*, ha invocado la seguridad jurídica para modular los efectos de la anulación.

1444. CE 19 de febrero de 1971, *Mouterde*; 14 de marzo de 2001, *Chaumet*. ASHWORTH, A., “Singularité et tradition: l’article 12 de la Loi du 31 décembre 1987”, *RDP*, 5, 1990, pp. 1.440-1.491.

1445. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 414-427. Ni la Constitución ni el Consejo Constitucional fundamentan la seguridad jurídica en la irretroactividad, salvo de las leyes penales con base en el artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que no afecta a las leyes fiscales (CC 98-404 DC de 18 de diciembre de 1998).

DC de 9 de abril de 1996)¹⁴⁴⁶. El Consejo de Estado sostuvo que la convalidación de los actos administrativos o los reglamentos no alteraba su rango ni afectaba a la competencia administrativa a pesar de la intervención del legislativo por entender que la forma de la ley convalidatoria no era ley material sino formal¹⁴⁴⁷, aunque el Consejo Constitucional declaró posteriormente que, si la forma era legislativa, el Gobierno no podía modificar su contenido (CC 85-140 de 24 de julio de 1985). También declaró la responsabilidad y el deber de indemnizar a quienes hubiesen sufrido perjuicios por efecto de la ley de convalidación (CE 1 de diciembre de 1961, *Lacombe*).

– *Admisibilidad*: los requisitos se refieren a la capacidad y el interés, amplio pero sin carácter de acción popular; la existencia de la decisión previa; el ejercicio en plazo, y la presencia de abogado.

- El primer requisito de la admisibilidad es que exista capacidad y legitimación o *intérêt à agir* (*pas d'intérêt, pas d'action*)¹⁴⁴⁸. Exige un interés en el recurrente porque no es una acción pública, aunque se aproxima en función de la amplitud reconocida. Debe ser un interés real y relacionado con la decisión impugnada¹⁴⁴⁹. No se exige un in-

1446. CC 192 DC de 24 de julio de 1985; 4 de febrero de 1983, *Liffra*. AUBY, J. M., “Sur une pratique excessive: les validations législatives”, *RDP*, 1977, pp. 10 y ss. MATHIEU, B., *Les validations législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Paris, Economica, PUAM, 1987. CAMBY, J.-P., “Sécurité juridique et insécurité jurisprudentielle”, *RDP*, 6, 2006, pp. 1.505-1.512.

1447. CE 18 de abril de 1958, *Syndicat des chirurgiens-dentistes de la Seine*; 6 de febrero de 1959, *Pécunia et Virad*; 15 de julio de 1960, *Omer Decugis*.

1448. Se reconoce a un contribuyente sobre la imposición local “para declarar este acuerdo nulo en Derecho” (CE 29 de marzo de 1901, *Casanova*); de los contribuyentes por motivos de ilegalidad (CE 6 de abril de 1906, *Carmet*; de los contribuyentes del departamento (CE 27 de enero de 1911, *Richemond*); de un alcalde contra la anulación por el prefecto de uno de sus actos (CE 18 de abril 1902, *Commune de Nérès-les-Bains*); del titular de un título contra una nominación a la que tenía derecho (CE 11 de diciembre de 1903, *Lot*); de los vecinos de una calle contra el nuevo modo de tracción del tranvía (CE 3 de febrero de 1905, *Storch*); de los funcionarios contra la decisión del superior jerárquico (CE 26 de diciembre de 1925, *Rodière*). CE 1 de mayo de 1903, *Bergeon*, sobre la demostración del interés a actuar. Sobre la falta de interés de un municipio y una asociación de protección del medio ambiente: CE 13 de diciembre de 2006, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*. No se reconoce a un vecino, ni a un arquitecto en relación con un permiso de construcción (CE 27 de octubre de 2006, *Mme. Dreysse et autres*).

1449. CE 18 de octubre de 2002, *Diraison*.

terés de contenido patrimonial, por lo que alcanza a los usuarios del servicio público sobre su organización y funcionamiento¹⁴⁵⁰ y el perímetro de la concesión¹⁴⁵¹. Se reconoce a un vecino sobre el traslado de la capitalidad del municipio¹⁴⁵²; a los electores sobre la división de sectores electorales¹⁴⁵³ o los resultados¹⁴⁵⁴; a los contribuyentes sobre los gastos municipales¹⁴⁵⁵; a las organizaciones defensoras de un interés general¹⁴⁵⁶; a quien le produzca un beneficio indirecto, o un interés moral¹⁴⁵⁷; a una situación de hecho¹⁴⁵⁸ o a una situación moral como la derivada de un atentado a la reputación personal¹⁴⁵⁹. Se amplió la legitimación a las autoridades administrativas frente a la autoridad de tutela¹⁴⁶⁰ y a los funcionarios¹⁴⁶¹. Se rechazó la admisibilidad

1450. CE 21 de diciembre de 1906, *Syndicat de la Croix de Seguey*; 21 de diciembre de 1908, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Séguey-Tivoli*; 4 de diciembre de 1956, *Syndicat de Roche de Teilloy*.

1451. CE 28 de diciembre de 1984, *Rousset*.

1452. CE 22 de julio de 1892, *Samuel*.

1453. CE 7 de agosto de 1903, *Chabot*.

1454. CE 19 de octubre de 1962, *Broca*.

1455. CE 29 de marzo de 1901, *Casanova*; 27 de enero de 1911, *Richemond*; 24 de junio de 1932, *Diouf*. En contra de la legitimación del contribuyente: CE 25 de junio de 1929, *Doussal*.

1456. CE 28 de diciembre de 1906, *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges*; 25 de junio de 1969, *Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de Droit*.

1457. CE 8 de febrero de 1908, *Abbé Deliard*, por el interés de un fiel contra el cierre de un templo. La supresión de las capellanías de los liceos fue objeto de CE 1 de abril de 1949, *Chaveneau* y *Comité des parents d'élèves des lycées et collèges de Seine-et-Oise*. El comisario Mosset expuso que era preciso que la decisión impugnada perjudicara al demandante material o moralmente, que tuviera para él consecuencias perjudiciales en uno u otro plano. Es necesario también que estas consecuencias perjudiciales afecten al demandante en calidad, a título particular, perteneciendo a una categoría definida y limitada⁷ (CE 26 de octubre de 1956, *Association générale des administrateurs civils*).

1458. CE 27 de diciembre de 1946, *Syndicat national de la meneurie d'exportation*.

1459. CE 21 de mayo de 1948, *Clausi*.

1460. A un agente municipal frente al acto de tutela ilegal (CE 6 de agosto de 1900, *Maire de Jargeau*), al alcalde frente al prefecto (CE 22 de mayo de 1908, *Maire de Caylus*), a los consejeros municipales (CE 23 de julio de 1911, *Arnal*) y a los miembros de los consejos generales (CE 4 de agosto de 1905, *Martín*).

1461. Respecto a las sanciones por las huelgas durante la III República y la falta de reconocimiento de su sindicación conforme a la ley Waldeck-Rousseau (CE 7 de agosto de 1909, *Winkell*). También a las decisiones sobre las que tengan interés personal por disponer de un diploma para acceder a una función (CE 11 de diciembre de 1903, *Lot*) o que afecten a su situación administrativa (CE 18 de marzo de 1904, *Savary*), así como a las asociaciones de funcionarios (CE 8 de marzo de 1912, *Lafage*; 17 de enero de 1913, *Fedel*).

cuando no se produce efecto alguno para el recurrente¹⁴⁶². El interés colectivo para impugnar está limitado a las personas jurídicas que lo pueden invocar conforme a sus estatutos para actuar en defensa del interés general, restringido al objeto social¹⁴⁶³.

- La decisión previa de la Administración es el objeto de la pretensión impugnatoria¹⁴⁶⁴. La decisión implícita se produce en el plazo de dos meses de silencio (art. R. 421-2 y 3 CJA) estableciéndose la regla del efecto negativo, abriendo el plazo para recurrir (art. R. 421-2,2º CJA)¹⁴⁶⁵.
 - Se formula en el plazo de dos meses de la publicación o notificación del acto de carácter decisorio¹⁴⁶⁶.
 - Presencia de abogado: es la regla general ante los tribunales administrativos (art. R. 78 del código), en las apelaciones (Decreto 2003-543 de 24 de junio de 2003) y ante el Consejo de Estado (art. 41 de la Ordenanzas de 31 de julio de 1945)¹⁴⁶⁷.
- *Recurso administrativo previo*: A veces se exige su interposición con carácter obligatorio¹⁴⁶⁸, en materia de comunicación y acceso a do-

1462. CE 3 de noviembre de 1943, *Du Parc*; 7 de julio de 1948, *Demoiselle Bertrand*.

1463. CE 23 de febrero de 2003, *Communauté de communes du Pays Loudunais*.

1464. CE 12 de enero de 1932, *Cordier*; 20 de abril de 1956, *Ecole professionnelle*; 23 de febrero de 1964, *Daligault*; 16 de marzo de 1978, *Commune de Mireval*.

1465. Conforme al Decreto 2000-115 de 22 de noviembre de 2000, que modificó el plazo anterior de cuatro meses, siguiendo la doctrina del Consejo Constitucional 69-55 de 26 de junio de 1969, mientras que el Consejo de Estado no reconocía con carácter general el efecto negativo (CE 27 de febrero de 1970, *Commune de Bozas*). CE 15 de enero de 1999, *O'Neilly*.

1466. Artículo 1 del Decreto de 11 de enero de 1965, recogido en el artículo R. 421-5 CJA, que excepciona los litigios contractuales y de obras públicas (CE 16 de octubre de 1970, *TPG des Hautes de Seine*; 24 de enero de 1986, *Mattéi y Maynard*; 1 de marzo de 1996, *Habib*). El plazo se abre si se dicta una resolución modificatoria de la anterior (CE 18 de diciembre de 2002, *Hagen*); si es reproducción de otro el plazo se refiere a este (CE 9 de octubre de 2002, *Fédération Français des pompes funèbres*); el plazo se computa a partir de la notificación y no de la adopción (CE 5 de enero de 2002, *Commune de Macot-la-Plagne*); se prorroga el plazo al primer día hábil en caso de fin de semana, día festivo o de huelga (CE 27 de marzo de 2000, *Préfet des Hauts de Seine*).

1467. Exigencia que no contenía la Ley de 2 de julio de 1889 ni el Decreto de 30 de septiembre de 1953 ante los Tribunales administrativos, según CE 16 de octubre de 1963, *Veuve Lastapis*. CE 19 de julio de 1991, *Mlle Boyer-Manet*, y 21 de diciembre de 2001, *M. et Mme Hofmann*.

1468. CE 10 de julio de 1964, *Centre médico-pédagogique de Beaulieu*, declaró que es siempre posible formular un recurso administrativo previo al jurisdiccional lo que prorroga este. CE 28 de febrero de 2001, *Casanovas*, sobre el recurso previo obligatorio sin el cual no se puede entrar a resolver una cuestión de anulación.

cumentos administrativos¹⁴⁶⁹, y situaciones individuales de los funcionarios que no sean disciplinarias o de selección (art. 23 de la ley 2000-597, de 30 de junio de 2000)¹⁴⁷⁰.

- *Efecto suspensivo*: como principio general la formulación del recurso no lo tiene (Decreto de 22 de julio de 1806; artículo 24 de la Ley de 24 de mayo de 1872; Ley de 18 de diciembre de 1940; artículo 48 de la Ordenanza de 31 de julio de 1945 y art. R. 96 del Código de los Tribunales administrativos), conforme al principio de ejecutividad de los actos administrativos¹⁴⁷¹, salvo decisión judicial de suspensión de la ejecución (*sursis à execution*) y medida cautelar (*référé-suspension*) (art. L. 521.1 CJA)¹⁴⁷². Constituye una facultad y no una obligación del juez administrativo.

1469. Fue reconocido por la Ley 78-753 de 17 de julio de 1978, modificada por la Ley 2000-321 de 12 de abril de 2000. Se prevé un recurso administrativo previo contra la decisión de rechazo de la petición, sea o no implícita, ante la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos (CADA). CE 29 de abril de 2002, *M. Ullmann*.

1470. CE 9 de abril de 1999, *Mme Chevrol-Benkeddach*.

1471. Existe un supuesto automático en el artículo 3 de la ley de 2 de marzo de 1982, modificada por la de 22 de julio de 1982, a instancia del comisario de la República en relación con los actos de las entidades locales. CE 18 de junio de 1954, *Préfet du Var*. GAUDEMET, Y., “Le juge administratif et le prononcé de sursis”, *AJDA*, 1982, pp. 630 y ss. SCHWARTZENBERG, R.-G., *L'autorité de chose décidée*, Paris, LGDJ, 1969. La suspensión se fundamentaría en que resultase “difícilmente reparable” el perjuicio derivado de la ejecución (CE 6 de junio de 1986, *Epoux Mérigot*) “cuando el mantenimiento de la decisión entrañase una modificación en la situación de Derecho o de hecho como existía anteriormente” (CE 23 de enero de 1970, *Amoros*; 29 de enero de 1986, *Kodia*); se ha anulado por los Tribunales administrativos por exceso de poder antes de acudir al Consejo (art. 54 del Decreto de 30 de julio de 1963); suspensión de los efectos suspensivos por los presidentes de la sección de lo contencioso del Consejo (art. 23 del Decreto de 28 de noviembre de 1953, modificado por el de 12 de mayo de 1980; CE 13 de julio de 1956, *Piéton-Guibout*; 2 de julio de 1982, *Lepage-Jessua*).

1472. Ya prevista por razones de urgencia en los artículos R. 102-104 del Código de los Tribunales administrativos (CE 21 de febrero de 1986, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques*). La introducción por las leyes de 8 de febrero de 1995 y 30 de junio de 2000 de las medidas de ejecución y suspensión contradice la parte de la doctrina CE 23 de enero de 1970, *Amoros*, relativa a la imposibilidad del juez administrativo de dirigir mandatos a la Administración o de exigir la ejecución, salvo en los casos de que su pronunciamiento supusiera una modificación de la situación de hecho o derecho anterior. MASSOT, J., GIRARDOT, T., “Le Conseil...”, *cit.*, pp. 134-137.

b) Recurso de pleno contencioso o plena jurisdicción:

- *Finalidad*: juzgar sobre el derecho de los interesados, sustituyendo la decisión recurrida¹⁴⁷³ respecto a la responsabilidad administrativa derivada de sus actos que ha causado alguna lesión al administrado¹⁴⁷⁴, exigir una satisfacción rechazada por la Administración sobre la reparación de daños, fiscalidad, sanciones pecuniarias, sanciones disciplinarias, abono de cantidades de dinero, cumplimiento de obligaciones contractuales, operaciones electorales¹⁴⁷⁵, actividades clasificadas¹⁴⁷⁶, refugiados¹⁴⁷⁷, autorización para litigar¹⁴⁷⁸, policía de aguas¹⁴⁷⁹, que implican reforma de un acto administrativo y nuevo comportamiento.
- *Supuestos*: encuadra los de responsabilidad contractual y extracontractual por falta (delictiva o cuasidelictiva) o sin falta (obras públicas, servicios públicos, riesgo de agentes o terceros, y daños derivados de las leyes, los tratados internacionales y las decisiones administrativas legales).
- *Contenido*: la amplitud de su objeto lo distingue del de simple anulación, porque aprecia los elementos de hecho y derecho respecto a la situación individualizada, aunque también se pronuncia sobre la legalidad del acto administrativo.

c) Recurso sumario de medidas cautelares:

El artículo 171 bis 2 del Código de Procedimiento Civil se remite a las disposiciones administrativas respecto a las medidas preventivas para ordenar un requerimiento que permita al justiciable formular un recurso previo o acudir a la jurisdicción administrativa competente para ordenar a un agente judicial o un experto constatar los hechos susceptibles de dar lugar a un litigio.

1473. CE 29 de enero de 1986, *Kodia*.

1474. TC 8 de febrero de 1873, *Blanc*.

1475. CE 13 de enero de 1967, *Elections municipales d'Aix-en-Provence*; 20 de octubre de 2004, *Elections régionales de Picardie*, se permite al juez administrativo rectificar los resultados, anular una elección y proclamar el elegido.

1476. CE 15 de diciembre de 1989, *Société Spechinor*.

1477. CE 8 de enero de 1982, *Aldana Barrera*. CE 1 de abril de 1988, *Bereciartua-Echarri*, estableció como principio general del Derecho el que un refugiado político no debe ser devuelto a su país de origen.

1478. CE 26 de junio de 1992, *Mme. Lepage-Huglo*.

1479. CE 14 de noviembre de 2003, *Association Robin des bois*.

En el orden administrativo está regulado por la Ley 2000-597 de 1 de julio y el Decreto 2000-1.115 de 22 de noviembre de 2000, que permiten adoptar una decisión preventiva provisional tras una breve instrucción¹⁴⁸⁰. Entra dentro de las medidas cautelares para asegurar el buen fin de la impugnación con una habilitación general al juez (art. L.521-3 CJA)¹⁴⁸¹. Entre las medidas cautelares generales se distinguen las propias de ámbitos especiales y las propias de algunas autoridades.

– Medidas cautelares generales (*référé généraux*)¹⁴⁸² se refieren a aspectos concretos como

- la *suspensión* de una medida administrativa (*référé-suspension*) (art. L. 521.1 CJA)¹⁴⁸³;

1480. CHAPUS, R., *Droit du contentieux...*, cit., pp. 1.320 y ss. Sobre las medidas cautelares está incidiendo notablemente la jurisprudencia comunitaria en sentencias como las de 19 de junio de 1990, *Factortame*, y 21 de febrero de 1991, *Zuckerfabrik*. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares: derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Madrid, Civitas, 1995.

1481. El juez sólo está facultado para adoptar la medida cautelar, no entrando a la legalidad ni a “ordenar una medida que tuviera efectos idénticos en todos sus puntos a los que resultarían de la ejecución por la autoridad administrativa de un juicio anulando por defecto de base tal decisión” (CE 10 de abril de 2001, *Merzouk*).

1482. CASSIA, P., *Les référés administratifs d'urgence*, Paris, LGDJ, 2003.

1483. CE 20 de diciembre de 2000, *M. Ouatab*; 26 de septiembre de 2001, *Société Mendiazur*, remite a las medidas cautelares la petición de suspensión de ejecución y obligación. Sustituye al anterior supuesto de suspensión por “daño irreparable” y exige valorar la duda sobre la legalidad y la apariencia de buen derecho, pero sin entrar en el fondo de aquella (CE 30 de diciembre de 2002, *Carminati*); cuando se ha declarado la ilegalidad del texto de referencia (CE 16 de junio de 2003, *Floch*) o se constata la contradicción con los principios del derecho comunitario (CE 19 de octubre de 2003, *Société Techna*); se considere que la decisión impugnada perjudica de forma grave al interés público, al recurrente y a sus derechos (CE 12 de octubre de 2001, *Société Produits Roche*; 19 de enero de 2001, *Rádios libres*); la multiplicación de decisiones y recursos (CE 18 de diciembre de 2002, *Migaud*). Ha sido muy aplicada en materia de expulsión de extranjeros (CE 29 de septiembre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c. Abd Nasser Meshabi*; 15 de octubre de 2001, *Nacer Hamani*). FINKEL, G., “L'expulsion des étrangers, et le juge administratif en droit français”, *AJDA*, 1978, pp. 243-257. En materia fiscal con independencia de la medida específica (CE 25 de abril de 2001, *SARL Janfin*; 30 de septiembre de 2005, *M. Hubert*). CE 26 de enero de 2006, *Comune de Neuville-sur-Escaut*, afirmó la posibilidad de que el juez del procedimiento de urgencia suspendiera un acto inexistente, porque “una demanda para que se constate la inexistencia de una decisión administrativa debe ser mirada como una pretensión de anulación en el sentido del artículo L. 521.1. CE 17 de enero de 2002: la Administración no puede además de hacer caso omiso a una decisión de suspensión, impugnarla”. REY, J.-L., “Les cours administratives d'appel et la réforme du référé administratif”, en *AJDA*, 6, 2001, pp. 526-528. VANDERMEEREN, R., “Le référé-suspension”, *RFDA*, 2002, pp. 259 y ss.

- la garantía de una *libertad* fundamental (*référé-liberté*) (art. L. 521-2 CJA)¹⁴⁸⁴;
- de conservación o útiles (*référé-conservatoire*)¹⁴⁸⁵ para la protección del dominio público (*référé protecteur du domaine public*)¹⁴⁸⁶, y comunicación de documentos (*référé communication de documents*)¹⁴⁸⁷ (art. L. 521-3 CJA);
- condena a persona pública a hacer una provisión (*référé-provision*) de una suma de dinero (art. R. 541-1 a 6 CJA);
- de instrucción o designación de *experto* para una medida de este carácter (*référé instruction ou référé expertise*) (art. R. 531.1 y 2 CJA);

1484. TC 23 de octubre de 2000, *M. Boussadar*. Se considera atentado manifiestamente ilegal a un derecho el relativo al de asilo y a solicitar el de refugiado (CE 12 de enero de 2001, *Hyacinthe*; 12 de enero de 2001, *Farhoud*), los tratos inhumanos o degradantes (CE 27 de marzo de 2001, *Djalout*), la libertad de movimiento (CE 9 de enero de 2001, *Départes*), el derecho a una vida familiar normal implica el hacer llegar junto a ellos a su cónyuge e hijos menores (CE 8 de diciembre de 1978, *GISTI*; 30 de noviembre de 2001, *Tliba*). El artículo L. 2.132-6 del código de las colectividades territoriales prevé la medida prefectoral. También se ha entendido por “libertad fundamental” el principio de libre administración de las colectividades territoriales y de libertad de expresión de los consejeros municipales (CE 18 de enero de 2001, *Commune de Venelles*); la libertad contractual (CE 12 de noviembre de 2001, *Commune de Montruil-Bellay*); la libertad de pensamiento y opinión (CE 24 de febrero de 2001, *Jean Tibéri*); el derecho de sufragio (CE 7 de febrero de 2001, *Commune de Pointe-à-Pitre*; 2 de marzo de 2001, *Dauphine*); el derecho de propiedad (CE 23 de marzo de 2001, *Société Lidl*; 9 de abril de 2001, *Belrose*); derecho a dirigir una familia (CE 30 de octubre de 2002, *Mme Tilba*). Para la adopción de la medida se han de valorar el interés del peticionario y el interés general (CE 28 de febrero de 2003, *Commune de Pertuis*). BOTOKO-CLAEYSEN, C., “Le référé-liberté vu par les juges du fond. Analyse des premières décisions de dix tribunaux administratifs”, en *AJDA*, 16, 2002, pp. 1.046-1.055. CASSIA, P., “L’examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté”, *RFDA*, 1, 2007, pp. 45-57.

1485. Sobre la continuidad del servicio público (CE 8 de julio de 2002, *Commune de Cogolin*), el orden público y la libertad de circulación (CE 10 de mayo de 2004, *MB*), que sean útiles a la finalidad (CE 23 de diciembre de 2005, *M. Patrik Farine*), no obstaculicen la ejecución de una decisión administrativa (CE 29 de abril de 2002, *M. Bruno*).

1486. CE 25 de noviembre de 1963, *Commune Saint Just Chaleyssin*, el comisario afirmó que “los contratos de concesión de terrenos en los cementerios suponen ocupación del dominio público y, por tanto, no obstante la circunstancia de que la ocupación tiene el carácter precario y revocable que caracteriza en general las ocupaciones del dominio público, los litigios sobre dichas concesiones corresponden a las jurisdicciones administrativas por aplicación del Decreto de 17 de junio de 1938”. Para la expulsión de un ocupante irregular del dominio público (CE 23 de septiembre de 2005, *Commune de Cannes*), necesario para la continuidad del servicio público (CE 8 de julio de 2002, *Commune de Cogolin*), servicio industrial o comercial (CE 13 de diciembre de 2002). Con el fin de interrumpir obras en el dominio público (CE 25 de enero de 1980, *SOTEM*).

1487. Necesarios para la protección de los derechos del demandante (CE 29 de abril de 2002, *Société Baggerbedriff*).

- Las medidas cautelares sobre materias especiales (*référéés dans des domaines spéciaux*):
 - condena a la Administración a aceptar y adoptar en un procedimiento sobre contratos o servicios públicos las medidas de transparencia y concurrencia de carácter *precontractual* (*référéés précontractuels*) (art. L. 551-1 y 2 CJA);
 - abandono de medidas de ejecución o aplazamientos en procedimientos *fiscales* (*référéés fiscaux*) (arts. L. 552.1 y 2, 227, 229 y 277 LPF);
 - sobre ocupación temporal de la propiedad privada (*référé d'occupation temporaire d'une propriété privée*);
 - materia de comunicación audiovisual (*référé de communication audiovisuelle*) (art. L. 553.1 CJA).
 - actividades clasificadas y medio ambiente (*référéés en matière de polices de l'environnement*) (arts. L. 226-8, L. 514-1, L. 535.8, L. 541-3 del Código del medio ambiente).
 - Medidas cautelares para algunas autoridades (*référéés organisés au profit de certaines autorités administratives*):
 - control de legalidad por los prefectos (*déféré préfectoral*) (art. L. 554-1 CJA);
 - otras autoridades (*déféré au profit d'autres autorités*) (art. L. 554-7 a 9 CJA).
- d) Recurso de interpretación¹⁴⁸⁸.
- e) Procedimiento particular de declaración de ruina.
- f) Procedimiento particular de infracciones de grandes vías.
- g) Resolución de homologación de una transacción (arts. 2.044 y 2.045 CC)¹⁴⁸⁹.
- h) La cuestión prejudicial.

1488. CE 8 de febrero de 1989, este recurso no está sometido a plazo. Su concepto lo define el CE 27 de marzo de 1996.

1489. En principio las transacciones de la Administración son inaceptables, salvo en interés general y carece de sentido si la decisión administrativa sobre la que se plantea es ejecutiva de pleno derecho (CE *avis* 6 de diciembre de 2002, *Syndicat intercommunal du district de l'Hay les Roses*). El juez administrativo no está obligado a homologarla, ha de comprobar que las partes la consienten y verificar la habilitación para transigir (CE 11 de septiembre de 2006, *Commune de Théoule-sur-Mer*), precisa que el objeto sea lícito, que no constituya una liberalidad y respete las reglas de orden público. Si no hay homologación la transacción es nula. La resolución tiene autoridad de cosa juzgada y puede ser apelada (CE *avis* 4 de abril de 2005, *Société cabinet JPR Ingénierie*).

B) *Recursos para asegurar la imparcialidad de la decisión jurisdiccional*¹⁴⁹⁰

- a) Demanda de recusación de un juez (arts. L.721-1, R.721-2 a 9 CJA).
- b) Demanda de sospecha legítima de parcialidad.
- c) Acción de reprobación de abogado (art. R.635-1 CJA)¹⁴⁹¹.
- d) Resolución para la supresión de palabras injuriosas, ultrajantes o difamatorias (arts. 741-2 CJA y 41 de la Ley de 29 de julio de 1881).
- e) Demanda de recusación de un experto (art. L. 621 CJA).

C) *Recursos contra la decisión jurisdiccional*

- a) Recursos de apelación¹⁴⁹², o de casación.
- b) Recursos de rectificación de error material (art. R.741-11 CJA)¹⁴⁹³.
- c) Recursos de revisión (art. R.834-1 CJA).
- d) Tercería de oposición (art. R.832-1 CJA)¹⁴⁹⁴.
- e) Recursos en interés de ley.

D) *Recurso para asegurar la eficacia de la decisión jurisdiccional*

Recurso para la ejecución de una decisión jurisdiccional (arts. L.911-1 a 10, R.921-1 a 8 y 931-1 a 9 CJA)¹⁴⁹⁵. Se distingue entre la

1490. CE 16 de diciembre de 1992, *Geouffre de la Pradelle*, el derecho de acceso a un tribunal independiente e imparcial del artículo 6 CEDH supone la posibilidad del justiciable de impugnar los actos que implican ingerencia en sus derechos.

1491. Fue introducida en el Código de justicia administrativa por el Decreto 2000-389 de 4 de mayo de 2000.

1492. AUBY, J. M.-DRAGO, R., *Traité...*, cit., pp. 560-561, invocaron la jurisprudencia que consideró el doble grado de la jurisdicción como un principio general del Derecho (CE 17 de diciembre de 1897, *Chanémon*; 14 de junio de 1939, *Société Agis-Garcin*; 4 de febrero de 1944, *Vernon*). El CE 17 de diciembre de 2003, *Meyet y otros*, ha considerado que el doble grado de jurisdicción que implicaba el recurso de apelación, "no constituye un principio general del Derecho". Así lo había declarado CC en las decisiones 75-84, de 19 de noviembre de 1975, y 96-337 DC, de 9 de abril de 1996.

1493. CE 30 de junio de 2003, *Mme. C.*, no permite utilizar la rectificaciones de errores materiales para plantear cuestiones nuevas no formuladas en el litigio, como el anatocismo.

1494. CE 29 de noviembre de 1912, *Boussuge*, admitió que un tercero que no estuvo en la instancia pudiera formular una *tierce opposition*. CE 10 de diciembre de 2004, *Société Resotim*, permite a un tercero no incorporado a la causa cuestionar una decisión que perjudica a sus derechos y plantear su revisión ante la jurisdicción que la ha adoptado.

1495. CE 30 de noviembre de 1923, *Couitéas*, reconoció el derecho del justiciable a la ejecución del pronunciamiento favorable, incluso con el apoyo de la fuerza pública. CE 4 de julio de 1997, *Leveau*, apreciando la situación de hecho y derecho se han de aplicar las medidas estrictamente necesarias para la ejecución. No podrá entrar a rectificar los errores de derecho o los mate-

- “ejecución por explicación” (*exécution par l’explication*): el juez incorpora a su pronunciamiento las medidas a adoptar por la Administración (CE 26 de diciembre de 1925, *Rodière*)¹⁴⁹⁶.
- “ejecución por mandamiento” (*exécution par injonction*): el juez dicta mandatos de ejecución en el mismo momento con o sin previsión de sanciones por incumplimiento, que pueden ser:
 - mandamientos preventivos (*injections de prévention*): se traduce en la adopción de una medida (art. L. 911.1 CJA) o en una nueva instrucción del expediente realizada correctamente (art. L. 911.2 CJA);
 - mandamientos de represión (*injections de represión*) que se dictan posteriormente si no se ejecuta.

1.4. La competencia de los Tribunales judiciales

Se ha examinado cómo el problema de la búsqueda del criterio delimitador de la competencia para atribuir el conocimiento del litigio ha sido decisivo en la materialización del Derecho administrativo. Todo ello porque existen ámbitos de la competencia administrativa limitados, cuyos conflictos corresponden a la jurisdicción judicial o civil, siendo incompetente la administrativa¹⁴⁹⁷. Esta deberá rechazar los recursos que se le planteen contra actos con naturaleza de Derecho privado (TC 19 de enero de 1998, *Mlle Romain*), remitiendo a la jurisdicción judicial las cuestiones sobre validez o interpretación de los actos, títulos y contratos de Derecho privado necesarios para resolver el litigio principal (CE 10 de diciembre de 1997, *Carbonell*), o los reglamentos internos de una empresa en relación con las inspecciones de trabajo (CE 12 de junio de 1987, *Société Gantois*).

riales (CE 23 de noviembre de 2005, *Société Eiffage*). Conforme al artículo 6.1 de la Convención europea de derechos humanos la decisión de la justicia debe ser cumplida y la “protección efectiva del justiciable y el restablecimiento de la legalidad implican la obligación para la Administración de aceptar el juicio o resolución”, porque “la ejecución de un juicio o resolución, de cualquier jurisdicción que sea, debe considerarse que forma parte íntegra del proceso en el sentido del artículo 6” (CEDH 19 de marzo de 1997, *Hornsby c. Grèce*).

1496. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 182-187.

1497. FRISON-ROCHE, M.-A., “Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative mise en regard de la jurisprudence judiciaire”, *Revue Internationales de Droit économique*, 4, 2001, pp. 395-412.

A efectos de la clasificación de estos supuestos hemos de distinguir entre los “límites jurisprudenciales” procedentes del Tribunal de Conflictos y del Consejo de Estado, y los “límites legales” establecidos por los textos de esta naturaleza¹⁴⁹⁸.

1.4.1. *Límites jurisprudenciales a la competencia administrativa*

La atribución jurisprudencial de la competencia se ha realizado a partir de la existencia de dos criterios de reconocimiento de la competencia judicial¹⁴⁹⁹: la “teoría de los actos separables” (*actes détachables*)¹⁵⁰⁰ y la “teoría de los bloques de competencias”.

a) Los actos separables:

Se diferencian en el procedimiento de contratación los actos por su naturaleza pública o privada, según sean de formación o de ejecución, asignando su conocimiento a la jurisdicción competente: los de carácter bilateral a los tribunales judiciales, y los de decisión separables del contrato a la jurisdicción administrativa con un control de los actos separables de la deliberación y formación anteriores al acto bilateral (CE 11 de diciembre de 1903, *Commune de Gorre*; 4 de agosto de 1905, *M. Martin*)¹⁵⁰¹. Se analizará con relación al recurso por exceso de poder que alcanza a los actos preparatorios de naturaleza administrativa. Actualmente existe un nuevo ámbito de separabilidad respecto a la contratación administrativa, como es la relativa a la aplicación de las reglas de la libre competencia diferenciadas del fondo, que se ha utilizado para controlar un acuerdo de ocupación de dominio público del aeropuerto de París en relación con la ordenanza de 1 de diciembre de 1986 sobre competencia y libertad de precios (CE 26 de marzo de 1999, *Société EDA*)¹⁵⁰².

1498. AUBY, J.-M., *Droit...*, cit., II, pp. 602-611, cuya clasificación se sigue.

1499. DOUMBÉ-BILLÉ, S., “La justice judiciaire dans la jurisprudence du Conseil d’État et du Conseil Constitutionnel depuis 1958”, *RDJ*, 2, 1986.

1500. MACÉRA, B.-F., *Les actes détachables dans le droit public français*, Limoges, Presses universitaires, 2002. BROVELLI, G., “Le juge en matière électorale et les actes détachables”, en AUBRY, J.-B., AUBERT, J.-L., BEGUIN, J., *Études offertes à Jean-Claude Hélin. Perspectives du droit public*, Paris. Litec, 2004. LAGASSE, D., “La théorie administrative des actes détachables remise en cause par le Conseil d’État?”, en *Mélanges Philippe Gérard*, Buxelles, Bruylant, 2002, pp. 315-333.

1501. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 64-67.

1502. GONZÁLEZ, G., “Domaine public et droit de la concurrence”, *AJDA*, 1999, pp. 387 y ss.

La teoría de los actos separables se aplica, también, en relación con el dominio privado de bienes de la Administración (CE 7 de abril de 1874, *Barthe*; 7 de diciembre de 1844, *Finot*; 23 de julio de 1931, *Dame Grand d'Esnon*; 9 de julio de 1948, *Bougarde*; 17 de octubre de 1980, *Gaillard*; 31 de julio de 1992, *Commune d'Andlau*; 6 de mayo de 1996, *M.F.* TC 24 de octubre de 1994, *D. et SCI les Rochettes*) o con la gestión privada del dominio o el servicio público (CE 17 de octubre de 1980; 19 de noviembre de 1993; 10 de marzo de 1995, *Ville de Digne*; 5 de diciembre de 2005, *Commune de Pontoy*)¹⁵⁰³. Su alcance se expone detalladamente en relación con el recurso por exceso de poder.

No se han considerado actos separables las intervenciones administrativas en procedimientos judiciales: sobre medidas sancionadoras de la legislación social agraria (TC 24 de junio de 1996, *Établissements Gaillard*); acto consular de citación para comparecencia en un procedimiento penal (CE 20 de abril de 2005, *M.P.*); la falta que constituye una infracción penal (CE 14 de enero de 1935, *Thépaz*)¹⁵⁰⁴; demanda de extradición formulada dentro de un procedimiento judicial (CE 28 de mayo de 1937, *M.D.*; 21 de julio de 1972, *M. L.*); medidas administrativas de libertad condicional que se vinculan a la aplicación de la pena (CE 4 de noviembre de 1994, *K.*).

Tampoco son separables y conoce de ellas el Consejo de la competencia, del orden judicial, las cuestiones relativas a la producción, distribución de bienes y servicios, cuando no se actúa con prerrogativas, sino como agente económico en el mercado y sometido a la legislación mercantil y de la competencia para evitar su posición dominante y la ruptura de las reglas (TC 18 de octubre de 1999, *Préfet de la région de l'Ile de France c. Cour d'appel de Paris, Aéroport de Paris et Air France c. TAT European Airlines*).

b) Los bloques de competencias:

La aplicación de la “teoría de los bloques de competencias” ha tratado de simplificar la atribución competencial huyendo del casuismo a que se había llegado. La relación entre el fondo y la competencia busca el equilibrio entre la justicia judicial y la jurisdicción administrativa, perfilando el ámbito de aplicación del Derecho privado y del derecho administrativo. A este fin se

1503. También utilizada en relación con los actos de gobierno para reducir la inmunidad del poder.

1504. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 219-222.

han propuesto las siguientes reglas de conducta: 1) En las relaciones administrativas se aplica el derecho público cuando se refieren a la gestión pública, y el derecho privado cuando lo hacen en gestión privada. 2) De las relaciones litigiosas conoce la competencia administrativa cuando se refieren a la gestión pública, y la judicial cuando lo hacen a la gestión privada¹⁵⁰⁵.

La relación directa entre el fondo y la competencia jurisdiccional ha sido utilizada por el Consejo de Estado en supuestos de bloques materiales de competencias (resoluciones de 27 de julio de 1951, *Caisse mutuelle d'allocations familiales de la Loire-inférieure*; 5 de febrero de 1954, *Association El Hamidia*; 9 de abril de 1954, *Derisbourg*)¹⁵⁰⁶, o en relación con las medidas de ejecución de créditos a las que se reconoce la misma que a estos, aunque se trate de una decisión administrativa unilateral y ejecutoria que ejerce una potestad (resolución de 14 de diciembre de 1951, *Glannes*; 11 de enero de 1952, *Cie. continentale*; 23 de abril de 1971, *Jacquemot*; 23 marzo 1983, *S.A. Bureau Véritas et autres*).

Según la jurisprudencia se atribuye a los tribunales judiciales el conocimiento de los litigios sobre el estado de las personas, los derechos individuales, las actividades de la Administración ajenas al servicio público, la gestión privada de los servicios públicos administrativos, los servicios públicos industriales y comerciales, el funcionamiento del servicio público de la justicia judicial y la vía de hecho. Sin embargo, los cambios en las valoraciones de los supuestos y la indeterminación de las reglas de competencia por falta de criterios homogéneos condujo a que la teoría de los “bloques de competencia a favor del juez judicial hayan fracasado. Desarrollada a partir de los años 50 para clarificar las reglas del dualismo jurisdiccional [...] no ha llegado a adquirir el favor del juez”¹⁵⁰⁷.

1505. EISENMANN, CH., “Le rapport entre compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français”, en *Mélanges offerts à J. Maury*, I, Paris, Dalloz, 1960, pp. 349 y ss.

1506. Así lo ha reconocido el Consejo Constitucional en la resolución de 23 de enero de 1987 estableciendo que el legislador podrá excepcionar la atribución a la jurisdicción administrativa “cuando la aplicación de una legislación o de una reglamentación específica pudiera dar lugar a impugnaciones contenciosas diversas que se repartirían, según las reglas habituales de competencia, entre las jurisdicciones administrativa y judicial [...] en interés de una buena Administración judicial unifica las reglas de la competencia jurisdiccional en el seno del orden jurisdiccional interesado principalmente”. Sobre el alcance de esa posibilidad se ha pronunciado el mismo Consejo en la resolución 89-261 DC, de 28 de junio de 1989.

1507. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 343.

A) *Actividades de la Administración ajenas al servicio público*

Normalmente compete a la jurisdicción judicial el conocimiento de la actividad de la Administración actuando en un contexto de Derecho privado sin consideración directa del servicio público, como en la gestión del patrimonio privado o de un bien demanial sin referencia al destino que motiva la afectación o al interés general (TC 6 de enero de 1975, *Cons. Apap*), a la responsabilidad o al otorgamiento de contratos (TC 7 de diciembre de 1970, *Monition et Société hôtelière de La Bergerie*; 25 de junio de 1973 y 28 de noviembre de 1975, *Office national des forêts*).

Se incluyen en este supuesto las deudas procedentes de relaciones de Derecho privado y los litigios derivados de la organización y funcionamiento de actividades industriales o comerciales independientes del servicio público, como las de empresas nacionalizadas tras la II Guerra Mundial (*Régie Renault, Charbonnages de France, Entreprise de Recherches et Activités Pétrolières-ERAP* etcétera).

B) *Actividades de servicio público*

El bloque de competencia se invoca en relación con el criterio delimitador del servicio público (TC 27 de noviembre de 1952, *Préfet de la Guyane*¹⁵⁰⁸; CE 17 de abril de 1953, *Falco et Vidaillac*¹⁵⁰⁹) y ha dado lugar a que la jurisdicción administrativa haya transferido al orden judicial el conocimiento de litigios sobre actos administrativos no reglamentarios dictados en relación con un servicio público, incluso con ejercicio de prerrogativas de poder, por conexión material con sus ámbitos competenciales cuando existen “relaciones de derecho privado” (CE 5 de febrero de 1954, *Association El Hamidia*¹⁵¹⁰; 13 de enero de 1967, *Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF*¹⁵¹¹; TC 22 de abril de 1974, *Dame Léotier*), con la gestión del dominio privado (TC 9 de junio de 1986, *Commune de Kintzheim*; 26 de septiembre de 1986, *Herbelin*; 5 de julio

1508. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 379-386.

1509. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 392-398.

1510. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 407-412.

1511. Sin embargo, sostuvo la naturaleza administrativa de las decisiones de carácter general de los órganos directivos, y de los actos de naturaleza reglamentaria relativos a la organización del servicio y al estatuto del personal. CE 15 de enero de 1968, *Epoux Barbier*.

de 1999, *Mme Menu*), con la responsabilidad vinculada al mismo (TC 28 de noviembre de 1975, *Abamonte*), con la relación con la Seguridad Social y el Derecho del trabajo (13 de julio de 1967, *Allegetto*), con los contratos de trabajo relacionados con la gestión del dominio privado sin constituir actividad de servicio público (TC 18 de junio de 2001, *Lelaidier*; 19 de enero de 2004, *Pierrat*). Se reserva al juez administrativo los ámbitos del servicio público y se excluyen los que son actividades privadas de la Administración y la responsabilidad derivada de las mismas (TC 24 de mayo de 1888, *Vve Linas*; 24 de enero de 1952, *Conservateur des eaux et de forêts de Corse*; 7 de enero de 1975, *Consorts Appap*. CE 11 de mayo de 1931, *Chauvernet*; 28 de noviembre de 1975, *Abamonte*).

a) Gestión privada de servicios públicos administrativos.

Estos servicios actúan normalmente sometidos a reglas de Derecho público, aunque se admite que algunas de sus actividades de carácter secundario y sin directa relación con el interés general puedan utilizar el Derecho privado (CE 6 de febrero de 1903, *Terrier*¹⁵¹²; 31 de julio de 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*)¹⁵¹³. Los litigios que se planteen en estos aspectos son competencia del juez judicial (CE 28 de mayo de 1952, *Choppin de Janvry*; 25 de febrero de 1959, *Hôpital-hospice de Bernay*; 28 de junio de 1965, *Dame Debord*; 13 de junio de 1979, *Mme Rieux*; TC 6 de julio de 1981, *Lebret*).

b) Relaciones del prestador y el usuario del servicio.

Un bloque de competencia es el relativo a la relación del usuario con el prestador del servicio, que se ha considerado de Derecho privado (TC 24 de junio de 1954, *Dame Galland*; 17 de octubre de 1966, *Dame Veuve Canasse*; 29 de diciembre de 2004, *Blanckerman*; CE 11 de julio de 2001, *Poirrez*), de modo que todos los contratos de la persona pública que gestiona el servicio con el usuario son de Derecho privado y sometidos a la jurisdicción judicial, incluso aunque tenga una cláusula exorbitante del Derecho común que en principio entraña la competencia administrativa (CE 13 de octubre de 1961, *Établissement Campanon-Rey*, confirmado por TC de 17 de diciembre de 1962, *Dame*

1512. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 53-56.

1513. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 110-113.

Bertrand). Se han incluido los servicios sociales y sus usuarios (TC 22 de enero de 1955, *Naliato*¹⁵¹⁴; 13 de enero de 1958, *Dlle Berry*).

C) *Los servicios públicos industriales y comerciales*

Se aceptó que algunas categorías de servicios públicos dejaran de estar sometidas al Derecho administrativo para hacerlo al Derecho privado a partir de la resolución del Tribunal de Conflictos de 22 de enero de 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain, Bac d'Eloka*¹⁵¹⁵. Se denominaron “servicios públicos de gestión privada” siendo los más importantes los servicios públicos industriales y comerciales. En su prestación y gestión no se utilizan técnicas de poder y Derecho público, sino que su funcionamiento y actividad se realizan por los mismos medios que los del sector privado, utilizando el Derecho mercantil, el del trabajo o el civil en las relaciones de las respectivas naturalezas, por lo que es la jurisdicción judicial la competente respecto a ellas (CE 16 de octubre de 1953, *Société des verreries Saint-Antoine*; 24 de enero de 1964, *Ville de Montpellier*. TC 17 de diciembre de 1962, *Dame Bertrand*; 2 de marzo de 1970, *Communes riveraines de l'aéroport d'Orly*).

D) *El funcionamiento del servicio público de la justicia judicial*

La responsabilidad por reparación de un error judicial fue establecida por el artículo 626 de la Ley de 8 de junio de 1895, Código de instrucción criminal. El conocimiento de las actividades, decisiones y reclamaciones contra el funcionamiento de la justicia judicial corresponde al propio orden sin interferencias de la jurisdicción administrativa (TC 7 de junio de 1951, *Consorts Noualek*)¹⁵¹⁶. Sin embargo, competen a la jurisdicción administrativa las cuestiones de su organización, como actividad material administrativa que corresponde al poder ejecutivo, ajenas al funcionamiento del servicio público de la justicia (TC 27 de noviembre de 1952, *Préfet de la Guyanne*)¹⁵¹⁷.

1514. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 418-423.

1515. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 159-164.

1516. ARDANT, Ph., *La responsabilité de l'État du fait de la fonction judiciaire*, Paris, LGDJ, 1956.

1517. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 379-386.

E) *La vía de hecho*

La vía de hecho se produce cuando la Administración adopta y ejecuta una decisión sin competencia o sin procedimiento, al margen de la legalidad, que afecta a los derechos de libertad y propiedad¹⁵¹⁸. Esta actuación irregular de la Administración en el fondo y la forma es un puro hecho no un acto jurídico, no está ni considerado ni amparado por la actividad ni por la consideración de acto administrativo¹⁵¹⁹, por lo que no puede estar sometido a la misma jurisdicción que conoce de estos. No es “susceptible de ser atribuido al ejercicio de un poder de la Administración” (CE 18 de noviembre de 1949, *Carlier*). Este acto es “particular” y como tal es juzgado por la jurisdicción judicial (CE 15 de febrero de 1961, *Werquin*; 8 de abril de 1961, *Dame Klein*).

Esta vía ha experimentado un incremento de pretensiones en la medida de su mayor agilidad y de la posibilidad de adoptar medidas cautelares que eran inexistentes en el procedimiento contencioso-administrativo. La vía de hecho se invocó incluso contra el rechazo de la renovación de un pasaporte en cuanto era fácil vincularlo al derecho a la libre circulación, a pesar de tratarse de una competencia administrativa (TCass. 28 de noviembre de 1984, *Bonnet*), que fue asumido por el Tribunal de Conflictos como mayor garantía frente a la jurisdicción administrativa (TC 9 de junio de 1986, *Eucat*). Sin embargo, la Ley 2000-597 de 30 de junio de 2000 ha venido a llenar la laguna estableciendo las medidas cautelares en el ámbito contencioso.

El afán expansionista de la jurisdicción administrativa ha debilitado el alcance de la vía de hecho y con ello la competencia de la jurisdicción ordinaria¹⁵²⁰, cuando considera como un supuesto de ilegalidad anulable por su parte a una medida que constituía vía de hecho (CE 31 de enero de 1858, *Société*

1518. PETIT, S., *La voie de fait administrative*, Paris, PUF, 1995. SAVIO, F., *La voie de fait dans la jurisprudence récente*, Paris, 1993. MONTEILLET, I., *Le rôle de la voie de fait dans la protection des libertés*, Paris, 2000.

1519. DUEZ, P., *La responsabilité de la puissance publique (en dehors des contrats)*, Paris, Dalloz, 1938, p. 148, cuestionó la coherencia del enigma que representaba la vía de hecho: “¿por qué misterio el acto que, por hipótesis, habría perdido el carácter administrativo, podría engendrar la responsabilidad de la Administración [...]? Es una inadmisibile sutileza declarar que el acto es imputable a la Administración cuando se le ha hecho perder su carácter administrativo?”. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 286.

1520. BOCKEL, A., “La voie de fait; mort et résurrection d’une notion discutable”, en *Chronique Dalloz-Sirey*, 1970, pp. 29 y ss.

Etablissements Lasalle-Astis; 31 de mayo de 1957, *Rosan-Girad*¹⁵²¹). Este camino lo reconsideró el Tribunal de Conflictos al afirmar que las decisiones en vía de hecho debían tratarse como nulas, pudiendo ambas jurisdicciones declarar la nulidad (TC 27 de junio de 1966, *Guigon*). En la resolución CE de 4 de noviembre de 1966, *Société le Témoignage chrétien*, sobre una clara vía de hecho se declaró la responsabilidad derivada. Posteriormente se reconoció la exclusividad de la competencia judicial sobre la reparación de daños por vía de hecho (TC 30 de junio de 1969, *Société civile immobilière des Praillons*; CE 10 de octubre de 1969).

El Tribunal de Conflictos admitió que el juez judicial pueda adoptar medidas preventivas, expulsiones o restituciones (TC 17 de marzo de 1949, *Société immobilière Rivoli-Sébastopol*) e imponer multas (TC 17 de junio de 1948, *Manufacture de velours et peluches*). Resolvió el 12 de mayo de 1997, *Société Baum*, que los tribunales judiciales sólo pueden obstaculizar la ejecución de las decisiones administrativas en los supuestos de vía de hecho.

a) La actuación administrativa irregular.

La vía de hecho no implica, necesariamente, que la decisión administrativa sea irregular, porque incluso siendo legal, puede producir un atentado a los derechos no justificado ni amparado por la legalidad que constituye una irregularidad manifiesta (CE 18 de noviembre de 1949, *Carlier*). El Tribunal de Conflictos declaró que

“no hay vía de hecho justificada, por excepción de los principios administrativos y judiciales, y de la competencia de las jurisdicciones de orden judicial, más que en la medida en que la Administración proceda a la ejecución forzosa, en condiciones irregulares, de una decisión, incluso regular, que implique un atentado grave al derecho de propiedad o a una libertad fundamental, o porque adopte una decisión que tenga uno u otro de estos efectos, con la condición sin embargo de que sea por sí misma insusceptible de ser atribuida a la autoridad administrativa” (TC 23 de octubre de 2000, *Boussadar*)¹⁵²².

La vía de hecho supone sacar del ámbito de la jurisdicción administrativa el conocimiento de una actuación administrativa que era irregular y ajena al

1521. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 461-467.

1522. WACHSMANN, P., “L’atteinte grave á une liberté fondamentale”, *RFDA*, 1, 2007, pp. 58-63.

orden jurídico administrativo, siendo sólo acto de un sujeto administrativo, que no podía darle una protección que la identificase con la actividad administrativa propiamente dicha, al perjudicar al derecho de propiedad o a una libertad fundamental¹⁵²³.

Este supuesto de actuación irregular de la Administración mereció la atención del comisario del gobierno AUCOC quien sostuvo que no podía suponer que “los ciudadanos estén privados de las garantías necesarias contra los actos arbitrarios, inspirados por razones políticas que, fuera del ejercicio de poderes constitucionales del Gobierno, atentaran a su estado civil, a su libertad o a su propiedad”. Exigía su protección por la autoridad judicial frente a esta vía de hecho, sin afectar ni a los poderes constitucionales ni al acto de gobierno¹⁵²⁴.

b) Medidas ejecutivas irregulares.

Se ha considerado vía de hecho la ejecución forzosa de una decisión administrativa carente de legitimación competencial o procesal (TC 2 de diciembre de 1902, *Société immobilière de Saint-Just*¹⁵²⁵; 12 de febrero de 1953, *García*), la falta de título (TC 17 de julio de 1952, *Dusuzzeau*) o la irregularidad de las medidas de ejecución (TC 2 de diciembre de 1902, *Société immobilière de Saint-Just*), como la expulsión y destrucción de bienes de una sociedad desahuciada por ocupación indebida (TC 4 de julio de 1991, *Association Maison des jeunes et de la culture Boris Vian*), la ocupación y mudanza de un inmueble sin requisa previa (TC 17 de marzo de 1949, *Époux Léonard-Defraiteur*), desocupación de una tumba (CE 10 de octubre de 1969, *Muselier*), el cierre de un local construyendo un muro en la puerta (CE 11 de marzo de 1998, *Mme Auger*).

c) Atentados a la libertad.

Tanto el Tribunal de Conflictos como el Consejo de Estado han aplicado la vía de hecho en relación con los atentados a la libertad individual y a la propiedad cometidos por la Administración, que les hacen perder su naturaleza administrativa, encomendando su conocimiento a la jurisdicción judicial. La doctrina de la vía de hecho la consagró el Tribunal de Conflictos en la resolu-

1523. TC 19 de enero de 2004, *Société CLPK Aircraft Funding*.

1524. AUCOC, M. L., *Des recours...*, cit., pp. 11 y 51. Conclusiones de AUCOC como comisario del Gobierno en CE 1866, *Hamilton*, y 9 de mayo de 1867, *d'Aumale*.

1525. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 47-52.

ción de 4 de julio de 1934, *Curé de Réalmont* contra la orden de un alcalde de retirar la reja de una iglesia sin la previa desafección. El más significativo y referencia de la institución fue el caso TC 8 de abril de 1935, *Action Française*¹⁵²⁶, que afectó a la libertad de expresión por el secuestro del periódico por el prefecto de policía, que se consideró una medida desproporcionada.

El Tribunal de Conflictos remitió a la valoración de los Tribunales la consideración sobre la existencia y condiciones de la vía de hecho (TC 17 de febrero de 1947, *Perrin*), así como la legalidad de la ejecución forzosa (TC 12 de mayo de 1949, *Dumont*). En resolución de 4 de julio de 1991, *Association Boris-Vian*, perfiló las condiciones concurrentes en una actuación administrativa que constituiría vía de hecho: atentado grave al derecho de propiedad o a una libertad fundamental (prensa, asociación, etcétera), que es independiente de la legalidad del acto, de modo que la ilegalidad no constituye en sí misma una vía de hecho; ni la incompetencia de la Administración la implica necesariamente. En TC 4 de junio de 1940, *Schneider*, calificó de vía de hecho la adopción de una medida imposible de vincular al ejercicio del poder administrativo. En TC 19 de enero de 2004, *Société CLPK Aircraft Funding*, entendió por tal la existencia de una decisión que no puede justificarse en una competencia administrativa.

Dentro del supuesto de vía de hecho por atentado a los derechos se sitúan las medidas contra la libertad de expresión por el secuestro de un periódico (TC 8 de abril de 1935, *Action Française*), atentado a la libertad de cultos (TC 4 de julio de 1934, *Curé de Réalmont*), a la libertad de correspondencia por su retención (TC 10 de diciembre de 1956, *Randon*), a la libertad de movimientos (CE 18 de noviembre de 1949, *Carlier*; 9 de junio de 1986, *Eucat*), al derecho a entrar y salida del territorio (CE 4 de mayo de 1988, *Jacques Plante*), a la inviolabilidad del domicilio (CE 13 de julio de 1966, *Guigon*); a una libertad pública (CE 18 de noviembre de 1949, *Carlier*; 8 de abril de 1961, *Klein*), como la de asociación (TCass. 24 de octubre de 1977, *Commune de Bou-Guenais*); a los derechos de los concesionarios de sepulturas (TC 25 de noviembre de 1963, *Commune de Saint-Just-Chaleyssin*). Se ha permitido al juez valorar la legalidad de reglamentos que atenten a la libertad y los derechos (TC 30 de octubre de 1947, *Barinstein*).

1526. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 222-227.

Sin embargo, no consideró vía de hecho la medida de la policía de extranjeros que prohibió un desembarco y la entrada en territorio nacional, aunque la medida fuera ilegal por su generalidad (TC 12 de mayo de 1997, *Société Baum et Co*).

La teoría de la vía de hecho, aplicada a este espacio de derechos y libertad, fue criticada por el comisario FOURNIER en CE 9 de julio de 1965, *Voskresensky* por entender que el artículo 136 del Código de procedimiento penal reconoce la competencia judicial exclusiva en materia de atentados a la libertad individual, a la seguridad personal y a la inviolabilidad de domicilio, sin necesidad de invocar la vía de hecho.

d) Atentados a la propiedad.

En CE 18 de noviembre de 1949, *Carlier*, se consideró vía de hecho el secuestro del carrete de una máquina fotográfica de propiedad particular a quien había realizado fotografías sin autorización, extremo este último que era una infracción administrativa, pero que no amparaba la pérdida de la propiedad. Entre los daños a la propiedad se ha considerado vía de hecho el depósito y destrucción de un vehículo mal aparcado (TC 4 de noviembre de 1991, *M. B.*).

1.4.2. Límites establecidos por textos especiales

Los textos legales también realizan la atribución de la competencia al juez judicial, porque con carácter general había sido reconocido como facultad legislativa (CE 20 de junio de 1861, *Moret*; 23 de enero de 1953, *Avril*; 16 de marzo de 1956, *Garnett*). Conforme al artículo 34 de la Constitución de 1958 corresponde a la ley fijar las reglas sobre las garantías fundamentales de los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas, y “sólo al legislador compete fijar los límites de la competencia de las jurisdicciones del orden administrativo y judicial” (CE 30 de mayo de 1962, *Association nationale de la meneurie*; TC 2 de marzo de 1970, *Soc. Duvoir*). Son muy numerosos los supuestos de atribución de la competencia al orden judicial directamente por el legislador.

A) *Materias reservadas por su naturaleza a la jurisdicción judicial*

El artículo 66 CF considera a la jurisdicción judicial “guardiana de la libertad individual”, atribuyéndole el conocimiento de las materias referidas a

las personas y su libertad, su propiedad y la libertad contractual. Sin embargo, aunque pueda existir alguna correlación, ha sido el legislador quien ha realizado la atribución.

a) El estado de las personas.

Afecta a las cuestiones sobre el estatuto personal y familiar, la capacidad y la nacionalidad. El Código Civil encomienda a los tribunales civiles conocer de las acciones sobre la filiación (art. 311-5) y de las reclamaciones sobre el estado de las personas (art. 326), con la única excepción del cambio de nombre (CE 10 de julio de 1925, *Consorts Levozou*; 29 de febrero de 1938, *Petibout*).

El Código de la nacionalidad atribuye a la jurisdicción civil en exclusiva la competencia sobre las cuestiones de nacionalidad de modo aislado o con ocasión de un recurso por exceso de poder contra un acto administrativo (art. 124). El Consejo de Estado en el *arrêt Godek* de 4 de febrero de 1966 se pronunció sobre la pérdida de la nacionalidad francesa con base en el artículo 96 del citado Código, afirmando que era de la exclusiva competencia de la jurisdicción civil, sin que se pudiera pronunciar sobre la decisión administrativa hasta que aquella resolviese la cuestión prejudicial (CE 4 de julio de 1980, *Zemma*).

b) Los derechos individuales.

El artículo 66 de la Constitución de 4 de octubre de 1958 prohíbe en su apartado 1 la detención arbitraria y en el 2 dispone: “La autoridad judicial, guardiana de la libertad individual, asegura el respeto de este principio en las condiciones previstas por la ley”. Por su parte, el artículo 138 del Código de procedimiento penal había encomendado exclusivamente al orden judicial el conocimiento de los atentados a la libertad individual. Con base en este precepto el Consejo Constitucional ha reconocido al juez judicial la competencia sobre medidas privativas, pero sin una competencia general que impidiese la propia de la Administración (CC 89-260 DC 28 de julio de 1989)¹⁵²⁷.

Respecto a los tratados internacionales, el artículo 55 de la Constitución les reconoce “desde su publicación una autoridad superior a la de las leyes

1527. En CC 87-229 de 23 de julio de 1987 reconoció la competencia administrativa para anular o reformar una decisión de la autoridad administrativa en ejercicio de las prerrogativas del poder público.

con la reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”. Precepto muy importante en la materia por existir Tratados, sobre todo en el ámbito europeo, como la Convención Europea de Derechos Humanos. Su artículos 3, 5 y 8 aportan medidas directamente aplicables por todas las jurisdicciones nacionales como la referida a la resolución de los litigios en un plazo razonable (CEDH 26 de agosto de 1994, *Karakaya c. Francia*; 26 de octubre de 2000, *Kulda c. Polonia*. CE 28 de junio de 2002, *Garde des sceaux*) y la imparcialidad de la justicia (CEDH 7 de junio de 2001, *Krees c. Francia*).

Los atentados a los derechos y libertades que protagoniza la Administración han sido considerados vía de hecho y competencia de la jurisdicción judicial. El TC 30 de octubre de 1947, *Barinstein*, reconoció la competencia judicial sobre la legalidad de un decreto que atentaba gravemente a la inviolabilidad del domicilio privado y a la libertad individual, así como al respeto del derecho de propiedad (CC 89-261 DC de 28 de julio de 1989).

En las conclusiones del Comisario del Gobierno FOURNIER en CE 9 de julio de 1965, *Voskresensky*, afirmó la competencia de la jurisdicción judicial en relación con la violación de las medidas de protección de la libertad individual sobre pesquisas, mandatos y detención preventiva y “en todos los casos de atentado a la libertad individual, el conflicto no puede ser remitido jamás a la autoridad administrativa, y los tribunales del orden judicial son siempre los exclusivamente competentes”¹⁵²⁸.

Compete a la jurisdicción judicial el conocimiento de la responsabilidad de los perjuicios causados a los derechos individuales de los particulares por las operaciones administrativas (TC 16 de noviembre de 1964, *Clément*; CE 9 de julio de 1965, *Voskresensky*; 11 de enero de 1978, *Dame veuve Audin*).

c) Propiedad inmobiliaria: *théorie de l'emprise*.

La expansión de esta jurisdicción se realizó con el título de “protectora de la propiedad privada” respecto a los atentados que protagonizaba la Administración por la desposesión irregular de una propiedad inmobiliaria, que no existe si la actividad administrativa “no penetra en la propiedad, no implica un atentado desde fuera” según las conclusiones del comisario ROMIEU (TC

1528. Recogidas en *AJDA* 1965, p. 603.

24 de diciembre de 1904, *Consorts Montlaur*; 22 de diciembre de 1930, *Union Villeneuvevoise de conserves*). Supone una “usurpación, una ocupación de la propiedad privada”¹⁵²⁹, que no afecta a la propiedad mobiliaria ni a los derechos reales como las servidumbres (TC 14 de noviembre de 1938, *Baudéan*; 6 de julio de 1981, *Jacquot*; 26 de octubre de 1981, *Syndicat des copropriétaires de l’immeuble Armenonvielle*).

Se encuentra en tal situación la delimitación abusiva del dominio público a costa del privado (TC 11 de enero de 1873, *Paris-Labrosse*), la ocupación considerada como expropiación indirecta (TC 13 de febrero de 1875, *Badin*), la desposesión derivada de una delimitación irregular del dominio público (CE 5 de junio de 1956, *Époux Matrat*), de una expropiación (CE 4 de enero de 1956, *Société Stella immobilière*), de una requisita de alojamiento (CE 19 de noviembre de 1969, *Dame Haltedevaux*), de la circulación de camiones de la Administración por una propiedad privada (CE 8 de febrero de 1956, *Chenerilles*), del derribo de árboles (CE 10 de julio de 1957, *Clertaux*) o unas obras de canalización en el subsuelo de un camino privado (TC 17 de octubre de 1966, *Époux Lebas-Quéru*).

Para determinar la responsabilidad y la jurisdicción competente cuando la actividad administrativa atenta a la propiedad inmobiliaria, la jurisprudencia ha venido invocando la expropiación indirecta o de hecho¹⁵³⁰ y la *théorie de l’emprise*, que implica una lesión de la propiedad inmobiliaria: “desde que la Administración pone su mano en una propiedad inmobiliaria, que se produce una ocupación regular o irregular, entrañe o no una desposesión, los tribunales judiciales tienen competencia para fijar la indemnización (TC 12 de noviembre de 1881, *Pezet*).

Según el Consejo Constitucional en los atentados a la propiedad inmobiliaria la competencia es judicial (CC 89-256 de 25 de julio de 1989). En las conclusiones del Comisario BRAIBANT, se invocó la *théorie de l’emprise* (lesión a la propiedad inmobiliaria), para atribuir a la jurisdicción civil la competencia sobre los daños y perjuicios causados por una expropiación irregular. Distinguió entre la competencia de la jurisdicción administrativa “para conocer del

1529. AUBY, J. M.-DRAGO, R., *Traité.*, cit., I., p. 666.

1530. Esta teoría fue abandonada por el Tribunal de casación civil en resolución de 6 de enero de 1994, *Consorts Baudon*.

contencioso de anulación, incluso en el caso de la vía de hecho” y “el contencioso de indemnización en el que existen muchas hipótesis”:

- Si el acto de desposesión de la propiedad privada no está amparado en alguna norma, constituye una vía de hecho, que corresponde a la competencia judicial.
- Si está fundado en un texto que atribuye la competencia a los tribunales judiciales para el contencioso de la indemnización, se extiende por asimilación a la ilegalidad del acto. Sería ilógico que esta ilegalidad permitiera que la Administración escapara del juez que la ley ha designado para la desposesión regular. Esta regla se ha aplicado a la expropiación por la decisión del Tribunal de Conflictos de 17 de marzo de 1949, *Société Hotel du Vieux Beffroi*¹⁵³¹, conforme a las leyes de 1887 y 1938 y la ordenanza de 1945, que encomendaron a los tribunales judiciales fijar la indemnización en caso de expropiación regular. Cuando la jurisdicción administrativa es competente por atribución legal para resolver los litigios sobre expropiaciones regulares, el contencioso sobre la indemnización se reparte entre ambos órdenes.
- Si el acto de desposesión es legal, compete a la jurisdicción administrativa (CE 29 de abril de 1949, *Consorts Dastrevigne*). Pero si no lo es corresponde a la judicial¹⁵³².
- Si la ley no indica la jurisdicción competente para decidir sobre la indemnización sostuvo la competencia de la ordinaria¹⁵³³. La eficacia de la *emprise* se halla en la fijación judicial de la indemnización por daños derivados de la desposesión y de los perjuicios accesorios causados por la actuación culpable de la Administración (TC 17 de marzo de 1949, *Société de l’Hôtel du Vieux Beffroi*).

1531. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 305-312.

1532. En materia de obras públicas, TC 12 de mayo de 1949, *Demoiselle Pradines*. Por ocupación sin autorización (TC 16 de noviembre de 1901, *Olivier et Zimmermann*) o con autorización ilegal (TC 10 de mayo de 1924, *Tabary*; 16 de noviembre de 1918, *Ravier et Robinet*; 25 de marzo de 1953, *Consorts Vallé*). Se aplica la misma distinción en relación con las obras realizadas en un edificio en ruina (TC 19 de marzo de 1905, *Consorts Maudière*; 8 de julio de 1960, *Consorts Chevallier*).

1533. Conclusiones de los Comisarios del Gobierno en TC 24 de diciembre de 1904, *Consorts Montlaur*, 30 de junio de 1949, *Nogier*; CE 11 de enero de 1952, *Régnier*. Se excluirían los daños particulares derivados de las faltas separables del acto de desposesión (TC 12 de febrero de 1953, *Joyaux*, CE 27 de noviembre de 1953, *De Panisse-Passis*).

Terminó el Comisario BRAIBANT destacando que la concepción extensiva de la *théorie de l'emprise* estaba siendo variada por la jurisprudencia tendente a concentrar en sede administrativa los conflictos, cuando no existe una atribución legal expresa a la judicial (CE 5 de octubre de 1960, *Compagnie d'Assurances Générales*). Se ha impuesto la interpretación restrictiva (CE 15 de febrero de 1961, *Werquin*). Además, el juez judicial no es competente para conocer la irregularidad que está en la base de la acción en que consiste la *emprise*, cuestión prejudicial que compete al juez administrativo (TC 14 de noviembre de 1938, *Baudéan*; 17 de marzo de 1949, *Société Hôtel du Vieux Beffroi*; 30 de junio de 1949, *Nogier*).

d) Propiedad industrial.

Las cuestiones sobre la propiedad industrial y las decisiones del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial se atribuyeron a la jurisdicción judicial por la Ley de 2 de enero de 1968.

e) Contratos civiles y comerciales.

Es antiguo el reconocimiento de la competencia judicial en relación con los contratos de la Administración sobre arrendamientos de inmuebles (TC 11 de enero de 1873, *Péju*; CE 30 de abril de 1875, *Société de deux cirques*), como se ha expuesto anteriormente. También el comisario DAVID expuso en el *arrêt Blanc* que un contrato con un fin de servicio público era de Derecho privado y estaba sometido a la jurisdicción judicial, sin embargo el pronunciamiento del Tribunal de Conflictos fue favorable a la competencia administrativa y al régimen de Derecho administrativo, sobre la responsabilidad de los agentes públicos.

La jurisdicción judicial conoce de los contratos privados de la Administración de los que no puede conocer la administrativa (CE 22 de octubre de 1965, *Société La Langouste*), aunque fuera con relación a un litigio que le compete (CE 4 de marzo de 1960, *Société Le Peignage*).

También se atribuyeron a la competencia judicial las decisiones del Consejo de la competencia (Ley 6 de julio de 1987), del mercado a plazo (Ley 31 de diciembre de 1987), del Consejo de bolsas de valores (Ley 22 de enero de 1988) y del Consejo de operaciones de las bolsas (Ley de 2 de agosto de 1989).

f) Materia penal.

En materia penal, la Ley de 7 de febrero de 1933 modificó el artículo 112 del Código de instrucción criminal y declaró que “los tribunales del or-

den judicial son siempre exclusivamente competentes en toda instancia civil fundada sobre hechos que sean constitutivos de las infracciones previstas por los artículos 114 á 122 y 184 del Código Penal”, relativos a los atentados a la libertad individual por las decisiones administrativas arbitrarias. Así lo recogió el artículo 136 del Código de procedimiento penal de 1957, que atribuyó a los tribunales judiciales la competencia exclusiva “en toda instancia civil fundada sobre los hechos que sean constitutivos de las infracciones previstas por los artículos 114 á 122 y 184 del Código Penal”¹⁵³⁴.

El artículo 11-5 del Código de 1994 reconoce que “las jurisdicciones penales son competentes para interpretar los actos administrativos reglamentarios o individuales y para apreciar su legalidad cuando dependa de este examen la solución del proceso penal que se les ha encomendado”¹⁵³⁵.

B) *Contencioso judicial en materia de responsabilidad*

Como se ha expuesto en relación con la responsabilidad del ejercicio de poder administrativo, existe en el Derecho francés una larga trayectoria de reconocer la competencia judicial en cuanto a la responsabilidad de la Administración.

a) Por los vehículos de la Administración.

El artículo 2 de la ley de 5 de abril de 1937 atribuyó a la jurisdicción judicial el conocimiento de las reclamaciones sobre la responsabilidad por los acciden-

1534. A pesar de ello el CE 7 de noviembre de 1947, *Alexis et Wolf*, se consideró competente por entender que una detención arbitraria era una falta del servicio público. El TC 27 de marzo de 1952, *Dame de La Murette*, lo matizó en el sentido de que el artículo 112 del Código de Instrucción criminal, convertido en el artículo 136 del Código de Procedimiento penal, debía interpretarse conforme a la división de poderes cuando se dirigía contra los funcionarios; pero cuando se planteaba contra el Estado la competencia se definía conforme a la responsabilidad del poder público, reconocida en al *arrêt Blanc*. La interpretación restrictiva del precepto procesal penal se recogió en TC 16 de noviembre de 1964, *Clément*, sobre responsabilidad por internamientos arbitrarios contra los agentes públicos o contra el Estado, pero no lo eran para valorar la legalidad ni para interpretar las decisiones administrativas, que debe remitirse al juez administrativo salvo que se trate de vía de hecho (CE 9 de julio de 1965, *Voskresensky*).

1535. TC 13 de junio de 1960, *Douieb*, consideró que en el supuesto de que los daños causados por obras públicas tuvieran su origen en una infracción penal se pueda acudir ante el juez penal o ante el administrativo, asumiendo la competencia de ambos.

tes causados por los vehículos de la Administración. La Ley 57-1424 de 31 de diciembre de 1957 sobre los accidentes de circulación de vehículos, unificó el régimen de los accidentes de circulación atribuyendo al orden judicial el conocimiento de los “daños de cualquier naturaleza causados por cualquier vehículo [...] incluso los ocasionados por causa de los vehículos que pertenecen a la Administración”, en un sentido amplio (TC 15 de octubre de 1973, *Barbou*; CE 25 de junio de 1986, *Mme Christiane Curtol*), o cuando el vehículo participa en las obras públicas (TC 14 de noviembre de 1960, *Allagnat*; 14 de noviembre de 1960, *Compagnie des bateaux à vapeur du Nord*). La única excepción son los daños causados al dominio público.

Se entendió por vehículo todo ingenio que se mueve por su propio dispositivo, incluso un ascensor o una esquiladora a gas (CE 23 de marzo de 1969, *Société Otis Pifre*), una excavadora (CE 16 de noviembre de 1992, *Epoux Girard*). Se aplicó a los efectos dañosos de las operaciones de lucha contra un incendio (CE 18 de noviembre de 1994, *Marcel Sauvi*).

b) Por el funcionamiento defectuoso del servicio público de la justicia judicial.

Se ha expuesto la competencia judicial en relación con el servicio público de la justicia judicial por error judicial, conforme al artículo 626 de la Ley de 8 de junio de 1895. La responsabilidad derivada del mal funcionamiento de la justicia les fue atribuida por la ley de 5 de julio de 1972, que ha sustituido la responsabilidad de los miembros por una más amplia del sistema judicial, exigiendo la existencia de una denegación de justicia o de una falta grave por parte de los jueces o magistrados en el ejercicio de sus funciones. Existen supuestos en leyes especiales sobre la responsabilidad por errores judiciales o medidas preventivas.

c) Por daños causados por tumultos y manifestaciones.

La responsabilidad “por tumultos” (*en cas d'émeutes*) prevista por los artículos L. 133-1 á 8 del Código municipal está atribuida al Estado a pesar de su regulación en el ámbito local, conforme a la Ley de 16 de abril de 1914, si el municipio no tiene medios de policía local ni de fuerza armada (art. 133-4). Esta asunción de la responsabilidad estatal ha abierto el camino a su conocimiento por la jurisdicción administrativa por la Ley 86-29 de 9 de enero de 1986, sobre las colectividades locales, como se ha expuesto en el capítulo anterior.

d) Por daños causados en establecimientos de enseñanza pública.

La ley de 5 de abril de 1937 sobre faltas de los miembros de la enseñanza pública atribuye a la jurisdicción judicial el conocimiento de las cuestiones sobre daños causados o sufridos por los alumnos en los establecimientos de enseñanza pública. El Consejo de Estado sostuvo que era de su competencia conocer de los “daños causados por los alumnos” (CE 4 de junio de 1937, *Lhomme*; 26 de abril de 1944, *Joudrier*) o por falta de un miembro de la enseñanza (TC 31 de marzo de 1950, *Dlle Gavillet*).

El Tribunal de Conflictos precisó que la ley de 1937 había establecido un supuesto de “responsabilidad general del Estado, a plantear ante los tribunales judiciales, en el conjunto de casos en que el daño invocado tuviera su causa en la falta de un miembro de la enseñanza”. Se demanda al Estado no a los docentes o resto de personal aun cuando exista falta personal (TC 31 de marzo de 1950, *Delle Gavillet*) y aplica el régimen general de la responsabilidad administrativa

“en el caso en que el perjuicio debe considerarse independiente del hecho del agente [...] resulta de las disposiciones de la ley de 5 de abril de 1937 que, por derogación de los principios generales que rigen la separación de la autoridad administrativa y de la autoridad judicial, la competencia de la jurisdicción civil se extiende al conjunto de los casos en que el daño invocado tiene su causa en una falta de un miembro de la enseñanza, cualquiera que sea, jurídicamente, el carácter de esta falta; las reglas normales de la competencia encuentran su ámbito en este dominio cuando el perjuicio sufrido debe ser considerado independiente del hecho del agente, sea que el daño tenga su origen en un trabajo público, sea que provenga de una falta de la organización del servicio público de la enseñanza” (CE 20 de diciembre de 1985, *Dlle Irissou*).

En CE 22 de junio de 1963, *Seguinot*, se estableció la responsabilidad del Estado por el accidente de un niño por falta de vigilancia. En CE 15 de febrero de 1999, *Epoux Martinez*, por los daños sufridos por un menor en una actividad escolar bajo la vigilancia de un monitor.

El régimen se extendió por Decreto de 22 de abril de 1960 a los centros de enseñanza privada con contrato de asociación con el Estado.

e) Daños derivados del funcionamiento de otros servicios públicos.

Son muy numerosos los supuestos de actividades con utilización de los medios públicos, en que está directamente implicada la Administración, siendo

significativas las militares. También los derivados del régimen de la Seguridad Social (ley de 12 de octubre de 1946) y los daños resultantes de actividades de los servicios postales (art. 9 del Código PTT). Los producidos en relación con el régimen de la competencia por la Ley de 6 de julio de 1987. Las decisiones de la Bolsa de valores por la Ley de 22 de enero de 1988 y las relativas a las operaciones de las bolsas por la de 2 de agosto de 1989. La ley de 3 de enero de 1977 les atribuye conocer de la indemnización a ciertas víctimas por daños corporales derivados de una infracción.

C) *Contencioso en materia fiscal y parafiscal.*

La fiscalidad es uno de los supuestos más evidentes del poder público, por lo que se ha considerado propio de la jurisdicción administrativa (CE 3 de enero de 1947, *Société Le Bour*; 10 de julio de 1956, *Société Bourgogne*).

Sin embargo, algunos textos legales han atribuido el conocimiento sobre la fiscalidad a la jurisdicción judicial. Es el caso de los artículos 1915-1918 del Código de los Impuestos que encomendó los litigios sobre imposición indirecta y los derechos de registro y timbre, o el artículo 375 del Código de Aduanas¹⁵³⁶.

En estos casos se ha reconocido al juez competente en materia fiscal la posibilidad de valorar aspectos propios del Derecho administrativo como reglamentos y actos directamente relacionados con la materia fiscal (CE 30 de agosto de 1845, *Rivalz*; 2 de abril de 1954, *Vallaey*; 26 de febrero de 1964, *Fédération des importateurs de la métallurgie*).

1.4.3. *Excepciones a la competencia judicial*

La regla general de la competencia judicial en relación con la actividad y las cuestiones de los particulares y contra ellos, decae en algunos supuestos en que se reconoce a la jurisdicción administrativa, en razón a la relación entre ambas partes. Es el caso de la responsabilidad de los agentes públicos respecto a la Administración y la de la gestión privada de los servicios públicos.

1536. AUBY, J. M.-DRAGO, R., *Traité...*, cit., I., pp. 746-747, reconocen los supuestos de distribución de competencias en materia fiscal.

Si los agentes públicos causan daños directos o indirectos de los que responde la Administración, esta puede resarcirse con cargo al sujeto causante, de cuya responsabilidad por dolo, culpa o negligencia, por falta leve o grave, deberá conocer la jurisdicción administrativa (TC 26 de mayo de 1954, *Moritz*; 22 de noviembre de 1965, *Préfet de la Seine-Maritime*. CE 28 de julio de 1951, *Laurelle*).

Por otra parte, es cada vez más frecuente la gestión privada de los servicios públicos utilizando los gestores ciertas prerrogativas públicas con relación a la prestación del servicio y a las relaciones con los usuarios, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción administrativa (CE 20 de diciembre de 1935, *Vézia*; 13 de enero de 1961, *Magnier*; 19 de diciembre de 1980, *Hechter*. TC 7 de julio de 1980, *Peschaud*). Sin embargo, algunas de sus actividades utilizan el Derecho privado y los litigios que se planteen en estos aspectos son competencia del juez judicial (CE 28 de mayo de 1952, *Choppin de Janvry*; 25 de febrero de 1959, *Hôpital-hospice de Bernay*; 28 de junio de 1965, *Dame Debord*; 13 de junio de 1979, *Mme Rieux*; TC 6 de julio de 1981, *Lebret*).

1.4.4. Valoración de la legalidad de los actos administrativos

El reconocimiento al juez judicial de competencia sobre los actos de la Administración se planteó por el Tribunal de Casación respecto a actos individuales (TCass. 24 de marzo de 1874) y a actos reglamentarios (TCass. 24 de junio de 1890). Sin embargo, se rechazó su pretensión de controlar su legalidad (TC 4 de noviembre de 1880, *Marquigny*).

La competencia de la jurisdicción civil para interpretar los actos reglamentarios como cuestión previa fue reconocida a los tribunales judiciales para “fijar el sentido, si presenta una dificultad de interpretación en el litigio”, de los actos administrativos (TC 16 de junio de 1923, *Septfonds*¹⁵³⁷). No pueden valorar la legalidad (TC 16 de noviembre de 1964, *Clément*), salvo cuando se trata de garantizar una libertad individual o el derecho de propiedad. Sin embargo, se les reconoció competencia para pronunciarse “sobre la legalidad de los actos

1537. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 175-178. MESTRE, J.-L., “Les grands arrêts...”, cit., pp. 237-238.

administrativos, incluso de carácter reglamentario, [...] y apreciar la validez de las disposiciones del decreto de 16 de enero de 1947 en razón de la naturaleza de las medidas previstas [...] y del grave atentado que suponen a la inviolabilidad del domicilio privado así como al respeto del derecho de propiedad” (TC 30 de octubre de 1947, *Barinstein*). En su resolución de 5 de julio de 1951, *Avranches et Desmarests*¹⁵³⁸, reconoció a los tribunales judiciales la capacidad para interpretar y apreciar la legalidad de los reglamentos administrativos que sirven de fundamento o se invoquen como medio de defensa, pero se lo negó respecto a los “actos administrativos no reglamentarios”. Lo reiteró el TCass. 6 de mayo de 1996, *France Telecom*.

En TC 22 de noviembre de 1951, *Demoiselle Mireur*, tras invocar las leyes de 16-24 de agosto de 1790 y de 16 fructidor del año III, entendió que era competente la jurisdicción ordinaria, porque “constituía de toda evidencia una simple vía de hecho, aunque dicha orden hubiera estado precedida de la ejecución de oficio, en las condiciones constitutivas de una vía de hecho”.

El juez penal fue estimado competente para interpretar las leyes y los reglamentos a partir del artículo 111-5 del Código Penal alcanza a “interpretar los actos administrativos reglamentarios o individuales y apreciar su legalidad, cuando de este examen dependa la solución del proceso penal del que conoce”.

También puede el juez penal valorar la legalidad de una resolución de un alcalde que no tiene por fin defender el interés general y es delictiva (Cas. Cri., 21 de diciembre de 1961, *Dame Le Roux*). Se puede hacer respecto a los contratos administrativos en relación con una actividad punible por constituir delito (Cas. Cri., 25 de septiembre de 1995, *Corolleur*), aunque la validez del contrato compete a la jurisdicción administrativa. Es competente para conocer de la legalidad de las medidas prohibitivas de un alcalde para mantener el orden (Cas. Cri. 3 de abril de 2001). Esta posibilidad de interpretar una norma, que forma parte del ordenamiento en desarrollo de la ley, se le niega respecto a los actos administrativos individuales (T. Cass. 10 de julio de 1922), salvo que se trate de un “acto claro” (TC 17 de diciembre de 1962, *Domaine de Comteville*) y conforme al artículo citado del Código Penal.

El Tribunal de Casación en sentencia de 5 de mayo de 1990 invocó las conclusiones del Comisario MATTER en CE 2 de enero de 1921, *Bac d'Eloka*,

1538. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 355-359.

afirmando que el juez civil “tiene el derecho y el deber de interpretar los actos reglamentarios, cualesquiera que sean”, con el fin de aplicar el Derecho formando parte de la legalidad general, porque “del mismo modo que el juez no puede rehusar juzgar bajo el pretexto de la oscuridad de la ley, debe determinar el sentido de un reglamento, si se plantea una dificultad de interpretación; y si rehúsa, comete una denegación de justicia”¹⁵³⁹.

2. El control del ejercicio del poder administrativo

El proceso histórico que ha perseguido la sumisión del poder y la actividad de la Administración a la Ley y la garantía de los derechos de los ciudadanos por medio del control que realiza la justicia administrativa, constituye hoy un rasgo esencial del Estado de Derecho. Pero, como se ha podido comprobar en la primera parte, no se ha producido espontáneamente, sino como consecuencia de una evolución histórica, que ha ido creando conciencia de su necesidad y técnicas para desarrollarlo, de modo que, como expresó GARCÍA DE ENTERRÍA,

“lo que comenzó presentándose como un control objetivo, realizado en el propio interés de la legalidad administrativa, ha pasado a ser, sin perjuicio de ese efecto reflejo, una técnica de garantía subjetiva de los ciudadanos, cuyos intereses vitales de cualquier carácter no pueden ser afectados por las Administraciones públicas más que en virtud de la ley, porque sólo en la Ley las sociedades occidentales admiten la prevalencia del poder público sobre esos intereses privados”¹⁵⁴⁰.

En el proceso de controlar el ejercicio del poder administrativo el Consejo de Estado, en su labor como juez, ha creado una doctrina jurisprudencial que, como se ha dicho, está en la base de la construcción del Derecho administrativo. Esta ha sido su labor más importante, sin olvidar la iniciativa legislativa de sus orígenes, que quedó reflejada, además de en numerosas leyes, en los cinco grandes códigos, aunque se debilitase hasta desaparecer a partir de la Restauración.

1539. Recogidas en *Sirey*, 1924, III, p. 41.

1540. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Administración Pública y la Ley”, *REDA*, 108, 2000.

Su doctrina fue construyendo unas reglas de Derecho que aplicó al poder administrativo, juridificando su actividad, introduciendo técnicas e instrumentos que controlasen las irregularidades administrativas, la distribución de competencias, la acomodación al procedimiento o la lesión de derechos para comprobar si el poder actuaba conforme a la legalidad. Configuró un marco jurisprudencial pretoriano, base del régimen propio de la Administración, que fue el origen del Derecho administrativo¹⁵⁴¹. HAYEK lo describió:

“la República encontró escasas ocasiones de intentar una sistemática protección de los individuos contra el poder arbitrario del ejecutivo y de hecho la situación que prevaleció en Francia durante la mayor parte del siglo XIX dio grandemente a los ‘preceptos administrativos’ la mala reputación que durante tanto tiempo han tenido en el mundo anglosajón. [...] El Conseil d’État, creado originariamente para asegurar que las intenciones de la legislatura se ejecutasen fielmente, evolucionó en tiempos modernos de tal forma que [...] da al ciudadano más protección contra la acción discrecional de las autoridades administrativas que la que aquél puede obtener en la Inglaterra contemporánea”¹⁵⁴².

2.1. Evolución histórica y papel relevante del Consejo de Estado

El control de los actos administrativos ilegales sólo podía realizarse dentro del régimen de separación entre el Poder ejecutivo y el judicial, entre la Administración y la Justicia, que había establecido la ley de 16-24 de agosto de 1790:

“Las funciones jurisdiccionales están y permanecerán separadas de las funciones administrativas: los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, interferir de cualquier modo que sea las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”.

Por otra parte, “los Tribunales no pueden interferir en el ejercicio del Poder Legislativo o suspender la ejecución de las Leyes, ni intervenir en las funcio-

1541. CHAPUS, R., *Droit administratif général*, I, Paris, Montchrestien, 1998, p. 111, plantea la legitimidad del derecho administrativo constitucional que carece del fundamento que al Consejo constitucional otorga el artículo 97 de la Constitución al imponer sus decisiones a los poderes públicos. Lo apoya en el artículo 4 del Código Civil y en la prohibición del *non liquet*. BRAIBANT, G., “Le rôle...”, *cit.*, pp. 96-99.

1542. HAYEK, F. A., *Los fundamentos de la libertad*, Madrid, Unión Editorial, 1982, pp. 270-271.

nes administrativas o citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”.

Todo ello incorporado a los artículos 4 y 5 de la Constitución de 1791, que reconocieron al Rey la capacidad de “anular los actos de los administradores contrarios a la Ley” y a los administradores de los departamentos la de “anular los actos de los subadministradores de distrito contrarios a las leyes, a las decisiones de los administradores de departamento y a las órdenes que estos les hayan transmitido”.

La separación entre los Poderes del Estado y la prohibición de que el Judicial fiscalizara a la Administración exigía articular un sistema que garantizase el control de los actos de ésta en su adecuación a la legalidad. Para solucionarlo se configuró el orden jerárquico de la justicia administrativa en la Constitución del año VIII (1799) encomendando la función revisora al Senado (art. 27) y la asesora al *Conseil d'État* (art. 52), haciendo responsables a los ministros “de la inexecución de las leyes y reglamentos de la Administración pública” y de los “actos contrarios a la Constitución, a las leyes y a los reglamentos” (art. 72). La Ley de 28 pluvioso del año VIII atribuyó el conocimiento de las impugnaciones al Consejo de Estado y a los Consejos de Prefectura, aunque la resolución final correspondía al Emperador, al Gobierno y a los Prefectos en el sistema de “justicia retenida”.

El control del ejercicio del poder administrativo hasta convertirlo en un poder subordinado al Derecho ha sido la misión del Consejo de Estado desde el periodo napoleónico¹⁵⁴³. Se redujo su función a partir de la Restauración, con críticas liberales e intentos de suprimirlo durante la Monarquía de Julio y la II República¹⁵⁴⁴. El II Imperio lo asumió y restableció su influencia, aunque privándole de las funciones de gobierno y administración activa, manteniéndolo con funciones de asesoramiento y jurisdicción para someter a Derecho al creciente poder administrativo. Aunque se aplicara el principio de justicia retenida, su actividad fue cada vez más asumida, respetada e independiente.

Ha sido la función jurisdiccional la que le ha dado el mayor prestigio, por su relevancia para conseguir el sometimiento del poder ejecutivo y la Admi-

1543. MASSOT, J., GIRARDOT, T., “Le Conseil...”, *cit.*, pp. 113-126.

1544. AUCOC, M. L., *Des recours...*, *cit.*, pp. 13-14, expone las actitudes críticas de CORMENIN, MACAREL, HENRION DE PANSEY, y el apoyo de VATOUR y VIVIEN. VIVIEN, A., *Études...*, *cit.*, pp. 121-123.

nistración al Derecho. Ha sido favorecida porque, conforme a lo dispuesto por el artículo 5 del Código civil, “está prohibido a los jueces pronunciarse por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que se les atribuyen”. Implica la imposibilidad de que al resolver un litigio dicten “resoluciones de reglamento” (*arrêts de règlement*)¹⁵⁴⁵.

El control se ha ido perfilando en torno a la adecuación a la ley, los acuerdos de voluntades y las formalidades de la actividad administrativa, porque corresponde al contencioso-administrativo conocer de

“todas las reclamaciones fundadas en la violación de las obligaciones impuestas a la Administración por las leyes y los reglamentos que la rigen o por los contratos que suscribe; así toda ley que impone una regla de decisión, puede abrir un debate contencioso si se alega que se ha invertido la competencia, inobservado o infringido la regla. Todo contrato otorgado por la Administración tiene el mismo efecto, si se discuten su sentido o ejecución. El conjunto de estos debates, considerados en masa, constituyen el contencioso de la Administración, que se compone de unos conflictos de naturaleza distinta, como se aprecia, del contencioso judicial y de la pura administración”¹⁵⁴⁶.

A pesar de los avatares históricos, el Consejo se consolidó como la institución que estableció los principios fundamentales del Derecho administrativo durante el siglo XIX: garantizar la seguridad y prestigio del poder, evitar las actuaciones ilegales que lo desacreditasen, regularizar su comportamiento adecuándolo al régimen jurídico que garantizase los derechos individuales, pero sin limitar excesivamente su capacidad, en un claro equilibrio entre poder y libertad. Además, amplió su actividad, con una importante transformación de la naturaleza de los asuntos, directamente relacionada con el incremento y extensión de la actividad administrativa derivada del incipiente capitalismo y la legislación de la Monarquía de Julio sobre caminos vecinales (ley de 11 de junio de 1842), ferrocarriles (ley de 15 de julio de 1845), obras públicas, aprovechamientos hidráulicos, imposición, establecimientos industriales peligrosos, minas, transformaciones urbanas y elecciones.

Según afirmó BRAIBANT, a partir de la decisión del *arrêt Blanc*, se dictó jurisprudencia, cumpliendo el mandato de resolver (prohibición de *non liquet*)

1545. Sentencia del Tribunal de Casación de 12 de mayo de 1965.

1546. VIVIEN, A., *Études...*, cit., pp. 126-127.

del artículo 4 del Código civil, y se asumió que se pueda suplir a la ley en caso de silencio¹⁵⁴⁷, lo que permitirá el control por el recurso de exceso de poder incluso sin norma de referencia, invocando los principios generales. Siguiendo en sus líneas generales su valoración, se distinguen en la labor jurisprudencial del Consejo de Estado las siguientes fases¹⁵⁴⁸:

- a) Desde la constitución de la República hasta la Segunda Guerra Mundial:
 - Amplia utilización y sucesiva ampliación del recurso por exceso de poder y del control de legalidad.
 - Configuración del régimen de responsabilidad objetiva del poder público, de los contratos administrativos, del dominio público y de la función pública.
 - Nuevas formas de actividad administrativa: servicio público, establecimientos públicos industriales y comerciales, gestión privada de los servicios públicos¹⁵⁴⁹.
- b) Desde la Segunda Guerra Mundial hasta final del siglo XX:
 - Desarrollo jurisprudencial sobre el control de legalidad: incorporación de los principios generales del Derecho, ampliación del campo de los recursos, irretroactividad de los actos administrativos.
 - Técnicas de control de la discrecionalidad: error en la calificación de los hechos determinantes, error manifiesto de apreciación¹⁵⁵⁰; desviación de procedimiento para fines distintos de los específicos de aquel, o de poder respecto al fin de interés general; proporcionalidad entre fines y medios¹⁵⁵¹; teoría del balance (*théorie du bilan*): para comprobar

1547. La ley 17 de julio de 1900, que creó una sección temporal del Consejo de Estado, trató de resolver el silencio de la Administración para superar la presunción de rechazo del Decreto de 2 de noviembre de 1864. Estableció en su artículo 3 el principio general de que “cuando hubiera transcurrido un plazo de más de cuatro meses sin que se haya producido decisión, las partes interesadas podrán considerar que su demanda ha sido rechazada y plantearla ante el Consejo de Estado”.

1548. BRAIBANT, G., “Le rôle...”, *cit.*, pp. 97-97.

1549. AUBY, J.-B. BRACONNIER, S., *Services publics industriels et commerciaux: questions actuelles*, París, LGDJ, 2003.

1550. CE 15 de febrero de 1961, *Lagrange*.

1551. Ha sido invocada en relación con las decisiones de expulsión de extranjeros y dentro del control máximo, por la “gravedad que implica un atentado a su vida familiar y excede lo que es necesario para la defensa del orden público” (CE 19 de abril de 1991, *Belgacem*). Se ha pasado del control mínimo (CE 3 de febrero de 1975, *Sieur Pardov*) al control máximo en los casos de urgencia (CE 15 de marzo de 1992, *Kishore*).

- la proporción razonable o irrazonable de la decisión y entre los costos para los ciudadanos y las ventajas colectivas.
- Mayor complejidad en cuanto a su ámbito material coincidiendo con el Estado social y el protagonismo del poder en la vida socio-económica, con nuevas técnicas e instituciones¹⁵⁵².
- c) Final del siglo XX y principios del siglo XXI:
- Globalización de la vida social, económica y política e internacionalización de las fuentes del Derecho y movilidad de la población¹⁵⁵³.
 - Intensificación de los instrumentos garantistas de los derechos y libertades¹⁵⁵⁴.
 - Superposición del ordenamiento comunitario sobre los nacionales, incidiendo en ámbitos administrativos como la contratación y otros, con la tecnificación de los ordenamientos jurídicos.
 - Descentralización de la organización y participación en la toma de decisiones, conforme a la “nueva gobernanza”.
 - Reforma de los instrumentos de control por la jurisdicción administrativa, reduciendo los espacios exentos y ampliando los sistemas de participación, legitimación y garantía.
 - Control de constitucionalidad.
 - Nueva consideración de los ciudadanos titulares de derechos más que administrados o usuarios de servicios, convertidos en clientes y consumidores.
 - Autoregulación y reducción del normativismo estatal¹⁵⁵⁵.

1552. BRAIBANT, G., “Du simple au complexe: quarante ans de droit administratif (1953-1999)”, *Rapport public du Conseil d’État 1993*, 45, pp. 409 y ss.

1553. AUBY, J.-B., *La globalisation, le droit et l’État*, Paris, Montchrestien, 2003. MOLLERAY, F., “L’exorbitance du droit administratif en question(s)”, *AJDA*, 37, 2003, pp. 1.961-1.964. ALLI ARANGUREN, J. C., *Derecho administrativo y globalización*, Madrid, Thomson, 2004.

1554. FOULQUIER, N., *Les droits subjectifs des administrés*, Paris, Dalloz, 2003.

1555. HABERMAS, J., *L’espace public*, Paris, Payot, 1978, p. 156: “Las sociedades industriales ven cómo se desarrollan relaciones que sólo parcialmente pueden articularse por las instituciones de Derecho privado o de Derecho público, y obligan, por el contrario, a introducir normas que se les llama Derecho social”.

2.2. Las cuestiones políticas y los actos de gobierno

Uno de los aspectos en que se manifiesta la juridificación del poder es el relativo a la existencia o no de ámbitos excluidos del Derecho, de sus controles y garantías. Espacios de libertad total del poder, que toma libremente sus decisiones, y constituyen restos del poder absolutista por no estar sujetos ni a ley ni al Derecho. Incluso tras la Revolución francesa y su profunda transformación de la realidad del poder público han existido espacios exentos. Una seña de identidad del progreso del Estado de Derecho es, precisamente, reducirlos hasta llegar a suprimirlos o, al menos, a controlarlos.

Los actos discrecionales del poder político fueron considerados durante la Revolución como uno de los instrumentos para implantar la República, dinámica de discrecionalidad autoritaria que siguió el Consulado. Cualquier reclamación que tuviera relación con ellos estaba, evidentemente, excluida del conocimiento judicial e, incluso, de la propia Administración. Ni las reclamaciones sobre las nacionalizaciones de bienes, ni lo relativo a los créditos públicos de la caja de amortizaciones, a pesar de afectar a la propiedad o los contratos, se consideraron competencia judicial (CE 7 de febrero de 1809, *Veuve Le Baigue*; CE avis de 18 de julio y 12 de agosto de 1807)¹⁵⁵⁶.

El Repertorio Dalloz de 1848 los definió como

“los actos políticos y los de alta administración, como los tratados diplomáticos, las ordenanzas o decretos necesarios para la ejecución de las leyes, los reglamentos generales de orden y de policía [...] estos actos que forman parte de la esencia misma de las atribuciones del poder ejecutivo, no son por tanto susceptibles de ninguna clase de recurso contencioso”¹⁵⁵⁷.

Consideró que carecían del carácter de actos administrativos los que “ejerce la parte de soberanía que le delega el poder legislativo”, como los tratados internacionales, el orden y la seguridad públicas, las ordenanzas y las convenciones que “son actos soberanos que tienen en cierto modo el carácter y la

1556. DUEZ, P., *Les actes de gouvernement*, Paris, Dalloz, 2006. GARRIDO CUENCA, N., *El acto de gobierno*, Barcelona, Cedecs, 1998.

1557. *Répertoire Dalloz*, II, Paris, 1848, p. 202.

autoridad de las leyes y que no son, como ellas, susceptibles de ningún recurso contencioso”¹⁵⁵⁸. Para DUFOUR

“lo que define el acto político es el fin que se propone su autor. El acto cuyo fin es defender la sociedad considerada en sí misma o personificada en el Gobierno, contra sus enemigos interiores o exteriores, declarados o no, presentes o futuros, este es el acto de gobierno o la medida de alta policía. [...] Su fuerza está en la autoridad de la que está investido como soberano, y su freno no puede estar más que en la responsabilidad gubernamental. Los ciudadanos no tienen otra protección que buscar las garantías constitucionales”¹⁵⁵⁹.

2.2.1. *Los bienes nacionales*

El origen y régimen de los bienes nacionales los valoró el Consejo de Estado como una decisión de gran contenido político, aunque con alcance puramente administrativo, por lo que declaró que la competencia no era judicial sino administrativa, porque

“importa establecer bien los principios en esta materia, y dar a los adquirentes de los bienes nacionales toda la protección de las leyes, sin dejarlos expuestos, por el mismo hecho de su adquisición, a discusiones judiciales a menudo largas y ruinosas” (CE 5 fructidor del año IX, *Benoit*).

El Consejo los calificó de “transacciones revolucionarias” (CE 25 de enero de 1807, *Merland*; 16 de marzo de 1807, *Michaud*; 18 de septiembre de 1813, *Duc d’Otrante*), y lo relativo a los precios de venta repercutían en el Tesoro público (CE 17 de marzo de 1801, *Régie des domaines et de l’enregistrement*)¹⁵⁶⁰.

La Carta otorgada de 4 de junio de 1814 de la Restauración convirtió en un principio constitucional el de irrevocabilidad de la venta de bienes nacionales (art. 9), confirmando el carácter de acto político de su origen y la competencia administrativa de las cuestiones sobre su régimen y gestión. En este periodo de retroceso de la competencia del Consejo de Estado en beneficio de la judicial, el Tribunal de casación decidió el 25 de marzo de 1825, *Dassonvilles*, que

1558. *Répertoire Dalloz*, X, Paris, 1848, p. 438.

1559. DUFOUR, G., *Traité général de droit administratif appliqué*, IV, Paris, 1855, p. 599.

1560. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 66-68.

en una cuestión sobre la adjudicación de la propiedad correspondía decidir al juez en la cuestión de fondo, sin incurrir en exceso de poder ni en violación de la prohibición de intervenir de las leyes 16-24 de agosto de 1790 y 16 fructidor del año III. Además, consideró que la ley de 28 pluvioso del año VIII era anticonstitucional por violar el artículo 9 de la Carta, que no reconocía diferencias entre las propiedades ordinarias y las procedentes de la venta de bienes nacionales, por lo que no cabía establecer que una jurisdicción distinta conociera respecto a bienes que tenían la misma consideración, cuando era la jurisdicción ordinaria la competente en las cuestiones de propiedad (Civ. 26 de diciembre de 1825, *Martín et le préfet de Seine-Inférieure*). Esta atribución de la competencia a los tribunales ordinarios supuso una reducción de la consideración de acto administrativo y del ámbito de la competencia de la jurisdicción administrativa, como también ocurrió en relación con los emigrados¹⁵⁶¹.

2.2.2. Emigrados

La cuestión de los emigrados, de la privación y confiscación de sus derechos y propiedades, de sus actividades antirrevolucionarias, amnistía, etcétera, era de un profundo significado político, porque todas estas medidas obedecían a decisiones tomadas durante la Revolución contra sus opositores por motivos políticos.

El Directorio encomendó a la jurisdicción administrativa conocer de los recursos sobre las listas de emigrados (leyes de 28 de marzo de 1793 y 15 de noviembre de 1794) y la expedición de certificados de civismo (ley de 20 de septiembre de 1794). Así se manifestó el Consejo de Estado en relación con las cuestiones relativas a estas personas (CE 11 de mayo de 1897, *Demoiselle Pécon*; 20 de diciembre de 1812, *Héritiers de Castellane*).

Sin embargo, durante la Restauración, el Consejo de Estado (CE 22 de diciembre de 1819, *De Lavauguyon*) hizo suya la opinión del Ministro de Justicia, que lo consideró de “derecho común”, con un alcance limitado de la jurisdicción administrativa:

“el principio de que la Administración debe determinar en exclusiva el sentido y el efecto de sus actos administrativos no se fundamenta en ley alguna, está desmen-

1561. BIGOT, G., *L'autorité...*, cit., pp. 131-132.

tido por la práctica usual, conduciría a consecuencias desastrosas, porque la Administración adquiriría, o podría adquirir, por ello una jurisdicción universal”¹⁵⁶².

2.2.3. *El móvil de los actos políticos*

En el periodo de la Restauración, lo mismo que en el I Imperio, el Consejo siguió aplicando la doctrina del “móvil político” que reconocía al Ejecutivo libertad en las decisiones consideradas cuestiones políticas “cuya decisión corresponde exclusivamente al Gobierno”, amparándose en la ley de 12 de enero de 1816, “acto de suprema política”, porque fue dictada

“para determinadas personas y dentro del ámbito puramente gubernamental [...] la situación política de esta familia [Bonaparte] y los acontecimientos desastrosos de la época dan la explicación de la ley y de la ordenanza de 16 de julio de 1815, que no puede juzgarse por las reglas ordinarias del derecho administrativo, y contra la cual no cabe la oposición por la vía contenciosa” (CE 1 de mayo de 1822, *Laffitte*)¹⁵⁶³.

Se consideraron actos políticos: la interpretación y ejecución de las convenciones diplomáticas (CE 17 de junio de 1820, *Corsaire Le Chasseur*; 22 de enero de 1822, *Fain*; 2 de julio de 1823, *d’Etchegoyen*; 23 de julio de 1823, *Veuve Joachim Murat*; 22 de noviembre de 1926, *Hambrón*); las decisiones sobre operaciones militares (27 de diciembre de 1820, *Andrial*; 1 de marzo de 1826, *Witali*), los actos de la “alta administración” (reglamentos, ordenanzas de naturaleza reglamentaria) y las autorizaciones para el juicio ordinario de agentes del gobierno y de policía.

Durante la Monarquía de Julio se continuó manteniendo la inmunidad jurisdiccional de las decisiones políticas o de gobierno como los “hechos de guerra” (CE 13 de mayo de 1836, *Palangat*; 6 de diciembre de 1836, *Coën Bacri*; 30 de agosto de 1842, *Roux*; 5 de septiembre de 1843, *Negroni*) y la interpretación de las convenciones diplomáticas (CE 7 de febrero de 1843, *Valette*; 5 de enero de 1847, *Courson*)¹⁵⁶⁴.

1562. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 90.

1563. MESTRE, J.-L., “Les grands arrêts...”, cit., p. 232.

1564. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 187-188.

La teoría de los “actos de gobierno”, amparados en el móvil político, se utilizó para inadmitir las demandas de la familia de Bonaparte contra “actos del gobierno con un carácter esencialmente político”, que los excluía del control judicial. Todos ellos se dictaron conforme a las estipulaciones del Tratado de Fontainebleau de 11 de abril de 1814 sobre abdicación del Emperador (CE 22 de agosto de 1839, *Héritiers Napoléon*), y en la ley de 12 de enero de 1816 sobre la confiscación de sus bienes (CE 5 de diciembre de 1838, *Famille Napoléon*, y 22 de agosto de 1844, *Prince Louis Napoléon*).

En la II República el artículo 47 de la ley de 3 de marzo de 1849 atribuyó al ministro de Justicia la posibilidad de plantear ante la sección contenciosa del Tribunal de Conflictos cuestiones que no correspondieran al contencioso-administrativo. Estas fueron los actos del Ejecutivo considerados políticos como los relativos a “hechos de guerra” (CE 18 de enero de 1851, *Despuy*), convenciones diplomáticas (CE 1 de febrero de 1851, *Lucas*) y asuntos de la familia Bonaparte (CE 6 de mayo de 1848, *Héritiers Borghese*).

El proceso de juridificación que dirigió el Consejo de Estado durante el II Imperio llevó a justificar las decisiones en las teorías de los “actos de gobierno” y “de los motivos políticos”, en las “circunstancias excepcionales”¹⁵⁶⁵, en la discrecionalidad de la autoridad militar, en el estado de sitio (ley de 9 de agosto de 1849), o en la cualidad de las personas afectadas, como los miembros de las familias imperial y real derrocadas. Este había sido el caso de las familias Bonaparte y Orleans respecto al decreto de 22 de enero de 1852 sobre reintegro al dominio del Estado de inmuebles (CE 18 de junio de 1852, *Famille d’Orléans*): “el decreto de 22 de enero de 1852 es un acto político y de gobierno cuya ejecución y efectos no pueden someterse a la apreciación de la autoridad judicial”. También lo era una medida de policía que afectó a los derechos de un miembro de esta última (CE 9 de mayo de 1867, *Duc d’Aumale et Michel Levy*) a propósito de la edición de un libro y su secuestro, declarando que “estas medidas son actos políticos cuya naturaleza nos impide conocerlos por exceso de poder en el contencioso del Consejo de Estado”¹⁵⁶⁶.

1565. La “teoría de las circunstancias excepcionales” se ha expuesto en relación con el principio de legalidad.

1566. MESTRE, J.-L., “Les grands arrêts...”, *cit.*, pp. 232-233.

El Consejo utilizó una terminología imprecisa: “actos de soberanía”, “medidas de gobierno adoptadas por el interés general”, “cuestiones de gobierno”, “actos políticos y de gobierno”, “medidas de alta policía”. Se ampliaron a las iniciativas legislativas del gobierno (CE 13 de marzo de 1853, *Prince de Wagram*), reglamentos de policía económica (CE 26 de febrero de 1857, *Cohen*, y 29 de diciembre de 1859, *Rispa*), hechos de guerra no indemnizables (CE 6 de julio de 1854, *Bacri*; 18 de agosto de 1857, *Calliga*; 30 de marzo de 1867, *Fusco*), medidas del estado de sitio (CE 5 de enero de 1855, *Boulé*; 10 de enero de 1856, *Dautreville*), colación de títulos de nobleza (CE 28 de marzo de 1866, *Montmorency*) o interpretación de tratados (CE 11 de noviembre de 1869, *Jecker*). Incluso no asumió el control de decisiones cuando se pudiera perjudicar inútilmente a los servicios públicos (CE 6 de mayo de 1867, *Stackler*), o cuando consideró que se podía afectar gravemente a la seguridad general y el orden constitucional¹⁵⁶⁷. En estos casos excepcionales prevaleció la valoración de la naturaleza gubernamental y no administrativa de las decisiones del Ejecutivo.

También en este ámbito el Consejo de Estado realizó un progreso en el control. Estableció un cierto límite al tratar como actos de pura administración decisiones que pudiera haber incorporado a la excepción política, como los de alta policía sobre expulsión de extranjeros (CE 8 de diciembre de 1853, *de Solms*; 22 de enero de 1867, *Radzwill*) y policía de prensa (CE 14 de agosto de 1865, *Courrier du Dimanche*; 31 de mayo de 1866, *Gazette de France*; 10 de agosto de 1866, *La Presse*)¹⁵⁶⁸.

En la III República se partió de que, conforme al artículo 9 de la Ley de 1872, sólo cabían recursos en materia administrativa sobre los “actos de las diversas autoridades administrativas” por exceso de poder, lo que excluía los actos del gobierno de carácter político. Para determinarlo se abandonó la teoría del “móvil político”, utilizada en los asuntos *Prince d’Orléans* y *Duc d’Aumale*, cuando se volvió a plantear la cuestión de los actos de gobierno en el *arrêt Prince Napoléon* de 19 de febrero de 1875, con la pretensión de excluir del control jurisdiccional algunos actos ministeriales por su contenido político¹⁵⁶⁹. En este caso el demandante pretendió su incorporación con el grado de general de

1567. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 188-191.

1568. MESTRE, J.-L., “Les grands arrêts...”, cit., p. 233.

1569. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 223-226. REDOR, M.-J., *De l’Etat legal...*, cit., pp. 208-214.

división en el *Annuaire militaire*. Frente a los motivos de “altas consideraciones políticas” aducidos por el ministro para rechazarla, el Consejo, continuando una doctrina iniciada durante el II Imperio, entendió que

“la calificación de un acto como acto de gobierno no puede dejarse a la voluntad arbitraria del gobierno. [...] es necesario que se refiera directamente a uno de los objetos por los que los poderes generales han sido confiados al Gobierno por la ley, la constitución, la ley sobre el estado de sitio y las leyes excepcionales que otorgan poderes al Gobierno para defenderse contra los ataques que le pudieran dirigir los príncipes pertenecientes a las familias que reinaron en Francia [...] pero fuera de esta reserva los príncipes de la familia Bonaparte han conservado en su integridad los derechos individuales que pueden tener a título particular, pudiendo salvaguardarlos con las mismas garantías que los restantes ciudadanos ante las jurisdicciones competentes”¹⁵⁷⁰.

Supuso que “la justicia delegada no admitía que la naturaleza u objeto político de una decisión le permitiera escapar del control contencioso”.

El Consejo de Estado abandonó la teoría subjetiva del móvil político buscando objetivar el contenido del acto político o de gobierno en su adecuación al derecho. De este modo se redujo la lista de los actos de gobierno

“porque la exigencia de legalidad que implica el desarrollo del recurso por exceso de poder llevó a calificar de actos administrativos sometidos al control de legalidad las decisiones que hasta aquí manifestaban poderes discrecionales. [...] Todo acto adoptado en aplicación de la ley era un acto administrativo susceptible de un recuso por exceso de poder ante el Consejo, de modo que la lista de los actos de gobierno sufrió una importante reducción”¹⁵⁷¹.

Superada la teoría del móvil político, el Tribunal de conflictos consideró simples actos administrativos los dictados en ejecución de los decretos de 1880 sobre congregaciones religiosas (TC 5 de noviembre de 1880, *Marquigny*), porque

“tal pretensión choca con nuestras ideas. Nos negamos a admitir que la naturaleza de un acto depende de la intención con la que se ha hecho. [...] dejar que los ven-

1570. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 14-21.

1571. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 202.

cedores de un día tuvieran el derecho de satisfacer en detrimento de sus anteriores adversarios todos sus odios y rencores sería el más funesto regalo a hacer por vía de jurisprudencia a nuestros gobiernos futuros [...] Por eso la anterior jurisprudencia ha sido abandonada”.

La aplicó en relación con la ley de 22 de mayo de 1887 sobre las familias que habían reinado en Francia (CE 20 de mayo de 1887, *Duc d'Aumale*), y al secuestro de documentos ordenado por los prefectos que

“no pueden considerarse como actos de alta policía y de gobierno [...] no podrían imprimir al acto de secuestro de los ejemplares el carácter de actos administrativos o de gobierno, pues la orden de secuestro no cambia de naturaleza por el hecho de que haya sido ordenada por el Ministro del Interior con un fin político (TC 25 de marzo de 1889, *Dufeuille, Usanza, Joris et Michau, Lafrenay*).

A pesar de la tendencia a la reducción de los supuestos, el Consejo de Estado siguió considerando actos políticos los relativos a la ejecución e interpretación de acuerdos internacionales o a la protección de los nacionales franceses en el extranjero (CE 14 de marzo de 1873, *Goulet*; 8 de diciembre de 1882, *Laffon*; 18 de diciembre de 1891, *Vandelet et Faraut*), los “hechos de guerra” (CE de 9 de mayo de 1873, *Petsy-Rémond*), los decretos de gracia del Presidente (30 de junio de 1893, *Gugel*) y las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento (CE 17 de febrero de 1888, *Prévost*; 13 de noviembre de 1996, *Jacquot*).

Sobre los decretos de gracia el Consejo de Estado introdujo un matiz en su resolución de 28 de marzo de 1947, *Gombert*, al considerar que escapaban del control del juez administrativo, porque se vinculaban a la actividad judicial y no a los actos de gobierno

“las decisiones que el Jefe del Estado está llamado a adoptar en el ejercicio del derecho de gracia, del que depende la ejecución de penas impuestas por el juez judicial, no pueden verse como actos emanados de una autoridad administrativa”.

Los reglamentos fueron considerados de naturaleza normativa, distinta a la de los actos administrativos, lo que impedía extenderles el recurso por exceso de poder (CE 1 de abril de 1892, *Commune de Montreuil*; 8 de julio de 1892, *Ville de Chartres*; 16 de noviembre de 1894, *Conseil general de la Nouvelle-Calédonie*). Esta doctrina fue abandonada en la resolución de 6 de diciembre de

1907, *Cie des chemins de fer de l'Est*¹⁵⁷², en un momento de constante remisión del legislador a los reglamentos, sustituyendo la falta de control político por el control jurisdiccional, de modo que “el respeto debido a la legalidad ganó así las más altas esferas del ejecutivo, lo que sólo podía contribuir a la construcción del Estado de Derecho”. El recurso por exceso de poder se extendió a los Decretos-leyes en tanto no estuvieran ratificados por el poder legislativo (CE 3 de agosto de 1918, *Chargeurs d'Extrême-orient*)¹⁵⁷³.

A partir de la doctrina del Consejo de Estado, AUCOC expuso que la jurisdicción administrativa tenía un límite, porque sólo “está encargada de decidir sobre las cuestiones jurídicas que se le plantean con ocasión de los actos de la autoridad administrativa y, por consiguiente, no le corresponde pronunciarse sobre las cuestiones que promueve el ejercicio de la acción gubernamental”¹⁵⁷⁴. Al final de la III República resumió el estado de la cuestión afirmando que el Consejo de Estado había reservado “a la autoridad gubernamental propiamente dicha, principalmente los hechos de guerra y los actos relacionados con las negociaciones diplomáticas, las relaciones de Francia con los países extranjeros”. Añadió que ello no podía suponer que “los ciudadanos privados de las garantías necesarias contra los actos arbitrarios, inspirados por razones políticas que, fuera del ejercicio de poderes constitucionales del Gobierno, atentaran a su estado civil, a su libertad o a su propiedad”, haciendo posible su protección por la autoridad judicial frente a esta vía de hecho, sin afectar ni a los poderes constitucionales ni al acto de gobierno¹⁵⁷⁵.

2.2.4. *El incremento del control y la reducción de los actos exentos*

La expresión “actos políticos” la calificó DUGUIT de oscura, confusa y con distintos significados. Se aplicaba a los “actos de la autoridad administrati-

1572. CE 18 de diciembre de 2002, *Mme Duvernès*, aceptó la impugnación contenciosa de las disposiciones imperativas de carácter general de una circular.

1573. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 267-268.

1574. AUCOC, L., *Conférences...*, cit., I, p. 376. Citado por BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 150. VIRALLY, M., “L'introuvable acte de gouvernement”, en *RDP*, 1952, p. 326, expuso que el concepto de acto de gobierno no era legislativo sino una elaboración jurisprudencial.

1575. AUCOC, M. L., *Des recours...*, cit., pp. 11 y 51. Conclusiones de AUCOC como comisario del Gobierno en CE 1866, *Hamilton*, y 9 de mayo de 1867, *d'Aumale*.

va, determinados por un fin político y que, por esta razón, escapaban a todo recurso”, que planteaba el fundamento de su inadmisibilidad. Se refería a los actos de los órganos políticos como el Parlamento y el Gobierno, por lo que podían ser legislativos o administrativos. Situó en esta categoría los actos de gracia, la amnistía, la declaración de estado de sitio y los actos diplomáticos¹⁵⁷⁶. La consideró “nefasta”, debiéndose “desterrar del Derecho público la expresión que designa”, porque expresaba la pretensión de los gobernantes de “sustraer sus actos a la acción de los tribunales”¹⁵⁷⁷.

La existencia de la categoría de los actos de gobierno ha sido considerada como la manifestación de un cierto complejo de inferioridad de la jurisdicción administrativa respecto al poder político del gobierno: “es el único modo de explicar la existencia de los actos de gobierno excluidos del control jurisdiccional”¹⁵⁷⁸. También se ha negado su existencia, como lo expresó un miembro del Consejo de Estado: *la théorie des actes de gouvernement est fort simple: il n’y en a pas*¹⁵⁷⁹. Sin embargo, se trata de una teoría jurisprudencial referida a los actos adoptados por las autoridades administrativas no susceptibles de recurso ante los tribunales, excluidos, por tanto, del control de legalidad.

El paso del tiempo ha hecho cambiar profundamente esa realidad por dos ideas coincidentes. En primer lugar el progreso en la interdicción de la arbitrariedad y en el control, suprimiendo la inmunidad del poder. Actitud reforzada por los artículos 6 y 13 de la Convención europea de Derechos del Hombre, que garantizan el proceso justo y el acceso efectivo como parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Todo lo cual ha contribuido a reducir el ámbito de los actos de gobierno o actos políticos en diversos campos.

A) *Relaciones internacionales*

El Consejo de Estado ha avanzado en el control de aspectos que habían sido considerados como actos políticos o del gobierno como los relativos a las relaciones internacionales. Se partió de la incompetencia del Consejo de

1576. DUGUIT, L., *Traité...*, III, cit., pp. 685 y ss.

1577. DUGUIT, L., *Traité...*, III, cit., pp. 171 y 736.

1578. ODENT, R., *Contentieux administratif approfondi*, Cours ENA, 1951.

1579. DONNEDIEU DE VABRES, J., “La protection des droits de l’Homme par les juridictions administratives en France”, *EDCE*, 1949, p. 44.

Estado para comprobar los actos de ratificación o aprobación de los tratados internacionales que los introdujera en el ordenamiento interno (CE 29 de octubre de 1954, *Taurin et Mérienne*; 16 de noviembre de 1956, *Villa*; 3 de marzo de 1961, *Sieur André et société des tissages*; 11 de enero de 1995, *Roujansky*). A partir de la resolución del Consejo de 18 de diciembre de 1988, *SARL du parc d'activités de Blotzheim*, examina el cumplimiento de las condiciones exigidas por el artículo 55 de la Constitución y de su ratificación por ley, que supuso superar la doctrina anterior que excluía el control de la ratificación: “el argumento invocado por las sociedades recurrentes de que el decreto sería ilegal porque la aprobación del acuerdo que se publica no ha sido autorizado por la ley no es inoperante”.

También se planteó el Consejo el control de la acomodación de los tratados a la Constitución, a la que se reconoció supremacía en el orden interno con respecto a los tratados, aunque, en el caso de la Convención europea de Derechos del Hombre, el juez puede interpretarla a la luz de la Constitución y de los principios generales del derecho que se deduzcan (CE 3 de julio de 1996, *Moussa Konè*)¹⁵⁸⁰, superando la doctrina anterior que hacía prevalecer el derecho internacional en general sobre las normas internas en el ámbito de su competencia (CE 20 de octubre de 1989, *Nicolo*)¹⁵⁸¹. Según el Consejo, “la supremacía conferida a los compromisos internacionales no se aplica en el orden interno a las disposiciones de naturaleza constitucional”, porque la jerarquía de normas que establecen los artículos 54 y 55 de la Constitución la colocan como norma suprema y relegan las normas internacionales: “la supremacía atribuida a los compromisos internacionales [art. 55 de la Constitución] no

1580. Así lo reconoció el Tribunal de Casación el 24 de mayo de 1975, *Société Jacques Vabre*, y 2 de junio de 2000, *Mlle Fraïsse*. CE 6 de junio de 1997, *Aquarone*, aceptó la aplicación de las reglas consuetudinarias del Derecho internacional público, que no prevalecerán contra la ley interna en caso de conflicto, pero lo aceptó respecto a los actos administrativos. COSTA, J.-P., “La Convention européenne des droits de l’homme et la Constitution de la France”, en *Le nouveau constitutionalisme...*, cit., pp. 241-253. TAVERNIER, P., “Le Conseil constitutionnel français peut-il échapper au contrôle de la Cour européenne des droits de l’Homme?”, en *Le nouveau constitutionalisme...*, cit., pp. 255-273.

1581. Asumió la solución dada por el Tribunal de casación en su resolución de 24 de mayo de 1975 *Société cafés Jacques Vabre* de 1975 y por el Consejo constitucional en 88-1.082/1.117 de 21 de octubre de 1988, sobre las elecciones en el Val-d’Oise. RIDEAU, J., “Droit communautaire et droit administratif, la hiérarchie des normes”, *AJDA*, especial, 1996, p. 6.

se aplica, en el orden interno, a las disposiciones de naturaleza constitucional” (CE 30 de octubre de 1998, *Sarran, Levacher et autres*)¹⁵⁸².

El propio Consejo ha reconocido su competencia, sin necesidad de reenvío al Ministerio de Asuntos Exteriores, para interpretar los tratados (CE 29 de junio de 1990, *GISTI*; 24 de febrero de 1994, *Beaumartin*)¹⁵⁸³, que anteriormente consideró competencia exclusiva del Gobierno (CE 11 de junio de 1920, *Rodrigo*), lo mismo que la comprobación del cumplimiento de la reciprocidad (CE 29 de mayo de 1981, *Rekhou*). Esta reconsideración del reenvío fue planteada por la conclusiones del comisario BACHELIER en CE 18 de diciembre de 1988, *SARL du parc d'activités de Blotzheim*, a propósito del control de la regularidad de la ratificación o de la aprobación de un acuerdo internacional, conforme al artículo 55: “nos parece inevitable que os interroguéis un día sobre el mantenimiento de la jurisprudencia Rekhou [...] sobre la imposibilidad para el juez de llegar a la apreciación de la condición de la reciprocidad prevista en este artículo”. En CE de 9 de mayo de 1999, *Mme. Chevrol Benkeddach*, rechazó modificar su jurisprudencia sobre el examen de la reciprocidad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 13 de febrero de 2003, *Chevrol c. Francia*, dictada en cuestión prejudicial, calificó el reenvío al ministro contrario al derecho a un proceso justo reconocido por el artículo 6.1 de la Convención europea de derechos humanos.

1582. Comentada como “L'accord de Nouméa, l'arrêt Sarran et ses suites”, *RFDA*, 15, 1999, pp. 57-87. DUBOUIS, L., “Les trois logiques de la jurisprudence Sarran”, pp. 57-66. MATIEU, M., VERPEAUX, B., “À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 30 octobre 1998, Sarran et autres: le point de vue du constitutionnaliste”, pp. 67-76. GOHIM, O., “La Constitution française et le droit d'origine externe”, pp. 77-87. En relación con el Tratado de Maastricht el Consejo Constitucional en las decisiones 92-308 DC de 9 de abril y 92-312 DC de 2 de septiembre de 1992 eludió entrar a valorar la disconformidad a la Constitución de las transferencias de soberanía necesarias para la construcción de la Unión europea, dando lugar a la revisión constitucional de 25 de junio de 1992, que introdujo un título sobre “Las Comunidades europeas y la Unión europea”. El procedimiento del artículo 54 fue utilizado para la ratificación del Tratado de Ámsterdam (CC 97-394 DC de 31 de diciembre de 1997: “la autorización para ratificar con una ley el Tratado de Ámsterdam no puede producirse más que tras la revisión de la Constitución”). ALLAND, D., “Consécration d'un paradoxe: primauté du droit interne sur le droit international”, *RFDA*, 1998, pp. 1.014 y ss.

1583. Sobre la superioridad de los tratados respecto a las leyes, declaró su prevalencia sobre la ley anterior pero no sobre la posterior (CE 1 de marzo de 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*).

En torno a la interpretación de los Tratados de la Unión europea está prevista la posibilidad de formular la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia conforme al artículo 177 del Tratado CEE de 25 de marzo de 1957 (CE 19 de junio de 1964, *Société des pétroles Shell-Berre*; 10 de julio de 1970, *Synacomex*; 15 de octubre de 1982, *Société Roquette frères*).

B) *Extradición*

Los decretos de extradición se excluyeron del control jurisdiccional (CE 2 de julio de 1836, *Boidron*) hasta que se rechazó el carácter de actos de gobierno (CE 28 de mayo de 1937, *Decerf*; 30 de mayo de 1952, *Dame Kirkwood*¹⁵⁸⁴), tanto de su formulación (CE 21 de julio de 1972, *Legros*) como de su rechazo.

Sin embargo a partir de 1993 aceptó el control del rechazo de la extradición porque “la decisión que rechaza una demanda de extradición es separable de la conducta de las relaciones diplomáticas de Francia con el Estado del que emane la petición” (CE 15 de octubre de 1993, *Royaume-Unie*). CE 24 de junio de 1995 estableció como principio de valor constitucional que el Estado se reserve el derecho de extradición por infracciones de carácter político. En CE 3 de julio de 1996, *Moussa Koné* declaró que, conforme al principio reconocido por la Ley de 1927, puede el Estado rehusar la extradición de un extranjero cuando tenga un fin político¹⁵⁸⁵.

Se anuló un decreto de extradición por entender que la legislación del país requirente no era conforme al “orden público francés” (CE 27 de febrero de 1987, *Fidan*; 6 de noviembre de 2000, *Nivette*), siendo procedente si el país peticionario garantiza la no aplicación de la pena de muerte (CE 15 octubre de 1993, *Mme Davis-Aylor*), aunque puede ser condenado a cadena perpetua, lo que no se opone al artículo 3 de la Convención europea de Derechos Humanos (CE 12 de julio de 2001, M. *Einhorn*), aunque puede pedir su no aplicación (CE 8 de abril de 1998, *Stacy*) y rechazar la extradición por los efectos de la condena conforme a la edad y salud del reclamado (CE 13 de octubre de 2000, *Kozirev*).

1584. Tuvo su precedente en CE 28 de mayo de 1937, *Decerf*.

1585. Confirmada por CE 30 de octubre de 1998, *Sarran, Levacher y otros*.

C) *Medidas de orden interior y sanciones administrativas*

Se han considerado actos administrativos impugnables en cuestiones de orden interior, aun cuando tuvieran relación con la actividad exterior del Gobierno, los de rechazo de autorización de construcción por extranjero (CE 22 de diciembre de 1978, *Vo Thanh Nghia*); la prohibición de exportación de residuos nucleares (CE 19 de febrero de 1988, *Société Robatel*); el envío de un parlamentario en misión, porque “era separable de las relaciones entre el poder ejecutivo y el legislativo” (CC 7 de noviembre de 1989, y CE 25 de septiembre de 1998, *Mégret*); el rechazo de la solicitud de formular un decreto sobre el fundamento del artículo 37.2 de la Constitución para abrogar una disposición legislativa que afectaba a materia reglamentaria (CE 3 de diciembre de 1999, *Association ornithologique et mammologique de Saône-et-Loire*), o la desestimación de la petición de adornar con flores la tumba del General Pétain (CE 27 de noviembre de 2000, *Association Comité tous frères*).

En esta misma línea algunas medidas de orden interno de la actividad administrativa de carácter disciplinario se han considerado impugnables, superando consideraciones excluyentes anteriores. En el ámbito militar las anotaciones (CE 22 de abril de 1977, *Pierron*) y las sanciones disciplinarias (17 de febrero de 1995, *Hardouin*). En el penitenciario se admitió la medida disciplinaria de sanción en celda (de aislamiento o de castigo) (CE 17 de febrero de 1995, *Marie*; 18 de marzo de 1998, *Druelle*; 8 de diciembre de 2000, *Frésot*), que antes se consideró inimpugnable (CE 27 de enero de 1984, *Caillot*). En lo relativo a la disciplina escolar, la opinión era contraria a la impugnación de las sanciones (CE 21 de octubre de 1938, *Lote*; 20 de noviembre de 1954, *Chapou*), pero varió considerando la posibilidad de su fiscalización (CE 2 de noviembre de 1992, *Epoux Khérouaa*; 14 de marzo de 1994, *Dlle Yulmaz*; 10 de marzo de 1995, *MM. Aoukili*), aunque la disciplina de las clases se sigue considerando medida interna (CE 5 de octubre de 1982, *Attard*).

Un ámbito en el que resulta particularmente significativo el cambio ha sido el de la expulsión de los extranjeros, siempre justificada en la genérica fórmula del “orden público”. No se justifica medida tan drástica si no existen razones de “excepcional gravedad” (CE 29 de junio de 1990, *Mme Olmos Quintero et Imanbaccus*). Ha sido a partir de la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos cuando se ha entrado en una dinámica tendente al máximo control para evitar la discriminación y garantizar sus derechos, porque el “recurso por una autoridad nacional a la noción de orden público supone, en todo

caso, la existencia fuera del desorden social que constituye toda infracción de la ley, una amenaza real y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad” (CEDH 27 de octubre de 1985, *Abdulaziz*). Se ha superado al control mínimo y el concepto del orden público (CE 3 de febrero de 1975, *Sieur Pardov*), para invocar el principio de proporcionalidad como criterio de control, sopesando el respeto al orden público y el derecho a la vida familiar (CE 19 de abril de 1991, *Belgacem*) y la concurrencia de los motivos de urgencia (CE 13 de marzo de 1992, *Kishore*), ya utilizada anteriormente (CE 18 de marzo de 1955, *Hamou ben Brahim*).

Los reglamentos de régimen interior de las colectividades locales, también considerados medidas de orden interno, son actos administrativos susceptibles de recurso (CE 10 de febrero de 1995, *Riel*), lo mismo que los reglamentos de los servicios públicos locales (CE 28 de abril de 1995, *Potier*).

D) *Inventario aproximado de los actos de gobierno*

Con base en lo expuesto, siempre con carácter enunciativo y abierto, se puede confeccionar un inventario aproximado de los llamados “actos de gobierno”, como actos dictados por las autoridades administrativas que no son recurribles ante los tribunales¹⁵⁸⁶ y están excluidos del control del juez administrativo, tanto por medio del recurso directo de exceso de poder¹⁵⁸⁷, como de la excepción de ilegalidad o de un recurso de responsabilidad:

- a) Actos que afectan a las relaciones entre los poderes constitucionales¹⁵⁸⁸:
 - aa) Decisiones del poder ejecutivo respecto a la función legislativa:
 - Rechazo de la presentación de un proyecto de ley al Parlamento (CE 18 de julio de 1930, *Rouché*; 16 de septiembre de 2005, *M. Germain*). Por no hacerlo para indemnizar por los daños derivados de la apropiación por el Gobierno argelino de una escuela privada (CE 29 de noviembre de 1968, *Tallagrand*).

1586. LAUBADÈRE, A., VENEZIA, J.-C., GAUDEMET, Y., *Traité de Droit administratif*, I, Paris, LGDJ, 1994, pp. 909 y ss.

1587. VEDEL, G., *Droit administratif...*, cit., p. 557, relaciona los actos excluidos del recurso por exceso de poder, que se recogen en el apartado relativo al dicho recurso.

1588. CE 9 de octubre de 2002, *Meyet et Bouget*, se consideró incompetente para fiscalizar las decisiones que se adopten en las relaciones entre el poder constitucional y las funciones ejecutiva y legislativa y entre los poderes públicos constitucionales. CE 25 de octubre de 2000, *Brouant*, no puede conocer de una decisión del Consejo Constitucional aprobando su reglamento.

- Presentación o retirada de un proyecto de ley (CE 19 de enero de 1934, *Compagnie marseillaise de navigation à vapeur Fraissinet*; 9 de mayo de 1951, *Mutuelle Nationale des Étudiants de France*).
 - Rechazo de adoptar un proyecto de ley (CE 25 de julio de 1947, *Société l'Alfa*).
 - Rechazo de tomar iniciativa de revisión constitucional (CE 26 de febrero de 1991, *Allain*).
 - Decisión de promulgar una ley (CE 3 de noviembre de 1933, *Desreumeaux*).
 - Rechazo de crear un empleo en el presupuesto (CE 2 de abril de 2004, *M. J.-F. M.*).
- ab) Decisiones del poder ejecutivo respecto a elecciones y referéndum¹⁵⁸⁹, porque interferir la acción del gobierno en este ámbito sería sustituir al poder de control político de las Cámaras (CE 8 de junio de 1951, *Dreyfus-Schmidt*; 2 de noviembre de 1951, *Tixier*)¹⁵⁹⁰.
- Actos de preparación de las elecciones legislativas (CE 8 de junio de 1951, *Hirschowitz*) o a un referéndum (CE 27 de octubre de 1961, *Le Regroupement national*).
 - Convocatoria de los electores (CE 20 de diciembre de 1946, *Casalan*) y acto de rechazo de una candidatura (CE 4 de junio de 1954, *Eigner*).
 - Decisión de someter una ley a referéndum (CE 19 de octubre de 1962, *Brocas*).
 - Elecciones al Parlamento Europeo (CE 22 de octubre de 1979).
 - Convocatoria de colegios electorales para elecciones de diputados (CE 3 de junio de 1981, *Delmas*)¹⁵⁹¹.

1589. CE 6 de agosto de 1912, *Maitre*, excluyó del recurso por exceso de poder la convocatoria de elecciones de senadores por considerarlo un acto propio del poder legislativo.

1590. En la resolución CE 11 de enero de 2007, *Mme. Corine Lapage*, aplicó el principio de equidad en el tratamiento de los medios en la campaña electoral presidencial conforme a criterios deducidos de la representatividad de los candidatos por los resultados de los partidos en las elecciones.

1591. Compete su conocimiento al Consejo Constitucional conforme al artículo 59 de la Constitución de 1958, como reconoció en sus decisiones de 11 de junio de 1981 y 20 de abril de 1982.

- ac) Decisiones del Primer ministro en relación con otras instituciones del Estado:
- Rechazo de convocar el Gobierno para pronunciarse en relación a la consulta al Consejo constitucional sobre el impedimento provisional del Presidente de la República (CE 8 de septiembre de 2005, *M. R. Georges*).
- ad) Decisiones del Presidente de la República en ejercicio de sus poderes:
- Decisión de someter al Parlamento proyectos de ley de revisión constitucional conforme al artículo 89 de la Constitución (CE 22 de febrero de 2005, *M. Hoffer y M. Mekhantar*).
 - Decisión de someter un proyecto de ley a referéndum (CE 19 de octubre de 1962, *Brocas*; 29 de abril de 1970, *Comité des chômeurs de la Marne et sieur Le Gac*; 4 de diciembre de 2003, *M.F.*; 29 de diciembre de 2004, *M. René H.*, sobre referéndum en Polinesia francesa)¹⁵⁹², consulta electoral (CE 4 de diciembre de 2003, *Feler*).
 - Ejercicio de los poderes de crisis del artículo 16 de la Constitución que es un “acto de gobierno” que afecta a las relaciones del Gobierno con el Parlamento (CE 2 de marzo de 1962, *Rubin de Servens et autres*)¹⁵⁹³.
 - Decisión de disolver la Asamblea Nacional (CE 20 de febrero de 1989, *Allain*).
 - Nominación de un miembro del Consejo constitucional (CE 9 de abril de 1999, *Dame Ba*).
 - Decisión de someter al Consejo Constitucional el examen de una ley conforme al artículo 61 de la Constitución (CE 7 de noviembre de 2001, *M. Tabaka*).
 - Ejercicio del derecho de gracia (CE 28 de marzo de 1947, *Gombert*).
- ae) El Consejo de Estado ha rechazado fiscalizar los actos del Consejo Constitucional sobre el ejercicio de sus funciones constitucionales (CE 25 de octubre de 2002, *B.*; 9 de noviembre de 2005, *M. Claude M.*).

1592. El control de los referéndums corresponde al Consejo constitucional conforme al artículo 60 de la Constitución de 1958.

1593. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 494-503.

b) Actos propios de las relaciones internacionales:

- Daños de guerra en el extranjero (CE 5 de marzo de 1926, *Panisse*; 22 de noviembre de 1957, *Myrtoon Steamship Company*).
- Se reconoce al Gobierno la competencia exclusiva para la interpretación de los tratados internacionales (CE 11 de junio de 1920, *Rodrigo*; 3 de febrero de 1956, *Petalas*).
- Denegación de la residencia de un individuo como miembro del personal de una misión diplomática (CE 26 de noviembre de 1998, *Lombo*).
- Sobre los Tratados internacionales:
 - Elaboración (CE 5 de febrero de 1926, *Dame Caraco*) y negociación de tratados internacionales (CE 13 de julio de 1999, *Coparex*).
 - Ejecución e interpretación de acuerdos internacionales (CE 23 de julio de 1924, *Paulat*; 21 de enero de 1927, *Commune de Lamé*).
 - La ratificación de los tratados (CE 16 de noviembre de 1956, *Villa*; 27 de junio de 1958, *Georger et Teivassigemany*; 3 de marzo de 1961, *Sieur André et Société des tissages Nicolas Gaimant*; 16 de marzo de 1966, *Carte d'action social et moral*; 11 de enero de 1995, *M. Roujanski*)¹⁵⁹⁴.
 - Disconformidad con las obligaciones derivadas de un tratado (CE 29 de noviembre de 1974, *Canino*) o la comprobación del cumplimiento de la reciprocidad (CE 29 de mayo de 1981, *Rekhbou*; 9 de mayo de 1999, *Mme. Chevrol Benkeddach*).
 - Rechazo de inicio de negociaciones con España para la ejecución de un juicio de condena a favor de un empresa francesa (CE 25 de marzo de 1988, *Société Sapvin*).
 - Decisión de no publicar un tratado (CE 4 de noviembre de 1970, *Malgaive*)¹⁵⁹⁵.

1594. También le dio la misma consideración el Tribunal de Casación, 25 de julio de 1887, *Grus*; 11 de marzo de 1953, *Gambino*; 25 de enero de 1977, *Reyrol*. Sin embargo, a partir de la decisión CE 18 de diciembre de 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker*, controla la regularidad de la ratificación conforme al artículo 55 CF, como se ha expuesto anteriormente.

1595. En un tratado es un vicio la falta de la firma del Jefe del Estado (CE 13 de julio de 1965, *Navigator*; 6 de junio de 1980, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés-GISTI*); debe publicarse en el Diario oficial, sin que sea suficiente la publicación únicamente en el

- Suspensión de la ejecución de un tratado (CE 18 de noviembre de 1991, *Préfet de la Gironde c. Mahmedi*).
- Firma de acuerdo internacional (CE 1 de junio de 1951, *Société des étains et wolfram du Tonkin*)¹⁵⁹⁶.
- Decisión del ministro sobre los compromisos internacionales, que no es acto separable de las relaciones internacionales (CE 30 de julio de 1997, *Etienne*).
- Orden de interferir emisiones de radio extranjeras (CE 2 de febrero de 1950, *Radiodifusión française-Radio Andorre*)¹⁵⁹⁷.
- Rechazo de plantear litigio ante el Tribunal Internacional de Justicia (CE 9 de junio de 1952, *Gény*).
- Control de barcos relacionado con operaciones militares (CE 30 de marzo de 1966, *Société Ignazio Messina et Cie*).
- Protección de los nacionales y sus bienes en el extranjero (CE 12 de febrero de 1904, *Bachatori*; 8 de abril de 1921, *Cie N'Goko Sauga*; 20 de febrero de 1953, *Weiss*; 2 de marzo de 1966, *Dame Cramencek*; 12 de enero de 1976, *Dupuy*).
- Convención franco-tunecina (CE 29 de noviembre de 1968, *Talla-grand*).
- Creación de zona de seguridad en aguas internacionales durante pruebas nucleares en Mururoa (CE 11 de julio de 1975, *Paris de Bollardière*).
- Reanudación de pruebas nucleares antes de un acuerdo internacional que las prohibiera (CE 29 de septiembre de 1995, *Association Greenpeace France*).
- Ejecución de la resolución 748 del Consejo de Seguridad de la ONU de 31 de marzo de 1992 sobre embargo aéreo a Libia (CE 29 de diciembre de 1997, *Société Heli-Union*).

Diario oficial de la India francesa (CE 11 de abril de 1962, *Société Savana*) o en una revista especializada (CE 30 de octubre de 1964, *Société Prosagor et société des Films Sacha Gordine*). Su omisión determina su inaplicación (CE 11 de diciembre de 1959, *Commissaire du gouvernement près la Comisión de répartition de l'indemnité des nationalisations tchécoslovaques*) y no puede producir efectos de derecho (CE 30 de octubre de 1964 y 22 de diciembre de 1965, *Sieur Orengo*).

1596. CE 20 de octubre de 1967, *Société française d'entretien, de dragage et de travaux publics*, el juez administrativo aceptó verificar la firma del Tratado internacional por parte de Francia.

1597. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 323-325.

- Decisión de enviar una fuerza militar a Kosovo (CE 5 de julio de 2000, *Mégret y Mekhantar*).
- Relaciones entre el Gobierno y las organizaciones internacionales, emisión de voto en el Consejo de las comunidades europeas (CE 23 de noviembre de 1984, *Association Les Verts*).
- Suspensión de la cooperación educativa con Irak durante la Guerra del Golfo (CE 23 de septiembre de 1992, *GISTI et MRAP*).
- Relaciones con un gobierno extranjero sobre expulsión de un agente francés (CE 28 de marzo de 1993, *Robin*).
- Sobre actitud en relación con un conflicto militar (CE 30 de diciembre de 2003, *Comité contre la guerra en Irak*).
- Decisiones de los agentes consulares sobre información para poder formular demanda en el extranjero (CE 14 de junio de 1999, *Société civile familiale Molifranc*), o de no transmitir la petición de demanda de ayuda judicial gratuita de un francés en el extranjero (CE 29 de enero de 1993, *M. B.*)¹⁵⁹⁸.

2.2.5. *Actos separables*

Se ha invocado la doctrina de los “actos separables” para permitir el control de legalidad de actos que se consideraban inmunes dentro de un acto administrativo complejo. Ha supuesto una importante reducción del espacio exento y, por consiguiente, una mayor vigencia del principio de legalidad y de la juridificación de la actividad administrativa (CE 17 de febrero de 1995, *Hardouin et Marie*). De este modo se ha aplicado el derecho de defensa y el recurso por exceso de poder a toda decisión administrativa (CE 5 de mayo de 1944, *Dame Veuve Tromprier*¹⁵⁹⁹; 26 de octubre de 1945, *Aramu*; 17 de febrero de 1950, *Dame Lamotte*¹⁶⁰⁰), en materia contractual y de extradición, así como respecto a los actos internacionales, a los actos electorales y a las consultas de referéndum.

1598. CE 20 de abril de 2005, *M.B.*, sostuvo que no es separable del procedimiento penal la comunicación de un cónsul a un ciudadano francés residente en el extranjero para comparecer en el procedimiento.

1599. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 272-276.

1600. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 325-328.

A) *Actos separables en los acuerdos internacionales*

Por medio de la doctrina de los actos separables se valoran los actos de decisión interna de los acuerdos internacionales, aun considerando que la ratificación de un tratado es un acto de gobierno (CE 5 de febrero de 1926, *Dame Caraco*). De este modo se permite el control sin interferir en la actividad política exterior (CE 29 de junio de 1924, *Goldschmidt*), del reparto de indemnizaciones derivadas de un tratado con Yugoslavia (CE 16 de diciembre de 1956, *Époux Deltel*; 13 de julio de 1967, *Commune d'Auboué*), de la reparación de daños causados por una convención internacional (CE 3 de marzo de 1966, *Compagnie générale d'énergie radio électrique*¹⁶⁰¹) o los derivados de la ocupación, como se estableció en el tratado con Alemania tras la guerra (CE 13 de marzo de 1964, *Vassile*; 29 de octubre de 1976, *Dame Burgat*). Se anuló un acuerdo por no haberle precedido la ley que lo autorizase como exigía la Constitución (CE 23 de febrero de 2000, *M. Bamba Dieng*; 2 de julio de 2002, *Commune de Porta*; 5 de marzo de 2003, *M. Aggoun*)¹⁶⁰².

B) *Actos separables en los procesos electorales y consultas populares*

En los procesos electorales y de consulta en referéndum existe una combinación de actos de diferente naturaleza. Unos son de claro contenido político, como el hecho de la disolución de las Cámaras y la convocatoria de la elección o del referéndum e, incluso, el escrutinio. Otros son actos administrativos instrumentales realizados por la Administración interior o electoral para hacer posible el proceso. Existen también puros actos materiales sin los cuales no sería posible. Entre los actos administrativos, algunos son separables de las operaciones electorales y, en cuanto tales, pueden someterse al contencioso electoral por medio del recurso por exceso de poder. Sobre el alcance de estos últimos se ha planteado el debate.

Los actos preparatorios o las operaciones preliminares de los procesos electorales constituyen actos administrativos separados de aquellas y, por tanto, no sometidos al conocimiento del juez electoral en el recurso contra las elecciones. El Consejo de Estado había venido rechazando el control de los mismos

1601. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 518-524.

1602. BECHILLON, D., "De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution)", *RFDA*, 1998, pp. 225-242.

(CE 8 de junio de 1951, *Hirschowitz, Brusset et Dreyfus-Schmidt*) y la aplicación del recurso por exceso de poder (CE 11 de junio de 1963, *Rebeuf*) por considerarlos actos de gobierno, como la convocatoria de los electores (CE 20 de diciembre de 1946, *Casalan*) y el acto de rechazo de una candidatura (CE 4 de junio de 1954, *Eigner*).

Por el contrario, el Consejo Constitucional sostuvo que podían ser objeto de recurso por exceso de poder por la vía del recurso ordinario, no por el contencioso electoral (CC 79-195 DC 25 de julio de 1979, *Fédération de l'Aisle du Parti communiste français*), renunciando a intervenir respecto a la demanda de un recurrente sobre problemas de forma en los formularios de presentación de los candidatos (CC 80-128 DC 21 de enero de 1981, *Krivine*)¹⁶⁰³.

La intervención del Consejo Constitucional era excepcional y sólo sobre la elección del Presidente de la República y de los diputados y senadores (arts. 58 y 59 CF) (CC 62-235/236 de 10 de julio de 1962, *Wallis et Futura*; 67-501/502 de 30 de enero de 1968, *Corse*; 69-78 de 17 de mayo de 1969, *Krivini*)¹⁶⁰⁴. CE 9 de marzo de 1981, *Nicolo*; 31 de marzo de 1981, *Guillouard y Malraux*). Sin embargo, en la decisión de 11 de junio de 1981, *Delmas*, controló un acto administrativo de la parte materialmente administrativa del proceso electoral en el recurso formulado contra el decreto de convocatoria de elecciones, una vez que el Consejo de Estado se declaró incompetente en la demanda de anulación del citado decreto tras la disolución de la Asamblea Nacional (CE 3 de junio de 1981, *Delmas*). Justificó esta intervención anterior al escrutinio electoral en el artículo 59 de la Constitución, considerando su control como parte del que se le asigna sobre las elecciones. Lo confirmó en la decisión de 16 y 20 de abril de 1982, *Bernard*, porque

“si, en virtud de la misión de controlar la regularidad de la elección de los diputados y de los senadores que le confiere el artículo 59 de la Constitución, el Consejo Constitucional puede excepcionalmente decidir sobre las demandas que cuestionan la regularidad de las elecciones a celebrar, en la medida en que la inadmisibilidad se opusiera a estas demandas en virtud de las disposiciones de los artículos

1603. CAMBY, P., *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, Paris, Dalloz, 2004. GHEVONTIAN, R., “Le Conseil constitutionnel juge électoral”, en VERPEAUX, M.-BONNARD, M., *Le Conseil...*, cit., pp. 113-125.

1604. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 223-234.

32 a 45 de la ordenanza de 7 de noviembre de 1958, habría riesgo de comprometer gravemente la eficacia del control por parte del Consejo Constitucional de la elección de los diputados o de los senadores, que viciaría el desarrollo general de las operaciones electorales y, así, podría atentar al funcionamiento normal de los poderes públicos”¹⁶⁰⁵.

Sin embargo, en relación con la convocatoria de un referéndum, el Consejo Constitucional negó su competencia sobre los actos preparatorios (CC 60-10 DC 23 de diciembre de 1960, *Le Regroupement national*), con base en la Ordenanza de 7 de noviembre de 1958¹⁶⁰⁶. Ante la actitud del Consejo Constitucional negando su competencia para conocer de los actos preparatorios del referéndum, el Consejo de Estado se pronunció en algunas reclamaciones concretas sobre la inscripción para participar en la campaña (CE 27 de octubre de 1961, *Le Regroupement national*) y sobre decretos de organización de la campaña y el escrutinio (CE 19 de octubre de 1962, *Brocas*).

Tras negar su competencia –salvo en cuanto a los actos preparatorios de referéndum–, el Consejo de Estado decidió en asamblea cambiar de opinión, aceptando conocer de los actos previos al escrutinio electoral (CE 12 de marzo de 1993, *Union nationale écologiste et Parti pour la défense des animaux*) y de otros actos similares del proceso electoral (CE 26 de marzo de 1993, *Parti des travailleurs*). Para ello utilizó la doctrina de los actos separables aplicada a los actos electorales previos al escrutinio, que realiza la Administración, dejando al Consejo Constitucional la garantía de aquel. A partir de ese momento existen dos jurisdicciones competentes, la constitucional y la administrativa, cada una sobre una parte del proceso electoral.

El Consejo de Estado sostuvo que de las operaciones directamente relacionadas con el escrutinio conocía el Consejo Constitucional (CE 29 de abril de 1970, *Muserau*; 19 de abril de 1990, *Wallez*). Consideró separables de las operaciones electorales de escrutinio las referidas a la organización del pro-

1605. Posición reiterada en CC 17 de diciembre de 1993, *Meyet*, sobre circular electoral del Ministerio del Interior; 8 de junio de 1995, *Bayeurte*, sobre convocatoria de elección legislativa parcial; 20 de marzo de 1997, *Mme Richard*, sobre rechazo implícito por el Primer ministro de elección parcial.

1606. Por el contrario, la mantuvo en las decisiones sobre el referéndum de ratificación del Tratado de Maastricht (CE 15 de septiembre de 1992, *Caldagues et Lederman*; 18 de septiembre de 1992, *Le Pen*).

ceso electoral (CE 28 de septiembre de 1983, *Baudy*; 26 de octubre de 1995, *Meyet*), como las condiciones que establezca el Consejo audiovisual para la producción, programación y difusión de las emisiones de la campaña electoral (CE 20 de octubre de 1989, *Horblin*; 11 de marzo de 1993, *Union nationale écologiste*; 26 de marzo de 1993, *Parti des travailleurs*; 2 de junio de 1994, *Alleaume*), los actos administrativos sobre las reservas para carteles electorales por la Comisión Nacional (CE 20 de octubre de 1989, *H. et autres*), la circular del Ministerio del Interior sobre la organización electoral (CE 16 de junio de 1995, *Meyet*) o las decisiones de la Comisión Nacional de Cuentas de la Campaña (CE 6 de diciembre de 2006). Sin embargo, no era separable por constituir un acto electoral el de registro de las candidaturas para las elecciones cantonales (CE 23 de noviembre de 1992, *Mme J.L.*).

Esta última doctrina del Consejo Constitucional negando su competencia sobre los actos preparatorios del referéndum era contraria a la sostenida antes en *Delmas* (31 de marzo de 1981) y *Bernard* (16 y 20 de abril de 1982), por la que terminó reconociéndose competente en materia de elecciones legislativas. Superó la contradicción en las decisiones de 25 de julio de 2000 *Hauchemaille I*, 23 de agosto de 2000 *Larrousturou*, 6 de septiembre de 2000 *Pasqua*, y 11 de septiembre de 2000 *Meyet*, con motivo del referéndum de 24 de septiembre de 2000, sobre el proyecto de reforma del mandato del Presidente de la República. Invocó los mismos términos de su posición anterior, sustituyendo la referencia a las elecciones por la del referéndum, para justificar la asunción del control de los actos preparatorios y de la organización del escrutinio, del mismo modo que lo hacía sobre las elecciones nacionales¹⁶⁰⁷. A partir de este momento el Consejo Constitucional era competente en relación con los actos preparatorios electorales y de referéndum, asumiendo la función que, por su dejación, venía realizando el Consejo de Estado a partir de 1993.

El Consejo de Estado aceptó la nueva realidad en la resolución de 1 de septiembre de 2000, *M. Larrousturou, M. Meyet, Rassemblement pour la France et indépendance de l'Europe, M. Mégret et Mouvement national républicain*.

En la nueva situación derivada de los pronunciamientos anteriores se ha equilibrado la competencia sobre la materia electoral. El Consejo Constitu-

1607. Le siguieron las decisiones CE 23 de agosto de 2000, *Hauchemaille II*; 6 de septiembre de 2000, *Pasqua*; 11 de septiembre de 2000, *Meyet*. SCHOETTL, J.-E., "Le contentieux des actes préparatoires à un référendum", *RFDA*, 2000, pp. 1.004 y ss.

cional la ha asumido sobre el escrutinio y la declina para conocer del decreto de convocatoria de elecciones legislativas parciales (CC 14 de marzo de 2001, *Sociétéphane Hauchemalle*) y de las elecciones de senadores (CE 14 de septiembre de 2001, *Marini*. CC 20 de septiembre de 2001, *Hauchemalle et Marini*), reconociéndosela al Consejo de Estado. A partir de estas fechas el Constitucional ha ido declarando su incompetencia sobre los actos accesorios que no afectaban al escrutinio (CC 12 de diciembre de 2001 y 15 de abril de 2002, *Hauchemalle*) o sobre un acto preparatorio de la lista electoral (CC 15 de abril de 2002, *Mayet*), pero aceptándola sobre la inelegibilidad (CC 2.002-2.989 de 6 de febrero de 2003, *A. N. Rhône*).

Por su parte, el Consejo de Estado se ha declarado incompetente en relación con las eliminaciones de candidatos de las listas electorales por la comisión administrativa, en aplicación del artículo 17 del Código electoral remitiéndose al juez electoral (CE 10 de julio de 2002, *Elections municipales de Paris*). Se consideró competente sobre el incumplimiento de la obligación de comunicar las lista electorales (CE 12 de julio de 2002, *Elections municipales de Châtillon-sur-Cluses*), la irregularidad en la formación de las listas que invalida los sufragios (CE 10 de julio de 2002, *Saint-Ouen l'Aumône*), las elecciones complementarias de dos puestos (CE 12 de julio de 2002, *Saint-Paul-Lizonnes*) y la presentación de peticiones sobre elecciones legislativas y al Senado (CC 25 de julio de 2002, *AN Vienne, Puy de Dôme, Drôme*).

En el ámbito de las elecciones locales es donde se ha producido un mayor número de recursos y existe una doctrina muy definida respecto al ámbito del contencioso electoral, que se admite respecto a los recursos contra las elecciones para los órganos ejecutivos de las colectividades locales: constitución de las mesas electorales¹⁶⁰⁸; designación de sus miembros¹⁶⁰⁹; nombramiento de representantes en organismos electorales exteriores¹⁶¹⁰. La legitimación en el ámbito local se fundamenta en la condición de elector, elegible o prefecto (art.

1608. CE 7 de agosto de 1909; 16 de enero de 1987, *Pte. Consejo regional de Picardie*; 19 de marzo de 1997, *Commune de Saint-Victoret*; 18 de marzo de 2005, *Commune de Villepinte*; 5 de octubre de 2005, *Commune de Saint-Martin-de-Nigelles*.

1609. CE 28 de septiembre de 2001, *D.*; 18 de marzo de 2005, *Commune de Villepinte*; 18 de marzo de 2005, *Mme Maryse D.*

1610. CE 16 de junio de 2003, *Commune de Longuyon*; 5 de octubre de 2005, *Commune de Saint-Martin-de-Nigelles*.

L. 248 Código electoral), mientras que en el regional (art. L. 361) la tienen los electores y a quienes se les ha negado la condición de candidato¹⁶¹¹.

2.3. Los actos de pura y los de simple administración y el control de la discrecionalidad administrativa

Durante el Imperio se estableció la diferencia entre los “actos de pura administración o administración activa” y los “actos de simple administración” o “contenciosos”.

En los “actos de pura administración o administración activa” se manifestaba la discrecionalidad y la actividad graciosa, no se pronunciaban sobre los derechos y se consideraba improcedente su revisión¹⁶¹². LAFFERRIÈRE vinculó los actos discrecionales y los actos de pura administración a la existencia en la Administración activa de una *faculté discrétionnaire*, de un *droit discrétionnaire*, de un *pouvoir arbitraire, gracieux*, de una Administración no jurisdiccional. Según expuso BATBIE, eran “actos de pura administración”

“todas las medidas que constituyen una concesión, gracia o favor. Otras pueden ser fácilmente confundidas con ellas, por ejemplo, las medidas de policía. Salvo las excepciones que pudieran resultar de disposiciones especiales, es de principio que las medidas de policía adoptadas por la autoridad competente no dan lugar a recursos contenciosos, salvo a la reclamación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de una indemnización por el perjuicio sufrido por las partes”¹⁶¹³.

Por el contrario, los “actos de simple administración” o “contenciosos” (*matière contentieuse*) eran impugnables ante la jurisdicción administrativa.

Esta dicotomía sirvió de criterio para distinguir los actos fiscalizables y los inmunes, así como la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos ante la jurisdicción administrativa. En el tiempo de la Restauración se po-

1611. CE 16 de febrero de 2005, *Conseil régional Provence et Alpes d'Azur*.

1612. Existieron pronunciamientos sobre actos de esta naturaleza por vicios de incompetencia y decisiones sobre derecho privado (CE 18 de noviembre de 1818, *Egret-Thomassin*; 29 de agosto de 1821, *Martin*; 14 de agosto de 1822, *Widranges*).

1613. BATBIE, A., *Traité théorique...*, cit., p. 422.

tenció esta diferencia por el deseo ministerial de disponer del máximo poder y discrecionalidad y, por tanto, de reducir el control jurisdiccional sobre sus actos¹⁶¹⁴.

En los “actos de pura administración o administración activa” se reconocieron las prerrogativas y la discrecionalidad del poder cuando se ejercía en atención a “consideraciones generales de interés público” (CE 8 de junio de 1817, *Coqueray*) o de “orden público” (CE 3 de diciembre de 1817, *Habitants du hameau de Moulineaux*). De modo que el juez administrativo ni intervenía en la actividad administrativa, ni en los conflictos competenciales (CE 11 de agosto de 1824, *Ville de Lyon*)¹⁶¹⁵, ni juzgaba los actos que eran “manifestación de un poder que la justicia no podía controlar sin entrar en un ámbito sobre el que no tenía título alguno, porque, de hacerlo el poder ejecutivo pasaría al Consejo de Estado”. De este modo el Consejo de Estado dejó clara la separación entre las actividades ejecutiva y jurisdiccional, que contribuyó, a su vez, a precisar la diferencia entre esta y el poder judicial.

Los “actos de simple administración” o “contenciosos” correspondían a la Administración vinculada, porque no podían adoptarse más que a condición de respetar los derechos de terceros reconocidos por la ley o por la propia Administración. Eran impugnables directamente.

Frente a la impugnabilidad de los “actos de simple administración” o “contenciosos”, “ciertos actos, porque son de “pura administración”, escapan a todo examen contencioso, lo que significa que una parte de sus actividades está al margen de la ley. La ley, por tanto, no vincula en principio al administrador salvo cuando reconoce a los administrados derechos oponibles”, en este caso se habla de una actividad “obligatoria y subordinada” según las conclusiones del comisario DAVID (CE 11 de enero de 1875, *Hallé*). Se afirmó que “los actos de pura administración no son susceptibles de recurso por la vía contenciosa”, como los decretos que suprimen empleos ministeriales (CE 27 de junio de 1873, *Traonuez*), la revocación del nombramiento de funcionarios sin estatuto (CE 18 de julio de 1873, *Rouillard*), las sanciones disciplinarias (CE 1 de febrero de 1878, *Clerc*), los actos de tutela (CE 11 de marzo de 1887, *Hospice*

1614. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 92-93.

1615. El Consejo se consideró competente para decidir entre dos ministros sobre a cuál de ellos competía decidir en una cuestión de Derecho (CE 2 de septiembre de 1817, *Hasslowe*). MESTRE, J.-L., “Les grands...”, cit., p. 231.

de Toulon), la suspensión de los alcaldes por los prefectos (CE 3 de febrero de 1888, *Buisson*)¹⁶¹⁶.

Esta dualidad de actos administrativos respecto a su fiscalización se fundó en la existencia o inexistencia de un “derecho” (privado, privativo, adquirido), de carácter subjetivo y reconocido al particular, capaz de oponerlo a la Administración, que debía respetarlo, lo que se garantizaba por el control contencioso del Consejo de Estado. Eran los títulos oponibles o el reconocimiento legal lo que convertía a un asunto en contencioso (CE 18 de junio de 1821, *Biot*). Sin embargo, si existía una previsión legal que incidiera en los derechos individuales se consideró que se actuaba en “pura administración”, lo que dejó un campo amplio a los reglamentos y medidas de policía, los controles y tutelas administrativas, el nombramiento o revocación de funcionarios y otros muchos ámbitos “intangibles”, en los que la Administración actuaba aplicando la utilidad pública o el interés general sin control jurisdiccional (CE 23 de noviembre de 1825, *Delandine*). El propio Consejo sugirió vías indirectas de reclamación ante la jurisdicción ordinaria o los consejos de prefectura, porque la inadmisión de la reclamación “no era obstáculo para que el recurrente hiciese valer sus derechos ante la autoridad competente” en exigencia de reparación por responsabilidad por las lesiones patrimoniales sufridas. Para que el Consejo de Estado pudiera conocer de los efectos lesivos de actos de pura administración se invocó el artículo 40 del reglamento de 20 de julio de 1806, que permitía formular una reclamación “cuando una parte se considere lesionada en sus derechos o propiedad por efecto de una decisión del Consejo de Estado emitida en materia no contenciosa”¹⁶¹⁷.

El Consejo estableció como condición de admisibilidad del recurso contra los actos de simple administración el agotar la vía administrativa ante el ministro competente por la materia (CE 29 de enero de 1814, *David*; 6 de enero de 1814, *Arbilleur*; 3 de junio de 1818, *Jaumes*). El carácter contencioso se adquiriría, por tanto, a partir del cumplimiento del requisito previo y la formulación de la reclamación ante el Consejo.

1616. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 153-155 y 221. Según el autor constituyen un vestigio de la soberanía administrativa que llevó a no apreciar los motivos (CE 17 de enero de 1789, *Spindler*; 1 de diciembre de 1883, *Delacroix*), a no controlar el ejercicio de la autoridad administrativa (CE 29 de marzo de 1978, *Cie Générale des alumettes chimiques*), que se superó posteriormente por el control de la desviación de poder.

1617. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 156-158.

La distinción entre actos de pura y simple administración perdió relieve cuando el Consejo aceptó la impugnación de los primeros por medio del recurso por exceso de poder (CE 4 de mayo de 1826, *Landrin*), abriendo el camino al control de la discrecionalidad con base en la incompetencia que implicaba, en sí misma, una violación legal. Lo fundamentó en que, en los términos de la ley de 7-14 de octubre de 1790¹⁶¹⁸, “nos corresponde decidir sobre las reclamaciones de incompetencia y de exceso de poder de las autoridades administrativas” (CE 22 de marzo de 1833, *Dailly*), con respecto a la adecuación de los actos administrativos a la ley en un proceso de actividad reglada.

Durante el II Imperio se avanzó en el control de la discrecionalidad a partir de la doctrina *Landrin* y del control de la legalidad externa de los actos, por medio del recurso por exceso de poder que impuso un derecho objetivo superior del anterior derecho subjetivo violado por la Administración. Condujo al control de la legalidad interna de los actos administrativos sobre la exactitud material de los hechos y a la desviación de poder.

El control de la legalidad interna de los actos administrativos por la exactitud material de los hechos se planteó en el *arrêt Port de Bercy*, de 19 de julio de 1860, en el que el prefecto HAUSSMANN delimitó el Sena ocupando sin expropiación ni indemnización terrenos particulares que estimó de dominio público, lo que obligó a comprobar si eran o no correctos los límites conforme a los naturales del río. El control de legalidad exigía el examen del hecho, porque, si se omitía, “el derecho que pertenece a cada uno de atribuírselo, para corregir todos los abusos del poder en materia administrativa sería ilusorio y los recursos no se emplearían útilmente”. El examen de la exactitud material de los hechos determinantes se aplicó a la delimitación de un canal, “remedio extremo en un recurso por exceso de poder, las partes pueden estar seguras de que el Consejo de Estado examinará siempre muy precisamente si, con el pretexto de la delimitación del dominio público, no se ha producido una usurpación de la propiedad privada” (CE 2 de agosto de 1860, *Mazeline et Cie.*). También se aplicó en relación con la delimitación del dominio marítimo (CE 27 de mayo de 1863, *Drillet de Lanningou*)¹⁶¹⁹.

1618. AUCOC, M. L., *Des recours...*, cit., pp. 21-22. MESTRE, J.-L., “La signification de la loi des 7-14 octobre 1790”, *EDCE*, 43, 1991, pp. 281 y ss.

1619. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 162-164; *L'autorité...*, cit., pp. 449-453.

Con esta doctrina se introdujo el control de la legalidad interna de los actos administrativos, precisamente en sus fundamentos fácticos, aunque siempre terminaba refiriéndose a la competencia, porque, si los límites administrativos se separaban de los límites naturales, la Administración actuaba sin poder para hacerlo y con exceso de poder por ser incompetente en ese espacio. En una fase posterior, fue el recurso por desviación de poder el que permitió el total control de la legalidad interna del acto.

Esta doctrina la matizó durante la III República el Tribunal de Conflictos (11 de enero de 1873, *De Pâris-Labrosse*), buscando un equilibrio entre las jurisdicciones, al atribuir a la competencia judicial el reconocimiento del hecho del dominio sobre los terrenos afectados por un cauce público, cuando la Administración sostiene su carácter demanial. Opinión reiterada en las resoluciones de 13 de mayo de 1873, *Ancel et autres*, 12 de diciembre de 1896, *Cauvain*).

En este periodo republicano se mantuvo la distinción entre “actos de pura administración”, calificados como “actos discrecionales”, y “actos administrativos propiamente dichos”¹⁶²⁰. En aquellos se manifestaba el poder administrativo al que no podía aplicarse un control material interno, sobre apreciación de los hechos determinantes (CE 6 de diciembre de 1872, *Salvareli et Merlo*) o de los motivos de una decisión (CE 17 de enero de 1879, *Spindler*, 14 de diciembre de 1883, *Lequeux*). Condujo a rechazar recursos sobre revocación de funcionario no sujeto a régimen estatutario (CE 18 de julio de 1873, *Rouillard*) y sobre el reglamento del uniforme militar (CE 13 de noviembre de 1885, *Sévigny*).

Sin embargo, como se expondrá a propósito del recurso por desviación de poder, la construcción por el Consejo de Estado de esta técnica condujo al control de los actos administrativos puros o discrecionales por medio del control de sus elementos internos y externos, para llegar al control total sobre sus elementos reglados y a la ponderación de su adecuación a los fines legitimadores del poder administrativo. Como expuso DUGUIT:

“Se puede afirmar que hoy en Francia no hay actos discrecionales o de pura administración, es decir, actos respecto a los cuales el interesado no podría demandar

1620. LAFERRIÈRE, E., *Traité...*, cit., II, pp. 390-397. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 199-201.

su anulación al Consejo de Estado sosteniendo que la actividad del agente público ha estado movida por un fin distinto al que la ley había atribuido al darle la competencia y, *a fortiori*, a sostener que el agente ha actuado por un fin ajeno al servicio público. [...] En mi opinión se debe afirmar enérgicamente que en el derecho francés moderno no solamente no existe el acto discrecional o de pura administración. Por amplio que pueda ser a veces el poder de apreciación del agente administrativo, este no puede jamás actuar determinado por un fin ajeno al servicio público, ni incluso por un fin que sin duda sea de servicio público, pero extraño a los servicios públicos que tenía previstos la ley que le ha atribuido la competencia”¹⁶²¹.

2.4. El ministro-juez (ministre-juge)

La atribución de naturaleza contenciosa a los actos de la Administración que lesionaran derechos subjetivos reconocidos y el debilitamiento del Consejo de Estado durante la Restauración convirtieron a los ministros en jueces ordinarios o de primera instancia del contencioso-administrativo, dando lugar al concepto del “ministro-juez”, vigente hasta el fin del II Imperio¹⁶²². Fue consecuencia de la exigencia por el Consejo desde 1815 de una decisión administrativa previa sobre los actos de los subordinados y del reenvío de las pretensiones sobre contratos de suministros, liquidación de deudas o cobro de créditos, salvo que por previsión legal se pudiera formular directamente ante el Consejo o se invocara exceso de poder¹⁶²³. La propia situación del Consejo, privado de la autoridad administrativa anterior, así como su carácter jurisdiccional, potenciaron el papel ministerial en la resolución de recursos en vía administrativa, sin naturaleza jurisdiccional alguna. La dinámica de los ministros, pronunciándose con carácter previo a la función jurisdiccional del Consejo de Estado,

1621. DUGUIT, L., *Traité...*, cit., II, pp 297 y 303.

1622. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 86-88 y 162-167. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 93-94 y 154-158. BIGOT, G. y BOUVET, M., “Le ministre-juge: endoscopie d’une fiction juridique”, en *Regards de la justice administrative*, Paris, Litec, 2006. BOUCHENÉ-LEFER, A., *De la justice administrative: les ministres sont-ils juges ordinaires du contentieux administratif? Liquidation des créances de ou contre l’État. Compétence en matière de fournitures et de travaux publics*, Paris, Marescq aîné, 1863. BREMOND, J.-X., “De la juridiction des ministres”, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XV, 1886, pp. 261-272.

1623. BIGOT, G., *L’autorité...*, cit., pp. 133-135.

propició la asimilación de aquellos a los jueces de primera instancia, aunque eran Administración y no tribunales, y del Consejo a la segunda, que era la verdaderamente jurisdiccional en materia contenciosa.

La doctrina no se mostró partidaria de identificar, ni siquiera nominalmente, el control administrativo del ministro con el del juez¹⁶²⁴, porque la ley del 28 pluvioso del año VIII sólo consideraba de orden jurisdiccional al Consejo de Estado y a los consejos de prefectura, y la del 5 nivoso despojó a los ministros del poder de juzgar y los subordinó al Consejo en vía de apelación. El propio Consejo de Estado sólo ocasionalmente consideró juicios a sus procedimientos contenciosos (CE 18 de marzo de 1822, *Gabriac*; 30 de diciembre de 1822, *Marchais*), aunque, de un modo incorrecto y contradictorio, se refirió ocasionalmente a la “jurisdicción del ministro” (CE 26 de febrero de 1823, *Mouton*), a su decisión “en primera instancia” (CE 17 de abril de 1835, *Guerlin-Houel*) y a la “apelación” ante el Consejo contra las resoluciones contenciosas ministeriales (CE 2 de junio de 1819, *Dubignon*). En el sentido de utilizar una cierta identificación con las formas del poder judicial, se pronunció la ley de 18 de mayo de 1840, que previó una “apelación” ante el Consejo de Estado, y la de 18 de julio de 1851, que aludió al “juicio administrativo por el ministro”.

El “ministro-juez” fue una pseudojurisdicción sin reglas procesales, una ficción llena de limitaciones, porque se trató de impedir que el contencioso volviese definitivamente a la Administración activa, perturbando la separación entre Administración y justicia¹⁶²⁵. Los ministros no podían revisar de oficio sus decisiones, sino cuando hubiese una reclamación contenciosa (CE 7 de febrero de 1834, *Barra*). No cabía recurso contra una decisión confirmatoria de otra firme por no recurrida en plazo (CE 6 de febrero de 1822, *Fagodet*).

La recuperación por el Consejo de Estado de su rango anterior en el II Imperio invalidó la teoría y la práctica del “ministro-juez”, sobre todo cuando la aplicación del criterio del exceso de poder superó su papel anterior de segunda instancia en apelación. No se limitaba a comprobar la validez del pronunciamiento del juez inferior, sino que examinaba por sí mismo las decisiones administrativas y creaba espacios, cada vez mayores, para comprobar su adecuación a la legalidad.

1624. AUCOC, L., *Conférence...*, cit., I, p. 462. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 155-156.

1625. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 94.

También en este aspecto hubo un proceso de desapoderamiento que se inició durante la II República restringiendo el alcance de los “actos de jurisdicción” de los prefectos (CE 18 de abril de 1852, *Laurent*) o suprimiendo la necesidad de acudir a la instancia administrativa previa al Consejo (CE 25 de enero de 1851, *Passama*). Culminó con el restablecimiento de la autoridad del Consejo de Estado por el II Imperio y, sobre todo, por su decidida actuación en el control de legalidad, aunque se siguieron admitiendo *omisso medio*¹⁶²⁶, los recursos cuando estaban reconocidos. El recurso por exceso de poder ante el Consejo contra los vicios de ilegalidad supuso eliminar el control ministerial y terminó por poner fin al ministro-juez¹⁶²⁷.

Durante el II Imperio el Consejo rechazó que las decisiones ministeriales sobre derechos fuesen manifestación de un poder jurisdiccional, como la anulación de un acto que violara derechos de un administrado (CE 21 de mayo de 1862, *Bonnet*) o se cuantifica una deuda del Estado (CE 17 de enero de 1867, *Boulingre*). Admitió *omisso medio* recursos por exceso de poder contra decisiones municipales (CE 13 de febrero de 1869, *Boutiot*). El decreto de 2 de noviembre de 1864 negó la calificación de *juicios* a los actos administrativos que resolvían recursos, previó un somero procedimiento (art. 5) y la desestimación por el transcurso de un plazo de cuatro meses, que abría el acceso directo ante el Consejo (art. 7). Sin embargo, consideró juicios a algunas decisiones en recursos jerárquicos contra actos de autoridades inferiores que excedían de sus competencias (CE 11 de agosto de 1866, *Église réformée de Paris*; 21 de mayo de 1867, *Abeille*).

En la III República se produjo el abandono de la doctrina del “ministro-juez”. En el *arrêt Bougard* de 24 de junio de 1881 el Consejo rechazó la teoría del “ministro-juez” y aceptó el recurso directo contra una decisión prefectoral sobre pensiones, sin la necesidad de agotar la vía ministerial, considerando que el ministro no tenía funciones jurisdiccionales por la separación que efectuó

1626. DUCROCQ, M., *Cours...*, cit., p. 238. La expresión se refiere a que, frente a la regla general de seguir todos los grados de la jurisdicción señorial (*non omisso medio*), se saltaba el grado intermedio: “en las materias en las que hay más de dos grados de jurisdicción no se observa plenamente el orden de los grados más que en las apelaciones en materia civil; mientras que en las criminales, cuando la condena tiene pena aflictiva, la apelación contra los primeros jueces se formula siempre ante los tribunales superiores, conforme a su derecho, *omisso medio*”, según lo recogía la Ordenanza de 1670 (XXVI, art. 1).

1627. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 185-186, 226-229.

la ley de 28 pluvioso del año VIII de las funciones administrativas y las jurisdiccionales¹⁶²⁸.

En las conclusiones del Comisario del Gobierno, JAGERSCHMIDT, formuladas en CE 3 de diciembre de 1889, *Cadot*¹⁶²⁹, planteó la “supresión de la pretendida jurisdicción ministerial”, ya realizada en las resoluciones de 24 de junio de 1881, *Bougard*, y 28 de abril de 1882, *Ville de Cannes*. Adujo que la evolución lógica de la jurisprudencia conducía a que

“cuando un alcalde se ha pronunciado sobre una demanda de indemnización formulada contra un municipio, en razón de los actos administrativos producidos por sus agentes, no vemos por qué esta decisión no es remitida directamente al Consejo de Estado puesto que ni el ministro, ni el Consejo de Prefectura, ni los tribunales judiciales tienen capacidad para conocer de ella”.

Esta exposición y la decisión CE 3 de diciembre de 1889, *Cadot*, se han considerado el fin de la “administración/ministro-juez”¹⁶³⁰ insistiendo en que los ministros no tenían autoridad jerárquica ni de mando, sino de vigilancia, sin poder sustituir las decisiones de los consejos generales o municipales. Asumió su total competencia en la materia como juez común sobre los recursos de anulación de los actos administrativos y de las reclamaciones sobre indemnización contra las colectividades públicas¹⁶³¹. Invocó las resoluciones del Consejo de Estado de 24 de junio de 1881 (*Bougard*) y 28 de abril de 1882 (*Ville de Cannes*) para argumentar la admisibilidad de la impugnación directa ante el Consejo de Estado por la vía contenciosa, porque no competía ni al prefecto ni al ministro pronunciarse con carácter previo, salvo en los casos establecidos expresamente por la ley. A juicio del Consejo,

“pensamos que, donde exista una autoridad que tenga un poder de decisión propio y pueda adoptar decisiones administrativas ejecutivas, puede surgir un debate contencioso y el Consejo puede intervenir directamente”.

1628. Fue reiterado el 28 de abril de 1882, *Ville de Cannes*.

1629. LONG, M, WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 27-29.

1630. CHEVALLIER, J., “Réflexions sur l’arrêt Cadot”, *Droits. Revue française de théorie juridique*, 9, 1989, pp. 88-89.

1631. LONG, M, WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 27-29.

Como se recoge en el epígrafe siguiente, ya al final del II Imperio la evolución y el progreso del recurso por exceso de poder hizo innecesaria esta vía, porque se planteó el recurso directo contra el acto administrativo que violase un derecho reconocido por la ley (CE 13 de marzo de 1867, *Bizet*).

Más recientemente esta posibilidad se ha rechazado, con base en la Convención europea de Derechos del Hombre (SSTEDH 23 de octubre de 1985, *Bentham*; 25 de octubre de 1989, *Allan Jacobsson*), que exige el acceso directo a la jurisdicción y un proceso equitativo (CE 25 de junio de 1990, *GISTI*)¹⁶³².

3. El recurso por exceso de poder

AUCOC afirmó que entre las creaciones de la jurisprudencia del Consejo de Estado para el control del ejercicio del poder administrativo “ninguna más original y que nos parezca que es la que mejor se merece poner de relieve es la institución del recurso por exceso de poder”, que afecta a todas las “quejas que por su naturaleza puedan ser apreciadas por un tribunal”¹⁶³³. Era un medio de garantía de los derechos de los ciudadanos y para asegurar la marcha regular de la Administración, que fue consagrado definitivamente por la Ley de 24 de mayo de 1872. JÈZE lo consideró “la más maravillosa creación de los juristas, el arma más eficaz, la más práctica, la más económica que existe en el mundo para defender las libertades”¹⁶³⁴.

A juicio de GARCÍA DE ENTERRÍA, el recuso por exceso de poder contribuyó al mito historicista de una jurisdicción administrativa singularísima, “casi un milagro de la historia y de la imaginación creadora de una institución mitificada, el *Conseil d’Etat*”. Este había sido capaz de realizar el milagro

“de articular un prodigioso remedio procesal con el cual se mantenía intacto el mítico dogma de la ‘separación’ entre la Administración y los Tribunales (dogma en el cual se justificaba la falta de poderes de ejecución del juez contencioso para

1632. STEDH 18 de febrero de 1991, *Fredin*.

1633. AUCOC, M. L., *Des recours...*, p. 5.

1634. Citado por RIVERO, J., “Le huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir”, en LAUBADÈRE, A., MATHIOT, A., RIVERO, J., VEDEL, G., *Pages...*, cit., II, pp. 329-334.

poder imponer la ejecución forzosa de sus fallos a una Administración dispuesta a no cumplirlos; ejecución forzosa que equivalía, según la arcaica mitología, a *faire acte d'administration*)”¹⁶³⁵.

El recurso por exceso de poder es “un juicio de la legalidad de una decisión administrativa, con base en sus motivos y en la fecha en que se controla”¹⁶³⁶. Como recurso de anulación es abierto y gratuito, ha sido valorado como la “garantía efectiva del dispositivo de encuadramiento de la autoridad administrativa por el derecho, anulando los actos ilegales que le son deferidos”, pieza de un sistema de derecho administrativo considerado “apto para conciliar las exigencias de la acción administrativa con las garantías de los derechos individuales”, del que el Consejo de Estado es la “clave de la bóveda y el principal artesano”¹⁶³⁷. Ha sido calificado de recurso “democrático”, a partir de que el Consejo de Estado lo admitiera para cuestionar la legalidad de un acto administrativo, concluir en su anulación y, en algunos casos, producir una indemnización (CE 8 de marzo de 1912, *Lafage*¹⁶³⁸), sin considerar la distinción entre recurso por exceso de poder y recurso de plena jurisdicción, así como la aportación de técnicas de control que se han introducido por medio de este recurso¹⁶³⁹.

En el proceso de configuración de los recursos, GARCÍA DE ENTERRÍA distinguió entre el recurso “de plena jurisdicción”, que perseguía la objetividad en las actuaciones administrativas, a fin de evitar que la exención subjetiva del juez civil, fuera utilizada en beneficio de la Administración, y el recurso de anulación con la denuncia por los ciudadanos de “graves irregularidades” en su actuación, como la incompetencia, la invasión de funciones de los jueces civiles y, más adelante, la violación directa de la ley. Se planteó dentro de la anulación que se llevara a cabo por la desviación de poder, esto es, por la utilización de un poder para fines distintos de los que lo justificaban legalmente. Así se formuló el recurso por “exceso de poder” en el que el Consejo de Estado actuó

1635. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Las transformaciones...*, cit., pp. 83-84.

1636. MASSOT, J., GIRARDOT, T., “Le Conseil...”, cit., p. 122.

1637. LOSCHAK, D., “Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire?”, *Pouvoirs*, 46, 1998, p. 43.

1638. LONG, M, WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 104-107. REDOR, M.-J., *De l'Etat legal...*, cit., p. 229.

1639. HEILBRONNER, A., “Recours...”, cit., p. 183.

como “conciencia de la Administración”, y, posteriormente, por “desviación de poder”¹⁶⁴⁰.

RIVERO presentó el recurso por exceso de poder como un recurso de anulación ante el Consejo de Estado, fundado en la violación de la regla de Derecho: “un recurso contencioso por el cual todo interesado puede demandar al juez administrativo reconocer que una decisión administrativa es ilegal y pronunciar su anulación”¹⁶⁴¹.

El recurso por exceso de poder tiene las siguientes características:

a) Es un recurso distinto del recurso de pleno contencioso, que también se apoya en la violación de la norma y en que se ha violado un derecho subjetivo, y de los recursos administrativos que pueden hacerlo en la oportunidad o la equidad¹⁶⁴². Su sentido de la legalidad es más amplio hasta el punto de haberse sostenido que controla la moralidad¹⁶⁴³ o la oportunidad¹⁶⁴⁴, porque el Consejo “no duda en transformar en reglas de derecho las normas morales e incluso ciertas bases de apreciación de la legalidad”.

b) Es un recurso de anulación contra un acto administrativo para hacerlo desaparecer de modo absoluto y definitivo, pero no busca la condena de la persona jurídica que lo ha producido.

c) Es un recurso de carácter objetivo, porque es un proceso al acto que busca la sanción de una regla de Derecho, no el reconocimiento de un derecho subjetivo. Sin embargo, este carácter se ha reducido en cuanto se admite la presencia de terceros en la instancia para apoyar a una de las partes sin pretender

1640. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Las transformaciones...*, cit., p. 47.

1641. RIVERO, J., *Précis...*, cit., p. 218.

1642. EISENMANN, CH., “Jurisdiction et logique”, en *Mélanges Marty*, Toulouse, 1975, p. 285, relaciona la equidad con la formas de atemperar la norma o de resolver sin referencia a ella, por “juicios de pura equidad o intuitivos, es decir, sin las premisas de las reglas, aplicando el sentimiento del juez sobre los hechos y las circunstancias del espacio”. Puede utilizarse como un fin de la acción jurisdiccional, como ocurrió en CE 21 de junio de 1985, *Cames*.

1643. DOKHAN, D., “Le Conseil ...”, cit., pp. 768 y ss. HAURIOU, M., “Note sur CE 26 juin 1908, *Daraux*”, *Sirey*, 1909-3-129, afirmó que “en el procedimiento de ‘renvoi à l’Administration pour faire ce que de droit’, tras la anulación de una primera decisión, o incluso sin anulación [...] no hay un mandato a la autoridad administrativa; no hay más que una llamada elocuente a la moralidad administrativa. Jamás había sido tan evidente que la teoría del recurso por exceso de poder es una teoría de moral jurídica antes que de puro derecho”.

1644. Se ha considerado como tal la proporcionalidad entra la medida y los hechos para los cuales se ha adoptado (CE 19 de mayo de 1933, *Benjamin*; 28 de mayo de 1971, *Ville Nouvelle Est*).

obtener ventajas¹⁶⁴⁵, o terceros opuestos (*tierce opposition*) que no han estado en la instancia ni en la apelación¹⁶⁴⁶.

d) Es un recurso abierto: “incluso sin texto contra todo acto administrativo” (CE 17 de febrero de 1950, *Dame Lamotte*)¹⁶⁴⁷ para asegurar el respeto de la legalidad. Está abierto incluso “si ha sido descartado por el legislador cualquier otro recurso”¹⁶⁴⁸. Cuando una disposición dispone que un acto no es susceptible de recurso se entiende que excluye a todos los recursos, menos al de exceso de poder.

e) Es un recurso al acto administrativo unilateral que, según VÉDEL¹⁶⁴⁹, excluye

- los actos realizados por personas o grupos privados, salvo los casos en que, en virtud de una “misión de servicio público” de la que estén investidos, las agrupaciones privadas han recibido de la ley la prerrogativa de tomar decisiones ejecutorias (CE 31 de julio de 1992, *Montpeur*);
- los actos de las autoridades extranjeras;
- los actos de las autoridades judiciales;
- los actos de las autoridades parlamentarias, particularmente la ley;
- los actos que el Gobierno o el Jefe del Estado desarrollan en sus relaciones con el Parlamento o en la dirección de las relaciones internacionales;
- los actos referidos a la gestión del dominio privado con la reserva de los actos reglamentarios adoptados conforme a las prerrogativas del poder público de la Administración;
- los actos de los órganos gestores de los servicios públicos con gestión privada (servicios públicos industriales y comerciales principalmente), salvo los reglamentos de organización general del servicio.

1645. CE 1 de diciembre de 1972, *Delle Obrégo*.

1646. El tercero que no estuvo en la instancia puede formular una *tierce opposition* (CE 29 de noviembre de 1912, *Boussuge*). CE 10 de diciembre de 2004, *Société Resotim*, permite a un tercero no incorporado a la causa cuestionar una decisión que perjudica a sus derechos y plantear su revisión ante la jurisdicción que la ha tomado. DUBOUCHET, P., “La tierce-opposition en droit administratif. Contribution à une théorie normative de l’institution”, *RDP*, 3, 1990, pp. 709-766. TOMKIEWICZ, V., “La protection du tiers dans le contentieux de la légalité des actes administratifs individuels créateurs de droit”, *RDP*, 5, 2006, pp. 1.275-1.300.

1647. LONG, M, WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 325-328.

1648. Conclusiones DELVOLVÉ sobre CE 17 de febrero de 1950, *Dame Lamotte*, invocando el artículo 18 bis de la Ordenanzas de 21 de abril de 1944, y CE 7 de febrero de 1947, *Aillières*.

1649. VEDEL, G., *Droit administratif*, Paris, PUF, 1973, p. 557.

3.1. Su formulación por el Consejo de Estado y la legislación

3.1.1. *Los hitos históricos*

En la creación jurisprudencial del recurso por exceso de poder AUCOC distinguió varios momentos¹⁶⁵⁰:

1) Inicialmente se planteó como un recurso directo contra las resoluciones de los prefectos dictadas con incompatibilidad, que afectaban a las competencias de los tribunales judiciales o las jurisdicciones administrativas¹⁶⁵¹.

2) Durante la Restauración, una ordenanza de 28 de noviembre de 1818 formuló la teoría del recurso: “Ante nos y nuestro Consejo de Estado deben ser atribuidos los actos administrativos impugnados por incompetencia y exceso de poder”.

3) El pronunciamiento de 27 de julio de 1820 exigió la previsión legal del recurso en relación con las decisiones del jurado de revisión del reclutamiento de la ley de 10 de marzo de 1818, que fue modificado el 21 de enero de 1829, decidiendo sobre la revisión por la fuerza de las cosas y con el fin de proteger el interés privado.

4) La Monarquía de Julio estableció la publicidad de las sesiones por la ordenanza de 2 de febrero de 1831 y la resolución del Consejo de 15 de julio de 1832 admitió que las decisiones de los jurados pudieran impugnarse por incompetencia o exceso de poder, invocando la ley de 7-14 de octubre de 1790, a pesar de que no lo previó la ley de 22 de marzo de 1831. Lo volvió a realizar en relación con la ley de reclutamiento de 21 de marzo de 1832 (CE 10 de mayo de 1837, *Tescher*) y con la ley de 17 de julio de 1837 del jurado de revisión de la guardia nacional del departamento del Sena.

5) A partir de 1839 asumió el control de los actos de los consejos generales de los departamentos por el recurso de exceso de poder sobre las materias de

1650. AUCOC, M. L., *Des recours...*, cit., pp. 17-30.

1651. La incompatibilidad fue establecida por los artículos 22 de la ley de 18 de julio de 1845 y del Decreto de 22 de enero de 1852, y 20 de la Ley de 24 de mayo de 1872. El artículo R. 212-1 CJA prohíbe a los miembros de la justicia administrativa “atentar a los principios generales relativos a la composición de las jurisdicciones”. Sostuvo que el magistrado autor o partícipe en la elaboración de una decisión no podía formar parte de la formación jurisdiccional que conozca posteriormente de la misma cuestión jurídica (CE 30 de noviembre de 1994, *Pinto*; 5 de abril de 1996, *Syndicat des avocats de France*).

su propia competencia como la ordenación de los caminos vecinales de gran comunicación (CE 3 de mayo de 1839, *Commune de Montgaroult*; 19 de febrero de 1940, *Ville de Saint-Étienne*).

6) La ley de 3 de marzo de 1849 añadió al recurso por exceso de poder de los ciudadanos un derecho del Ministerio de Justicia contra los actos administrativos contrarios a la ley (art. 43).

7) El decreto de 25 de marzo de 1852 de descentralización administrativa atribuyó a los prefectos la decisión de numerosos asuntos, que antes eran de la competencia ministerial o del Consejo de Estado, lo que permitió el desarrollo del recuso por exceso de poder¹⁶⁵².

8) Tras la revolución de 1870 la comisión creada en la Asamblea para revisar el Consejo de Estado, no sólo lo mantuvo sino que amplió su competencia en el artículo 88 de la Ley de 10 de agosto de 1871, sobre los Consejos generales, por medio de un recurso por exceso de poder o por violación de la ley o de un reglamento de Administración pública contra las decisiones de las comisiones departamentales en las materias en que sustituían a los prefectos. Supuso una importante ampliación del ámbito material del recurso.

9) La ley de 24 de mayo de 1872 mantuvo en el Consejo de Estado la decisión del recurso por exceso de poder contra las decisiones de diversas autoridades, convirtiéndolo en soberano al dotarle de jurisdicción delegada. El artículo 9 le atribuyó decidir sobre “los recursos en materia contencioso administrativa, y sobre las demandas de anulación por exceso de poder formuladas contra los actos de las diversas autoridades administrativas”¹⁶⁵³. Como expuso el comisario DAVID, la ley de 1872 atribuyó al Consejo “una autoridad propia que no tenía antes [...] un deber más imperioso que nunca de mantenerse en sus exactos límites”¹⁶⁵⁴.

1652. Esta posibilidad dio lugar a que el Consejo se pronunciara en relación con numerosos conflictos sobre delimitación de cauces públicos (CE 4 de abril de 1845, *Barsalon*; 31 de marzo de 1847, *Balias de Soubran*; 19 de julio de 1860, *Port de Bercy*; 23 de mayo de 1861, *Coquart*; 3 de diciembre de 1863, *Meurillon*; 12 de diciembre de 1866, *Follin*).

1653. En los mismos términos se expresó el artículo 5 de la Ordenanza de 31 de julio de 1945. El artículo 1 del Decreto 53-954 de 30 de septiembre de 1953 declaró que el Consejo de Estado “era competente para conocer en primera y última instancia [...] de los recursos por exceso de poder formulados contra los decretos reglamentarios o individuales”.

1654. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 243.

10) La ley de 27 de julio de 1872, sobre reclutamiento, autorizó el recurso por incompetencia o exceso de poder contra las decisiones del Consejo de Revisión (art. 30).

Como en todo proceso histórico, en 1826, al final de la Restauración, se dieron los primeros pasos para hacer real el paradigma de la legalidad por medio del control de la actividad administrativa. Expuso BURDEAU que las decisiones basadas en el exceso de poder son

“la ejecución de una tutela contenciosa, expresión de un poder de policía jurídica. Simultáneamente, el poder administrativo está herido en su antigua autonomía: precisa tener en cuenta en lo sucesivo la eventual censura de la legalidad de su acción por el juez, sólo externa por ahora. Por este medio, la figura del Estado legal adquiere forma, por muy imprecisa que parezca todavía”¹⁶⁵⁵.

Con esta técnica, “el Derecho administrativo de los orígenes fue la disciplina que el poder impuso a la potestad de su Administración” para legitimarla¹⁶⁵⁶. Precisamente durante un régimen autoritario como el del II Imperio el Consejo multiplicó la admisibilidad de los recursos por exceso de poder, porque, ante la falta de representación política, se possibilitó a los ciudadanos transmitir su descontento hasta el jefe del Estado por medio del Consejo, como explicó AUCOC:

“el Gobierno, sobre el que recae la responsabilidad de las faltas de sus agentes, tiene gran interés en que las demandas que elevan puedan llegar hasta él, porque las quejas más mínimas pueden, si se multiplican, provocar graves descontentos”; [por lo que el recurso por exceso de poder es un] “tipo de válvula de seguridad que debe estar siempre abierta”¹⁶⁵⁷.

El oportunismo de una medida que compensase el autoritarismo del régimen y la pérdida de libertad política por un mayor control del poder administrativo fue destacado también por LAFERRIÈRE:

“Los espíritus juiciosos reconocieron que el poder central era el primer interesado en que las personas perjudicadas por un acto administrativo ilegal

1655. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 172-173.

1656. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 78.

1657. AUCOC, L., *Conférences...*, cit., I, p. 394. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 158-159.

pudiesen obtener satisfacción por vías regulares. El estado político del país no permitía que estas satisfacciones se obtuvieran por la acción de los ministros responsables, por un Parlamento independiente [...] Se pensó que era más prudente articular una salida para los descontentos, una reparación a las quejas legítimas, una solución cuasijudicial a los litigios que tenía el riesgo de exasperar la falta de jueces”¹⁶⁵⁸.

El decreto de 2 de noviembre de 1864 supuso un paso importante en el progreso del control de legalidad de la Administración, porque dotó al recurso por exceso de poder de un régimen procesal que lo convirtió en una modalidad de un único recurso contencioso, que se manifestaba en dos vías:

a) La primera, la del “contencioso administrativo propiamente dicho”¹⁶⁵⁹, que terminó siendo el “contencioso pleno” o “de plena jurisdicción”, con la sustitución por el juez de la decisión de la Administración.

b) La segunda, el “recuso por exceso de poder”, para comprobar si la Administración actuaba dentro de los límites del poder otorgado por el ordenamiento, anulándolo si no lo hubiera hecho y ordenando que la autoridad competente realizase correctamente lo que debía hacer, llegando a sustituirla respecto a actos administrativos (CE 12 de mayo de 1869, *Dame Clément*) o liquidaciones de gastos (CE 9 de marzo de 1879, *Ville de Nemours*)¹⁶⁶⁰.

Durante la III República se produjo un estancamiento del recurso por exceso de poder, a pesar de que la ley de 24 de mayo de 1872 atribuyó al Consejo de Estado la justicia delegada y le encomendó resolver “soberanamente sobre los recursos en materia contencioso-administrativa y sobre las demandas de anulación por exceso de poderes formulados contra los actos de las diversas autoridades administrativas” (art. 9). El carácter del nuevo régimen republicano, frente al autoritarismo imperial, partió de la responsabilidad del Gobierno ante el Parlamento, lo que reducía la necesidad de establecer mecanismos de

1658. LAFERRIÈRE, F., *Origine et développement historique du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1876, p. 159. Citado por BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 159.

1659. AUBY, J. M.-DRAGO, R., *Traité de contentieux administrative*, I, Paris, LGDJ, 1975, pp. 9-10, asignaron a la expresión contencioso administrativo un sentido amplio que “designa los litigios que pueden nacer de la actividad de las administraciones públicas y los procedimientos que permiten resolverlos. [...] en tanto que rama del Derecho se definirá como el conjunto de reglas jurídicas que rigen la solución por vía jurisdiccional de los litigios administrativos”.

1660. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 182.

legitimación externa por medio de los recursos contra los actos de aquel, como la “válvula de seguridad” a que aludió AUCOC.

La Ley de 1872 fue decisiva para establecer la naturaleza jurídica del recurso. Una primera opinión lo consideró como un recurso administrativo y jerárquico basado en la justicia retenida y en la consideración de la superioridad jerárquica del Jefe del Estado sobre la Administración, emplazando al Consejo de Estado en el nivel superior de la organización administrativa. Era graciable en cuanto que la discrecionalidad suponía la libertad administrativa y la falta de ilegalidad, aunque pudiera afectar a intereses, pero no a derechos, para cuya defensa era preciso utilizar la vía contenciosa. Por el contrario, su consideración como recurso jurisdiccional implicaba la independencia del juez administrativo respecto a la Administración activa y equiparaba las jurisdicciones administrativa y contenciosa. Esta consideración ha sido decisiva en el proceso de construcción del Estado de Derecho, sometiendo al Estado y su Administración¹⁶⁶¹.

BIGOT atribuye a Édouard LAFERRIÈRE la responsabilidad por mantener el recurso por exceso de poder en el control exclusivamente jurídico y el rechazo de la aplicación amplia de la ley de 7-14 de octubre de 1790 realizada durante el II Imperio, que le impidió avanzar en el control de fondo de los actos y produjo un retroceso en cuanto a las exigencias de admisibilidad sobre los plazos y la competencia¹⁶⁶². Sin embargo, es destacable el progreso logrado en el control de la legalidad durante la III República que, además de consolidar la forma de gobierno, lo hizo con el Consejo en régimen de jurisdicción delegada y de la consagración del recurso por la ley de 1872.

Frente a la extensión y universalidad adquirida por el recurso por exceso de poder durante el II Imperio, LAFERRIÈRE afirmó que no todos los actos eran susceptibles de impugnación, sino que,

“para que el recurso fuera admisible, es preciso que exista una decisión susceptible de ser ejecutiva; si la Administración está limitada para manifestar intenciones que no pudieran realizarse más que por actos posteriores, la parte debe esperar a que estos actos le afecten”¹⁶⁶³.

1661. REDOR, M.-J., *De l'Etat legal...*, cit., pp. 186-192.

1662. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 208.

1663. LAFERRIÈRE, E., *Traité...*, cit., p. 397. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 209.

A partir de afirmar la admisibilidad limitada del recurso por exceso de poder se precisó su alcance:

a) Se invocó un precedente (CE 22 de enero de 1863, *Princesse de la Moskowa*) para rechazar el recurso contra meras declaraciones administrativas en una discusión con una parte (CE 6 de julio de 1877, *Rousset*; 17 de febrero de 1888, *Veynières et Giraudon*; 24 de abril de 1896, *Département de la Sein*).

b) Los actos de instrucción no eran impugnables, porque “no tienen carácter de decisión” (CE 24 de enero de 1857, *Fabrique de Taupont*; 9 de febrero de 1870, *Commune de Beaumont-le-Roger*; 16 de enero de 1880, *Fabrique d’Astaffort*). Tampoco lo eran los actos de requerimiento (CE 24 de diciembre de 1875, *Béhic*; 5 de abril de 1884, *Cie parisienne du Gaz*).

c) El recurso debiera formularse dentro del plazo para impugnar de tres meses con base en el decreto de 22 de julio de 1806 (CE 24 de enero de 1879, *Demoiselle Lemarois*), tratando de evitar que una lectura laxa hiciera posible la impugnación de decisiones ejecutada después de mucho tiempo, como ocurrió al cabo de cuarenta y ocho años (CE 13 de abril de 1881, *Bansais*; 30 de noviembre de 1894, *Mortureux*).

d) Para considerar la admisibilidad del recurso por exceso de poder era necesaria la legitimación para hacerlo, porque, como expuso LAFERRIÈRE,

“la calidad requerida para formular un recurso nace del interés directo y personal que la parte pueda tener en la anulación del acto [...] que no puede confundirse con el interés general e impersonal que todo ciudadano puede tener en que la Administración actúe dentro de los límites de la legalidad”¹⁶⁶⁴.

Se tradujo en la afección directa por el acto, reconocida por establecer obligaciones a un colectivo profesional (CE 30 de julio de 1880, *Brousse*; 25 de marzo de 1887, *Syndicat des propriétaires de bains de Paris*), pero rechazada por invocar la simple condición de contribuyente (CE 22 de enero de 1886, *Castex*) o por no ser propietario limítrofe con un camino (CE 4 de marzo de 1892, *Clerc*).

3.1.2. *La expansión del recurso en el siglo XX*

En un comentario al *arrêt Merlin* de 29 de junio de 1900 señaló HAURIUO el peligro que representaba el que el recurso por exceso de poder no fuera objeto

1664. LAFERRIÈRE, E., *Traité...*, cit., pp. 405 y 406. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 211-212.

de nuevos desarrollos y pudiera inmovilizarse. Sin embargo, en los primeros años del siglo se desarrolló el régimen de la admisibilidad, los medios de anulación y nuevas reglas, coincidiendo con la expansión de recurso, todo lo cual contribuyó al crédito del Consejo de Estado en un momento de descrédito del parlamentarismo y de politización de la Administración durante la III República.

Gaston JÈZE denunció “la tendencia de las democracias y de los gobiernos de los partidos [...] a hacer de los servicios públicos un arma de la lucha política” y su pretensión de “someter a los funcionarios al control despótico de los políticos”, de modo que el partidismo “infesta la Administración. La influencia nefasta de los políticos tiende a falsear el funcionamiento administrativo y a transformar los poderes confiados a los agentes administrativos para el servicio público en instrumentos de tiranía”. En este ambiente hay que situar los pronunciamientos del Consejo en *Delpèch* de 20 de enero de 1911 y *Trépont* de 20 de enero de 1922, que pusieron en evidencia las conductas de control electoral y la imposición ministerial. De este modo el Consejo sostuvo un criterio de Estado y de control de la legalidad frente a la Administración de conveniencia, para salvarlos del naufragio a que llevaba el “parlamentarismo absoluto”¹⁶⁶⁵.

A partir de 1901 se produjeron importantes cambios jurisprudenciales en los que los autores vieron algo más que el progreso en el control de la legalidad. HAURIUO consideró que se trataba de asegurar la “buena administración”. El comisario CORNEILLE atribuyó al Consejo una función “de superior jerárquico de las autoridades administrativas”. DUGUIT consideró al juez administrativo por exceso de poder el guardián de la legalidad, porque, aunque se controlen los hechos y la valoración de los motivos, “no se aprecia la oportunidad, sino la legalidad, porque en los términos de la ley una decisión no es regular más que si se ajusta a los hechos que la condicionan”¹⁶⁶⁶.

El recurso por exceso de poder fue la base para que el Consejo de Estado construyera “todo el sistema de Derecho Administrativo formalizado y sistematizado ya con una rara perfección desde los orígenes del siglo XX”, incorporando tras la segunda posguerra la infracción de los principios generales

1665. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 256-259.

1666. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 269.

del Derecho¹⁶⁶⁷. GARCÍA DE ENTERRÍA expuso el trascendente significado que tuvo este recurso como procedimiento objetivo de “recurso al acto de mandato y poder público” (*fait à un acte*) como lo calificó LAFERRIÈRE, para anularlo sin poder enmendarlo ni reemplazarlo “sólo por ilegalidad, no por inoportunidad o falsa apreciación de los hechos”¹⁶⁶⁸:

“limitaba su fallo a la anulación del acto o a su absolución, sin posibilidad de ningún otro pronunciamiento. No cabían, pues, sentencias de condena, que impusieran a la Administración cualquier conducta, ni el juez podría tampoco sustituir en ningún sentido el contenido del acto en su caso anulado, lo cual se explicaba por la negación al juez administrativo de la posibilidad de dictar ‘actos de administración’, conforme aun al ya viejo principio revolucionario de ‘separación’ entre la justicia y la Administración”¹⁶⁶⁹.

Sin embargo, a lo largo del siglo XX el perfeccionamiento del recurso fue ampliando el alcance del control y de sus efectos, con una mutación de su significado originario en los siguientes aspectos:

a) Legitimación activa.

El recurso se perfiló en cuanto a la legitimación activa por el alcance de la noción de interés y la admisibilidad del recurso (*qualité pour agir*) que dio mayor alcance al recurso por exceso de poder en cuanto a la admisibilidad (6 de abril de 1900, *Mairie de Jargeau*; 7 de junio de 1902, *Mairie de Nérilles-Bains*¹⁶⁷⁰). Con ello se sentaron las bases para la transformación del puro recurso objetivo de legalidad en un recurso de defensa de intereses subjetivos y, por tanto, de las concepciones sobre la naturaleza del recurso. Se exigía un

1667. Como se ha expuesto en el capítulo anterior, el Consejo de Estado los ha aplicado a numerosos supuestos. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La lucha contra las inmunidades del poder”, *RAP*, 38, 1962, pp. 159-205; Madrid, Civitas, 1974, 1979, 1983, 1989.

1668. LAFERRIÈRE, E., *Traité...*, cit., I, p. 17. LAUBADÈRE, A., VENEZIA, J.-C., GAUDEMET, Y., *Traité...*, cit., p. 462.

1669. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Las transformaciones...*, cit., pp. 52-53. Jean RIVERO tuvo una actitud crítica respecto al recurso y su alcance: “Le système français de protection des citoyens contra l’arbitraire administratif à l’épreuve des faits” y “Le Huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir”, recogidos en LAUBADÈRE, A., MATHIOT, A., RIVERO, J., VEDEL, G., *Pages...*, cit., I, pp. 563-580, II, pp. 329-334.

1670. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 44-47.

interés “directo y personal, que no puede confundirse con el interés general e impersonal que todo ciudadano pueda tener a que la administración actúe dentro de los límites de la legalidad” (LAFERRIÈRE). Constituía una exigencia para poder formular el recurso de naturaleza objetiva y que fuera admisible para conseguir el fin de invalidar las irregularidades en los actos facultativos y discrecionales de la Administración. Sin embargo, la doctrina fue haciendo prevalecer la consideración del carácter objetivo del recurso, considerando secundaria la exigencia del interés subjetivo a efectos de admisibilidad, aunque la ampliación de aquél posibilitaba hacer eficaz el control jurídico cuando era débil el político¹⁶⁷¹.

Se reconoció legitimación a los miembros de las asambleas deliberantes y consejeros municipales o generales contra sus decisiones (CE 14 de mayo de 1903, *Bergeon*), al contribuyente (CE 29 de marzo de 1901, *Casanova*¹⁶⁷²; 29 de diciembre de 1905, *Petit*; 6 de abril de 1906, *Camus*), a los electores (CE 14 de julio de 1903, *Commune de Massat*; 7 de agosto de 1903, *Chabot*), a los propietarios colindantes con vías públicas (CE 3 de febrero de 1905, *Storck*), a los habitantes de un barrio sobre el itinerario del tranvía (CE 21 de diciembre de 1906, *Syndicat de Croix de Séguy-Tivoli*¹⁶⁷³), a los contribuyentes del departamento (CE 27 de enero de 1911, *Richemon*), a las asociaciones y sindicatos en defensa de intereses corporativos (CE 1 de febrero de 1907, *Syndicat des patrons coiffeurs de Marseille*; 11 de diciembre de 1908, *Association professionnel des employés civils de l'Administration centrale du Ministère de Colonies*; 17 de enero de 1913, *Fedel et Fédération nationale des professeurs de lycées*)¹⁶⁷⁴.

Se aceptó la incorporación del tercero en oposición (*tierce-opposition*) que, aunque no hubiese sido llamado ni participado en la instancia, podía oponerse a la decisión que perjudicaba a su derecho (CE 10 de junio de 1910, *Aubry et Bretot*; 29 de noviembre de 1912, *Boussuge*¹⁶⁷⁵).

1671. REDOR, M.-J., *De l'Etat legal...*, cit., pp. 192-199.

1672. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 35-38.

1673. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 67-69.

1674. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 261-267.

1675. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 113-117. CE 10 de diciembre de 2004, *Société Resotim*, permite a un tercero no incorporado a la causa cuestionar una decisión que perjudica a sus derechos y plantear su revisión ante la jurisdicción que la ha adoptado.

Este proceso de ampliación de los legitimados supuso, como expuso GARCÍA DE ENTERRÍA, que el Consejo reconoció

“una qualité pour agir o legitimación individual, que se concretará en algún ‘interés’, de modo que la vía no se va a diluir en la mera denuncia de abstractas irregularidades administrativas, sino que recibe aquí su primera y básica subjetivización que hace de él, en la conciencia de los recurrentes, un medio de defensa de sus intereses efectivos. No obstante lo cual, el recurso se sigue afirmando como ‘objetivo’, en el sentido de que, por una parte, ese requisito sólo aparece como relevante en la fase de admisión del recurso, pero, en segundo lugar, no tendrá luego efecto alguno en cuanto al pronunciamiento sobre el fondo, que se limita a la anulación o la absolución del acto impugnado, según que infrinja o no infrinja la Ley, sin pronunciamiento subjetivo alguno respecto al recurrente”¹⁶⁷⁶.

b) La motivación de los actos administrativos discrecionales.

Para posibilitar el control de legalidad de los actos administrativos discrecionales se exigió la motivación de la disolución de un Consejo municipal porque el Estado de Derecho ha de eliminar la arbitrariedad (CE 31 de enero de 1902, *Grazietti*), de la declaración de utilidad pública (CE 24 de julio de 1911, *Schoelcher*), de la suspensión o revocación de un alcalde (CE 28 de junio de 1912, *Boisselet*) o de denegación de una autorización viaria (CE 4 de agosto de 1922, *Compagnie du Bourbonnais*).

c) La ampliación de los supuestos de violación de ley.

Se negó la existencia de derechos adquiridos derivados de la ilegalidad (CE 11 de diciembre de 1903, *Lot*¹⁶⁷⁷). Se consideró ilegal el favoritismo en los nombramientos (CE 18 de marzo de 1904, *Savary*), los abusos ministeriales (CE 1 de junio de 1906, *Alcindor*), las declaraciones de utilidad pública tras haber realizado la expropiación (CE 12 de noviembre de 1909, *Frères de Ploermel*), adjudicaciones arbitrarias (30 de marzo de 1906, *Ballande*), el establecimiento de tasas directas (CE 28 de julio de 1905, *Boitel de Dieuval*) o contribuciones indirectas (CE 28 de febrero de 1913, *Breil*). Un pronunciamiento decisivo sobre la ampliación del campo de la anulación fue CE 8 de

1676. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Las transformaciones...*, cit., pp. 48-50.

1677. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 56-58.

marzo de 1912, *Lafage*¹⁶⁷⁸, sobre una condena pecuniaria por pago de derechos a un médico del ejército colonial, así como CE 8 de marzo de 1912, *Schlemmer*, sobre un débito.

d) Consagración de la teoría de los actos separables.

Supusieron, como se ha expuesto, la posibilidad de reducir los actos del gobierno en beneficio del control de legalidad de los elementos administrativos, así como diferenciando el proceso interno de formación de la voluntad y el negocio jurídico posterior en materia de contratos (CE 11 de diciembre de 1903, *Commune de Gorre*; 4 de agosto de 1905, *Martin*¹⁶⁷⁹).

e) La valoración de la exactitud de los hechos determinantes y sus circunstancias.

Se siguió profundizando en la comprobación de los hechos (CE 28 de junio de 1907, *Monod*) principalmente en materia sancionadora (CE 31 de octubre de 1913, *Mourgues*; 18 de junio de 1905, *Ponsonaille*; 14 de enero de 1916, *Camino*¹⁶⁸⁰) y al patrimonio monumental (CE 4 de abril de 1914, *Gomel*¹⁶⁸¹).

Se superó la única valoración de la exactitud de los hechos para incorporar la de las circunstancias de hecho que permitan apreciar los motivos de la resolución impugnada (CE 30 de noviembre de 1906, *Denis*), respecto a los reglamentos sanitarios (CE 5 de junio de 1908, *Mara*), la policía del culto (CE 19 de febrero de 1909, *Abbé Olivier*¹⁶⁸²; 1 de mayo de 1914, *Abbé Didier*) y el régimen disciplinario (CE 20 de enero de 1922, *Trépont*).

f) Impugnabilidad de los reglamentos de organización y los decretos-leyes.

Se había excluido del control los reglamentos de organización, inadmitiendo la impugnación por atribuir a la Administración un poder de carácter legislativo y significado político, reservándolo para los reglamentos ordinarios. Se les extendió el control de legalidad por exceso de poder (CE 6 de diciembre de 1907, *Compagnies de l'Est, du Midi, du Nord, du PLM, de l'Orleans et de*

1678. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 104-107.

1679. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 64-67.

1680. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 127-128.

1681. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 121-126.

1682. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 85-88.

l'Ouest) y también a los decretos-leyes (CE 3 de agosto de 1918, *Chargeurs d'Extrême-Orient*)¹⁶⁸³.

g) Progresivo acotamiento de los actos de gobierno.

Como se ha expuesto, se ha ido acotando progresivamente el alcance de los actos políticos del gobierno sobre las relaciones internacionales, la extradición y los procesos electorales, incorporando la teoría de los actos separables. Destacan los relativos al régimen de los extranjeros (CE 4 de enero de 1918, *Graty*; 11 de enero de 1920, *Reznicek*), así como los actos de las autoridades consulares (CE 1 de agosto de 1919, *Cauwenberghe*; 14 de noviembre de 1913, *Lantier*).

h) La unificación del contencioso de las personas jurídicas.

Por la asimilación al Estado de las entidades locales (CE 3 de febrero de 1893, *Consistoire de l'Eglise réformé de Paris*; 13 de diciembre de 1889, *Cadot*¹⁶⁸⁴; 6 de febrero de 1903, *Terrier*¹⁶⁸⁵. TC 29 de febrero de 1908, *Feutry*¹⁶⁸⁶; 11 de abril de 1908, *de Fonscolombe*; 23 de mayo de 1908, *Jouillie*¹⁶⁸⁷).

i) Delimitación del ámbito de la jurisdicción judicial controlando la gestión privada de los servicios públicos.

Como se ha expuesto detalladamente, se perfiló el alcance de la competencia de los tribunales judiciales considerando propio de su competencia conocer de los actos de gestión contractual de los servicios públicos industriales y comerciales (CE 24 de marzo de 1905, *Commune de Saint-Géréon*; 11 de noviembre de 1910, *Département du Maine-et-Loire*; 3 de junio de 1912, *Société des granits prophyroïdes des Vosges*¹⁶⁸⁸. TC 4 de junio de 1910, *Compagnie d'assurances Le Soleil*). Esta doctrina se matizó cuando se gestiona el servicio público con cláusulas exorbitantes (CE 9 de junio de 1918, *Société des voiliers français*. TC 9 de junio de 1923, *Sieur Vimont*; 17 de julio de 1923, *Société des magasins généraux*).

1683. REDOR, M.-J., *De l'Etat legal...*, cit., pp. 203-208.

1684. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 27-29.

1685. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 53-56.

1686. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 79-80.

1687. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 274-277.

1688. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 110-113.

Asimismo se les atribuyó la garantía de la libertad individual y de la propiedad por la teoría de *l'emprise* (TC 12 de noviembre de 1881, *Pezet*) y la vía de hecho¹⁶⁸⁹.

j) Reforzamiento de la autoridad directa del juez sobre la Administración.

Con objeto de hacer real la adecuación al Derecho de sus actos tras los pronunciamientos jurisdiccionales, aunque sin colocarse en su lugar en los efectos de la anulación, aun cuando la anulación pudiera tener las mismas consecuencias que su aceptación (CE 9 de julio de 1909, *Société des secours mutuels La Blinoise*). También indicó a la Administración el camino a seguir (CE 30 de noviembre de 1900, *Viaud*; 26 de diciembre de 1925, *Rodière*¹⁶⁹⁰), para que ejecutara conforme a la cláusula de estilo (*pour faire ce que de droit*) (CE 20 de enero de 1905, *d'Uston de Villerégram*), señaló las medidas necesarias (CE 30 de noviembre de 1906, *Roblot*) y el plazo para actuar (CE 1 de agosto de 1914, *Wiriot*). A veces advirtió al ministro de que la moralidad administrativa exigía la anulación por vía jerárquica (CE 26 de junio de 1908, *Daraux*) o que cuando se anulaba un acto no se podía actuar en las mismas condiciones (CE 8 de julio de 1904, *Botta*)¹⁶⁹¹.

Ante la falta de medios para hacer cumplir a la Administración las decisiones de la jurisdicción, tuvo que realizar diez anulaciones sucesivas de otras tantas suspensiones de un guarda rural realizadas por un alcalde por venganza, para invalidar los actos que pretendían mantener la situación anulada (CE 23 de julio de 1909, *Fabrègue*). Se declaró la responsabilidad de una colectividad pública por la violación de la cosa juzgada (CE 12 de junio de 1914, *Abbé Harde*; 24 de junio de 1925, *Wassilieff*) o por no derribar el inmueble causante de los daños (CE 10 de marzo de 1905, *Berry*). Aseguró la ejecución de sus decisiones por medidas de policía (TC 9 de diciembre de 1902, *Société immobilière de Saint-Just*)¹⁶⁹² o, excepcionalmente, por la imposición de multas (CE 4 de agosto de 1908, *Société générale des eaux d'Oran*)¹⁶⁹³.

1689. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 277-281.

1690. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 182-187.

1691. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 59-61.

1692. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 47-52.

1693. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 286-289.

Dentro de esta tendencia se han de situar las medidas introducidas por el legislador estableciendo técnicas cautelares y coercitivas para asegurar la tutela judicial efectiva y la buena administración de justicia por las leyes 87-1.127 de 31 de diciembre de 1987, 95-125 de 8 de febrero de 1995, 2000-587 de 30 de junio de 2000, 2002-1138 de 9 de septiembre de 2002 y el Decreto 2003-543 de 24 de junio de 2003.

3.2. La actividad jurisdiccional

Una vez expuesta la evolución del recurso por exceso de poder hasta su consolidación, es preciso considerar algunos aspectos de la actividad jurisdiccional del Consejo de Estado para poder comprobar el incremento sucesivo del control y garantía de la legalidad y de los derechos particulares. Como expuso AUCOC, actuaba con “la autoridad de un Tribunal de casación respecto a todas las jurisdicciones administrativas que deciden en última instancia, de todos los agentes de la Administración e incluso de los consejos electivos”. El Consejo realizó un “trabajo tan ingenioso, tan audaz, tan útil que ha creado el mismo recurso”, a pesar de que disponía de menos técnicas que los tribunales de la casación. Sólo con el recurso por exceso de poder “hizo salir de él un derecho de control de una amplitud casi igual” a la casación, a pesar de que “las disposiciones de las leyes que abrieron los recursos por exceso de poder en materia judicial, tienen un sentido enérgicamente restrictivo”, como era el caso del artículo 80 de la ley de 27 ventoso del año VIII y del 15 de la ley de 25 de mayo de 1838¹⁶⁹⁴.

Frente a la restricción de exceso de poder en el recurso de casación, el Consejo lo amplió “con justa razón, fundándose en las condiciones propias en las que se ejerce la acción administrativa, y en las reglas especiales establecidas por el legislador para los recursos ante las jurisdicciones administrativas”¹⁶⁹⁵. A

.....

1694. AUCOC, M. L., *Des recours...*, cit., pp. 31-32. A pesar del sentido restrictivo de las leyes el Consejo anuló por exceso de poder decisiones de los tribunales civiles, afectadas por cuestiones graves, en materia comercial (CE 21 de abril de 1846, *Tribunal de Pontoise et Tribunal d'Arcis-sur-Aube*; 15 de julio de 1846, *Tribunal de Jonzac*), contrarias a la jurisprudencia del Tribunal de Casación (7 de julio de 1847, *Tribunal de Nancy*) o por otras importante infracciones (CE 14 de agosto de 1865, *octroi d'Agen*; 31 de enero de 1870, *Beauvineau*).

1695. AUCOC, M. L., *Des recours...*, cit., p. 33.

ello coadyuvó el legislador ampliando las posibilidades del recurso a fin de que los litigios que se planteen “entre el interés privado y el interés general puedan someterse a la jurisdicción administrativa suprema que está en constante relación con el gobierno”¹⁶⁹⁶.

El Consejo no se configuró como una jurisdicción universal, porque la judicial conocía en materia de contribuciones indirectas, derechos de aduanas y otros impuestos, inadmitiendo los recursos que se le formularan. Sin embargo, entró a pronunciarse en recursos por exceso de poder contra los reglamentos de policía sobre el uso del dominio público de la ribera del mar (CE 30 de junio de 1857, *Turrel*; 30 de marzo de 1869, *Leneveu*), ampliando el campo de sus decisiones al amparo de la ley de 7-14 de octubre de 1790 y del artículo 9 de la ley de 24 de mayo de 1872. Hizo posible la existencia de una doble vía impugnatoria para el justiciable, siendo la administrativa más ventajosa por la especialización, el menor coste y la rapidez, si se resolvía antes de la ejecución de la decisión administrativa.

El Consejo se preocupó de que se respetara el Derecho no sólo cuando afectaba a los intereses particulares, sino como una exigencia del interés público y general, que se concretaba en la competencia, las formalidades legales o la desviación de poder. Le llevó a valorar no sólo la falta de respeto a cualquier tipo de incompetencia (legislativa, judicial o administrativa), que constituye un caso de exceso de poder, sino también la que afecta a “las formas dentro de las que la ley o los reglamentos le habían ordenado pronunciarse, o cuando empleaba el poder atribuido para un fin diferente del que el legislador había previsto”¹⁶⁹⁷. La obligación de actuar conforme a los procedimientos era, sobre todo, exigible cuando había de

“apreciar soberanamente las medidas a adoptar para satisfacer del mejor modo el interés público, lesionando lo menos posible los intereses privados, pues es una garantía establecida para estos mismos intereses [...] y uno de los límites del poder atribuido a un agente de la Administración, que los excedía no observando las formas establecidas por el legislador”¹⁶⁹⁸.

1696. AUCOC, M. L., *Des recours...*, cit., p. 35.

1697. AUCOC, M. L., *Des recours...*, cit., p. 36.

1698. AUCOC, M. L., *Des recours...*, cit., pp. 38-39. Como exigía el artículo 3 de la ley de 3 de mayo de 1841 la formación de un expediente para la declaración de utilidad pública previa a la

También se planteó el supuesto de que, actuando en el ámbito competencial propio y conforme a las reglas legalmente establecidas, usase del poder discrecional para casos y por otros motivos que aquellos para los que se le atribuyó el poder¹⁶⁹⁹. En estos supuestos de desviación de poder

“no era la violación del texto de la ley lo que se sancionaba, sino la violación de su espíritu. No se examinaba sólo la disposición del acto impugnado, sino sus motivos y la intención con que lo dictó. Es difícil llevar más lejos la investigación escrupulosa de la legalidad”¹⁷⁰⁰.

DUCROCQ resumió en 1881 el alcance del recurso por exceso de poder como lo había reconocido el Consejo de Estado, que

“no permite examinar el fondo del asunto, sino sólo la cuestión de incompetencia o de exceso de poder. Hay incompetencia cuando el agente ha realizado un acto en una materia sobre la que no tenía derecho para conocer, y toda especie de incompetencia constituye un exceso de poder. Hay exceso de poder cuando el agente investido del derecho a conocer del asunto sobre el que ha decidido ha adoptado una resolución que le estaba prohibida; hay también exceso de poder cuando el acto ha sido emitido con violación de las formas sustanciales, y también cuando el agente administrativo ha usado de su poder para un caso y con otros motivos que aquellos para los que se le atribuyó el poder”¹⁷⁰¹.

Del proceso histórico de formulación del recurso por exceso de poder y de la actividad jurisdiccional se puede concluir que el objetivismo a que respondía la concepción originaria del recurso, con su efecto anulatorio *erga omnes*, fue superado al invadir el ámbito propio del recurso de plena jurisdicción por medio de la teoría de los actos separables en los contratos, que eran exclusivos de ese recurso. Continuó por la aceptación de la indemnización derivada de la

expropiación forzosa, cuya omisión anulaba el decreto declarándola (CE 28 de enero de 1858, *Hubert*), o el requerimiento del prefecto a los municipios para incorporar en el presupuesto partidas de gastos obligatorios (CE 19 de febrero de 1869, *Commune de Tromarey*).

1699. Se aplicó en numerosos litigios sobre acceso a las estaciones de ferrocarril de vehículos de transporte (Cas. 6 de diciembre de 1862, *Lesbats*), fijación de alineaciones para edificar (3 de mayo de 1866, *Letellier-Delafasse*) o industrias peligrosas, insalubres e incómodas (CE 26 de noviembre de 1875, *Parisot*).

1700. AUCOC, M. L., *Des recours...*, cit., p. 43.

1701. DUCROCQ, M., *Cours...*, cit., pp. 236-237.

anulación (CE 31 de marzo de 1911, *Blanc*)¹⁷⁰² y avanzó conforme penetraba en los elementos que fundamentaban las premisas y el contenido del acto con un control similar en ambos recursos. La aceptación del tercero en oposición (CE 29 de noviembre de 1912, *Boussuge*)¹⁷⁰³ amplió la legitimación reconocida hasta entonces sólo a los interesados en la anulación, de modo que “el subjetivismo jurídico, que era la marca del pleno contencioso, fue [...] como absorbido por el objetivismo jurídico del recurso por exceso de poder”¹⁷⁰⁴, dando lugar a la confusión de ambos recursos con predominio de este último.

ALIBERT concluía a mitad de los años veinte que la evolución del recurso por exceso de poder de la que había sido testigo llevaba a “absorber el recurso de plena jurisdicción por el recurso por exceso de poder” y que este último se había convertido en la “síntesis del control jurisdiccional sobre la Administración”¹⁷⁰⁵.

3.3. Los fundamentos del recurso por exceso de poder

El exceso de poder en la actividad administrativa se fundamentó a partir de la incompetencia del autor, de la falta de respeto a la legalidad en cuanto al objeto o los motivos, de la violación de las formas y de la desviación de los fines. Cada uno de estos vicios fueron progresivamente matizados en su alcance.

La incompetencia podía ser material, territorial o temporal. Los vicios de forma o de procedimiento tenían distintas consecuencias en función de su gravedad y carácter sustancial o intrascendente respecto a la toma de decisión.

La ilegalidad podía alcanzar a la disconformidad con la norma, el contenido o los motivos por error de derecho, error en la calificación jurídica de los hechos (CE 4 de abril de 1914, *Gomet*)¹⁷⁰⁶, falta o inexactitud de estos mismos como determinantes para la aplicación de la norma (CE 14 de enero de 1916, *Camino*¹⁷⁰⁷; 20 de enero de 1922, *Trépoint*).

1702. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 5-8.

1703. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 113-117.

1704. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 269-270.

1705. Citado por BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 273.

1706. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 121-126.

1707. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 127-128.

La desviación de poder consistía en utilizar el poder para fines distintos de los previstos al servicio del interés general que justifica la competencia y las potestades (CE 14 de marzo de 1934, *Delle Rault*).

A todo ello se añadió el control de la discrecionalidad (CE 19 de febrero de 1875, *Prince Napoléon*)¹⁷⁰⁸, cuyo ejercicio no puede verse afectado por ninguno de los vicios descritos y susceptible de control en cuanto a la competencia, la norma habilitante, los hechos determinantes¹⁷⁰⁹, su apreciación¹⁷¹⁰, la motivación y los fines (CE 20 de enero de 1922, *Trépoint*)¹⁷¹¹.

3.3.1. *Exceso de poder por incompetencia*

El requisito imprescindible para la actividad de la Administración es la titularidad de una competencia determinada. La competencia es la

“aptitud jurídica de los individuos o de las organizaciones colectivas, que constituyen las autoridades administrativas, para realizar actos jurídicos en nombre de una persona pública. Constituye un título jurídico que permite, en ciertas condiciones y límites, adoptar actos imputables a la persona pública”¹⁷¹².

La regla de la competencia determina la autoridad y el contenido de su ejercicio en lo material, personal, territorial o temporal. La incompetencia constituye una ilegalidad que vicia el acto administrativo y se refleja de muy diversos modos, que suponen un atentado a la regla en todas sus manifestaciones. Las reglas de la competencia son de orden público y su aplicación no se limita al funcionamiento interno de los servicios, sino que alcanzan a las relaciones exteriores de la Administración (CE 14 de junio de 1946, *Sieur Lachaise*)¹⁷¹³.

1708. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 14-21. El comisario del gobierno DAVID señaló que la discrecionalidad no era sinónima de arbitrariedad, pues si lo que es arbitrario es necesariamente discrecional, lo inverso no es verdad.

1709. RAUX, J., “L’examen des faits par le juge administratif dans le contrôle de la légalité interne de la procédure d’expropriation”, en *AJDA*, 1967, pp. 197 y ss.

1710. LAGASSE, D., “Pouvoir discrétionnaire d’appréciation et contrôle des motifs des actes de l’administration en matière d’urbanisme et d’environnement”, *Aménagement*, 2000, pp. 71-99.

1711. CE 28 de mayo de 1971, *Ville Nouvelle-Est*, invocó el control de proporcionalidad o balance de costo-ventaja como parte del control de oportunidad.

1712. AUBY, J. M.-DRAGO, R., *Traité...*, cit., II, pp. 244-252.

1713. HEURTE, P., “La notion d’ordre public dans la procédure administrative”, *RDP*, 1953, pp. 645 y ss.

Cuando la Administración actuaba en el ámbito de sus atribuciones, el Consejo de Estado se planteó durante el Imperio valorar las exigencias de admisibilidad, y comprobó las condiciones de competencia como una cuestión imprescindible para la validez del acto, que sería ilegal si incurría en incompetencia, dando lugar a una actuación con exceso de poder. Como expresó SIREY:

“las decisiones de los prefectos son susceptibles de recurso directo a la justicia del Consejo de Estado cuando están viciadas de exceso de poder o en detrimento de los derechos privados, es decir, cuando el prefecto resuelve sobre una materia cuyo conocimiento atribuye la ley a los tribunales ordinarios o a los consejos de prefectura”¹⁷¹⁴.

A propósito de una resolución prefectoral sobre la edificación de un molino, el Consejo de Estado declaró que era incompetente, por corresponder a los tribunales ordinarios (CE 22 de enero de 1808, *Hours*; 28 de noviembre de 1809, *Gipoulon*). En esta incompetencia se hallaba el exceso de poder de quien resolvió sin poder hacerlo, que condujo a anular las resoluciones del prefecto “por exceso de poder y por causa de incompetencia” (CE 6 de enero de 1813, *Riole*). La identificación y sinonimia entre *incompetencia* y *exceso de poder* la empleó el Consejo para mantener el orden administrativo y la distribución de competencias. Las aplicó a los reglamentos de administración dictados por los prefectos sin competencia (CE 15 de noviembre de 1810, *Dutilleul*), usurpaciones por los prefectos de las atribuciones de los consejos (CE 22 de mayo de 1813, *Commune de Treveray*) o decisión sobre bienes del dominio nacional (CE 3 de enero de 1813, *Kertanguy*). En resolución de 4 de mayo de 1826, *Landrin*, el Consejo de Estado anuló la decisión de un prefecto en asunto sobre alineación y edificación que no era de su competencia, sino de la del alcalde¹⁷¹⁵. El

1714. SIREY, J. B., *Du Conseil d'État...*, cit., p. 256.

1715. La fijación de las alineaciones previstas en el Plan General estaba exigida por el artículo 52 de la Ley de 16 de septiembre de 1807. El Consejo de Estado, en resolución de 30 de enero de 1842, *Génielle*, anuló una alineación contraria al Plan General. SERRIGNY, D., *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, I, Paris, Durand, 1875, p. 30, señaló que cuando no existía Plan General de alineaciones, la Administración podía fijar la longitud de las calles bajo su responsabilidad.

21 de enero de 1829, *Brière*, declaró admisible un recurso por exceso de poder contra la decisión de un consejo de revisión y lo anuló¹⁷¹⁶.

Se pronunció el Consejo sobre la ilegalidad de la actividad administrativa, por no haber respetado las reglas de atribución de las competencias. Rechazó la existencia de un derecho adquirido en el titular de la licencia y la responsabilidad del prefecto, invocando la irresponsabilidad del Estado por los actos del poder público en materia de policía¹⁷¹⁷. Se estimó que existía en el Gobierno un poder general de policía (CE 8 de agosto de 1919, *Labonne*¹⁷¹⁸; 13 de mayo de 1960, *SARL Restaurant Nicolas*), que reconoció la decisión 87-149 de 20 de febrero de 1987 del Consejo Constitucional, porque “el artículo 34 de la Constitución no ha retirado al Jefe del Gobierno las atribuciones de policía general que ejercía anteriormente en virtud de sus propios poderes y fuera de toda habilitación legislativa”.

La fiscalización de la regularidad y legalidad del acto administrativo marcó el origen del recurso por exceso de poder en beneficio del interés particular. Se ha considerado que la resolución CE 8 de agosto de 1919, *Labonne*, consagró el recurso por exceso de poder, porque, aunque se refería a una cuestión menor, supuso “una nueva forma de examinar una cuestión” (MACAREL) que revolucionó el derecho administrativo e implicó

“la intromisión del juez en una esfera hasta entonces hermética de la pura Administración. Justicia y Administración no formarán dos jerarquías paralelas y autónomas: se interpenetrarán, la primera midiendo a la segunda. [...] Mientras que la pura administración conoce un periodo de desarrollo, la justicia administrativa llega a investigar este bastión a fin de que la discrecionalidad no se convierta en arbitrariedad, conforme a la idea imperial según la cual un poder no es eficaz más que a condición de ser reglado, es decir, si la Administración está protegida contra los errores de sus propios agentes”¹⁷¹⁹.

El artículo 2 de la ley de 7-14 de octubre de 1790 dispuso que “ningún administrador pudiera ser conducido ante los tribunales por causa de sus fun-

1716. BURDEAU, F. *Histoire du droit...*, cit., pp. 168-169.

1717. REDOR, M.-J., *De l'Etat legal...*, cit., pp. 230-233.

1718. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 156-159. REDOR, M.-J., *De l'Etat legal...*, cit., p. 136, supuso la consagración de la tesis de la revalorización del poder ejecutivo durante la III República, reconociendo al Jefe del Estado un poder general de reglamentación en materia de policía, siguiendo los postulados de HAURIUO (*Précis...*, cit., pp. 63-64).

1719. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 96-97.

ciones públicas, a menos que hubiera sido enviado por la autoridad superior conforme a las leyes”. Esta medida, conocida como el “visado”, fue utilizada por el Consejo de Estado durante la Restauración en los conflictos entre autoridades administrativas y judiciales (CE 18 de abril de 1816, *Lauzière*) y cuando revisaba en casación las decisiones de los jurados de la Guardia Nacional (CE 28 diciembre de 1832, *Garde nationale de París*). En un procedimiento de esta naturaleza, volvió a invocar el exceso de poder para “rechazar la inadmisión opuesta por el ministro, por el motivo de que la decisión impugnada era de pura administración”, porque “en los términos de la ley de 7-14 de octubre de 1790 nos corresponde decidir sobre las reclamaciones de incompetencia y de exceso de poder de las autoridades administrativas” (CE 22 de marzo de 1833, *Dailly*).

3.3.2. *Exceso de poder por ilegalidad*

Aunque se tratara de un acto de “pura administración” el Consejo rechazaba la inadmisión y entraba a conocer el recurso en cuanto a su adecuación a la legalidad, utilizando el camino que le proporcionaba el visado de la ley de 7-14 de octubre de 1790, por lo que la diferenciación entre los actos de “pura administración” y de “simple administración” o contenciosos perdió valor. Así lo había reconocido al afirmar que “no corresponde al ministro poner su voluntad en lugar de la ley” (CE 22 de marzo de 1833, *Dailly*). De este modo se sometió la discrecionalidad administrativa a la ley (CE 23 de agosto de 1836, *Commune de Grand-Combe-des-Bois*). Ello supuso que “el exceso de poder pasó de un sistema endógeno (distribución de competencias en el seno de la Administración o entre las autoridades judiciales y administrativas) a un sistema exógeno (obligación para la Administración de respetar la legalidad)”, que alcanza a la legalidad interna de los actos administrativos, porque “cuando un acto estaba dictado con competencia el Consejo rechazaba los recursos en nombre de la pura administración” (CE 24 de mayo de 1833, *Million et Guillaume*)¹⁷²⁰.

1720. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 113-114.

El recurso por exceso de poder conoció una considerable ampliación durante la Monarquía de Julio en virtud del artículo 26 de la ley de 22 de marzo de 1831, asumiendo el conocimiento de los recursos sobre las decisiones de los jurados de revisión de la Guardia Nacional “por incompetencia y por exceso de poder” (CE 15 de julio de 1832, *Préfet de la Seine*). Para justificar su competencia invocó la ley de 7-14 de octubre de 1790 (CE 28 de diciembre de 1832, *Garde national de Paris*; 20 de abril de 1835, *Garde national de Limoges*). Fue confirmada por el artículo 26 de la ley de 14 de julio de 1837 que posibilitó el recurso contra las decisiones de los jurados de revisión de la Guardia Nacional ante el Consejo “por incompetencia, exceso de poder y violación de la ley”. El supuesto de la violación de la ley fue una aportación trascendental del Consejo durante la Monarquía de Julio al proceso de control de la actividad puramente administrativa.

Existió un debate doctrinal sobre si se produjo la extensión del recurso de exceso de poder a toda infracción legal a partir o no del decreto de 2 de noviembre de 1864, como sostuvo LAFERRIÈRE¹⁷²¹. Este decreto sobre el procedimiento y las reglas contenciosas liberalizó el recurso por exceso de poder: “se juzgarán sin otros gastos que los derechos de timbre y registro, los recursos formulados ante el Consejo de Estado, en virtud de la ley de 7-14 de octubre de 1790, contra los actos de las autoridades administrativas por incompetencia o exceso de poder”. Para GEORGIN desde 1855 el recurso por exceso de poder permitía sancionar la violación de la ley, aunque se reconociese por dicha disposición con posterioridad¹⁷²². Es lo cierto que ambos se complementan, porque el decreto supuso la extensión del recurso contencioso subjetivo, basado en derechos protegidos por la ley, y el exceso de poder contra los actos de autoridad.

Así lo estableció el Consejo de Estado a propósito de un recurso por exceso de poder formulado al amparo del decreto de 1864 sobre una cuestión menor como era un permiso de caza (CE 13 de marzo de 1867, *Bizet*). AUCOC propuso abandonar el terreno del derecho adquirido para entrar en el del acto administrativo internamente irregular, porque al desconocer la ley se ha actuado incompetentemente. Su virtud consistió en superar la teoría del “ministro-juez” colocándolo en la de simple administrador sin función jurisdiccional, así

1721. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 165-166.

1722. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 176-179.

como sancionar al acto por su inadecuación al orden legal. Lo destacable de la decisión, según BIGOT, fue que

“con más de cuarenta años de anticipación sobre la doctrina, insertó el Derecho administrativo en un orden jurídico objetivo. El ARRÊT BIZET estableció como regla que la ley dicta sus órdenes a la Administración, de lo que se benefician los particulares que pueden prevalerse de ello gracias a la ampliación del recurso por exceso de poder”¹⁷²³.

La fiscalización de la ilegalidad de los actos administrativos se fundamentó en la incompetencia y los vicios de forma.

a) La ilegalidad por incompetencia.

La impugnación de los actos de pura administración por medio del recurso por exceso de poder (CE 4 de mayo de 1826, *Landrin*) abrió el camino al control de la discrecionalidad con base en la incompetencia que implicaba, en sí misma, una violación legal. La incompetencia se refirió tanto a la falta de la habilitación (CE 1 de diciembre de 1859, *Bonnard*) como a la usurpación (CE 24 de noviembre de 1859, *Mongenot*) o a la intervención sobre materia reservada a la ley (CE 22 de marzo de 1833, *Dailly*; 26 de agosto de 1858, *Commune de Poix*).

El recurso por exceso de poder por ilegalidad se fundamentó en la incompetencia, la violación de la ley y los derechos adquiridos y los vicios de forma. La incompetencia siguió siendo el motivo más importante, valorada como una cuestión de orden público por la perturbación que producía en el orden institucional. Por eso se aplicaba de oficio, aunque no la invocasen las partes (CE 27 de febrero de 1880, *Commune de Chébli*). Con respecto a la violación de la ley y de los derechos adquiridos sólo hubo innovaciones respecto a la comprobación del ámbito del derecho de propiedad en los supuestos de hecho en la relación entre aquella y el dominio público (CE 28 de julio de 1881, *Duval*; 11 de noviembre de 1887, *Lefebvre*; 21 de enero de 1894, *Consorts Leduc et Creteau*).

b) Ilegalidad por vicios de forma.

Si el exceso de poder se identificó, inicialmente, con la incompetencia, posteriormente se amplió a los vicios de forma que tuvieran entidad sustancial,

1723. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 168.

porque su omisión suponía también excederse de los límites de ejercicio de su competencia. Según expuso BATBIE, las exigencias formales de la ley se establecían en garantía de los particulares,

“precisamente, porque en estas circunstancias la Administración está investida de un poder discrecional, el legislador ha querido dar a los intereses privados una seguridad que previene la arbitrariedad ilustrando al administrador. La inobservancia de estas formalidades produce el exceso de poder y en el momento en que hay exceso de poder la cuestión se convierte en contenciosa, aunque anteriormente fuera puramente administrativa”¹⁷²⁴.

LAFÈRRIERE expresó la naturaleza de las formas administrativas y como su omisión daba lugar al vicio por exceso de poder:

“cuando se omiten las formas prescritas, cuando una autoridad decide sin expediente, sin opinión previa, sin verificación contradictoria cuando se exigen las formalidades, hay un vicio de forma y, en consecuencia, exceso de poder. Esa regla es conforme a la estricta noción del exceso de poder, porque cuando el derecho de decisión de una autoridad está subordinado por la ley a ciertas formalidades sin las cuales la decisión se presume que no está bien adoptada, la autoridad que decide sin tenerlo en cuenta ejerce en realidad un poder que no le corresponde”¹⁷²⁵.

El control de legalidad se producía sobre el contenido competencial y la regularidad externa, sin entrar al contenido material interno del acto, para no interferir el proceso de decisión¹⁷²⁶. En el primer momento no se aplicó el exceso de poder a la violación de la ley¹⁷²⁷, salvo cuando un mandato legal expreso le encomendaba controlar la violación de la ley. Esta ampliación del motivo del recurso la establecieron las leyes de 16 de septiembre de 1807, del Tribunal de Cuentas, y de 14 de julio de 1837, sobre los jurados de revisión de

1724. BATBIE, A., *Introduction générale...*, cit., p. 411.

1725. Citado por HOSTIOU, R., *Procédure et forme de l'acte administratif unilatéral en droit français*, Paris, LGDJ, 1975, p. 238.

1726. Excepcionalmente se valoró la existencia de una infracción de procedimiento (CE 3 de febrero de 1830, *Dubras*, y 26 de mayo de 1824, *Vve. Gérot*).

1727. En la resolución de 7 de abril de 1846, *Piedfer*, afirmó que la incorrecta aplicación de la ley por un prefecto “no constituía un exceso de poder y no debiera sernos atribuida directamente a nuestro Consejo”.

la Guardia Nacional del departamento del Sena, que se amplió a los restantes por la de 13 de junio de 1851. Como expresó BIGOT,

“con la legalidad externa, el juez administrativo mide el modo de ejercicio de los poderes. Con la invención del control de la legalidad interna, decide medir el fondo mismo de los poderes legales de las autoridades administrativas”¹⁷²⁸.

Por tanto, la Administración escapaba a todo control, en cuanto a la valoración de las reglas de fondo. El Consejo de Estado podía anular los “actos de simple administración” o “contenciosos”, que afectaban a un derecho garantizado explícitamente por la ley o dotado de un título reconocido por la Administración (CE 13 de junio de 1821, *Biot*), como ya se ha expuesto. Fue el caso de la resolución del Consejo de 30 de enero de 1842, *Génielle*, que anuló una alineación contraria al Plan General, porque incidía en el derecho de propiedad y el inherente de edificar. En la de 28 de julio de 1852, *Péron*, por afectar al derecho de la explotación de una mina y paralizar la autorización sin causa legítima.

El recurso por exceso de poder inició un camino que, institucionalmente, reforzó al Consejo de Estado en su función de control, aunque sólo alcanzara a un tipo de actos y a un aspecto muy limitado de ellos. SERRIGNY explicó el alcance del recurso como “el bocado con el que el Consejo de Estado embrida a la Administración activa incluso respecto a los actos emanados de su poder discrecional”¹⁷²⁹. Por otra parte, tuvo el significado de ampliar el contenido de su labor en cuanto a la aplicación de la legalidad, aunque no fuera en su sustantividad, sino en su formalidad, demostrando que podía hacerse.

Los vicios de forma implicaban el incumplimiento de leyes o reglamentos, que siguió considerándose supuesto de incompetencia por ejercer un poder que no le correspondía o hacerlo como no podía, por la falta de las condiciones previas exigidas (CE 28 de marzo de 1884, *Commune de Chef-Boutonne*; 18 de mayo de 1888, *Commune de Cherré*).

El alcance de los vicios de forma se fue matizando en función de su importancia y trascendencia para la decisión, desde la anulación del acto a la irregularidad no invalidante. Por otra parte, la necesidad de articular medios

1728. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 160.

1729. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 175.

para el control de la discrecionalidad dio lugar a considerar la forma como un elemento esencial en los supuestos en que el ordenamiento permitía a la Administración optar por diversas soluciones, hasta dar lugar a la anulación del acto inmotivado (CE 2 de octubre de 1968, *Hucleux*).

3.3.3. *El recurso por desviación de los fines del poder*

El progreso del recurso por exceso de poder avanzó desde la incompetencia e incorporó los vicios de forma, la falta de respeto a los derechos de defensa¹⁷³⁰, los plazos, la composición de los órganos, etcétera. Condujo a un nuevo tipo de razonamiento jurídico por parte del juez para superar el estrecho campo de la consideración de los derechos privados reconocidos y protegidos. Examinó los elementos establecidos por la ley, como la competencia, la forma, el procedimiento, los hechos determinantes y el contenido material en su adecuación a las obligaciones legales, que vinculaban a la Administración¹⁷³¹.

Por otra parte, transformó el recurso contencioso contra el acto de “simple administración”, de carácter subjetivo, por estar basado en la violación de un derecho de esta naturaleza, en un recurso objetivo de la legalidad del acto, afectase o no a un derecho subjetivo. Como expresó BIGOT, “el recurso por exceso de poder es prenda de longevidad para el derecho administrativo porque, más allá de la técnica, las reglas de derecho que puso en práctica sirvieron para hacer soportable a los administrados el poder del Estado”¹⁷³².

Más de treinta años después se produjo la síntesis, reconociendo el derecho subjetivo de los ciudadanos a demandar a la Administración el respeto de la legalidad, que es, en sí misma, un interés público, contra el que se atenta cuando funciona y actúa incorrectamente. La legalidad fue considerada un interés común del poder público y de los ciudadanos, aunque estos no tuvieran un interés subjetivo que defender. De este modo el recurso por exceso de poder se convertiría en un recurso sobre la legalidad del acto en sí mismo. AUCOC dio

1730. CE 5 de mayo de 1944, *Dame Veuve Trompier*.

1731. ROUVILLOIS, F., “Le raisonnement finaliste du juge administratif”, *RDP*, 6, 1990, pp. 1.817-1.857.

1732. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 115.

un sentido amplio al recurso, que anunciaba un nuevo tiempo, al ampliarlo a los fines y motivos de los actos, cuando afirmó que

“hay exceso de poder cuando un agente de la Administración, realizando un acto de su competencia siguiendo para ello las formas prescritas por la legislación, usa de su poder discrecional en un caso por otros motivos que aquellos para los cuales se le ha atribuido el poder”¹⁷³³.

A) *Concepto*

El control de la competencia, la legalidad y las exigencias formales, que asumió el Consejo de Estado durante el II Imperio, le llevó a ampliar los medios para garantizar la fiscalización de los actos respecto a los fines asignados por la ley y del uso arbitrario de las prerrogativas a los supuestos de “desviación de poder” (*détournement de pouvoir*), que es la “utilización de la competencia de una autoridad administrativa para un fin distinto para el que le había sido atribuida”¹⁷³⁴. El Consejo de Estado destacó la importancia que tenía el que el legislador determinase los fines y condiciones del interés general, porque facilitaría el control de legalidad por parte del juez, sin necesidad de que el juzgador “tenga que precisar los contornos de la noción de interés general”. Si ejerce esencialmente un control de legalidad reconoce la posibilidad de apreciar la acción administrativa correcta. Contribuye a definir el contenido del interés general. Se trata no de sustituir a las instancias legítimamente encargadas de esta formulación, sino de explicitar a partir de los textos una concepción que permanecía implícita¹⁷³⁵. Para LAFERRIÈRE la desviación de poder era

“una verdadera ilegalidad que podía manchar el acto discrecional, a pesar de la plena libertad de decisión que parece inherente a los actos de esta naturaleza. [...]

1733. AUCOC, L., *Conférences...*, cit., I, p. 398. Citado por BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 164.

1734. *Petit Larousse illustré*, Paris, 1994. AUBRY, V., *Étude sur la jurisprudence du Conseil d'État en matière de détournement du pouvoir*, Nancy, Chassel, 1920.

1735. CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 1999...*, cit., p. 267. CE 30 de noviembre de 1998, *Fédération nationale de l'industrie hôtelière*, invocó la decisión del CC 90-283 de 8 de enero de 1991, anulando un decreto de autorización que desconocía el objetivo del legislador para asegurar la protección de la salud pública y especialmente la de los jóvenes.

puede constituer un verdadero caso de incompetencia, por esta razón la jurisprudencia la ha relacionado en primer lugar con la teoría del exceso de poder¹⁷³⁶.

El recurso por desviación de poder se inició cuando se valoró por el Consejo de Estado el fin del acto en su acomodación a los fines atribuidos por la ley, y el juez administrativo se colocó en el lugar de la Administración para valorar si actuaba conforme a los fines y poderes que la ley le atribuía. Así ocurrió en el *arrêt* de 30 de abril de 1863, *Bourgeois*, en el que anuló una autorización por considerar irregulares los fines perseguidos al excederse en un aprovechamiento del dominio público marítimo de una playa concediendo un uso exclusivo que impedía a los particulares el libre acceso. Posteriormente lo hizo respecto a un monopolio de transporte, porque, “impedía la libre competencia y subordinaba el comercio general a los intereses comerciales de M. Richard [beneficiario del monopolio] confundidos con el interés público” (CE 25 de febrero de 1864, *Lesbats*)¹⁷³⁷.

Siguió utilizándose el recurso por exceso de poder para controlar la legalidad externa (incompetencia, forma y procedimiento) e interna, referida esta a la violación de la ley por error de derecho o de hecho (CE 25 de marzo de 1867, *Valleran*), a la calificación jurídica de los hechos y a la desviación de poder o de procedimiento (CE 7 de junio de 1865, *Lesbats*). Se exigía un plazo de tres meses desde la notificación al interesado (CE 16 de abril de 1863, *Dame veuve Guibert*) y acreditar un interés directo y personal no un simple interés (CE 21 de julio de 1864, *Académie des Beaux-Arts*), aunque con una interpretación laxa que admitía el lucro cesante (CE 14 de agosto de 1864, *Habitants de Richelieu*).

La infracción de ley se consideró distinta de la violación de las formas y de la desviación de poder incrementándose progresivamente el control de la lega-

1736. LAFERRIÈRE, E., *Traité...*, cit., II, p. 522.

1737. VIDAL, R., “L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative”, *RDP*, 1952, pp. 275 y ss. CE 29 de marzo de 1901, *Casanova*, admitió la creación de un servicio público que actuaría en el ámbito de la iniciativa privada por “circunstancias excepcionales”. Fue matizado por CE 30 de mayo de 1930, *Commerce de détail de Nevers*, exigiendo la valoración de las “circunstancias particulares de tiempo y lugar”. En CE 8 de noviembre de 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, afirmó el principio de libre competencia y, aunque reconoció la competencia administrativa sobre los contratos administrativos, invocó la necesidad de asegurar el respeto al principio de igualdad. CE 3 de noviembre de 1997, *Société Million et Marais*, admitió que en aplicación de las reglas de la competencia se pueda anular un acto administrativo que favorezca el abuso de la posición dominante o una práctica anticompetencia.

lidad con el control de la legalidad material e interna de los actos administrativos, pasando de la anulación exclusiva por incompetencia a admitirla por otras infracciones legales, por considerar que todas ellas estaban afectadas por un *erreur de droit*¹⁷³⁸. Se limitó el poder discrecional de policía de los prefectos y alcaldes con la anulación de las decisiones que restringieran abusivamente las libertades (CE 21 de mayo de 1861, *Letellier*, 19 de mayo de 1865, *Barthélémy*) o impusieran obligaciones sin base legal (CE 26 de diciembre de 1862, *Bourcier*, 17 de abril de 1869, *Tabardel*).

HAURIUO entendió que en la desviación de poder se puede actuar dentro de la competencia, observando las reglas, sin cometer violación formal de la ley, pero “usando del poder para otros motivos ajenos a aquellos para los cuales se le ha conferido, distintos a la salvaguarda del interés general y el bien del servicio”. Por eso subordina el poder administrativo a esos fines, superando la pura legalidad formal y permitiendo el control del poder discrecional por medio de los fines a cumplir y de los móviles utilizados, que permiten al juzgador penetrar en el difícil campo de los “principios fundamentales de la moralidad administrativa”¹⁷³⁹. Para el decano de Toulouse la cuestión del poder discrecional “estaba mal planteada, porque en realidad todos los actos de la Administración entrañan poder discrecional”, la cuestión era comprobar si en su ejercicio “se ha excedido su poder en tanto que es discrecional”¹⁷⁴⁰. De ahí la importancia de “los motivos del acto [en que] se aprehendía la desviación de poder”, aunque

“en principio, el Consejo de Estado no se permite apreciar los motivos de las decisiones que se le someten, porque aquellos representan la parte de la autonomía que corresponde a la Administración activa [...] Pero en el caso de reclamación por desviación de poder está obligado a apreciar los motivos, Incluso, en este caso, el examen de los motivos del acto se considera como algo muy delicado [...] Es preciso que la desviación de poder resulte de los documentos que forman parte del

1738. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 177-179, invoca varios pronunciamientos del Consejo de Estado por diversas infracciones legales sobre competencia o disconformidad a la legalidad que regulaba una materia. Muchos de ellos referidos al señalamiento de alineaciones de la edificación.

1739. HAURIUO, M., “Note sur CE *Affaire Dame de Romagère*, 31 janvier 1908”, *Sirey* 1908-3-153 ; “Note CE Maugras, 16 novembre 1900”, *Sirey*, 1901-3-57.

1740. HAURIUO, M., *Précis...*, cit., p. 431.

expediente o de la confesión de la Administración [...] pues el Consejo de Estado no pueden mandar a la Administración a su comparecencia ni proceder a investigaciones fuera de la misma”¹⁷⁴¹.

Los motivos son los elementos que llevan a actuar y decidir en un proceso intelectual y volitivo que se funda a la vez sobre una regla de Derecho escrito o un principio general del Derecho y una situación fáctica, que son anteriores y exteriores a la decisión¹⁷⁴². A la hora de valorar la corrección de los motivos del acto es necesario hacerlo de sus premisas de hecho a las que se aplicarían las reglas de Derecho, para producir el resultado.

B) *El control de los hechos determinantes*

El Consejo de Estado avanzó también en la sanción de los errores de hecho en un recurso por exceso de poder, controlando la *exactitude matérielle des faits*, a partir de la resolución de 19 de julio de 1860, *Port de Bercy*. Examinó *in situ* el cauce de un río para comprobar si en la delimitación se había producido una invasión de dominio privado que supusiera una expropiación encubierta. Realizó una apreciación de la exactitud material de los hechos para valorar la regularidad de los actos administrativos respecto del dominio marítimo (CE 27 de mayo de 1863, *Drillet de Lannigou*), de un cauce navegable (CE 9 de febrero de 1865, *Audigné de Restau*) y otros en los que se apreció un error de hecho (CE 7 de julio de 1870, *Commune des Lilas*; 14 de enero de 1916, *Camino*¹⁷⁴³).

Todo ello supuso un progreso de la legalidad, al pasar del control de la externa (competencia) a la interna (adecuación material) a partir de una “interpretación progresivamente más amplia de la noción de incompetencia, matriz fundamental de todo el exceso de poder”. La nueva aportación de la “desviación de poder” fue una modalidad porque en la falta de formas “hay una incompetencia” (CE 6 de marzo de 1856, *Baril*), *ratione personae* o *ratione materiae*, que asimiló a la incapacidad legal, dándole una extensión que incluía

1741. HAURIU, M., *Précis...*, cit., p. 458.

1742. AUBY, J. M.-DRAGO, R., *Traité...*, cit., II, pp. 361 y ss. GOYARD, C., “Les idées de Charles Eisenmann, sur la théorie du contrôle des motifs”, en *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 535 y ss.

1743. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 127-128.

todas las ilegalidades¹⁷⁴⁴. El Consejo de Estado constató en la resolución de 20 de febrero de 1868, *Bouches de Paris*, que las partes “han buscado dar a todas las reclamaciones planteadas a propósito de los actos de la Administración el carácter de recurso por exceso de poder”.

Durante el II Imperio se aplicó la desviación de poder a la actividad de policía. Se declaró existente cuando la competencia para la conservación del dominio público se utilizó para favorecer a algún particular o para crear un monopolio (CE 21 de noviembre de 1873 *Astier*; 3 de febrero de 1886 *Charret*), si la regulación de la navegación fluvial favorecía a uno en perjuicio de otros (CE 4 de diciembre de 1874, *Robelin*; 18 de enero de 1878, *Billón*; 19 de enero de 1894 *Pommerol*), o cuando en un acto se incorporaban condiciones ajenas a la competencia administrativa material como una cuestión de propiedad (CE 17 de enero de 1890 *Dame Dufresne et Bouilliez*). Siguiendo la doctrina de CE 25 de febrero de 1864, *Lesbats*, en la resolución de 26 de noviembre de 1875, *Pariset*¹⁷⁴⁵, se produjo una ampliación del recurso por exceso de poder, hasta considerar que existía desviación de poder, cuando se usó el poder de policía sobre establecimientos peligrosos, incómodos o insalubres para un objeto distinto del que la motivaba¹⁷⁴⁶.

Como se ha expuesto, fue importante que el decreto de 2 de noviembre de 1864 dotara al recurso por exceso de poder de un régimen procesal que abrió el camino al “recurso por desviación de poder”, para comprobar si la Administración actuaba dentro de los límites del poder otorgado por el ordenamiento, anulándolo si no lo hacía y ordenando que la autoridad competente realizase correctamente lo que debía hacer, llegando a sustituirla respecto a actos administrativos (CE 12 de mayo de 1869, *dame Clément*) o liquidaciones de gastos (CE 9 de marzo de 1879, *Ville de Nemours*)¹⁷⁴⁷.

La jurisprudencia fue valorando progresivamente los hechos determinantes de las acciones administrativas, de modo que su inexactitud o inexistencia determinaban el vicio del proceso. Cuando se parte de un “hecho materialmente inexacto falta en consecuencia la base legal” (CE 21 de enero de 1921, *Joseph Sei*), o es una “causa jurídica inexistente” que vicia de ilegalidad porque los

1744. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 180.

1745. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 22-26.

1746. MESTRE, J.-L., “Les grands arrêts...”, cit., pp. 236-237.

1747. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 182.

hechos de los que se partió eran materialmente inexactos (CE 20 de enero de 1922, *Trépont*).

C) *Los niveles de la desviación de poder*

El examen de los requisitos de los actos ha dado lugar a una valoración de carácter evolutivo de los distintos niveles de control judicial de los motivos, siendo más variado el de las premisas de hecho, porque el de Derecho se refiere a su falta o al error en la aplicación de la norma. La mayor profundidad de los controles implica incidir, necesariamente, en la discrecionalidad administrativa. Todo ello a partir del reconocimiento por parte del ordenamiento de ámbitos propios de la decisión administrativa por la opción entre diversas propuestas, alternativas, soluciones, etcétera¹⁷⁴⁸, que son susceptibles de distintos niveles de control en los elementos de hecho y Derecho que las determinan. Se han establecido cuatro niveles de control:

a) Control mínimo: corresponde a la existencia material de los hechos y del “error manifiesto de apreciación” en su calificación jurídica, dejando el resto de los motivos de hecho a la apreciación discrecional de la Administración¹⁷⁴⁹.

b) Control medio: además del control de la existencia material de los hechos y del error de apreciación, se aprecia si aquellos entran en el campo de aplicación de la ley.

c) Control normal: se añade al control de la existencia material de los hechos y del error de apreciación, la calificación jurídica de la naturaleza de los hechos, profundizando en la motivación sobre todos ellos. Se busca la acomodación objetiva de los hechos al propósito del legislador y si la decisión se acomoda en todo a tales premisas, con un mayor margen de apreciación por el juzgador.

d) Control máximo: a partir del control de calificación de la acomodación objetiva de los hechos a la norma, queda por valorar la apreciación subjetiva de

1748. Respecto a la elección del trazado de una autovía (CE 20 de octubre de 1972, *SCI Sainte-Marie-de-l'Assomption*; 7 de octubre de 1977, *Syndicat des paludiers*), emplazamiento de una ZAC (CE 23 de marzo de 1979, *Valentini*), pistas del aeropuerto de Orly (CE 30 de marzo de 1981, *Ville de Longjumeau*), tendido de una línea eléctrica (CE 24 de enero de 1975, *Gorlier et Bonifay*), proyectos de embalse (CE 13 de diciembre de 1978, *Syndicat intercommunal de distribution d'eau de la corniche des Maures*), o terrenos expropiados (CE 19 de enero de 1979, *Leclerc*).

1749. CE 15 de febrero de 1961, *Lagrange*; 2 de noviembre de 1973, *Librairie François Maspero*; 10 de diciembre de 1986, *Loredon*.

la Administración que, si se realizase, colocaría al juez en el lugar de aquella, en el momento de optar por hacer o no hacer, en uno u otro sentido. Se ha utilizado en relación con el principio de precaución en medio ambiente (CE 24 de febrero de 1999, *Société Pro-Nat*; 25 de septiembre de 1998 y 22 de noviembre de 2000, *Association Greenpeace France*), con la utilidad pública en la expropiación y la teoría del balance (CE 28 de mayo de 1971, *Ville nouvelle Est*; 18 de junio de 1997, *Association de quartier La Chambrée*).

De todos ellos, el “control normal” es el propio del recurso por exceso de poder, que alcanza a la legalidad externa y a la interna, en cuanto a la violación de la ley, la desviación de poder (CE 26 de noviembre de 1875, *Pariset*¹⁷⁵⁰), la inexactitud material de los hechos (CE 14 de enero de 1916, *Camino*¹⁷⁵¹) y el error de Derecho en los motivos del acto de prohibición de concurrir al ingreso en la ENA a un candidato por opiniones políticas (CE 28 de mayo de 1954, *Barel*)¹⁷⁵². En este supuesto el poder discrecional del juez exigió a la Administración explicar el modo en que había ejercitado su discrecionalidad remitiéndole “todos los documentos susceptibles de establecer la convicción del juez”, declarando que si competía al Secretario de Estado

“apreciar en interés del servicio, si los candidatos presentan las garantías requeridas [...] y si puede tener en cuenta hechos y manifestaciones contrarias a la reserva que deben observar los candidatos, no podría, sin desconocer el principio de igualdad [...] descartar de dicha lista un candidato fundándose exclusivamente en sus opiniones políticas”.

Posteriormente exigió no sólo aportar los documentos sino justificar las “razones de hecho y de Derecho” que justificaban el acto (CE 26 de enero de 1968, *Société Maison Génestal*)¹⁷⁵³.

En el orden procesal se han ido perfeccionado los medios para el control que, a menudo, tiene muchas dificultades. Se ha exigido que las pruebas directas se desprendan del propio acto (CE 16 de noviembre de 1900, *Maugras*), aunque también se han admitido las indirectas (CE 2 de febrero de 1957, *Cas-*

1750. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 22-26.

1751. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 127-128.

1752. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 412-418. MATHIOT, A., “Note sur...”, cit., pp. 581-599. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 396 y 411.

1753. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 529-532.

taing) y las presunciones (CE 28 de marzo de 1845, *Devouge*; 18 de junio de 1926, *Rodière*; 19 de noviembre de 1926, *Monzat*; 13 de julio de 1962, *Bréart de Boisanger*). En resolución de 7 de febrero de 2001, *Adam*, anuló la orden de traslado de un funcionario militar por “presunciones serias”, derivadas de la falta de justificación de la decisión en necesidades del servicio.

El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre numerosos supuestos de ilegalidad en los motivos de hecho y Derecho del acto respecto a la violación de la ley (CE 3 de diciembre de 1948, *Dame Louis*); el error de Derecho (CE 18 de abril de 1958, *Guern*); un motivo determinante ilegal (CE 12 de enero de 1968, *Dame Perrot*); el control de la materialidad de los hechos (CE 7 de julio de 1965, *Boucher de Crévecoeur*); el control de la calificación jurídica de los hechos (CE 17 de diciembre de 1958, *Société Olympia Press*); el error manifiesto de apreciación (CE 13 de noviembre de 1953, *Denizet*; 15 de febrero de 1961, *Lagrange*; 6 de noviembre de 1970, *Sieur Goyé*) y otros de tipo técnico ya invocados sobre urbanismo, policía, concentraciones de terrenos, etcétera.

El control por parte del Consejo de Estado alcanzó a la legalidad de los actos infralegislativos, incluidas las “demandas de anulación por exceso de poder formuladas con los actos de las diversas autoridades administrativas” (art. 32 de la Ordenanza de 31 de julio de 1945). Esta posibilidad impugnatoria fue ampliada en cuanto a la admisibilidad por el Consejo de Estado al extenderlo siempre que no estuviera expresamente prohibido: “está abierto incluso sin texto contra todo acto administrativo, y que tiene por efecto asegurar, conforme a los principios generales del Derecho, el respeto de la legalidad” (CE 17 de febrero de 1950, *Dame Lamotte*¹⁷⁵⁴; 17 de abril de 1953, *Falco et Vidaillet*¹⁷⁵⁵; 17 de mayo de 1957, *Simonet*).

Han sido muchos los pronunciamientos sobre la desviación de poder en los que se pueden apreciar distintos supuestos:

a) Fin distinto del interés público: referidos al ejercicio del poder en beneficio de intereses privados propios (CE 14 de marzo de 1934, *Delle Rault*) o ajenos (CE 5 de marzo de 1954, *Delle Soulier*); por motivos políticos (CE 23 de diciembre de 1932, *Sté L'éveil de Contre*); utilización del poder de policía no para el “buen orden, la seguridad y salubridad públicas, sino únicamente

1754. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 325-328.

1755. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 392-398.

por el fin de perjudicar” a un adjudicatario de la explotación de una playa en beneficio de otro (CE 20 de octubre de 1971, *Estaynou*).

b) Fin de interés público diferente del que debía obtenerse: por un interés financiero al amparo de una norma sobre buen orden y decencia en las playas (CE 4 de julio de 1924, *Beaugé*); por un fin legal distinto al que ampara la norma (CE 26 de noviembre de 1875, *Pariset*)¹⁷⁵⁶, como utilizar la alineación para no proceder a la expropiación (CE 14 de febrero de 1902, *Lalaque*).

c) Desviación de procedimiento¹⁷⁵⁷: actuar en vía jerárquica en lugar de la disciplinaria (CE 23 de julio de 1909, *Commune de Cotignac*); instrumentalizar la policía judicial por no tener competencia para hacerlo con la policía administrativa (CE 24 de junio de 1960, *Société Frampar*)¹⁷⁵⁸; utilizar un procedimiento de concentración de propiedad rural para facilitar la clasificación cultural de un lugar (CE 27 de junio de 1973, *Chandre*).

3.4. Exceso de poder y contratos administrativos

Como se ha expuesto en relación con los tipos de recursos, el de plena jurisdicción era el adecuado para los contratos administrativos, porque su bilateralidad era fuente de derechos y obligaciones, que podían exigir restituciones cuando el poder del juez reformase o modificase el acto, lo resolviera o condenara a la reparación. De ahí el rechazo de aplicar a las cuestiones contractuales el recurso por exceso de poder conducente a la anulación, a partir del Decreto de 2 de noviembre de 1864 que dispensó de la presencia de abogado en el recurso por exceso de poder y dio carácter oficial a la distinción de contenciosos, siendo los jueces los Consejos de prefectura, conduciendo los contratos al recurso de plena jurisdicción¹⁷⁵⁹.

Sin embargo, la jurisprudencia fue perfilando una opinión favorable a la aplicación del recurso por exceso de poder a los contratos, utilizando el camino

1756. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 22-26.

1757. GOY, R., “La notion de détournement de procédure”, en *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 323 y ss.

1758. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 481-484.

1759. A partir de la reforma de 30 de septiembre de 1953 los Tribunales administrativos son los jueces con competencia en materia de contratos administrativos.

de los actos separables (*actes détachables*), y configurando un régimen propio del “contencioso contractual” por la combinación del recurso de pleno contencioso y del de exceso de poder. Contribuyó a ello la creación de un marco legal adecuado a partir de la Ley 82-213 de 2 de marzo de 1982.

3.4.1. *Los actos separables*

Aun cuando ya se ha aludido a esta categoría, es preciso hacer constar que fue configurada y adquirió entidad en el contencioso contractual, precisamente como medio para superar su inadmisibilidad y poder aplicar el recurso por exceso de poder a los actos unilaterales “separables” del contrato, ya que no admitía su formulación contra el contrato mismo, sobre el cual sólo tenía competencia el “juez del contrato” (judicial) y no la jurisdicción de la legalidad de los actos administrativos contractuales (administrativa). Por ello se consideraba inadmisibile el recurso por exceso de poder contra el contrato, cuestión salvada por la técnica de los “actos separables” (*actes détachables*) que ha permitido el control contencioso de ciertos actos unilaterales. Por otra parte, el recurso más apropiado era el de plena jurisdicción o pleno contencioso, más amplio que el de exceso de poder, que permitía anular, reformar y condenar, sólo planteable por las partes y no por tercero, aunque tuviera interés en actuar (*intérêt à agir*)¹⁷⁶⁰.

La utilidad del medio ha llevado a su aplicación en otros campos como el electoral, el de los actos de gobierno y el fiscal. De este modo se diferencia en la unidad del contrato entre los elementos propios de la gestión de las obligaciones conforme a su naturaleza, que conduce a la jurisdicción judicial, y los actos de decisión, de los que conoce la jurisdicción administrativa. Se trata de una ficción con el fin de “transformar el acto bilateral en un doble acto unilateral”, uno de ellos procedente de la Administración, que permite

“considerar los diversos actos unilaterales que intervienen con motivo de la formación de un contrato, incluso los que la condicionan, como susceptibles de ser aislados y atacados por medio del recurso por exceso de poder, no sólo cuando el

1760. CHARLES, H., *Actes rattachables et actes détachables en droit administratif français public*, Paris, LGDJ, 1968.

contrato no está todavía concluido definitivamente, sino incluso cuando el contrato es definitivo”¹⁷⁶¹.

Las reglas generales de la impugnación del acto separable permiten utilizar el recurso por exceso de poder fundado en motivos de ilegalidad y de vicio de forma o de procedimiento. Para la corrección del acto es preciso que proceda de una autoridad habilitada y competente por razón de la materia, del tiempo y del espacio, que se produzca conforme a las formas y procedimientos establecidos, que tenga por finalidad el interés público sin desviación de poder, y esté suficientemente motivado en todo caso, fundamentalmente en sus efectos negativos.

La legitimidad para hacerlo (*intérêt à agir*) está reconocida de un modo directo a las partes del contrato antes de su conclusión, quedando disponible posteriormente el recurso de pleno contencioso. El tercero deberá acreditar su interés. El efecto de su estimación será la anulación del acto separable, que no implica que afecte de nulidad al contrato, que no está impugnado como acto bilateral y autónomo. Sólo si el acto unilateral irregular afecta en su contenido al contrato, le alcanza la nulidad, lo que se plantearía en un recurso de plena jurisdicción, demostrando la afección y, por tanto, la ilegalidad que ha repercutido en el contrato. Se ha reconocido a los terceros, que no están legitimados para el recurso de pleno contencioso, la posibilidad de demandar que se exija a la Administración iniciar el procedimiento de impugnación del contrato con base en la nulidad del acto separable (CE 7 de octubre de 1994, *Epoux Lopez*).

Para determinar el carácter separable del acto es preciso valorar si material e intelectualmente constituye una decisión para formar el contrato (CE 9 de noviembre de 1934, *Chambre de commerce de Tamatave*). Aspecto que la jurisprudencia ha ido ampliando a otros muchos elementos, como el rechazo a la aprobación de un contrato de arrendamiento (CE 11 de diciembre de 1903, *Commune de Gorre*), la deliberación (CE 4 de agosto de 1905, *Martin*)¹⁷⁶², el otorgamiento (CE 7 de febrero de 1936, *Département de la Creuse*), la decisión

1761. LAUBADÈRE, A. DE, MODERNE, F., DELVOLVÉ, P., *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1984, p. 327.

1762. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 64-67. Abrió el camino a la admisibilidad de una demanda contra una resolución prefectoral sobre una transacción (CE 29 de diciembre de 1905, *Petit*) o a la anulación de adjudicaciones ilegales (CE 30 de marzo de 1906, *Ballandé*).

del prefecto sobre un contrato municipal (CE 4 de febrero de 1955, *Ville de Saverne*), el acto de la adjudicación (CE 5 de diciembre de 1958, *Union de pêcheurs à la ligne et au lancer de Grenoble et du département de l'Isère*), los actos de ejecución (CE 24 de abril de 1964, *Société de livraison industrielle et commerciale*) y la resolución (CE 2 de febrero de 1987, *Sté TV*).

La jurisprudencia y, más adelante, también alguna reforma legal, han superado la teórica incompatibilidad entre el recurso por exceso de poder y el contrato. Este nuevo camino permite que en la impugnación se entre a valorar la ilegalidad de todo o de parte del contrato (CE 20 de enero de 1978, *Syndicat de l'enseignement*), tanto por las partes implicadas como por terceros, del mismo modo que se les admitió a los usuarios en relación con la concesión del servicio público y los contratos con cláusulas reglamentarias (CE 23 de febrero de 1968, *Picard*). A partir de la resolución de 24 de abril de 1964, *Société de livraison industrielle et commerciale*, el Consejo de Estado admitió la legitimación de los terceros respecto a la ejecución de un contrato, considerándola separable del mismo. Ese carácter lo extendió a la resolución del contrato, “que es separable de las relaciones contractuales y puede ser impugnada por terceros ante el juez por exceso de poder” (CE 2 de febrero de 1987, *Sté TV*).

El artículo 3 de la Ley 82-213 de 2 de marzo de 1982, de descentralización, ha posibilitado que los prefectos impugnen (*déféré préfectoral*) ante el Tribunal administrativo, de oficio o a instancia de parte, por medio del recurso por exceso de poder¹⁷⁶³, los actos contrarios a la legalidad previstos por el artículo 2 sobre contratos, préstamos, acuerdos de concesión o de arrendamiento de servicios públicos (CE 13 de enero de 1988, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales*; 21 de octubre de 1988, *Commissaire de la République du département de la Somme*). Se le ha dado una interpretación amplia que comprende todos los contratos administrativos de las entidades descentralizadas (CE 4 de noviembre de 1994, *Département de la Sarthe*; 14 de marzo de 1977, *Département des Alpes-Maritimes*).

Sobre el alcance de la anulación del acto separable, el comisario ROMIEU expuso en 1905 que tenía un *caractère platonique*, porque “esta anulación no tendrá ni podrá tener por sí misma efecto alguno directo sobre el contrato

1763. CE 29 de mayo de 1987, *Commune de Goult*; 2 de noviembre de 1988, *COREP des Hauts-de-Seine c. OPHLM de Malakoff*; 26 de julio de 1991, *Comune de St-Marie*.

al que el juez por exceso de poder no puede tocar” (4 de agosto de 1905, *Martín*)¹⁷⁶⁴. La situación del acto separable no afecta directamente al contrato, que sigue siendo el vínculo entre las partes, cuya ejecución es posible, salvo la indemnización que se pudiera derivar. La repercusión fue valorada por el Consejo de Estado en el sentido de que, tras la anulación por exceso de poder,

“corresponde al juez del contrato, instado por uno de los beneficiarios por una demanda que busque exigir la responsabilidad del Estado por la inexecución de las estipulaciones del contrato concluido en virtud de esta resolución, constatar que dicho contrato es nulo y no había podido, en consecuencia, hacer nacer obligación contractual alguna con cargo al Estado” (CE 1 de octubre de 1993, *Société Yacht Club International de Bormes-les-Mimosas*).

Por tanto,

“pertenece a la Administración apreciar si, con respecto a los motivos de anulación del acto separable, puede continuar la ejecución del contrato hasta su terminación, o si debe resolverse. En la hipótesis en que los motivos de anulación del acto separable no impliquen necesariamente que el juez del contrato se retire o que se proceda a su resolución, corresponde a la Administración adoptar un nuevo acto que sustituya a la decisión anulada” (CE 1 de octubre de 1997, *Avrillier*).

A partir de la Ley 80-539 de 16 de julio de 1980 el Consejo puede imponer multas (*astreintes*) por incumplimiento por la Administración de las medidas de ejecución¹⁷⁶⁵. En CE 7 de octubre de 1994, *Epoux Lopez*, se hizo efectiva la anulación de cesión de un inmueble de dominio privado, con la anulación del contrato de venta en demanda ante el juez competente por incumplimiento del artículo L. 2.241-1 del Código general de las colectividades territoriales, que exige deliberación motivada del consejo municipal. La ley 95-125 de 8 de febrero de 1995 ha ampliado esa posibilidad¹⁷⁶⁶. Estas reformas legales supusieron modificar la prohibición al juez de intervenir en la gestión pública con amenaza de sanciones o multas (CE 27 de enero de 1933, *Le Loir*). Por tanto, existe la posibilidad de combinar la impugnación del acto separable y

1764. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 64-67.

1765. MASSOT, J., GIRARDOT, T., “Le Conseil...”, cit., pp. 129-131 y 200-202.

1766. MASSOT, J., GIRARDOT, T., “Le Conseil...”, cit., pp. 202-213.

la exigencia de que la Administración, cuyo acto ha sido anulado, impugne el contrato ante el juez del contrato para que el impugnante pueda lograr el fin.

3.4.2. *Extensión a los servicios públicos*

La doctrina de los actos separables ha posibilitado la impugnación por medio del recurso por exceso de poder de las cláusulas reglamentarias de la explotación del servicio público, recuperando la doctrina de CE 21 de diciembre de 1906, *Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*¹⁷⁶⁷, para impugnar por los usuarios en recurso por exceso de poder la violación de las cláusulas reglamentarias de un servicio público. Se exige que estén dictadas al amparo de una ley (CE 23 de febrero de 1968, *Picard*), y se extiende a las normas de organización que tengan esa misma naturaleza (CE 18 de marzo de 1977, *Chambre de commerce de La Rochelle*) o a los pliegos de condiciones de la ejecución del servicio público sobre las relaciones del concesionario con los usuarios, que forman “parte integrante de las disposiciones reglamentarias que rigen su funcionamiento” (CE 5 de mayo de 1961, *Ville de Lyon*). Todos ellos se asimilaban a las cláusulas contractuales, separándose del contrato que, en sí mismo, no era susceptible de impugnación (CE 16 de abril de 1986, *Cie luxembourgeoise de télédiffusion*), considerando la existencia de una doble naturaleza, contractual y reglamentaria¹⁷⁶⁸.

La resolución CE de 10 de julio de 1996, *M. Cayzeele*, superó la doctrina anterior estableciendo con toda claridad la admisibilidad del recurso por exceso de poder formulado por un interesado contra las cláusulas reglamentarias de un servicio público de recogida de basuras, sin necesidad de un texto legal que avalase la cláusula (CE 23 de febrero de 1968, *Picard*). Se reconoció a las cláusulas contractuales el carácter de “disposiciones”, por el efecto obligatorio y vinculante que producen entre las partes y respecto a terceros, “un carácter reglamentario; que pueden por consiguiente, impugnarse ante el juez de exceso de poder”. Implica una aproximación en cuanto a la naturaleza y efectos a los actos unilaterales, como son los reglamentos de los servicios públicos, en

1767. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 67-69.

1768. MODERNE, F., “Les arrêts et le contentieux de la concession de service public”, *RFDA*, 1987, p. 14.

cuanto la sanción al acto separable afecta al contrato y le extiende su nulidad (CE 6 de febrero de 1998, *Tête, Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*).

La posibilidad de anular por exceso de poder las cláusulas de un contrato se abrió a las cláusulas de los servicios públicos identificándolas en su naturaleza reglamentaria. Se reconoció a las cláusulas de la concesión el carácter reglamentario por su propia naturaleza y objeto. Fue la culminación del proceso iniciado por CE 21 de diciembre de 1906, *Croix-de-Seguey-Tivoli*, aunque siguió manteniendo que “las conclusiones de anulación dirigidas contra las estipulaciones contractuales que no tienen carácter reglamentario son inadmisibles” (CE 14 de marzo de 1997, *Cie d'aménagement des coteaux de Gascogne*). De modo que se “cambió la jurisprudencia constante que rechazaba admitir la admisibilidad del recurso por exceso de poder contra un contrato en todo o en parte”, admitiéndolo en la parte del contrato de concesión que tenía naturaleza reglamentaria. La extensión de la doctrina *Cayzeele* a “todos los contratos administrativos no sería más que la extensión de las soluciones ya establecidas. Está en germen en la jurisprudencia actual”¹⁷⁶⁹.

3.4.3. *Aplicación a los contratos de personal*

La doctrina de los actos separables se aplicó a la contratación de personal (CE 8 de marzo de 1996, *Département des Alpes Maritimes*; 3 de abril de 1998, *Département de la Vendée*). Esta posibilidad impugnatoria la superó el asunto CE 30 de octubre de 1998, *Ville de Lisieux*, en el que un consejero municipal, con la condición de tercero interesado, planteó la anulación del nombramiento y los contratos de agentes no titulares celebrados por el alcalde¹⁷⁷⁰. El nombramiento era contrario a lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley de 26 de enero

1769. DELVOLVÉ, P., “Note sour CE Ass 10 juillet 1996 Cayzeele”, *RFDA*, 1997, p. 93.

1770. CE 8 de julio de 1991, *Commune d'Igny c. Prat*, el comisario Pochard expuso que la selección de personal contractual estaba destinada a cubrir una vacante en tanto se realizaba el proceso de selección y que “otra solución conduciría a permitir la ocupación de empleos titulares de cierto nivel por agentes que no reuniesen las condiciones y a la desviación de las reglas de la función pública”. CE 11 de marzo de 1992, *Commune de Blagnac*, declaró que “no existe gran dificultad” respecto a la posibilidad de seleccionar personal contractual para ocupar empleos que precisen de conocimientos técnicos altamente especializados. Existen numerosos pronunciamientos que rechazan la posibilidad de utilizar la contratación temporal para determinados puestos. DEGUERGUE, M., “Déclin ou renouveau...”, *cit.*, p. 264.

de 1984¹⁷⁷¹, por haberse realizado sin el acuerdo de creación adoptado por el órgano deliberante, que era una exigencia legal incumplida, dando lugar a la anulación de los contratos.

El comisario STAHL recordó que el Consejo había considerado que el contrato de compromiso de un agente público era como “una decisión individual relativa a la nominación de un agente de Departamento” (CE 24 de abril de 1985, *Pinault*). Abrió el camino a un pronunciamiento de anulación de nombramientos locales por vicios en la formación de la voluntad contractual, de modo que el defecto del acto unilateral alcanzó directamente al contrato por la vía del recurso por exceso de poder. Expuso que el recurso por exceso de poder era un recurso de legalidad, que no podía entrar “en la esfera contractual más que para verificar que la ejecución del procedimiento contractual se realizaba con respeto de las reglas constitucionales, convencionales, legislativas, jurisprudenciales y reglamentarias aplicables”. Este planteamiento, que superaba el control de un elemento previo del contrato, le permitió aludir

“al largo camino que se ampliaba de la anulación del acto separable a la demanda de sanción, del juez por exceso de poder al juez del contrato, sin que, por otra parte, los justiciables estén seguros de llegar a buen puerto”.

Apoyaba una aplicación directa del recurso al contrato, aunque sugería definir mejor la condición de tercero con interés para poder actuar:

“se endurecerían de modo notable los efectos del control del exceso de poder permitiendo al juez anular el contrato, afianzar algo la noción de tercero interesado podría permitir precaverse contra una mayor inestabilidad de las relaciones contractuales”.

Sugirió STAHL, además, que se “reconociera al juez de exceso de poder la capacidad de modular el alcance de sus decisiones y de adaptar precisamente las nulidades que pronuncia al alcance real de los vicios que descubre”.

La ficción de considerar el contrato como un conjunto de actos unilaterales separables ha permitido que el impugnante por exceso de poder de uno de

1771. CE 12 de junio de 1996, *Pays de Laval*, invocó el artículo 3 de la ley de 26 de enero de 1984, declarando que no autorizaba a los órganos deliberantes de las colectividades territoriales a crear empleos exclusivamente reservados a los agentes contratados y, por tanto, “no les prohíben precisar que los empleos permanentes que creen son susceptibles de ser ocupados por tales agentes y de fijar las condiciones de su selección”.

aquellos actos haya podido terminar haciéndolo con el conjunto que formaba el contrato, demostrando que, como expresó el comisario DAËL, “el juez tiene dedos de hada cuando se trata de elegir un acto separable” (CE 8 de enero de 1988, *Min. Plan*).

A partir de la ampliación del *arrêt Ville de Liseux* de 30 de octubre de 1998, sólo era cuestión de tiempo avanzar en el progreso del recurso por exceso de poder, para dar mayores garantías de legalidad a la actividad administrativa por la extensión al contrato de los efectos de los actos separables, que terminase conduciendo al control total del contrato. El argumento de la autonomía de la voluntad del contrato parece insostenible en relación con la contratación de la Administración, en la que una parte fija las condiciones y la otra las acepta y se adhiere, tras un procedimiento de selección lleno de voluntad unilateral, que continuará manifestándose a todo lo largo de la vida del contrato (decisión unilateral, *factum principis*, etcétera). Así lo expuso el comisario GENEVOIS al destacar que

“el aspecto puramente contractual es ilusorio en la medida en que el contrato está a menudo predeterminado por disposiciones reglamentarias que se imponen a las partes. Tras el contrato hay de hecho un estatuto que lo dibuja y hay un gran interés en que este estatuto pueda reivindicarse en el marco de un recurso por exceso de poder” (CE 25 de mayo de 1979, *Mme Rabut*).

Como expuso en el TC 3 de marzo de 1969, *Société Interlait*, el comisario KAHN en sus conclusiones: “es preciso reconocer hoy que la distinción de lo contractual y de lo unilateral pasa por cuestiones que aquella no permite resolver”. Dicotomía hoy más difícil de mantener cuando se reconoce la existencia de actos unilaterales negociados, que formalizan el previo acuerdo de voluntades, mientras que los contratos administrativos son puros contratos de adhesión a las determinaciones, condiciones, régimen y potestades administrativas similares a las del acto unilateral en su fuerza ejecutiva. La Administración contratante sigue siendo titular y utiliza la potestad a todo lo largo de la vida y ejecución del contrato (CE 2 de diciembre de 1902, *Société Immobilière de Saint-Just*)¹⁷⁷², como se desprende de su propio “régimen exorbitante del Derecho común” y la existencia de las “cláusulas exorbitantes” (CE 31 de julio de 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*)¹⁷⁷³.

1772. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 47-53.

1773. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 110-113.

3.5. Las reformas de la justicia administrativa y del recurso por exceso de poder

Se ha expuesto, a propósito de la organización de los tribunales administrativos y de los tipos de recursos, que las reformas introducidas a partir de 1980 han transformado el sistema francés de justicia administrativa, que, si era la “obra por excelencia de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha pasado a ser así un Derecho enteramente codificado”¹⁷⁷⁴.

Según GARCÍA DE ENTERRÍA con estas reformas el legislador pusieron fin al carácter puramente declarativo del recurso por exceso de poder, que se convirtió en un instrumento procesal de condena de la Administración. Por tanto, la sentencia anulaba el acto impugnado y condenaba a hacer cumplir a la Administración los efectos derivados del fallo (*injonction*)¹⁷⁷⁵, cuya efectividad aseguraría mediante medidas coercitivas directas contra la Administración y, si se resistiese al cumplimiento, contra los administradores por medio de multas coercitivas, reiteradas o *astreintes*, e, incluso, por multas personales¹⁷⁷⁶. Estas medidas han incrementado las prerrogativas judiciales y “el poder de intimación (*injonction*) permite en todo caso remediar las lagunas más llamativas que tenía el contencioso-administrativo durante los últimos años reduciendo incluso el interés del recurso por exceso de poder”¹⁷⁷⁷.

Con las reformas introducidas se ha puesto fin al mito declarativo del recurso por exceso de poder que, a pesar de ser

“estéticamente tan elaborado y pulido, se había revelado, simplemente, absurdo en el orden práctico, sentimiento que es, al fin y al cabo, una de las fuentes del Derecho más genuina y más obvia, y más cuando se trataba en el caso de reforzar de

1774. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Las transformaciones...*, cit., p. 98.

1775. GAUDEMET, Y., “Réflexions sur l’injonction dans le contentieux administratif”, en *Mélanges offerts a Georges Burdeau. Le pouvoir*, Paris, LGDJ, 1977, pp. 805-824.

1776. Previstas por los artículos 59-1 a 59-5 del Decreto de 30 de julio de 1963, y 2-6 de la Ley de 16 de julio de 1980. CE 17 de mayo de 1985, *Menneret*; 5 de mayo de 1986, *David*; 17 de octubre de 1986, *Vinçot*. BON, P., “La loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes en matière administrative et à l’exécution des jugements par la puissance publique”, *RDP*, 1981, pp. 5-51.

1777. DEBBASCH, Ch.-RICCI, J.-C., *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 1999, p. 529.

modo resuelto la virtualidad y la eficacia de las sentencias anulatorias de los actos impugnados”¹⁷⁷⁸.

Todo ello a pesar de que suponía derogar uno de los principios propios del sistema constitucional, la no-interferencia de la jurisdicción en la ejecución, asumido por el Consejo Constitucional, en su decisión 86-224, de 23 de enero de 1987¹⁷⁷⁹. Declaró que corresponde al juez administrativo “la anulación o la reforma de las decisiones adoptadas en ejercicio de las prerrogativas del poder público por las autoridades ejerciendo el poder ejecutivo”.

Al proceso de transformación del recurso por exceso de poder han contribuido nuevas disposiciones. La Ley 95-125 de 8 de febrero de 1995 facultó a la jurisdicción contencioso-administrativa a utilizar nuevas medidas ejecutivas como las *injonctions préventives* para la ejecución de la cosa juzgada, que se pueden incluir en el fallo de las sentencias declarativas, sin necesidad de plantear un incidente de ejecución posterior¹⁷⁸⁰. La Ley 2000-597 de 30 de junio y el Decreto 2000-1.115 de 2 de noviembre de 2000 introdujeron las medidas cautelares [*référé*s] ante las jurisdicciones administrativas, incorporadas al Libro V del Código de justicia administrativa.

Si estas importantes medidas para hacer real la tutela judicial y la plena justiciabilidad se hubieran dictado por el legislador unos años antes, hubiera sido distinta la contestación de RIVERO al comentario del indio hurón en su visita al Palais-Royal sede del Consejo de Estado: “N’insinuez pas que l’Administration brave les décisions d’annulation, et ne procède pas, même sans injonction, au rétablissement du Droit!”. Hubieran servido para justificar su regreso, “lorsque le citoyen trouvera, dans le recours, les satisfactions effectives auxquelles nous autres, modestes Hurons, attachons un prix sans doute excessif”¹⁷⁸¹.

1778. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Las transformaciones...*, cit., p. 84. La situación de incumplimiento por la Administración la reflejó el Consejo de Estado en su pronunciamiento de 23 de julio de 1909, *Fabrègue*, que tuvo que hacerlo diez veces sobre la ilegalidad de las decisiones de un alcalde que había suspendido otras tantas a un guarda de campo.

1779. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 699-714.

1780. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., “Una revolución de terciopelo que pone fin a un anacronismo (La Ley de 8 de febrero de 1995 y las nuevas reformas del contencioso francés)”, *REDA*, 91, 1996, pp. 385-401.

1781. RIVERO, J., “Le Huron au Palais-Royal...”, cit., pp. 332 y 334.

Esas medidas legales, con un significado mucho más amplio que las excepciones anteriores, han supuesto una nueva crisis del dogma del carácter puramente declarativo y no ejecutivo de la jurisdicción contencioso-administrativa, que impedía al juez *faire actes d'administration*; así como otro principio del sistema, como es el de ejecutividad y no suspensión de los actos (CE 2 de julio de 1982, *Huglo*). La posibilidad de adoptar medidas cautelares obedece a otras circunstancias históricas y a la prevalencia de los principios vinculados a la protección de los derechos de las personas y, en particular, al de la tutela judicial efectiva (art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), que las ha convertido en uno de los pilares del orden jurídico garantista. Como expuso GARCÍA DE ENTERRÍA:

“en este momento, en que por impulso legislativo se pretende hacer más operativa la justicia administrativa para los ciudadanos, simplemente, se cae en la cuenta de que las viejas técnicas restrictivas de la justicia administrativa histórica apoyada en el dogma de la autoridad cualificada de los actos administrativos, que implicaba el mantenimiento del principio de su ejecutoriedad, no obstante los recursos, debía corregirse para reconocer que también las posiciones jurídicas de los ciudadanos, en último extremo procedentes de su titularidad de derechos fundamentales, no debían subordinarse por principio a una superioridad dogmática y de principio de la Administración en los procesos contencioso-administrativos. Así vino a aplicarse a la justicia administrativa todo el caudal de técnicas de *référé* o medidas cautelares que se habían abierto paso ya con notable amplitud en los procesos civiles”¹⁷⁸².

Como consideró DRAGO, “el último decenio del siglo XX habrá visto para el juez administrativo francés una transformación tan completa que podría pronto no reconocerse”¹⁷⁸³.

Sin embargo, las reformas no terminaron en las disposiciones de 1995 y 2000, porque existe en Francia una clara voluntad de renovación del sistema judicial dentro de las políticas generales de mejora de la calidad de los servicios públicos.

La Ley orgánica de finanzas de 1 de agosto de 2001 obligó a todos los ministros a configurar los presupuestos por objetivos y programas para el año 2005,

1782. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Las transformaciones...*, cit., pp. 92-93; *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 2004.

1783. DRAGO, R., “Un nouveau juge administratif”, en *Écrits en hommage à Jean Foyer*, Paris, PUF, 1997, p. 451.

con el fin de racionalizar los gastos, definir objetivos, articular los medios para lograrlos, hacer legible y coherente la acción y las políticas públicas desde una perspectiva de calidad. El *Libro Azul*, anejo a la ley dedicado a la justicia, propuso para las jurisdicciones judiciales diez objetivos con indicadores, respecto a la eficacia socio-económica, la calidad del servicio y la eficacia en la gestión; los objetivos tenían, a su vez, sus propios indicadores. Respecto a la jurisdicción administrativa se propusieron indicadores para la calidad del servicio –la reducción de plazos de juicio y el mantenimiento de la calidad de las decisiones jurisdiccionales–, y sobre la calidad de la gestión, como mejorar la productividad de las jurisdicciones, en particular de los tribunales administrativos de apelación.

La Ley 2002-1.138 de 9 de septiembre de 2002, de orientación y programación de la justicia, innovó la organización de las jurisdicciones y del procedimiento, civil, penal y administrativo. Lo hizo en relación con las previsiones de las leyes 95-125 de 8 de febrero de 1995, de orientación y programación de la justicia, que previó introducir reformas para “mejorar la eficacia del procedimiento administrativo y, en particular, para luchar contra la acumulación de los recursos administrativos de apelación”. El Decreto 2003-543 de 24 de junio de 2003 modificó el Código de la Justicia Administrativa respecto al recurso de apelación, suprimiendo las apelaciones de los asuntos de poca importancia del artículo R. 223-13 CJA, que eran los de juez único, exigiendo la presencia de abogado, reduciendo los plazos de juicio, y facultando al juez para decidir por ordenanza las apelaciones de expulsión y cuando la impugnada esté viciada de anulación pero se pueda resolver por nueva ordenanza¹⁷⁸⁴.

El Consejo de Estado en resolución de 17 de diciembre de 2003, *Meyet y otros*, ha considerado que el doble grado de jurisdicción que implicaba el recurso de apelación, “no constituye un principio general del Derecho que impidiera al poder reglamentario prever, en el ejercicio de su competencia, los casos en los que los jueces deciden en primera y única instancia”. Rechazó la pretensión basada en los artículos 6-1 y 13 de la Convención europea de derechos del hombre¹⁷⁸⁵, porque no establece un derecho absoluto a un doble nivel

1784. BOISSARD, S., “Vers un désencombrement des cours administratives d’appel”, *AJDA*, 2003, p. 1.375, critica la reforma porque rompe con la tradición de apertura en aras a la gestión y a la reducción de la carga de litigios.

1785. El artículo 2.1 del Protocolo 7 dispuso que quien fuera sancionado como culpable de una infracción penal tiene el derecho de que una jurisdicción superior declare la culpabilidad y la

jurisdiccional (CEDH 17 de enero de 1970, *Delcourt c. Bélgica*; 15 de febrero de 2000, *Edificaciones c. España*; 22 de junio de 2000, *Asikis c. Grecia*). Así lo había declarado el Consejo constitucional en las decisiones 75-84, de 19 de noviembre de 1975, y 96-337 DC, de 9 de abril de 1996¹⁷⁸⁶.

Aunque no afecten al ámbito contencioso, se ha de destacar la importancia que para los procedimientos administrativos tiene la Ley 2004-1343 de 9 de diciembre de 2004, de simplificación del Derecho, que trata de hacerlos más comprensibles a los ciudadanos, a fin de garantizar los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, así como los objetivos de valor constitucional sobre accesibilidad e inteligibilidad de la ley.

4. El control de constitucionalidad

4.1. El valor normativo de la Constitución

Se ha expuesto, en relación con los principios generales del Derecho, que DUGUIT atribuyó a la Declaración de Derechos de 1789 un valor supraconstitucional, porque

“en las disposiciones que ella contiene se encuentra la afirmación de los principios superiores del Derecho y la expresión resumida de toda una filosofía social, jurídica y política de servicio público”¹⁷⁸⁷:

condena; en el apartado 2 permite que no exista si la infracción es de orden menor, sin riesgo de prisión, haya sido juzgado por la más alta jurisdicción, o sea declarado culpable y condenado por consecuencia de un recurso contra su absolución. Una Recomendación del Consejo de Ministros de 17 de febrero de 1995, R (05) 5, propuso que toda decisión de un tribunal inferior pudiera someterse al control de un tribunal superior. La técnica del “filtrado” para limitar y reducir el número de recursos aplicada por el Decreto 97-1.177, de 24 de diciembre de 1997, que modificó el Decreto de 30 de julio de 1963, de organización y funcionamiento, fue avalada por el CEDH 9 de marzo de 1999, *Kosser c. Francia*. Respecto a la limitación de las posibilidades de utilizar el recurso de apelación: CEDH 14 de noviembre de 2000, *Di Gussola c. Francia*.

1786. PRÉTOT, X., “Le Conseil constitutionnel. La Cour européenne de Strasbourg et les validations législatives”, en *Le nouveau constitutionalisme...*, cit., pp. 219-240.

1787. DUGUIT, L., *Traité...*, cit., II, pp. 182-184; *Traité...*, cit., III, p. 568: “Incluso las fórmulas de los principios generales contenidos en las Declaraciones [...] se refieren a la noción de servicio público. Cuando [...] los autores de las declaraciones de 1789, de 1793, del año III y de 1848 formulan los principios de libertad, de propiedad, ¿no era todo ello la afirmación de que imponían a los gobernantes la obligación de crear servicios públicos destinados a proteger esta libertad y esta propiedad?”

Si por la Constitución existe separación de poderes, si los órganos e instituciones del Estado están sometidos a la Ley, si el Gobierno y la Administración están sujetos a control jurisdiccional, si los derechos fundamentales de los individuos están garantizados por el poder del Estado, el contenido de la Constitución caracteriza al Estado como Estado de Derecho. La existencia de tales condiciones constitucionales da al poder el significado de “un poder institucionalizado en el Estado”, que establece “un poder de Derecho [...] en relación a una idea de Derecho, origen integral y exclusivo del poder [...] el Estado de Derecho está sólidamente asegurado”¹⁷⁸⁸. Como expresa BURDEAU:

“Gobernar es crear Derecho, de tal manera que las reglas jurídicas forman la armadura en la cual vendrá a colocarse la vida social. Las constituciones están así indudablemente dirigidas a organizar los poderes públicos y las relaciones que mantienen entre ellos, en función de la razón de ser y de la tarea primordial de los órganos estables: la creación de Derecho”¹⁷⁸⁹.

La Constitución constituye un sistema que ha de contemplarse como unidad y como tal analizarse e interpretarse, como expuso HESSE, porque todos sus elementos

“se hallan en una situación de mutua interacción y dependencia, y sólo el juego global de todos produce el conjunto de la conformación concreta de la Comunidad por parte de la Constitución. Ello no significa que este juego global se halle libre de tensiones y contradicciones, pero sí que la Constitución sólo puede ser comprendida e interpretada correctamente cuando se la entiende, en este sentido, como unidad, y que el Derecho constitucional se halla orientado en mucha mayor medida hacia la coordinación que no hacia el deslinde y el acotamiento”¹⁷⁹⁰.

El Estado constitucional de Derecho no se define como tal sólo porque tenga una constitución, ya que todos los Estados la han tenido o la tienen, sino porque dispone de un determinado tipo de constitución formal y material. La calificación de constitucional no es idéntica a la de legal, como se ha visto en

1788. BURDEAU, G., *Traité...*, cit., pp. 44 y ss.

1789. BURDEAU, G., *Traité...*, cit., p. 308.

1790. HESSE, K., *Escritos de Derecho constitucional*, Madrid, CEC, 1983, pp. 18 y 48.

relación con el principio de legalidad¹⁷⁹¹. La identificación entre Estado constitucional y Estado de Derecho es válida cuando en el cuadro del Estado de Derecho existe como elemento fundamental el principio representativo, que se considera como un principio de garantía de derecho de los ciudadanos.

Se ha expuesto que el concepto del Estado de Derecho se vincula a la Constitución, de modo que su significado hay que determinarlo en cada caso “en el marco de la Constitución” en que esté inserto. De esta forma el Estado de Derecho se vincula a “la Constitución como norma fundamental y con la teoría de la construcción escalonada del orden jurídico”¹⁷⁹². Además la Constitución refleja un orden de valores supraleales que defiende y garantiza, por lo que

“el Estado democrático de Derecho logra no sólo canalizar el progreso del Derecho en sentido formal, sino también, con miras a su objetivo inamovible, a saber, la búsqueda de justicia material, motivarlo, conformarlo dinámicamente y a la vez limitarlo”¹⁷⁹³.

La vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos determina la primacía de la Constitución con respecto a la Ley y de ésta sobre los actos de los poderes públicos regulados por ella. Se trata de una *lex superior*, que consagra el principio de constitucionalidad por cuyo medio se garantiza la vigencia de la supralealidad y de la legalidad misma, en cuanto sea conforme a aquella¹⁷⁹⁴.

1791. KIMMINICH, O., “El poder en el Estado democrático de Derecho”, *Universitas*, 2, 1984, p. 114, cita a Ulrich SCHEUNER, *Staatstheorie und Staatsrecht*, Berlín, Joseph Listl/Wolfgang Rüfner, 1978, p. 205, “El poderío del Derecho que caracteriza al Estado de Derecho no significa un poder tiránico, sino al servicio del ciudadano. El Derecho ha de hacer posible la convivencia de las personas dentro de una comunidad, ha de estar a su servicio. Allá donde las leyes escritas son utilizadas para otorgar al poder dictatorial un simulacro de legalidad, ya no existe un Estado de Derecho, sino claro despotismo. Los extremos son fácilmente reconocibles. Es evidente la contradicción entre Estado democrático de Derecho y dictadura. Pero esta última raras veces se presenta súbitamente. En la rutina del cumplimiento de las leyes de un Estado de Derecho formal, particularmente cuando este cumplimiento es tratado en forma burocrática, puede desarrollarse fácilmente una forma de degeneración, que sirva como deformación del Estado de Derecho a preparar la dictadura: el Estado legalista”.

1792. GARCÍA PELAYO, M., “El *status* del Tribunal Constitucional”, *REDC*, n.º 1, 1981, p. 18. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *REDC*, 1, 1981, pp. 35-131.

1793. KIMMINICH, O., *El poder...*, cit., p. 116.

1794. FAVOREU, L., “L’apport du Conseil constitutionnel au droit public”, *Pouvoirs*, 13, 1980.

Pero la Constitución no es sólo una norma, sino precisamente la primera de las normas del Ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*, que define los valores superiores del Ordenamiento, parámetro de validez de todas las demás normas del sistema¹⁷⁹⁵, por pura jerarquía normativa, al definir el sistema de fuentes formales del Derecho¹⁷⁹⁶, a las que da validez por ser la *norma normarum*. Es la norma legitimadora de la existencia, competencias y facultades de todas las instituciones del Estado y sus administraciones, de los principios de actuación y del orden jurídico interno y externo. La Constitución constituye la

“expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia o duración, lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido”¹⁷⁹⁷.

La idea de un *higher law* del constitucionalismo norteamericano “incorpora [...] la tradición del Derecho natural en su versión puritana y laica, la de LOCKE, como *lex legum* y como *lex inmutabile*”¹⁷⁹⁸, entendiendo que la soberanía parlamentaria está limitada por principios de orden superior como son los constitucionales, tal y como aparece recogido en el preámbulo de la declaración de independencia¹⁷⁹⁹ y en la *Massachusetts Circular Letter*, que persiguen garantizar los derechos individuales.

1795. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La posición jurídica...”, *cit.*, p. 37.

1796. CARRÉ DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1975*, Paris, Sirey, 1935, identificó la “primacía jerárquica” con la *Stufentheorie* de Kelsen y la Escuela de Viena (pp. 34, 35, 46, 57, 59); *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degré avec les institutions et les idées consacrés par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933.

1797. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución...*, *cit.*, pp. 49-50.

1798. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La posición...*, *cit.*, p. 37; “La Constitución como norma jurídica”, *ADC*, 1979, p. 300.

1799. ADAMS, W. P., *Los Estados Unidos de América*, Madrid, Siglo XXI, 1980, pp. 25 y 26: “Consideramos evidentes las siguientes verdades: que todos los hombres fueron creados iguales; que entre ellos se cuentan los derechos a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad; que para asegurar esos derechos fueron implantados los gobiernos entre los hombres, y que su poder jurídico se deriva de la aprobación de los gobernados; que siempre que una forma cualquiera de gobierno demuestre que es contraria a esos objetivos, el pueblo tiene derecho a cambiarla o a abolirla y a implantar un nuevo gobierno, al que erigirá sobre tales principios y cuyos poderes organizará en la forma que le parezca adecuada para la salvaguardia de su seguridad y felicidad”.

La idea de la soberanía limitada por principios superiores y por la supremacía constitucional la recogió expresamente la Constitución Federal de los EE.UU. de 1787, cuyo artículo VI, sección 2, la proclamó *the supreme law of the land*¹⁸⁰⁰, articulando la *judicial review* como facultad judicial de declarar la inconstitucionalidad de las leyes¹⁸⁰¹. Sin estar plenamente diseñada en la Constitución, cobró plena vigencia en la famosa *Sentencia Marbury vs. Madison*, que fijó la función del Tribunal como intérprete supremo de la Constitución. Estableció el principio fundamental de la libertad consistente en que una Constitución escrita y permanente controla a un Congreso temporal¹⁸⁰², que dio lugar a la denominada jurisdicción constitucional.

La ausencia en Francia de un juez de constitucionalidad, de la regularidad y la adecuación de las leyes a los derechos individuales y a los valores constitucionales suponía, desde una perspectiva actual, dejarlos en manos del legislador como autoridad soberana. Como expresó GARCÍA DE ENTERRÍA:

“la idea de supremacía constitucional sobre las leyes fue arrumbada en Francia por la potenciación del principio de ‘voluntad general’ en el legislador (lo que se ha llamado el jacobinismo), de modo que hasta 1958 (y, en realidad, hasta 1971, en virtud de la propia jurisprudencia del Conseil Constitutionnel) no llegó a admitirse el control de constitucionalidad de las leyes, que encontró en Estados Unidos un cauce normal desde el origen”¹⁸⁰³.

La jurisdicción constitucional es garante de la primacía de la Constitución y la garantía institucional básica del Estado constitucional de Derecho. Por eso se ha dicho que la inserción de la jurisdicción constitucional en la vida estatal asegura y perfecciona el Estado de Derecho, es “su coronación”. Se engarza en “un sistema de controles de poder ensamblados entre sí, establecidos con miras a moderar el poder del Estado. En este punto se encuentran la demo-

1800. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución...*, cit., p. 302.

1801. BREWSTER, R. W., *Government in Modern Society*, Cambridge (USA), 1963, p. 63: “Judicial review is the authority of the courts to declare null and void acts of the legislative and executive branches of government held to be in conflict with the Constitution”.

1802. SCHWARTZ, B., *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, Civitas, Madrid, 1980, p. 22.

1803. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, cit., p. 78. TROPER, M., “Justice constitutionnelle et démocratie”, *RFDC*, 1990, pp. 30 y ss., expone el rechazo tradicional en Francia al control de constitucionalidad desde la idea de la total soberanía del poder legislativo.

cracia y el Estado de Derecho, puesto que a la idea de Derecho es inmanente la idea fundamental de la medida y la moderación¹⁸⁰⁴. Cuando el control de constitucionalidad se aplica a las leyes se asegura la integridad de la pirámide normativa¹⁸⁰⁵.

Para el Estado de Derecho la jurisdicción constitucional tiene como función “perfeccionar la vigencia” como cierre del proceso de construcción por los juristas del Estado de Derecho, sólo recientemente recogido en el Derecho positivo. Por ello GARCÍA PELAYO afirmó que “es la garantía jurisdiccional sin la que no hay un verdadero Estado constitucional de Derecho [...] el Tribunal Constitucional, en fin, culmina el sistema del Estado de Derecho”¹⁸⁰⁶. Según GARCÍA DE ENTERRÍA la incidencia de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico-administrativo obliga a los administrativistas a abordar cualquier materia desde la óptica constitucional:

“No tendría sentido posible pretender que los administrativistas debiéramos detener nuestro análisis normativo en el plano de las leyes o quizás en el de los reglamentos, sin poder ascender al plano superior normativo, y ello porque el Ordenamiento es un todo y el *deus ex machina* de ese todo unitario es, justamente, la Constitución. La Constitución es el contexto de todo el ordenamiento y, particularmente, del Derecho administrativo, que establece la articulación de los poderes públicos y derechos privados, que es objetivo primario de la Constitución. Por ello ha podido decirse (WERNER) que el Derecho administrativo es el Derecho constitucional concretizado: llevado a su aplicación última”¹⁸⁰⁷.

El Estado material de Derecho exige una instancia dotada de la potestad de controlar la vinculación de los poderes superiores del Estado a las normas, valores y principios constitucionales. Consecuentemente, la garantía del Estado de Derecho precisa la complementación de la jurisdicción administrativa por la jurisdicción constitucional, que ejerce una función absolutamente necesaria

1804. KIMMINICH, O., *El poder...*, cit., p. 115.

1805. OPPETIT, B., *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, p. 96. DUBRULLE, J.-B., “La compatibilité des lois avec la Constitution: un contrôle de constitutionnalité?”, *AJDA*, 3, 2007, pp. 127-132.

1806. GARCÍA PELAYO, M., *El status...*, cit., p. 20. RUBIO LLORENTE, F., “La Jurisdicción Constitucional como forma de creación de Derecho”, *REDC*, 22, 1988, pp. 9-51.

1807. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución...*, cit., p. 20.

en un Estado de Derecho, como es la del control de la constitucionalidad. Si la Justicia administrativa es

“la *pilastra angular* del Estado de Derecho, la Justicia constitucional es su *pilar fundamental* (PFEILER). No es difícil percibir en el conjunto de las anteriores opiniones una extensión al Derecho constitucional de conceptos y técnicas originados en el Derecho administrativo”¹⁸⁰⁸.

4.2. La jurisdicción constitucional

A la hora de fijar el concepto de jurisdicción constitucional afirmó BISCARETTI DI RUFFIA que “el mismo doble significado con que suele emplearse ordinariamente la expresión *jurisdicción* se aplica, naturalmente también, en orden a aquella particular especificación suya denominada *jurisdicción constitucional*”. De manera que se identifica objetivamente con las “funciones jurisdiccionales realizadas para la tutela de derechos e intereses relativos a la materia constitucional”; en sentido subjetivo señala “los órganos diversos de la magistratura ordinaria que ejercen las mismas funciones”¹⁸⁰⁹.

En la organización de la justicia constitucional se han establecido tres modelos distintos según se encomiende esta función a los tribunales ordinarios, a tribunales especiales, o a un órgano político:

a) El *judicial review* o sistema difuso¹⁸¹⁰, encomienda la función a los tribunales ordinarios por vía incidental, quedando los efectos circunscritos al caso en que la inconstitucionalidad se hubiese planteado, aunque en el caso norteamericano, en ejecución del principio *stare decisis*¹⁸¹¹ se produce la generaliza-

1808. GARCÍA PELAYO, M., *El status...*, cit., pp. 18 y 19. CHEVALLIER, J., “Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel”, en CURAPP, *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, pp. 11-40.

1809. BISCARETTI DI RUFFIA, P., *Derecho Constitucional*, Madrid, 1973, p. 545.

1810. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución...*, cit., p. 304: “Por de pronto, frente al llamado “control difuso” americano, que implica que todos los jueces están habilitados para inaplicar las leyes cuando las juzgan contrarias a la Constitución (multiplicidad de control en que, sin embargo, pone orden el principio *stare decisis*, que vincula a los tribunales inferiores a la jurisprudencia de la *Supreme Court*)”.

1811. LÓPEZ GUERRA, L., “El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*”, en *Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, vol. II, pp. 1.440-1.441: “hay que precisar que el principio del

ción de sus efectos y la declaración retrotrae la situación al momento inicial. Este modelo fue calificado por LAMBERT como “gobierno de los jueces”¹⁸¹² y a juicio de LOEWENSTEIN

“cualesquiera que sean los daños políticos que haya podido producir ocasionalmente el control constitucional [...] han sido ampliamente compensados por su eficaz protección de la libertad de los ciudadanos frente al peligro, siempre existente, de las intromisiones del Congreso”¹⁸¹³.

b) Tribunal especial y único. Tiene su origen en la Constitución austriaca de 1920 conforme a las ideas de KELSEN¹⁸¹⁴, que pretendió evitar el modelo americano del “gobierno de los jueces” influido por

“las posiciones románticas y vitalistas de la ‘Escuela libre del Derecho’, ‘libre jurisprudencia’, ‘comunidad del pueblo’, etc., que alimentaba una revuelta de los jueces contra la ley y que tan fácilmente, además, podía apoyarse en la formulación abs-

stare decisis ha de diferenciarse del más amplio principio del precedente y del más restringido de *res iudicata* o cosa juzgada. Por lo que se refiere al principio del precedente, consiste en “el uso generalizado de decisiones anteriores como guía a la hora de adoptar otras decisiones”. El principio *stare decisis* añade el que los jueces se hallen vinculados (y no meramente orientados) por los principios derivados de ciertos precedentes: las sentencias anteriores del Tribunal Supremo contienen, no meramente orientaciones, sino reglas de Derecho que son más que precedentes indicativos. El principio, pues, tiene así dos manifestaciones. Por un lado, y cara a los tribunales inferiores, supone que éstos deben seguir las normas derivadas de las sentencias de los tribunales superiores. Y, por otro lado, se entiende que los tribunales superiores, generalmente, seguirán sus propios precedentes. Este segundo aspecto del principio requiere mayores atenciones, ya que la práctica ha mostrado que la vinculación de los tribunales superiores al precedente no es ni mucho menos de carácter rígido. Los tribunales superiores se reservan la posibilidad de cambiar su criterio, ante las cambiantes circunstancias y valores predominantes en la sociedad”.

1812. LAMBERT, E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis (L'expérience américaine du contrôle judiciaire de constitutionnalité)*, Paris, Giard, 1921. HAURIU, M., *Principios de Derecho Público Constitucional*, Madrid, Reus, s/f, 2.ª ed., p. 338, comentando el libro de LAMBERT dice: “En este riguroso estudio, que no está exento de pasión, el autor, aunque no llega a consignarlo, deja entrever con suficiente claridad que teme la introducción de esta práctica en Francia”. HAURIU pensó que el peligro de un gobierno de jueces no se presentaría en los países del régimen administrativo, siendo sólo posible en los de common law.

1813. LOEWENSTEIN, K., *Teoría...*, cit., p. 315.

1814. KELSEN, H., “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, *RDP*, 45, 1928, pp. 197-257. Sobre el sistema austriaco: ALONSO GARCÍA, E., “El Tribunal Constitucional Austriaco”, en *Tribunal Constitucional*, I, Madrid, Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1981, pp. 409-460.

tracta y general de ciertos principios constitucionales. Prohibiendo a los jueces que inapliquen las leyes, el sistema pretende reforzar los mecanismos de sumisión de la jurisdicción a la legislación y de primacía parlamentaria en un momento en que los jueces tienden a valorar negativamente el acceso a las Cámaras de nuevas fuerzas sociales y políticas capaces de trastocar los valores tradicionales”¹⁸¹⁵.

c) El sistema de justicia constitucional que la atribuye a un órgano político es de origen francés, y se basa en el artículo 21 de la Constitución del año VIII (1799) que encomendó a un *Senat Conservateur* la garantía de la constitucionalidad de las leyes, pudiendo anular o mantener “todos los actos que sean deferidos como inconstitucionales por el Tribunado, o por el gobierno”¹⁸¹⁶.

El control de constitucionalidad fue rechazado por los constituyentes franceses de 1791¹⁸¹⁷ y del año III (1795), respecto a la propuesta de KERSAINT de establecer un *Tribunal des censeurs*¹⁸¹⁸, que garantizase la constitucionalidad de las leyes y al que pudiesen acudir “los ciudadanos lesionados en el ejercicio de sus derechos garantizados por el pacto social”¹⁸¹⁹. Tampoco prosperó la propuesta del *Jury constitutionnaire* de SIÈYES, que logró introducirlo en la Constitución del año VIII:

“Pido un Jurado de la Constitución o Jurado constitucional. Este Jurado tiene que ser un verdadero cuerpo de representantes que tenga la misión especial de juzgar todas las protestas contra cualquier infracción de la Constitución. Si queréis dar una salvaguardia a la Constitución, un freno saludable que mantenga la acción de cada uno de los representantes dentro de los límites de su especial función, cread un Jurado constitucional”¹⁸²⁰.

La Constitución de 1852 del II Imperio atribuyó al Senado el control preventivo de la constitucionalidad y de los actos que le fuesen sometidos por el Gobierno o por los ciudadanos.

1815. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución...*, cit., p. 305.

1816. SCHMITT, K., *Teoría...*, cit., p. 139.

1817. Según THOURET, *Archives parlementaires*. séance de 9 de agosto de 1891, XXIX, p. 292, este título es un “suplemento de la Declaración de derechos, o sobre todo está en él la realización de la Constitución francesa”.

1818. JAUME, L., “Garantir les droits de l’homme: 1791-1793”, *La revue Tocqueville*, XIV, 1, 1993, pp. 59-60.

1819. *Archives parlementaires...*, cit., LXII, p. 426.

1820. *L’Ancien Moniteur*, vol. XXV, p. 293 ss.

La Constitución de 1946 de la IV República estableció un Comité constitucional integrado por el Presidente de la República, Presidentes de las Cámaras, siete miembros nombrados por la Asamblea Nacional y tres por el Consejo de la República.

La Constitución de 1958 de la V República instituyó el Consejo Constitucional integrado por nueve miembros nombrados por el Presidente de la República, por el Senado y por la Asamblea Nacional, además de expresidentes de la República por derecho propio¹⁸²¹.

4.3. El control de constitucionalidad

Para DUVERGER el Consejo Constitucional francés, creado en virtud de la Constitución de 1958, “no sirve para proteger a los ciudadanos contra el abuso de los gobernantes, pero sí al Ejecutivo contra las posibles invasiones del Parlamento en el campo de su competencia¹⁸²². Opinión semejante mantiene A. HAURIOU,

“que la facultad de discutir la constitucionalidad de una ley no haya sido concedida a los ciudadanos, restringe mucho el alcance de esta institución, que aparece más como un medio del que dispone el ejecutivo para asegurar su supremacía sobre el Parlamento, que como el testimonio de una voluntad de someter, en todas sus manifestaciones, el Estado al Derecho. [...] En Francia, los individuos que estimen que una ley es anticonstitucional no pueden instar al Consejo. En los Estados Unidos, todos los ciudadanos pueden plantear el problema de la anticonstitucionalidad de una ley ante el tribunal que conozca de su proceso. De esta diferencia cabe deducir que en Francia el control se halla previsto sobre todo en interés de los Poderes Públicos, mientras que en los Estados Unidos funciona sobre todo en interés de los ciudadanos”¹⁸²³.

1821. FROMONT, M., “La justice constitutionnelle en France ou l’exception française”, en *Le nouveau constitutionalisme. Mélanges en l’honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, pp. 167-183.

1822. DUVERGER, M., *Instituciones...*, cit., p. 232. DORD, O., “Le Conseil constitutionnel et son environnement juridictionnel”, en VERPEAUX, M.-BONNARD, M., *Le Conseil...*, cit., pp. 127-147. AVRIL, P., “L’avenir du Conseil constitutionnel”, *ibidem*, pp. 149-155. AVRIL, P.-GICQUEL, J., *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2005.

1823. HAURIOU, A., *Derecho...*, cit., p. 173.

Tampoco ha existido en Francia un control de la constitucionalidad de las leyes por parte de los tribunales ordinarios, imponiéndose aquellas como expresión de la voluntad soberana de la Asamblea y con carácter infalible. Así lo afirmó el Tribunal de Casación en relación con la Ley de 8 de octubre de 1830 “que no puede atacarse ante los tribunales por causa de inconstitucionalidad” (TCass. 11 de mayo de 1833, *Paulin*)¹⁸²⁴. Como se expondrá, tampoco lo hizo el Consejo de Estado, porque “en el estado actual del Derecho público [...] no es propio de su naturaleza discutirlo por el Consejo de Estado decidiendo en lo contencioso” (CE 6 de noviembre de 1936, *Arrighi et Coudert*)¹⁸²⁵. Como expuso el comisario del Gobierno LATOURNERIE

“es preciso resignarse, incluso a expensas de la armonía de las más hermosas construcciones jurídicas, o a veces de la equidad aparente, a que ciertas partes del Derecho queden en un estado de Derecho imperfecto, de Derecho sin sanción”¹⁸²⁶.

Otro tanto ocurrió en relación con el Derecho internacional y el Derecho comunitario. No obstante, el Consejo no tuvo inconveniente alguno en aplicar directamente la Constitución en ausencia de ley (CE 7 de julio de 1950, *Debaene*¹⁸²⁷; 11 de julio de 1956, *Amicale des annamites de Paris*) para anular un acto administrativo contrario a aquellas (CE 12 de febrero de 1960, *Société Eky*).

A pesar de ello, el control de constitucionalidad de las leyes ha abierto en Francia un nuevo camino para garantizar el contenido de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que forma parte del bloque de la

1824. Confirmada por las resoluciones de 20 de diciembre de 1956, 3 de enero de 1958 y 3 de febrero de 1960. BIGOT, G., *L'autorité...*, cit., pp. 202-223.

1825. CE 22 de marzo de 1944, *Vincent*; 22 de febrero de 1946, *Botton*; 4 de febrero de 1949, *Chambre syndicale des agents généraux d'assurance de la Martinique*; 12 de febrero de 1960, *Société Eky*; 7 de febrero de 1994, *Ghez*; 5 de marzo de 1999, *M. Rouquette*.

1826. DRAGO, G., “Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif”, *RDP*, 1, 2006, pp. 45-64. GOHIN, O., “Le Conseil d'État et le contrôle de la constitutionnalité de la loi”, *RFDA*, 2000, pp. 1.178 y ss., expone como se comportó utilizando la “théorie de la loi-écran”. MAUS, D., “Les origines: avant 1958, l'impossible contrôle de constitutionnalité”, en VERPEAUX, M., BONNARD, M., *Le Conseil...*, cit., pp. 15-31.

1827. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 328-339.

constitucionalidad¹⁸²⁸. Precisamente la función del *Conseil Constitutionnel* es la de valorar las leyes conforme al bloque de constitucionalidad. En resolución de 8 de julio de 1966 declaró que el “bloque de constitucionalidad” estaba formado por la Constitución de 1958 y, por remisión de su preámbulo, por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el preámbulo de la Constitución de 1946¹⁸²⁹, añadiéndose posteriormente la Carta del Medio Ambiente de 2004, a la que se refirió el preámbulo constitucional conforme a la Ley 2005-205 de 1 de marzo de 2005. Cuando se fiscaliza una ley ordinaria se incorporan a aquel las leyes orgánicas y las ordenanzas con ese valor (art. 92 de la Constitución), pero no los Tratados internacionales, conforme a las resoluciones de Consejo Constitucional 71-44 DC de 16 de julio de 1971¹⁸³⁰, 78-95 DC de 27 de julio de 1978 y 74-54 DC de 15 de enero de 1975¹⁸³¹, que consagraron su valor supralegal pero infraconstitucional, confirmada por CC 93-325 DC de 12 y 13 de agosto de 1993¹⁸³² y 30 de octubre de 1998¹⁸³³.

Sobre el control de constitucionalidad en Francia se pronunció Georges VEDEL considerándolo el modo de verificar la conformidad de la ley a la Cons-

1828. CE 27 de octubre de 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge* consideró materia de orden público el respeto a la dignidad de la persona humana. DESWARTE, M.-P., “L’intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, *RFDC*, 13, 1993, pp. 23 y ss. SCHOETTL, J.-E., “Intérêt général et Constitution”, en CONSEIL D’ETAT, *Rapport publique 1999...*, cit., pp. 375 y ss.

1829. CE 12 de febrero de 1960, *Société Eky*, constató el valor constitucional del preámbulo, que recoge los principios fundamentales de la República, los de libertad e igualdad y los principios políticos, económicos y sociales. TERRÉ, F., *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2000, p. 95, afirma que la decisión del Consejo Constitucional sobre el bloque de la constitucionalidad sitúa las instituciones “en la pendiente deslizante del gobierno de los jueces”. FAVOREAU, L., “Le principe de constitutionnalité”, en *Recueil d’études en Hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1986. PRELOT, M. y BONLOUIS, J., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1975, pp. 594-595. RUBIO LLORENTE, F., “El bloque de constitucionalidad”, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, I, Madrid, Civitas, 1991, pp. 3-27.

1830. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 249-266.

1831. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 305-329.

1832. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 829-860.

1833. Tribunal de Casación en 2 de junio de 2000, *Fraisse*. En la de 15 de enero de 1975 el Consejo Constitucional valoró que la supralegalidad de los tratados, conforme al artículo 55 de la Constitución, tiene “un carácter a la vez relativo y contingente [...] limitado al campo de aplicación del tratado y subordinado a la condición de reciprocidad cuya realización puede variar según el comportamiento del o de los Estados signatarios del tratado y el momento en que se aprecia el respeto de esta condición”.

titución¹⁸³⁴, “como un control de exceso de poder legislativo”¹⁸³⁵, y de “garantía constitucional verdadera de los derechos fundamentales”¹⁸³⁶, aunque rechazando la fórmula del “gobierno de los jueces”¹⁸³⁷:

“la construcción de un control de constitucionalidad no es una fantasía. Se apoya, en un país como Francia sobre los textos (no sólo la Constitución, sino la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano y el Preámbulo de la Constitución de 1946) que tienen valor objetivo y permanente. Añado que, al mismo tiempo, no hemos caído en el gobierno de los jueces. No hemos rechazado, contrariamente a lo que ha hecho desde antiguo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos o a lo que hace a veces el Tribunal constitucional alemán, a invocar principios no recogidos en los textos, pero que existen en la filosofía política o moral reconocida por los jueces. El gobierno de los jueces comienza cuando estos no se contentan con aplicar o interpretar los textos, sino que imponen normas que son en realidad productos de su propio espíritu. No creo que, en conjunto, hayamos caído en esta tentación”¹⁸³⁸.

1834. VEDEL, G., “Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1, 1996.

1835. VEDEL, G., “Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d’État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, en *Mélanges René Chapus. Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 649. BRAIBANT, G., “Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Conseil d’État”, en *Le nouveau constitutionalisme...*, cit., pp. 185-192. MASSOT, J., “Le Conseil d’État artisan du droit constitutionnel de la Ve République”, en *Le nouveau constitutionalisme...*, cit., pp. 193-207. MILANO, L., “Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi”, *RDP*, 3, 2006, pp. 637-671.

1836. VEDEL, G., “La constitution comme garantie des droits, le droit naturel”, en TROPER, M. y JAUME, L., *1789 et l’invention de la constitution*, Paris, LGDJ, 1994, pp. 206-207.

1837. TROPER, M., “Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges”, en *Le nouveau constitutionalisme...*, cit., pp. 49-65. ROUSSILLON, H., *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2000, p. 94, señaló el riesgo de que el Consejo apareciera como una “tercera cámara”.

1838. VEDEL, G., Entrevista en *Le débat*, 55, marzo-agosto de 1989, Paris, Gallimard, 1989, añadió: “El Consejo constitucional no interviene en nombre de una doctrina política que tuviera algo común. No es preciso ir tan lejos. Se limita a constatar que, en un momento dado, la Constitución no permite al legislador ir más allá de ciertos límites en uno u otro sentido. Estos límites están trazados no por lo que fuera políticamente excesivo, sino por el hecho de que ciertas medidas exigen una revisión constitucional. Todo el sistema constitucional reposa, en efecto, sobre la idea de un consenso fundamental, en forma de pacto, basado sobre grandes principios, que sólo puede modificarse en condiciones solemnes, con mayorías reforzadas o por referéndum, que traduce el mecanismo de revisión constitucional. [...] El papel del Consejo constitucional no es combatir totalmente las posiciones extremas sino la disposición que ejecuta y conduce, políticamente y por sí misma, a prevenir las usurpaciones que los aparatos políticos pudieran cometer por abuso del mandato que han recibido realmente de los electores”.

En el orden institucional francés el control de la legalidad lo tuvo asignado históricamente el Consejo de Estado, que rechazó hacerlo de la constitucionalidad de las normas legislativas aplicando la teoría de la ley pantalla (*loi-écran*)¹⁸³⁹, porque su misión era la de ser juez del Ejecutivo y no podía hacerlo del Legislativo en virtud de la separación de poderes (CE 6 de noviembre de 1936, *Arrighi*), respecto a las leyes del gobierno de Vichy (CE 23 de marzo de 1944, *Vincent*), a las ordenanzas del Gobierno provisional (CE 22 de febrero de 1946, *Botton*), a las ordenanzas del artículo 92 (CE 12 de febrero de 1960, *Société Eky*), al artículo 38 de la Constitución (CE 7 de febrero de 1944, *Gbez*) y a las decisiones legislativas del Presidente del artículo 16 de la Constitución (CE 2 de marzo de 1962, *Rubin des Servens*)¹⁸⁴⁰.

La teoría de la pantalla legislativa (*loi-écran/lécran législatif*)¹⁸⁴¹ la utilizó el Consejo de Estado para controlar la acción administrativa respecto a su conformidad constitucional o a tratados internacionales sin afectar ni cuestionar la ley que se aplica, porque “en el estado actual del derecho público francés, ese medio no puede discutirse ante el Consejo de Estado decidiendo en contencioso”, no examinando si la ley-pantalla entre la Constitución y la Administración era o no constitucionalmente admisible (CE 10 de julio de 1954, *Fédération des conseils de parents d’élèves*). De modo que la ley posterior actuaba de pantalla entre el acto y el compromiso, lo que implicaba asumir su prevalencia sobre la ley anterior pero no sobre la posterior (CE 1 de marzo de 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*)¹⁸⁴². La teoría de la ley-pantalla no es aplicable cuando las disposiciones reglamentarias litigiosas son adoptadas sólo sobre la base de una ley y no en su aplicación (CE 19 de noviembre de 1986, *Société Smanor*).

Las decisiones del Consejo Constitucional se imponen de modo directo a todos los poderes públicos, autoridades administrativas y jurisdiccionales (art. 62 CF) con autoridad de cosa juzgada, no “sólo en su parte dispositiva sino

1839. La expresión la introdujo CE 10 de noviembre de 1950, *Fédération nationale de l’éclairage et des forces motrices*.

1840. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 494-503.

1841. NEGRIER, E., “Le crépuscule d’une théorie jurisprudentielle: l’écran législatif et les droits communautaire et constitutionnel”, *RDP*, 3, 1990, pp. 767 y ss.

1842. Sobre la función del Consejo de Estado como juez administrativo y constitucional, MATTHIEU, B. y VERPEAUX, O., “Le point de vue du constitutionnaliste”, *RFDA*, 1, 1999, p. 67, le reconocen la doble función, “como juez ordinario es también juez constitucional”.

también en los motivos que son su soporte y constituyen su mismo fundamento”, que se imponen a cualquier jurisdicción con identidad del objeto, que es la pretensión de las partes, y de causa, que es el fundamento jurídico de la demanda. (CC 62-18 L de 16 de enero de 1962, *Loi d’Orientation Agricole*). Todo ello sin necesidad de “pantalla legislativa” ni siquiera de la “pantalla transparente” a falta de disposición de fondo en la ley para poder condicionar la potestad reglamentaria.

4.3.1. *Sobre la dualidad jurisdiccional*

El Consejo Constitucional realizó una manifestación del control de constitucionalidad sobre el modelo de dualidad jurisdiccional en la decisión 80-119 de 22 de julio de 1980¹⁸⁴³, declarando que “constituye un principio fundamental de valor constitucional, la existencia e independencia de la jurisdicción administrativa”¹⁸⁴⁴. En la 224, de 23 de enero de 1987, constató que la separación de poderes y de autoridades administrativas y judiciales obedece a principios y normas distintos: el primero del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de rango constitucional, y el segundo de la Ley de 16 y 24 de agosto de 1790 y el Decreto de 16 fructidor del año III. Sin embargo, se trata de uno de los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”, que forman parte del bloque de la constitucionalidad, conforme al Preámbulo de la Constitución de 1946, por tratarse de

1843. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 414-427.

1844. AUBY, J.-M. y AUBY, J.-B., *Institutions...*, cit., pp. 252-253. DRAGO, R.-FRISON-ROCHE, M.-A., “Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative”, en *Archives de philosophie du droit*, 41, 1997, pp. 135 y ss. FOUGÈRE, L., “1790-1990. Deux siècles de dualisme juridictionnel”, *AJDA*, 9, 1990, pp. 579-580. SARGOS, P., “Points communes et divergences des deux ordres de juridiction”, *Ibidem*, pp. 585-590. STIRN, B., “Ordres de juridiction et nouveaux modes de régulation”, *Ibidem*, pp. 591-596. TERRÉ, F., “Perspectives et avenir du dualisme juridictionnel”, *Ibidem*, pp. 597-602, señala la existencia de tres movimientos. Un movimiento de concentración en cuanto a funciones, órganos y políticas jurisprudenciales. Un movimiento de dislocación interna por la búsqueda de un nuevo equilibrio entre lo contencioso y no contencioso, y externa por el desarrollo de las justicias o seudojusticias concurrentes. Un movimiento de reconstrucción que exige actuar sobre los problemas de la competencia, de las autoridades, de los poderes, de los actos y de los actores.

legislación republicana anterior a la entrada en vigor de esa Constitución y de una tradición instaurada sin excepción¹⁸⁴⁵.

Dentro de estos principios republicanos se encuadran en el orden organizativo-institucional, junto a la dualidad jurisdiccional, el derecho a la tutela judicial efectiva, la división de poderes, la independencia jurisdiccional y la autoridad de la cosa juzgada¹⁸⁴⁶. El Consejo Constitucional realizó, además, una valoración de los sujetos y de las materias sobre los que correspondía conocer a la jurisdicción administrativa, como las propias de la

“anulación o la reforma de las decisiones tomadas, en el ejercicio de prerrogativas de potestad pública, por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo, sus agentes, las colectividades territoriales de la República o los organismos públicos situados bajo su autoridad o su control”.

Los artículos 32 y 34 de la vigente Constitución francesa encomiendan y reservan a la ley fijar las reglas sobre las garantías fundamentales, el ejercicio de las libertades públicas y la asignación de las competencias a las jurisdicciones, como había venido reconociendo el Consejo de Estado¹⁸⁴⁷. El Consejo Constitucional ha introducido dos excepciones al principio constitucional de atribución de competencias a la jurisdicción administrativa. En primer lugar, la relativa a las “materias reservadas por naturaleza a la autoridad judicial”, como son las relativas al estado de las personas, a la libertad (art. 66 de la Constitución; CC 89-261 DC de 28 de julio de 1989) y la propiedad. También se reconoce al legislador la posibilidad de “unificar las reglas de competencia jurisdiccional en el seno del orden principalmente interesado” en los casos de acumulación de impugnaciones.

1845. MORANGE, G., “Les principes généraux du droit sous la Ve République”, *RDP*, 1960, pp. 1.188 y ss. LOZANO CUTANDA, B., “Fundamento constitucional y reserva competencial de la jurisdicción administrativa en Francia: la decisión del Consejo Constitucional de 23 de enero de 1987”, en CHINCHILLA, C., LOZANO, B. y DEL SAZ, S., *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 61-98. CHEVALLIER, J., “Note de jurisprudence”, en *AJDA*, 1987, pp. 345 y ss.

1846. SCHOETTL, J.-E., “Intérêt général...”, *cit.*, pp. 379-380.

1847. CE 30 de mayo de 1962, *Association nationale de la ménéurie*; TC 2 de marzo de 1970, *Soc. Duvoir*, y 7 de diciembre de 1970, *Riehm*. CHAPUS, V., *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 1990, pp. 83 y 84, reconoce al juez su contribución a la determinación de la competencia interpretando las disposiciones que establecieron el principio de exención judicial.

4.3.2. Integración del Derecho Comunitario

Un aspecto a valorar del comportamiento del Consejo Constitucional ha sido el relativo a la integración en el ordenamiento jurídico francés del Derecho comunitario, sobre la que ha tenido una interesante evolución.

El Consejo de Estado en resolución de 12 de mayo de 2004, *Société Gillot*, asumió la aplicación directa del reglamento comunitario en el orden interno, sin capacidad de las autoridades del Estado miembro para apreciarlo o establecer condiciones o límites, disponiendo sólo de la legitimación impugnatoria ante las instituciones comunitarias competentes. De este modo se garantizaba la eficacia del Derecho comunitario en los términos de primacía y efecto directo declaradas por el Tribunal de Justicia¹⁸⁴⁸.

El Consejo Constitucional lo ha plasmado en la decisión 2004-496 DC de 10 de junio de 2004, sobre la ley para la confianza en la economía numérica, para comprobar si sus disposiciones son “consecuencia necesaria de una directiva precisa e incondicional”. Se produjo sobre la trasposición de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento y del Consejo de 8 de junio de 2000 de comercio electrónico¹⁸⁴⁹. Con este pronunciamiento el Consejo Constitucional ha superado su doctrina anterior (CC 74-54 DC de 15 de enero de 1975, *Interruption volontaire de grossesse*¹⁸⁵⁰) en la que, con base en los artículos 55 y 61 de la Constitución, rechazaba considerar la conformidad de una ley a las estipulaciones de un acuerdo internacional. Argumentó que

“la superioridad de los tratados sobre las leyes, cuyo principio lo formula el artículo 55, presenta un carácter relativo y contingente, considerando de una parte que está limitada al campo de aplicación del tratado y, de otra, que está subordinada a una condición de reciprocidad cuya realización puede variar según el comportamiento del o de los Estados firmantes del tratado y del momento que se aprecie el respeto

1848. STJCE 9 de marzo de 1978, As. 106/77, *Simmenthal*: Declaró en su apartado 17: “las normas de aplicabilidad directa del Derecho comunitario deben ser plena y uniformemente aplicadas en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante todo su periodo de validez; y que en virtud del principio de la primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables producen el efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, de hacer inaplicable de pleno derecho, por el propio hecho de su entrada en vigor, cualquier disposición contraria de la legislación nacional”.

1849. DOCE L, 178, de 17 de julio de 2000.

1850. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 305-329.

de esta condición. [...] una ley contraria a un tratado no sería, por tanto, contraria a la Constitución”.

El Consejo Constitucional había rechazado controlar la conformidad de las leyes a los compromisos internacionales que encomendó a la jurisdicción ordinaria (CC 74-54 DC, 15 de enero de 1975), aunque la asumía cuando actuaba como juez electoral sin relación con otras jurisdicciones (CC 88-1.082/1.117, 21 de octubre de 1988, *Val-d'Oise*). Sin embargo, a partir de la decisión 2004-496 reconoce el deber del Estado de cumplir sus compromisos comunitarios “de trasponer al Derecho interno una directiva comunitaria [que] resulta de una exigencia constitucional a la que no podría oponerse más que por una disposición expresa contraria de la Constitución”. El espacio que se marca el propio Consejo es examinar si las disposiciones son “consecuencia necesaria de una directiva precisa e incondicional”, que obliga al Estado miembro en los términos del artículo 189.3 TCE¹⁸⁵¹.

1851. STJCE 6 de mayo de 1980, As. 102/79, *Comisión/Reino de Bélgica*, que rechazó la invocación de las disposiciones internas, incluso constitucionales, para no respetar las condiciones y plazo de trasposición de las directivas. En la de 17 de diciembre de 1980, As. 159/79, *Comisión/Reino de Bélgica*, declaró que “utilizar disposiciones del orden jurídico interno para limitar el alcance de las disposiciones del derecho comunitaria tendría el alcance de atentar a la unidad y eficacia de este derecho y no podría admitirse. Esta regla es fundamental para la existencia de la Comunidad”. Esto no impide su vigencia ni su invocación (STJCE 19 de noviembre de 1991, As. 6/90, *Francovitch*), ni la responsabilidad del Estado miembro por no adecuar su normativa a los objetivos de una directiva cuando produce un perjuicio (STJCE 28 de febrero de 1992, *Arizona Tobacco Products-Philip Morris*). El Consejo de Estado ha declarado que los particulares podían reivindicar los beneficios de las directivas comunitarias dirigidas a los particulares que sean incondicionales y suficientemente precisas (CE 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*); sin embargo, se pronunció en sentido contrario, rechazando el efecto directo de las directivas respecto a los particulares, negándoles el efecto directo hasta su trasposición (CE 22 de diciembre de 1978, *Cohn Bendit*). Reconoció la primacía del Derecho comunitario por la superioridad de las directivas (CE 28 de febrero de 1992, *Rothmans*; 3 de diciembre de 1999, *Association ornithologique et mammologique de Saône-et-Loire*) y de los reglamentos (CE 24 de septiembre de 1990, *Boisdet*). CE 23 de mayo de 1992, *Klökner France*, declaró inaplicable un reglamento nacional contrario a una directiva según el Tribunal de Justicia de la Comunidad. El Estado no puede prevalerse de una directiva que no ha traspuesto (CE 23 de junio de 1995, *SA Lilly France*). Se ha admitido el control sobre la trasposición de una directiva (CE 7 de diciembre de 1984, *Fédération des sociétés de protection de la nature*) o del silencio a una demanda de abrogación de reglamentos internos incompatibles con la directiva (CE 3 de febrero de 1989, *Alitalia*). El efecto directo de las directivas lo ha reconocido el CE 30 de octubre de 1996, *Revert et Badelon*, y 9 de abril de 1999, *Chevroil Benkeddach*; y en relación con los actos individuales que deben acatarla aunque no haya sido traspuesta (CE 6 de febrero de 1998, *Tête*).

El único límite que acepta para negar la trasposición es que exista “una disposición expresa contraria de la Constitución”¹⁸⁵², a pesar de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado la primacía del Derecho comunitario, incluso sobre las normas constitucionales internas (STJCE 9 de marzo de 1978, As. 106/77, *Simmenthal*; 23 de abril de 1986, As. 294/83, *Les Verts*; 25 de julio de 1991, As. 221/89, *Factortame II*¹⁸⁵³). El Consejo Constitucional no realiza el control de la acomodación de las leyes nacionales a los convenios, labor que encomienda a otras jurisdicciones, sino que se limita a reconocer si se producen las condiciones de las disposiciones de la directiva (STJCE 19 de noviembre de 1991, As. C-6/90, *Francovich*) y si existe o no disposición expresa contraria de la Constitución.

En la decisión 2006-535 DC de 30 de marzo de 2005 el Consejo se planteó el control de la conformidad de la ley a la directiva que trasponía conforme al artículo 88.1 CF. En la decisión 2006-540 DC de 27 de julio, estudió la trasposición de una directiva sobre los derechos de autor, ha precisado los modos de aplicación y de control conforme a las condiciones de “no desconocer una regla o principio inherente a la identidad constitucional de Francia”, sin considerarse competente para censurar una “disposición legislativa manifiestamente incompatible con una directiva que traspone”¹⁸⁵⁴.

La STJCE 22 de octubre de 1987, As. 314/85, *Foto-Frost*, declaró la incompetencia de las jurisdicciones nacionales para fiscalizar los actos comunitarios. La nueva doctrina del Consejo Constitucional de 10 de junio de 2004 la confirma en cuanto precisa que sólo el juez comunitario puede “controlar el respeto por una directiva comunitaria tanto de las competencias definidas por los tratados como de los derechos fundamentales garantizados por el artículo 6

1852. El CE 3 de julio de 1996, *Koné*, admitió la posibilidad de interpretar el acuerdo conforme a la Constitución y los principios generales del derecho que de ella se deducen.

1853. El Tribunal insistió en el valor del “nuevo ordenamiento jurídico [...] el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos [...] que esos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias”.

1854. MAGNON, X., “La directive communautaire comme paramètre du contrôle de constitutionnalité des lois: une exception d’interprétation stricte à la jurisprudence IVG”, *Recueil Dalloz*, 42, 2006, pp. 2.978-2.882.

del Tratado de la Unión Europea”¹⁸⁵⁵. Supone superar las reticencias iniciales a asumir el ordenamiento comunitario, cuyo último reducto era invocar las condiciones constitucionales sobre la necesidad de la reciprocidad y de no oposición (art. 55 CF) (CC 77-90 DC de 30 de diciembre de 1977, *Dernière loi de finances rectificative pour 1977*), siendo así que la propia Constitución previó el proceso de incorporación al Mercado común, como uno de los Estados que “han elegido libremente, en virtud de los tratados que se han establecido, para ejercer en común algunas de sus competencias” (art. 88.1 CF). Si nada hay que objetar a los reglamentos comunitarios, por su vigencia directa, en lo que se refiere a las directivas, el deber alcanza a los objetivos perseguido y en su trasposición sólo queda la posibilidad de comprobar si sus disposiciones son “consecuencia necesaria de una directiva precisa e incondicional”¹⁸⁵⁶.

4.3.3. *Constitucionalidad de las leyes*

El Consejo Constitucional en su decisión 81-132 DC de 16 de enero de 1982¹⁸⁵⁷, sobre la Ley de nacionalización, controló la constitucionalidad y consagró la subordinación de las leyes a la Constitución. Invocó el artículo 34 de la Constitución que “encomienda a la ley la determinación de los principios fundamentales del régimen de la propiedad, que no dispensa al legislador en el ejercicio de su competencia del respeto a los principios y reglas de valor constitucional que se imponen a todos los órganos del Estado”.

También se manifestó sobre la constitucionalidad de la Ley 82-213 de 2 de marzo de 1982, de los derechos y libertades de los municipios, los departamentos y las regiones, afirmando que “el principio de legalidad exige a la vez respetar las atribuciones del legislador y de las reglas superiores de Derecho por medio de las cuales la Constitución [...] ha proclamado la indivisibilidad de la República, afirmado la integridad del territorio y establecido la organi-

1855. CE 8 de febrero de 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, sobre la posibilidad de que el juez administrativo pueda suspender un decreto de trasposición de una directiva europea cuya legalidad se discute. LENICA, F. y BOUCHER, J., “Chronique générale de jurisprudence administrative française”, *AJDA*, II, 2007, pp. 577-585.

1856. CE 11 de diciembre de 1987, *Danielou*, considera que el Derecho derivado prolonga el contenido de los Tratados conforme a sus distintas modalidades.

1857. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 451-491.

zación de los poderes públicos” (CC 82-137 DC de 25 de febrero de 1982¹⁸⁵⁸). Esta decisión consagró el principio de legalidad vinculado a la Constitución y, por tanto, a la constitucionalidad de la ley.

5. La elaboración del Derecho Administrativo

Desde un punto de vista histórico, la ciencia del Derecho administrativo se desarrolló en el siglo XIX¹⁸⁵⁹, en un momento de gran importancia para las ciencias por la construcción de los paradigmas de la modernidad. LAFERRIÈRE expuso que

“la ciencia del Derecho es la ciencia social por excelencia. En medio de las inquietudes morales que abruma hoy a la sociedad, presenta un cuerpo de doctrina que une el presente y el pasado y nos asegura el porvenir”¹⁸⁶⁰.

No podía ser de otra forma, porque fue una época de gran sensibilidad y producción jurídica. Las condiciones necesarias para el surgimiento de un verdadero Derecho administrativo se dieron con el constitucionalismo moderno, que consagró la legalidad, la separación de poderes y las jurisdicciones civil u ordinaria y administrativa¹⁸⁶¹, así como la responsabilidad política y personal de quienes ejercen el poder, como lo hizo constar el artículo 15 de la Declaración de Derechos de 1789. A partir de este momento pudo desarrollarse la ciencia jurídico-administrativa decisivamente impulsada por la jurisprudencia.

1858. FAVOREU, L.-PHILIP, L., *Les grands décisions...*, cit., pp. 292-523.

1859. ISAMBERT, F.-A., *Tableau historique des progrès du droit public*, Paris, Paulin, 1832. LERMINIER, E., *De l'influence de la philosophie du XVIII^e siècle sur la législation et la sociabilité du XIX^e siècle*, Paris, Prevost-Crocius, 1833. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 323 y ss.

1860. LAFERRIÈRE, F., “Presentation”, *Revue bretonne de droit et de jurisprudence*, 1, 1840, pp. III-XVI.

1861. LAFERRIÈRE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, I, Paris, 1896, p. 12: “la atribución del contencioso-administrativo a la autoridad administrativa o a jurisdicciones especiales, practicada en el Antiguo Régimen, se ha admitido desde 1789 como una aplicación normal del principio de separación de poderes”. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 11 y 329-330, invoca a JÉZE, quien afirmó que hasta la publicación del *Traité* de Laferrière “el derecho administrativo es un verdadero caos”. GUGLIELMI, G. J., “Vu par ses pères fondateurs, le droit administratif”, en *Le droit administratif en mutation*, cit., pp. 41-50. CHEVALLIER, J., “Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel”, en CURAPP, *Le droit administrative en mutation*, Paris, PUF, 1993, p. 15, afirmó que el *Traité* de Laferrière era “el punto de partida de una verdadera ciencia del Derecho administrativo”.

Destacó GARCÍA DE ENTERRÍA que una de las luchas del proceso de construcción del Derecho administrativo ha sido la de conseguir una sustantividad propia y una autonomía de principios, que le permitiera superar “la vieja *vis atractiva* del Derecho civil”, constituido en el *ius commune* de la ciencia jurídica, hasta el punto de que los civilistas imputan al Derecho administrativo la invasión de sus pacíficos campos y el derrocamiento de su secular monarquía. Así lo demuestran

“el impresionante desarrollo del Derecho administrativo, la seguridad cada vez más plena de sus construcciones, su primacía en la realidad objetiva del Ordenamiento y en el plano especulativo de la Ciencia jurídica, aparecen compensados con una no menos impresionante inadaptación de sus mismos fundamentos”¹⁸⁶².

La lucha por la determinación de su concepto ha tenido uno de sus frentes en el logro de la autonomía científica, que se produjo en Francia simultáneamente al proceso del reconocimiento de la jurisdicción administrativa, que tanto ha influido en la creación del Derecho administrativo. Fue a partir de la Restauración cuando la coyuntura favoreció examinar las realidades administrativas no en los términos de la arbitrariedad del poder, sino de la ciencia del Derecho, porque se debían establecer las ideas liberales de la Carta de 1814 sobre el “derecho público de los franceses”, que implicaban garantías de las libertades y, por tanto, límites a las prerrogativas del poder por medio de su sumisión al Derecho y de su legitimación por el Derecho, porque, como expresó HAURIOU,

“la lucha, desde el punto de vista del derecho, está entablada entre el Estado de una parte y de otra el individuo: El derecho se esfuerza por regular esta lucha y, por esto, define los derechos del Estado y los de individuo, y, según su constante preocupación, se esfuerza por mantener la igualdad entre ellos”¹⁸⁶³.

La existencia de un ordenamiento jurídico específico y distinto del Derecho privado o común ha sido una opción histórica que caracteriza el régimen administrativo de origen francés, en el que “la Administración y sus

1862. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Verso un concetto di Diritto amministrativo como Diritto statutario”, *RTDP*, 2-3, 1960, p. 318.

1863. HAURIOU, M., *Précis...*, cit., pp. 25-26. REDOR, M.-J., *De l'Etat legal...*, cit., pp. 304-316.

litigios con los administrados [se someten a] un derecho especial y tribunales especiales”¹⁸⁶⁴. Estos son los elementos característicos del sistema, entre los que destacan la búsqueda del elemento diferenciador entre el orden judicial ordinario y el administrativo que ha sido clave para construir el objeto del Derecho administrativo.

Todos estos elementos tuvieron su momento de esplendor en los últimos años del siglo XIX y en el primer cuarto del siglo XX. Coincidiendo con la ampliación de la actividad pública avanzó el control jurisdiccional y la construcción dogmática. Este proceso se produjo durante la III República, su Constitución de 1875 e instituciones supusieron la consolidación del modelo de Estado sobre los principios de la Revolución Francesa. En este periodo de exceso de partidismo y desvalorización de la actividad legislativa, adquirieron particular relieve el Consejo de Estado y su jurisprudencia a lo hora de determinar el alcance del Estado de Derecho. Es, además, el gran momento de la doctrina que, junto con aquel, pulen las concepciones antiguas y definen la teoría jurídica del Estado¹⁸⁶⁵.

5.1. El reconocimiento académico

En los momentos iniciales de la construcción y reconocimiento del Derecho administrativo existía una masa informe de elementos heterogéneos y dispersos en relación con el poder y la Administración. CORMENIN expuso en 1837 que el incipiente Derecho administrativo estaba constituido por

“un conjunto incoherente de artículos, donde todo estaba mezclado, lo que es un principio y lo que es un reglamento, lo transitorio y lo definitivo, lo relativo a las cosas y a las personas. La mayor parte de las leyes, nacidas de las impurezas de los disturbios, han perecido sin abolición formal y por su propia infamia. [...] la aplicación de estas leyes es tanto más difícil cuanto están saturadas de principios políticos que cambian sin cesar y el fin que pretendían atender ha sido continuamente cambiado o transformado por el triunfo o la caídas de los sistemas de gobierno”¹⁸⁶⁶.

1864. LAUBADÉRE, A., *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1973, p. 27.

1865. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 225-226.

1866. CORMENIN, L. M., *Questions de droit administratif*, Paris, A. Guyot et Scribe, 1837, p. X.

El proceso de estudio de la juridificación de la Administración se inició en la enseñanza y en la labor jurisdiccional del Consejo de Estado. Además, era preciso dotar al nuevo Derecho de un contenido propio y distinto del Derecho común, liberándolo del régimen civilista, que sistematizara las nuevas instituciones y fuera capaz de establecer los elementos y conceptos comunes.

Durante el Directorio se inició la enseñanza de legislación administrativa en las Escuelas de Derecho¹⁸⁶⁷. La Ley de 22 ventoso del año XII (13 de marzo de 1804) previó estudiar “el Derecho civil en sus relaciones con la Administración pública”, con el fin de “relacionar los conocimientos generales de Derecho con la legislación administrativa”. Lo practicó PORTIEZ DE L’OISE en la Escuela de Derecho de París¹⁸⁶⁸. La Comisión de Instrucción Pública, presidida por ROYER-COLLARD, dispuso la enseñanza del Derecho administrativo en el tercer curso de los estudios de Derecho. La primera cátedra de Derecho administrativo se creó en París en 1819¹⁸⁶⁹, aunque se constituyó definitivamente por la Ordenanza de 19 de junio de 1828, y el nombramiento DE GÉRANDO el 5 de julio¹⁸⁷⁰. Tras sucesivos incidentes, la suprimieron los realistas el 6 de septiembre de 1822. Restablecida el 19 de junio de 1828 se le encomendó de nuevo a DE GÉRANDO, asistido por MACAREL¹⁸⁷¹. Durante la Monarquía de Julio se extendieron las cátedras a todas las Facultades de Derecho francesas.

1867. HAYEM, H., “La renaissance des études juridiques en France sous le Consulat”, en *RHD*, 1905, pp. 96-122, 213-260 y 378-412. LABOULAYE, M., *Quelques réflexions sur l’enseignement du droit en France*, Paris, Hennuyer et Turpin, 1845.

1868. PORTIEZ DE L’OISE, *Cours de législation administrative dans l’ordre correspondant à l’harmonie du corps social*, Paris, 1808.

1869. LAFERRIÈRE, F., “Introduction...”, *cit.*, p. 3, la sitúa en 1819, “año demasiado fugitivo en el que la Restauración parecía aceptar la alianza del poder y la libertad, cuando el sistema electoral empezaba a dar al país una representación verdadera, cuando la libertad de prensa y la institución del jurado se apoyaban por primera vez una sobre otra, garantizando la libertad pública y la libertad individual”. BIGOT, G., *Introduction...*, *cit.*, p. 98, señala como fecha de la creación el 24 de marzo de 1819. VENTRE-DENIS, M., “L’Administration publique comme matière d’enseignement à la Faculté de Droit de Paris dans le premier tiers du XIXème siècle”, en *Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte*, 1, 1989, pp. 105 y ss., la fijó en 1815.

1870. GÉRANDO, B. de, BARÓN J.-M., *Programme du Cours de Droit Public positif et administratif à la Faculté de Droit de Paris pour l’année 1819-1820*, Paris, Baudouin frères, 1819.

1871. El curso se recogió en GÉRANDO, B. de, BARÓN J.-M., *Institutes du droit administratif français ou éléments du code administratif, contenant l’exposé des principes fondamentaux de la matière, les textes des lois et ordonnances et les dispositions pénales qui s’y rattachent*, Paris, Nève, 1829.

A partir de 1830 se crearon nuevas cátedras y se dictaron cursos en la Escuela Libre de Ciencias Políticas. Durante el II Imperio se favoreció la enseñanza del Derecho Administrativo mientras se suprimía en París la cátedra y la enseñanza del Derecho Constitucional por el Decreto de 8 de diciembre de 1852. En el plan de la licenciatura de Derecho de 1870 se estableció un curso de la materia, mientras que en el doctorado y en los concursos de agregación se mantuvo la preeminencia del Derecho privado con los ejercicios sobre Derecho romano y civil. Al final del siglo estaba generalizada la enseñanza del Derecho administrativo; un Decreto de 20 de julio de 1882 permitió la presentación de tesis de Derecho público y por resolución de 23 de julio de 1896 se creó la agregaduría de Derecho público. Las nuevas cátedras fueron cubiertas por quienes estaban llamados a ser los *faiseurs de systèmes*, como lo demuestra que en el concurso de 1882 recibieron la condición de agregados HAURIU, DUGUIT, MICHOU y BERTHÉLEMY. Todos ellos redactaron importantes obras y comentarios sobre la materia, la doctrina del Consejo de Estado y la gestión administrativa¹⁸⁷².

5.2. La aportación del Consejo de Estado

El Consejo de Estado perdió su función de gobierno tras el periodo napoleónico, lo que redujo su labor a informante en los asuntos contenciosos. Los intentos por hacerlo desaparecer lo consolidaron como una jurisdicción que aplicaba un Derecho propio de la Administración, cuyo respeto garantizaba¹⁸⁷³. De este modo, “el clima ideológico liberal y la reducción de sus funciones a las puramente jurisdiccionales fueron el origen de una mayor reflexión jurídica en un campo hasta entonces abandonado”¹⁸⁷⁴.

El Derecho administrativo necesitaba ser conocido y elaborado, analizando sus numerosas normas y buscando sus principios, labor realizada por la doc-

1872. DUBOIS DE CARRATIER, L., “L’influence de la culture privatiste sur la doctrine administrative”, *Droit Écrit. Revue de la Faculté de Droit de Toulouse*, 1, 2001, pp. 3-26.

1873. POIRMEUR, Y., “La doctrine administrative et le juge administratif”, en *Le droit administratif en mutation*, cit., pp. 97-120. TEBOUL, G., “Quelques brèves remarques sur la création du droit par le juge administratif dans l’ordre juridique français”, en *Le nouveau constitutionalisme...*, cit., pp. 209-218.

1874. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 107, 353-358; *Histoire de l’administration...*, cit., pp. 299-302.

trina con base en el laconismo en la motivación de los pronunciamientos del Consejo. Buscando

“la clave del razonamiento del juez, les invitaba a tomar partido sobre la validez de sus decisiones, lo que confiere a sus obras un contenido que tiene muy poco que ver con la monotonía exegética que caracterizaba en aquel momento a los estudios de derecho privado”¹⁸⁷⁵.

Por otra parte, analizar las decisiones del Consejo de Estado en el ejercicio de sus funciones contenciosas para conocer las reglas jurídicas de su jurisprudencia se convirtió, según DARESTE, “en lo que debía ser un verdadero repertorio de la ciencia del Derecho administrativo”¹⁸⁷⁶. Como afirmó SERRIGNY, “sin la existencia del Consejo jamás esta parte de la legislación se hubiera elevado al estado de ciencia”¹⁸⁷⁷.

HAURIOU destacó que fue DICEY quien en su *Introduction à l'étude du Droit Constitutional* definió la esencia del Derecho administrativo francés al configurarlo como un “Derecho de equidad basado en la prerrogativa de la Administración”:

“Es un Derecho de equidad en el mismo sentido que el Derecho de equidad inglés, por diferenciarse del Derecho común en sus orígenes y principios; en sus orígenes, por proceder de la concesión de gobierno, mientras que la Ley Común surge de la voluntad popular; en sus principios, porque se inspira en ideas sociales distintas de la estricta justicia distributiva. [...] Está, además, basado en la prerrogativa de la Administración, es decir, regula las relaciones entre la Administración y los administrados, admitiendo entre las dos partes una desigualdad fundamental, reconociendo que la Administración está sustraída al Derecho común y concediéndole jurídicamente privilegios. [...] El instrumento u órgano de su desarrollo ha sido la jurisdicción administrativa, especialmente la del Consejo de Estado; la concepción jurídica que le ha servido para ordenarse como un derecho ha sido la teoría del acto administrativo. Es decir, que junto a los caracteres que interesan al Derecho público general y al Derecho constitucional [...] conviene situar estos

1875. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p.116.

1876. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 348-349.

1877. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 107-108 y 115-116. Invoca a MACAREL cuando, a la vista del desorden normativo, afirmó: “La jurisprudencia ha explicado en todas partes, comentado y reemplazado a la ley”, Según BOULATIGNIER, “en las materias administrativas, la jurisprudencia no es sólo la explicación y el comentario de la ley, a menudo la suple e incluso la reemplaza”.

otros, más especialmente técnicos; el Derecho administrativo francés es un Derecho jurisprudencial, pretoriano, hecho por el juez administrativo [...]; es, finalmente, un Derecho organizado conforme a la teoría del acto de Administración, es decir, del acto jurídico. En definitiva, estamos en presencia de un Derecho de equidad basado en la prerrogativa de la Administración, hecho por el juez y organizado conforme a la teoría del acto”¹⁸⁷⁸.

El propio HAURIOU se pronunció con su gran autoridad sobre el importante papel del Consejo de Estado en la construcción del Derecho administrativo, a pesar de las dificultades por las que tuvo que pasar por las reticencias que sobre su función tuvieron tanto los conservadores como algunos liberales. Construyó un sistema jurídico basado en principios capaz de superar las dificultades derivadas de la ligereza y, a veces, el partidismo del legislativo, o del autoritarismo del ejecutivo. De cada crisis salió reforzado y dotado de mayor *autoritas*:

“En realidad, el Consejo de Estado se encuentra aislado, y mantiene la concepción tradicional de nuestro Derecho con su solo esfuerzo. Es una tarea para la que está bien armado y en la que, hasta ahora, no ha fallado en momento alguno, a pesar de haber sufrido algunos ataques famosos, pero una tarea que día a día se torna más peligrosa a medida que el aparato legislativo se vuelve más impulsivo, ya que una pequeña ley imprevista y rápidamente votada, fruto de una coalición de rencores, puede trastornar todo el contencioso”¹⁸⁷⁹.

El trascendental papel que supuso la jurisprudencia del Consejo de Estado para la implantación del Estado de Derecho por medio de la juridificación de la Administración ha quedado expuesta en los capítulos anteriores y fue destacada por WEIL:

“forjó, actuando ante cada caso concreto, las reglas aplicables a la Administración y fraguó la existencia de un Derecho Administrativo autónomo, es decir, de un Derecho que, ciertamente, podría tener alguna semejanza en determinados puntos concretos con el Derecho civil. El Consejo de Estado ha segregado el Derecho Administrativo como una glándula segrega su hormona: la jurisdicción ha precedido al derecho y, sin aquella, éste no hubiese nacido”¹⁸⁸⁰.

1878. HAURIOU, M., *Obra...*, cit., p. 51.

1879. HAURIOU, M., *Obra...*, cit., p. 64.

1880. WEIL, P. *Derecho administrativo*, Madrid, Aguilar, 1966, p. 43.

Fue el Consejo de Estado el que creó el recurso por exceso de poder para encuadrar las distintas formas de ilegalidad, la responsabilidad de los poderes públicos, el régimen de los contratos, etcétera, además de definir las nociones fundamentales y los principios generales del Derecho. Hasta el punto de construir un sistema de Derecho no establecido por la ley, sino por la creación jurisprudencial, dotado de

“principios que equivalen a los artículos claves que contendría un Código administrativo si existiera en el sentido estricto del término: así la regla de que la Administración responde de los daños que causa, salvo ciertas excepciones; la regla de que la Administración puede, dentro de ciertos límites y con la reserva del derecho a indemnización de la otra parte contratante, modificar el contenido de los contratos administrativos; las reglas del dominio público; la teoría de la nulidad de los actos administrativos, son todas ellas puras creaciones jurisprudenciales”¹⁸⁸¹.

De ahí la calificación de “derecho administrativo pretoriano” que se ha atribuido al elaborado por el Consejo de Estado, convertido en la principal fuente de aquel¹⁸⁸². Esta labor se realizó desde el momento inicial por los estudios de los expertos conocedores de la Administración y del Consejo, como AUCOC¹⁸⁸³, BATBIE¹⁸⁸⁴, BONNIN¹⁸⁸⁵, CHEVALIER¹⁸⁸⁶, DE CORMENIN¹⁸⁸⁷,

1881. VEDEL, G. y DELVOLVÉ, P., *Droit...*, cit., p. 89.

1882. VEDEL, G., “Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel?”, *EDCE*, 31, 1979-1980, pp. 31 y ss. MELLERAY, F., “Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel”, *AJDA*, 2005, pp. 637 y ss.

1883. AUCOC, L., “Introduction à l'étude du droit administratif”, en *Première conférence faite à l'école des ponts et chaussées*, Paris, Imprimerie Dupont, 1895.

1884. BATBIE, A. P., *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, I, Paris, 1862. Elogió la obra de don M. COLMEIRO: “Je ne connais pas de livre sur l'administration plus largement écrit et mieux raisonné que celui de M. Colmeiro. Aussi ai-je cherché à m'inspirer de sa méthode, et les renseignements qu'il m'a fournis sur l'Espagne ne sont pas le seul emprunt que j'ai fait à cet excellent livre” (p. 8).

1885. BONNIN, CH. J., *Principes de l'Administration publique*, Paris, Renaudiere, 1812; *Abrégé des principes d'administration*, Paris, Casimir-Amable, 1829.

1886. CHEVALIER, T., *Jurisprudence administrative*, Paris, 1836.

1887. CORMENIN, L. DE, *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Hérisant Le Doux, 1818; *Questions de droit administratif*, Paris, 1822, que se publicó en su última edición como *Droit administratif*, II, Paris, G. Thorel, 1840.

DE GÉRANDO¹⁸⁸⁸, DUFOUR¹⁸⁸⁹, LALOUETTE¹⁸⁹⁰, MACAREL¹⁸⁹¹, PETIT DES ROCHETTES¹⁸⁹² y SIREY¹⁸⁹³, entre otros muchos.

Los primeros años del siglo XX han sido considerados como la edad de oro de la creatividad del Consejo de Estado en lo contencioso, actuando en nuevas vías de la mano de importantes comisarios del Gobierno como ROMIEU, TEISSIER, BLUM, PICHAT y otros. En esta época se produjo, también, una ampliación del ejercicio de la actividad administrativa y del poder público, dando lugar a la elaboración de nuevas reglas con la evocación de la legalidad, pese a la relativa desvalorización de la ley. El Consejo de Estado se convirtió “en sustituto de un legislador que desfallece e investido de la función primordial de asegurar la realidad del Estado de Derecho que implicaba la ideología subyacente en el régimen”¹⁸⁹⁴. El desprestigio de las instituciones durante la III República

“obligó a los universitarios a mantener el Estado de Derecho allá donde el Estado político sufría descrédito, el Consejo de Estado no podía más que responder al deseo de una extensión de sus poderes jurisdiccionales; la profundización del control de la legalidad de los actos administrativos reforzaba, además, su apoyo por la opinión pública [...] participó en la revalorización del Estado y del poder ejecutivo; el exceso de poder [...] permaneció como instrumento de una justa administración: el Consejo contribuyó a mantener la autoridad del Estado –una autoridad reglada– de la que formaba parte como cuerpo”¹⁸⁹⁵.

1888. GÉRANDO, J.-M. DE, *Institutes de droit administratif*, Paris, Husard, 1828-1830.

1889. DUFOUR, G., *Traité général de droit administratif*, Paris, Creté-Delamotte, 1843.

1890. LALOUETTE, C. J., *Éléments de l'administration publique*, Paris, Gatiot-Lalouette, 1812.

1891. MACAREL, L.-A. DE, *Éléments de jurisprudence administrative, extraits des décisions rendues par le Conseil d'État en matière contentieuse*, Paris, Dondey Dupré, 1818; *Des tribunaux administratifs ou Introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, Paris, 1828; *Eléments de droit politique*, Paris, 1833; *Elementos de derecho público y político*, Madrid, 1838 y 1843; *Cours de droit administratif*, Paris, 1842-1846. MARTÍNEZ NEIRA, M., “Los libros útiles o la utilidad de los libros. Manuales de derecho entre 1841 y 1845”, en BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Manuales y textos de enseñanza en la universidad liberal*, Madrid, 2004, pp. 581-592.

1892. PETIT DES ROCHETTES, *Esprit de la jurisprudence inédite du Conseil d'État sous le Consulat et l'Empire*, 1827.

1893. SIREY, J.-B., *Du Conseil d'État selon la Charte constitutionnelle, ou notions sur la justice d'ordre politique et administratif*, Paris, Agasse-Cour du Harley, 1818.

1894. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 255.

1895. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 249-250.

El Consejo de Estado se consolidó como la institución que, además de establecer los principios fundamentales del Derecho administrativo, garantizaba el control del ejercicio del poder en su acomodación al Derecho. En los inicios del siglo XX y en periodo de entreguerras siguió progresando en la introducción de medidas para el control de la legalidad de una Administración cada vez más presente y compleja en su organización y actividad.

La jurisprudencia se ha tenido que adaptar a la crisis del crecimiento de la Administración, de las nuevas tendencias políticas y sociales, de la economía y los modos de gestión privada y pública, así como de las nuevas aportaciones del conocimiento científico y jurídico. La nueva sensibilidad hacia los problemas ambientales, urbanísticos y sociales ha ampliado el campo y exigido la innovación en las reglas y el conocimiento. Todo ello ha terminado por afectar a la institución revisora¹⁸⁹⁶, que ha experimentado una transformación y adaptado los principios, las reglas y las técnicas de control a las nuevas realidades y al progreso de los nuevos valores garantistas de los derechos y libertades. A ello se ha de añadir la presencia, a partir de la Constitución de 1958, de una institución de control de la constitucionalidad y de la presencia del nuevo orden institucional y jurídico comunitarios.

A su vez, la labor del Consejo de Estado ha sido analizada y diseccionada con mayor intensidad que en épocas anteriores. BURDEAU ha aludido a la “crisis de la justicia administrativa” por la amplitud de la crítica a los fundamentos y categorías del Derecho administrativo y al valor práctico de la justicia administrativa con requisitorias que afectan a muchos aspectos. Sin embargo, la crisis del *arrêt Canal* “reveló que el capital de confianza, acumulada durante largo tiempo sólo había quedado afectado ligeramente: la doctrina tomó unánime y públicamente partido por el Consejo de Estado y recordó que era el mejor garante contra la arbitrariedad”¹⁸⁹⁷.

5.3. La autonomía dogmática

La expansión de la literatura jurídica sobre el Derecho administrativo durante el II Imperio tuvo su apoyo en el incremento de las regulaciones, el desarrollo

1896. GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Consideraciones...”, cit., pp. 16-18.

1897. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 484.

del sistema administrativo, la jurisprudencia administrativa y la necesidad de obras para la enseñanza de la materia en los estudios jurídicos. A esta obedecieron los textos de FOUCART¹⁸⁹⁸, LAFERRIÈRE¹⁸⁹⁹, CHAUVEAU¹⁹⁰⁰, SERRIGNY¹⁹⁰¹.

Otro aspecto por considerar era el de la autonomía dogmática del Derecho administrativo, una vez que se había logrado en los ordenes normativo, jurisprudencial y académico. Su teorización era parcial y fragmentaria con la yuxtaposición de tratados de materias diversas de la competencia pública, de monografías sin la estructuración del Derecho civil, pero claramente influenciado por la sistemática de GAYO. En ese sentido el *Programme* de DE GÉRANDE señaló la importancia del estudio de las disposiciones administrativas, destacando la de las cosas y la gestión del patrimonio público, la actividad económica y los servicios públicos¹⁹⁰². Al inicio de sus *Institutes* observó que “en nuestros mismos códigos reposan los primeros fundamentos de nuestro Derecho administrativo, y se muestran las principales relaciones del Derecho común con el Derecho administrativo”, invocando artículos de los códigos civil, penal y de procedimiento¹⁹⁰³.

5.3.1. *La inicial influencia del Derecho Civil*

HAURIUO lamentaba que, en sus estudios iniciales, el Derecho administrativo no constituía un Derecho autónomo, sino una mera descripción técnica de mecanismos administrativos y de servicios públicos, con algunas reglas aná-

1898. FOUCART, E. M., *Éléments de droit public et administratif ou exposition des principes du droit public positif*, Poitiers, Gaurin-Videcog, 1834; *Supplément aux éléments de droit public et administratif*, Poitiers, Dupre-Videcog, 1850.

1899. LAFERRIÈRE, F., *Cours théorique et pratique de droit public et administratif mis en rapport avec la constitution de 1848*, Paris, Cotillon, I, 1850, que actualizó el editado en 1839.

1900. CHAUVEAU, A., *Principes de compétence et de juridiction administratives*, Henault, Cotillon, 1841.

1901. SERRIGNY, M., *Traité de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, Dijon, Douillier-Joubert, 1842; *Traité du droit public des français*, Dijon, Douillier-Joubert, 1846.

1902. GÉRANDE, J.-M. DE, *Programme du Cours de Droit Public positif et administratif à la Faculté de Droit de Paris pour l'année 1819-1820*, Paris, Baudouin frères, 1819.

1903. GÉRANDE, J.-M. DE, *Institutes de droit administratif*, Paris, Husard, 1828-1830, pp. 65 y ss.

logas a las civiles y una intención de considerarlo como un anexo del Derecho civil. Hasta el punto de que en sus primeras explicaciones académicas y obras se utilizaba la división romanista de personas, cosas y acciones. BATBIE la justificó porque “estos tres elementos son la esencia de cualquier derecho; se encuentran necesariamente en las materias administrativas, a menos que se rechace llamar derecho a las materias administrativas”¹⁹⁰⁴.

LAFERRIÈRE, tras ponderar la importancia del Derecho civil francés, señalaba que “el derecho público y administrativo de la Francia actual no tiene las mismas ventajas”, porque

“no tiene abuelos. Parte de 1789. Pero bajo sus formas exteriores, revestidas hoy por los poderes sociales, vive un espíritu que viene del pasado [...] la revolución, rompiendo las formas, no ha roto completamente la cadena de las ideas”¹⁹⁰⁵.

La concepción liberal del Derecho civil se basaba en la libertad individual¹⁹⁰⁶, en la autonomía de la voluntad, en el contractualismo y en la protección del derecho de propiedad al que el artículo 17 de la Declaración de Derechos de 26 de agosto de 1789 calificó de “derecho inviolable y sagrado, del que nadie puede ser privado, salvo por causa de necesidad pública, legalmente comprobada y con la justa y previa indemnización”. La Constitución del año I (1793) declaró en su artículo 16 que “el derecho de propiedad corresponde a todo ciudadano para disfrutar y disponer de sus bienes, rentas, fruto de su trabajo e industria”. Todos estos derechos estaban protegidos por el Derecho civil, garantía jurídica del individualismo liberal, mientras que el Derecho administrativo era contrario en cuanto representaba el interés general y los controles de policía a la libertad y a la propiedad. Según AUCOC, “el carácter dominante del Derecho administrativo es que el interés público impone al privado una serie de sacrificios”¹⁹⁰⁷.

Quizá por la influencia civilista y de la propiedad liberal, se observa en algunos autores de la época una tendencia a insistir en el aspecto patrimonial.

1904. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 117; *Histoire de l'administration...*, cit., pp. 302-307.

1905. LAFERRIÈRE, F., “Introduction...”, cit., p. 4. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 329-330, 333-337.

1906. DUBOIS DE CARRATIER, L., “L'influence...”, cit., pp. 16-17.

1907. AUCOC, M. L., “Introduction...”, cit., p. 13.

LAFERRIÈRE analizó en el título primero de la primera parte, dedicada a la “conservación de la sociedad”, el “dominio nacional”¹⁹⁰⁸. CHAUVEAU lo hizo sobre un proyecto de “Código civil administrativo”, cuya mayor parte dedicó a las relaciones con los bienes y a valorar la actividad administrativa en relación con el patrimonio público¹⁹⁰⁹. El régimen de los bienes adquirió un tratamiento jurídico integral a partir del *Traité du domaine public* de PROUDHON, que definió el dominio público como “el poder encargado especialmente de regir y administrar las cosas que son, en virtud de las leyes, dominadas por todos y cuya propiedad no pertenece a nadie”¹⁹¹⁰.

Desde una concepción individualista se consideró al Derecho administrativo como un instrumento restrictivo de los derechos individuales en confrontación con las reglas comunes que los garantizaban: el servicio militar limitaba la libertad individual y la expropiación lo hacía con el derecho de propiedad. Se le reconoció como la medida que supone una excepción a la regla general, pero con “una tendencia progresiva y constante del Derecho administrativo a acercarse al común, que se manifiesta a la vez en el fondo del Derecho y en la jurisdicción”¹⁹¹¹.

Tanto la formación como la cultura civilista influyeron en los primeros autores. La consideración del “hecho jurisprudencial” por MACAREL¹⁹¹², siguiendo una práctica habitual, permitió conocer la jurisprudencia administrativa y, a partir de ella, los fundamentos y construcciones, demostrando que el Derecho administrativo no estaba sólo en la ley. No sólo se invocaba el Derecho civil, sino también el Derecho romano y se consideraba a los primeros autores con una función similar a la de los glosadores y juristas del Antiguo Régimen, a partir de la distinción del *ius publicum* y el *ius privatum*. Se utilizó el “arsenal del Derecho civil” sin que significara la dependencia intelectual de la doctrina

1908. LAFERRIÈRE, F., *Cours de droit public et administratif*, Paris, Joubert, 1839.

1909. CHAUVEAU, A., *Programme d'un cours de droit administratif, soumis à M. le Ministre de l'Instruction publique, ou les cinq codes de l'Administration public en France*, Toulouse, Dieulafoy, 1838.

1910. PROUDHON, J.-B., *Traité du domaine public, ou la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Dijon, Lagier, 1833, n.º 47. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 350-353.

1911. DARESTE citado por DUBOIS DE CARRATIER, L., “L'influence...”, cit., p. 18.

1912. MACAREL, L.-A. DE, *Éléments de jurisprudence administrative, extraits des décisions rendues par le Conseil d'État en matière contentieuse*, Paris, Dondey Dupré, 1818. DUBOIS DE CARRATIER, L., “L'influence...”, cit., pp. 18-20.

administrativa, ni que la utilización de las reglas del Derecho privado tuviera consecuencias sobre el régimen doctrinal del Derecho administrativo, a pesar de la utilización de reglas y principios procedentes de aquel, que sufrieron una adaptación a situaciones distintas. La especificidad del Derecho administrativo se apoyó en elementos derivados del Antiguo Régimen en el que se configuraron muchos de sus fundamentos que, en continuidad, fueron incorporados por la Revolución, así como la tendencia a la separación del Derecho común. Como expuso DUCROCQ,

“el Derecho público es llamado así por oposición al privado. El Derecho privado es el conjunto de leyes que determinan las relaciones jurídicas de los ciudadanos entre ellos. El Derecho administrativo es el derecho de la policía, de la represión, el protector de los ciudadanos [...] El de los recursos contra la autoridad pública. Otros autores afirman todo esto tan claramente, como es la naturaleza particular del Derecho administrativo [...] SERRIGNY afirma, así que el Derecho público regula las relaciones fundamentales entre los individuos y el poder social”¹⁹¹³.

Concluyó DUBOIS DE CARRATIER afirmando que “los primeros administrativistas no fueron esclavos de una suerte de privatismo”, sino que en un contexto dogmáticamente difícil establecieron las bases del nuevo Derecho público, incluso con la influencia de un orden civil cumplido e institucionalmente consolidado, que no les impidió configurar la cultura administrativa que se consolidó durante el siglo XIX. El final de ese siglo “aparece como una época doctrinalmente agitada. La formulación de teorías dio unidad y coherencia al Derecho administrativo coexistiendo con construcciones intelectuales barrocas”¹⁹¹⁴.

5.3.2. *La búsqueda de los principios del Derecho Administrativo*

La inicial influencia de la dogmática civilista se fue superando conforme se construyó el Derecho administrativo por parte del Consejo de Estado y autores como MACAREL sistematizaron su doctrina. A partir del principio de com-

1913. DUBOIS DE CARRATIER, L., “L’influence...”, *cit.*, pp. 20-25.

1914. DUBOIS DE CARRATIER, L., “L’influence...”, *cit.*, p. 26. REDOR, M.-J., *De l’Etat legal...*, *cit.*, pp. 20-21.

petencia expuso los “principios generales con base en la distinción de materias, la competencia de las diversas autoridades” y la jurisdicción administrativa. Las construcciones doctrinales del Consejo y la actividad de policía ayudaron a ir configurando la autonomía del Derecho administrativo. Sin embargo, siguió siendo tributario del más elaborado Derecho privado, porque

“durante el siglo XX cuanto tendía a separarse del Derecho civil, fue mirado con desconfianza por el legislador [...] el Derecho civil pretende ser la totalidad, los civilistas luchan para que todo el Derecho se conduzca a su disciplina que contiene los fundamentos y las premisas de todo el Derecho”¹⁹¹⁵.

Persistió la idea de una contraposición entre el Derecho público y el privado¹⁹¹⁶. DUCROCQ sostuvo que “el Derecho público, del que el administrativo forma parte, tiene principios propios, distintos de los de Derecho privado. Por su objeto y naturaleza, estos principios del derecho administrativo son refractarios al Derecho civil”¹⁹¹⁷.

Se elaboró el nuevo Derecho a partir del conocimiento del sujeto Administración pública y de su sistema general, de las relaciones que produce y de sus fundamentos y régimen, hasta el punto de considerarlo como “la ciencia de las relaciones entre la sociedad y los administrados” (BONNIN), la que “busca en el origen mismo de las necesidades las reglas de la vida práctica de las naciones” (MACAREL), y tiene como “punto de partida la sociedad entera; busca y proclama las reglas que pueden asegurar el bienestar y la prosperidad” (VIVIEN)¹⁹¹⁸.

BATBIE propuso una organización sistemática del Derecho administrativo con sus propias características, porque “el punto de vista civil no es predominante y las soluciones adoptadas no se resienten por el método recibido del Derecho privado; “aunque para comprender bien el Derecho administrativo conviene relacionarlo con el Derecho civil como se relaciona la excepción con la regla”¹⁹¹⁹.

1915. ARNAUD, A. J., *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975, pp. 44 y 72. WALINE, M., *L'individualisme et le droit*, Paris, Domat, 1949.

1916. TISSOT, P., *Principes du droit public*, Paris, Mareq, 1872, introduction.

1917. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 121.

1918. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., p. 119.

1919. BATBIE, A., *Traité théorique et pratique du droit public administratif*, I, Paris, Cotillon, 1861, pp. XIII y 198.

Se ha de destacar que autores como GAUTIER¹⁹²⁰ y LAFERRIÈRE, a partir de la cultura privatista, trataron de sistematizar el Derecho administrativo considerando que sus principios se agrupaban en torno a la jurisdicción administrativa y al recurso contencioso por medio de su teoría general, los actos de autoridad y gestión, el exceso de poder, la falta del servicio y la responsabilidad administrativa¹⁹²¹. JÈZE elogió a LAFERRIÈRE y su *Traité de la juridiction administrative et de recours contentieux*, porque

“fue el primero en Francia que intentó aportar orden y método, explicar las soluciones prácticas [...] Hay que reconocerle haber tenido el honor de elaborar tratados verdaderamente científicos de los que Francia puede enorgullecerse actualmente”¹⁹²².

A) *Los grandes maestros: HAURIOU y DUGUIT*

De entre los nuevos agregados salidos del concurso de 1882, HAURIOU y DUGUIT realizaron nuevos planteamientos doctrinales y construyeron una teoría del Derecho Público en la que situaron el Derecho Administrativo, como lo demuestran los títulos de sus obras. En el tiempo en que formularon sus planteamientos se convirtieron en los autores de una corriente que se había iniciado en el siglo XIX en torno al Consejo de Estado y al recurso por exceso de poder, con el fin de dotar al Derecho administrativo de una autonomía conceptual respecto al Derecho civil¹⁹²³. Se corresponde con la renovación del

1920. GAUTIER, A., *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires*, Paris, Lahure, 1879.

1921. LAFERRIÈRE, E., *Traité de l'organisation de la compétence*, Paris, 1842; *Origine et développement historique du recours pour excès de pouvoir (1876)*, Paris, PUF, 1999; *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levaul, 1887-1888. En 1894 se creó la *Revue du Droit Public et de la science politique*, en cuyo primer número F. LARNAUDE expuso el programa (pp. 1-14). Sustituyó a la *Revue Générale de'Administration* que se publicó a partir de 1878, cuya misión fue “enseñar, controlar, criticar, indicar los progresos a realizar, las reformar a cumplir” (M. BLOCK, *A nos lecteurs*, 1, pp. 6-7).

1922. JÈZE, G., *Les principes généraux du droit administratif*, I, Paris, Giard et Brière, 1914, p. VII.

1923. REDOR, M.-J., *De l'Etat legal...*, cit., p. 20: “Mientras que los privatistas estaban condicionados por la escuela de la exégesis, que veía en la ley una ente abstracto y sagrado como lo postula lógicamente el sistema del Estado legal, los publicistas buscan dar autonomía a su disciplina y son ayudados en esto por el desarrollo de la jurisprudencia administrativa. Esta contribuyó a

Derecho privado por la superación del método exegético y la creación de las categorías y conceptos, que en el Derecho público llegaron de la mano de autores como ESMEIN¹⁹²⁴, DE GERANDO, DUCROCQ, MICHLOUD, MACAREL, CORMENIN, DUGUIT y HAURIU¹⁹²⁵.

Respecto a los dos grandes juristas del fin del siglo XIX y primer cuarto del siglo XX se han emitido muchos juicios, valga por todos el de LAUBADÈRE, que destacó su contemporaneidad y su condición de “grandes jefes de escuela y de dos grandes maestros en la misma rama del Derecho, la casi simultaneidad de sus vidas y el paralelismo de sus carreras tengan algo de sorprendente”¹⁹²⁶. Sobre la metodología utilizada por ambos autores en el desarrollo de su pensamiento y obra, afirmó WALINE:

“Si se pudiera comparar, de un modo muy general, la obra de Duguit y la de Hauriou, se podría representar la primera por una línea recta, pues es la obra de un lógico que procede por deducciones racionales [...] El esquema de la obra de Hauriou sería muy diferente y se representaría en una forma montazga (*buissonante*)”¹⁹²⁷.

Maurice HAURIU (1856-1929) ocupó la cátedra de Toulouse de cuya facultad fue decano. Publicó en 1892 su *Précis de droit administratif* y se convirtió en un agudo y crítico comentarista de las resoluciones del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos en el *Recueil Sirey*. Aportó importantes elementos para el control del poder y la función jurisdiccional del Consejo

relativizar a sus ojos la importancia de la ley y de las garantías que está obligada a ofrecer la supremacía del legislador en relación al derecho y a los recursos jurisdiccionales puestos en práctica por el Consejo de Estado”. EISENMANN, CH., “Un dogme faux: l'autonomie du droit administratif”, en *Mélanges Sayaguès de Laso*, IV, Madrid, 1969. BREEN, E., “Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann, une controverse sur les fondements du droit administratif”, en *RFDA*, 2002, pp. 232-243.

1924. PINON, S., “Regard critique sur les leçons d'un ‘maître’ du droit constitutionnel. Le cas Achémar Esmein (1848-1913)”, *RDP*, 1, 2007, pp. 193-229.

1925. RIVERO, J., “Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif français”, en LAUBADÈRE, A., MATHIOT, A., RIVERO, J., VEDEL, G., *Pages...*, cit., pp. 63-78.

1926. LAUBADÈRE, A. DE, “La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence”, *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, 1968, p. 209. Duguit nació en Libourne el 4 de febrero de 1859 y falleció en Burdeos el 28 de diciembre de 1928. Hauriou nació en Ladiville, Charente, el 17 de agosto de 1856 y falleció en Toulouse el 12 de marzo de 1929.

1927. WALINE, M., “Les idées maîtresses de deux grands publicistes français: Léon Duguit et Maurice Hauriou”, *L'année politique française et étrangère*, 1930, p. 39.

de Estado, así como para crear una dogmática más allá del comentario de las normas. En 1910 editó los *Principes de droit public* y en 1923 el *Précis élémentaire de droit constitutionnel*¹⁹²⁸. Reivindicó la naturaleza particular del Derecho Administrativo, porque “todo él estaba penetrado del privilegio de la acción directa”, procede de la decisión unilateral de las administraciones, por ser un derecho “que en lugar de fundarse, como el civil, en la igualdad de las partes, lo hace sobre el estatuto especial y las prerrogativas de las partes más poderosas”¹⁹²⁹. Se propuso emancipar el Derecho administrativo del Derecho privado configurándolo sobre el concepto de la *puissance publique*, de las prerrogativas y del carácter exorbitante respecto a los demás sujetos, invocando la distinción de LAFERRIÈRE entre los actos de autoridad y los de gestión.

Léon DUGUIT (1859-1928) obtuvo la cátedra de Burdeos, donde fue decano. Coincidió en las labores universitarias con el filósofo social DURKHEIM, considerado el padre de la sociología moderna, dando al Derecho un contenido sociológico. En 1901 publicó su primera obra con el título *L'État, le droit objectif et la loi positive*. En 1907 dio a la imprenta su *Manuel de droit constitutionnel* y cuatro años después su obra magna que fue el *Traité de droit constitutionnel*. En 1912 apareció *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, en 1913, *Les transformations du droit public*, y en 1926 sus *Leçons de droit public général*. Realizó, además, una importante aportación de comentarios jurisprudenciales y artículos hasta el punto de convertirse en uno de los autores más fecundos de la época y de mayor influencia posterior. Sus ideas supusieron una importante innovación y la ruptura con las anteriores, además de partir de unas premisas más sociológicas que iusprivatistas¹⁹³⁰. Por ello no deben sorprendernos las reacciones de sus contemporáneos conservadores cuando lo calificaron de *anarchiste de la chaire*¹⁹³¹, y le dijeron que había caído en una quimera anarquista (*chimère anarchiste*)¹⁹³², que era autor de *une théorie proprement anarchique, incompati-*

1928. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., p. 228. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 331-332, 337-342, 345-346.

1929. HAURIU, M., “Préface” a *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 8.^a ed., 1914, pp. V-VIII.

1930. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 342-344, 346-348.

1931. HAURIU, M., *Principes de droit public*, Paris, 1910, p. 79.

1932. ESMEIN, A., *Éléments de Droit constitutionnel*, Paris, 1927, p. 40.

*ble avec les nécessités sociales*¹⁹³³, que ha realizado *le tour de force d'être à la fois socialiste et anarchiste*¹⁹³⁴ y conducía a *l'anarchie doctrinale et juridique*¹⁹³⁵. A todos ellos respondió rechazando que fuera un anarquista:

“anarquista, si se quiere, mi doctrina, si puede llevar mejor que cualquier otra a limitar jurídicamente el poder del Estado y a fundar verdaderamente una regla de derecho determinando el sentido y el alcance de los actos de los gobernantes. Espero demostrar que mi doctrina calificada de anarquista, además de que sólo se adapta a los hechos sociales actuales, atiende a este doble desiderátum, y también que asegura la obediencia a las decisiones legítimas de los gobernantes mejor que la afirmación solemne del pretendido principio de autoridad, principio vacío de sentido y de contenido”¹⁹³⁶.

La aportación del Decano de Burdeos fue valorada al nivel de la realizada por otro bordelés, MONTESQUIEU, en el *Espíritu de las leyes*, porque “discípulos y adversarios fueron obligados a readaptar sus concepciones a la nueva perspectiva que les indicó”¹⁹³⁷. El concepto fundamental de su construcción del Derecho público fue el “servicio público”, fundamento y límite de los poderes públicos:

“La voluntad del gobernante no tiene ninguna fuerza como tal; no tiene ninguna fuerza más que en la medida en que persigue la organización y el funcionamiento de un servicio público. De este modo, la noción de servicio público acaba por sustituir a la de soberanía. El Estado no es un poder soberano que manda; es un grupo de individuos que tienen una fuerza que deben emplear en crear y dirigir los servicios públicos. La noción de servicio público deviene la noción fundamental del Derecho público moderno”¹⁹³⁸.

De entre los demás autores de la época se ha destacar la figura de Gastón JÈZE y su obra más importante *Les principes généraux du droit administratif*, pu-

1933. MICHOU, L., *La théorie de la personnalité morale et son application en Droit française*, 1906, p. 32.

1934. HAURIOU, M., *Les idées de M. Duguit*, RALT, 1911, p. 40.

1935. HAURIOU, M., *Duguit, l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, RDP, XVII, p. 346.

1936. DUGUIT, L., *Traité de Droit constitutionnel*, I, Paris, 1921, pp. 653-654.

1937. LASKI, H., “La conception de l'État de Léon Duguit”, *Archives de Philosophie du droit et de la Sociologie juridique*, 1-2, 1932, p. 135.

1938. DUGUIT, L., *Las transformaciones...*, cit., pp. 47-48.

blicados en 1904, en la que se establecieron las bases dogmáticas de la llamada “escuela del servicio público”, que tanto significó en el Derecho Administrativo. Otros autores coetáneos significativos fueron BONNARD, ROLLAND y BERTHÉLEMY, en el campo del Derecho Administrativo, y CARRÉ DE MALBERG en la teoría general del Estado. La publicación a partir de 1894 de la *Revue de droit public et de la science politique* sirvió de vehículo a numerosos autores y contribuyó a la consolidación dogmática del Derecho público francés hasta nuestros días.

B) *Las grandes categorías del Derecho Administrativo*

A la hora de elaborar el nuevo Derecho Administrativo no ha de olvidarse el profundo debate que se produjo entre los autores citados sobre la soberanía y su titularidad, la naturaleza de la ley y la creación de un orden jurídico objetivo de “reglas que aseguren la satisfacción de las necesidades que tienen los hombres en una sociedad dada y en un cierto momento”¹⁹³⁹. Para su satisfacción existen el Derecho y el Estado, que son los instrumentos de la solidaridad: “la ley social es una ley de fin: todo fin es legítimo cuando es conforme a la ley social, y todo acto realizado para atender este fin tiene un valor social, es decir, jurídico”¹⁹⁴⁰.

Considerado el Derecho como la fuente de la legitimidad, pusieron la garantía en el Derecho Administrativo, que se aplicaba al poder en su actividad y por la jurisdicción administrativa en su control. Los autores reforzaron la labor del juez administrativo, dotándole de apoyos dogmáticos para que fuera perfeccionando sus técnicas y avanzando en la juridificación de la Administración, principalmente por medio del recurso por exceso de poder y por la responsabilidad extracontractual. En este proceso fue decisiva la Ley de 1872 que configuró el Consejo de Estado actuando por justicia delegada, con total independencia del poder político al que se somete al Derecho. De este modo “el Estado que se obligaba por su juez se transforma en un tipo de Estado obligado por el juez”, en el que “se asigna al Derecho administrativo asegurar la consagración del objetivismo jurídico sin el cual el Estado de Derecho a la francesa sería irrealizable”¹⁹⁴¹.

1939. DUGUIT, L., *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, p. 26.

1940. DUGUIT, L., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, A. Fontemoing, 1901. p. 18.

1941. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 236-238; *L'autorité...*, cit., pp. 361-372.

En el recurso por exceso de poder se aprecia la evolución que fue introduciendo la jurisprudencia para ampliar las técnicas de control de la Administración y de garantía de la legalidad, a la que tanto aportó la valoración doctrinal de las resoluciones del Consejo de Estado. DUGUIT apoyó la conversión del recurso por exceso de poder en un “contencioso objetivo de anulación” basado en la pura legalidad objetiva, que sería el supuesto del recurso por exceso de poder en defensa de la legalidad, porque en aplicación de la legalidad objetiva se puede resolver con carácter accesorio una cuestión de carácter subjetivo, del mismo modo que en la subjetiva se pueda hacer con una cuestión de derecho objetivo¹⁹⁴². Afirmó que “el recurso por exceso de poder es la síntesis general del contencioso objetivo que domina todo el Derecho”¹⁹⁴³. También HAURIU concibió el Estado de Derecho como “autolimitación objetiva del poder [...] sometido espontáneamente ante al Derecho positivo” y el Derecho Administrativo contempla los actos administrativos como objetivos [...] así los trata toda la teoría del recurso por exceso de poder, que es totalmente objetiva”¹⁹⁴⁴.

La responsabilidad del Estado cuando actuaba como poder fue otra importante aportación de la doctrina, a partir de la admisión de su responsabilidad privada, cuando actuaba como propietario, reclamable ante la jurisdicción judicial al amparo de los artículos 1.382 y siguientes del Código Civil. La irresponsabilidad de la soberanía quebró al considerarla sometida al Derecho y responsable de sus actos cuando generaban daños a los ciudadanos por su actividad de policía, de obras o de servicio público. Para DUGUIT esta responsabilidad se fundamentaba en la solidaridad social y la inexistencia de inmunidad jurisdiccional, mientras que para HAURIU se apoyó en el principio de igualdad ante las cargas públicas.

C) *El criterio delimitador de la competencia. La teoría del servicio público*

En el debate doctrinal se planteó la definición del Derecho Administrativo que no sólo tenía un significado teórico, sino que buscaba el elemento sustan-

1942. DUGUIT, L., *Traité...*, cit., II, pp. 458-478.

1943. DUGUIT, L., *Les transformations...*, cit., pp. 181-182 y 191.

1944. HAURIU, M., *Principes...*, cit., pp. 31 y 300. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 239-240.

cial delimitador de la competencia entre la jurisdicción judicial y la administrativa. Se pretendía

“descubrir, a través de las materias aparentemente confusas de un derecho administrativo poco explorado, un criterio, un signo infalible que permitiese en cada caso reconocer la situación regida por reglas ‘derogatorias del derecho común’, y, del mismo modo, en caso de litigio, elegir el juez competente”¹⁹⁴⁵.

En su labor de identificar un criterio delimitador de la competencia jurisdiccional administrativa, el Tribunal de Conflictos en la decisión *Blanc* de 8 de febrero de 1873 introdujo el criterio del servicio público que convirtió en la piedra angular del Derecho administrativo francés. Se ha recogido cómo la aplicó el Consejo de Estado en sus resoluciones de 6 de febrero de 1903, *Terrier*, y 4 de marzo de 1910, *Therond*, y del Tribunal de Conflictos de 29 de febrero de 1908, *Feutry*.

DUGUIT formuló la teoría del servicio público, ante la realidad de un Estado que había de hacer posible la solidaridad social por medio de los servicios públicos que proporcionaran prestaciones al ciudadano (enseñanza, asistencia, ferrocarriles, distribución de gas, de electricidad, etcétera). La importancia del servicio público dio lugar a que la distinción entre actividades de autoridad y actividades de gestión fuera sustituida por la de actividades de servicio público y otras actividades administrativas:

“Los gobernantes están jurídicamente obligados a asegurar la organización y el funcionamiento de los servicios públicos. Con este propósito dictan reglas generales las leyes. Este es el fin perseguido por los gobernantes y que les imprime su carácter. Ninguno puede violar esta regla, ni el particular, que no puede usar del servicio sino conforme a la ley, ni los gobernantes, ni sus agentes, que no pueden hacer nada para impedir el funcionamiento del servicio conforme a la ley. De este modo se puede decir que los servicios públicos son instituciones de Derecho objetivo”¹⁹⁴⁶.

1945. RIVERO, J., “¿Existe-t-il un critère du droit administratif?”, en *Revue du droit public et de la science politique*, 2, 1953, pp. 279 y ss.

1946. DUGUIT, L., *Las transformaciones del Derecho, público y privado*, Buenos Aires, Heliasta, 1975, p. 38.

La concepción de DUGUIT rechazó la noción de soberanía como base de la configuración del Estado, por tratarse de un concepto metafísico¹⁹⁴⁷, que reemplazó por la noción de servicio público como fundamento del Derecho público¹⁹⁴⁸. Cuando el Estado prestaba a los ciudadanos servicios educativos, sanitarios, transportes, ayudas a los necesitados, etcétera, no ejercitaba poder alguno de soberanía o de mando, sino de servicio público¹⁹⁴⁹. Definió el servicio público como

“toda actividad cuyo cumplimiento debe asegurarse, regularse y controlarse por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desarrollo de la interdependencia social, que es de tal naturaleza que no puede realizarse completamente si no es por la intervención del poder gubernamental”¹⁹⁵⁰.

Según HAURIU “el servicio público es la obra a realizar por la Administración pública, el poder público es el medio de realizarlo”¹⁹⁵¹. En la contraposición entre las concepciones del servicio público de DUGUIT y HAURIU, para el primero el servicio justifica la prerrogativa, mientras que para el segundo es la prerrogativa la que está limitada por el servicio, formas de apreciar que no son excluyentes sino complementarias¹⁹⁵².

La importancia del servicio público como concepto delimitador de la competencia jurisdiccional dio lugar a la configuración de la “escuela del servicio público”, mantenida por autores como JÈZE, para quien “el Derecho público y el administrativo es el conjunto de reglas relativas al servicio público”. Reforzó la concepción sociológico-jurídica de DUGUIT dotándola de mayor contenido jurídico, “aportando el régimen jurídico de los servicios públicos y exponiendo las reglas que rigen su creación, funcionamiento y supresión” con la integración de los pronunciamientos jurisprudenciales¹⁹⁵³. La Escuela del servicio público

1947. DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, I, Paris, Boccard, 1927, p. 654. PISIER-KOUCHNER, E., *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972.

1948. DUGUIT, L., *Les transformations...*, cit., p. 33.

1949. DUGUIT, L., *Las transformaciones...*, cit., pp. 26 y ss.

1950. DUGUIT, L., *Traité...*, cit., II, Paris, 1928, p. 61.

1951. HAURIU, M., “Préface”, a *Précis...*, cit., 11.^a ed., 1933, p. 6.

1952. CHEVALLIER, J., “Les fondements...”, cit., p. 24.

1953. JÈZE, G., *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Giard & Brière, 1914, p. 1. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 245-246.

permaneció a pesar de la muerte de DUGUIT y fue evolucionando para adaptarse a las nuevas realidades administrativas y jurisprudenciales de la mano del propio JÈZE, BONNARD y ROLLAND¹⁹⁵⁴.

D) *El poder público como criterio delimitador*

La preponderancia del concepto del servicio público no impidió que una parte de la doctrina continuara apoyando como criterio delimitador el de autoridad y gestión de LAFERRIÈRE. Fue el caso de BERTHÉLEMY en su *Traité élémentaire de droit administratif* de 1923, admitiendo la existencia de una organización administrativa prestadora de servicios públicos, dotada de un poder inherente a la idea de Estado, que constituye el auténtico criterio delimitador: corresponde a la jurisdicción contenciosa el conocimiento de las actividades dotadas de poder, mientras que es propio de la judicial hacerlo de la actividad gestora. Entendió que era insuficiente el servicio público, que debía estar acompañado de un acto de autoridad que manifestase el poder de la Administración¹⁹⁵⁵.

HAURIOU defendió en un primer momento el criterio autoridad/gestión para integrarse en el del servicio público en su obra *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif* publicado en 1899, porque, aunque la actividad administrativa fuera de servicio público, toda ella estaba imbuida por el poder público y su energía “se hacía sentir en todos los servicios, incluso en los que no difieren nada por su objeto de ciertas gerencias privadas”¹⁹⁵⁶. Sostuvo que cuanto fuera gestión pública para la ejecución de los servicios públicos o de las medidas de administración era propio de los tribunales contenciosos, correspondiendo a la judicial los actos de gestión del dominio privado, en los que no existe ni poder ni acto administrativo, sino medios de Derecho privado y competencia judicial¹⁹⁵⁷.

1954. BÉZIE, L., “Louis Rolland; théoricien oublié du service public”, *RDP*, 4, 2006, pp. 847-878.

1955. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 246-247.

1956. HAURIOU, M., *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif*, Paris, Larose, 1899, p. 73.

1957. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 247-248.

E) RIVERO y la crisis del servicio público

Tras la Segunda Guerra Mundial hubo una importante renovación en los tratadistas, pero sin que adquiriera el nivel de construcción que caracterizó el periodo anterior, con una jurisprudencia que aceptó y asumió los criterios doctrinales, invocando los comisarios del gobierno a los autores más destacados. Por contra, se produjo un distanciamiento entre el ámbito universitario y el judicial, elaborándose el Derecho Administrativo sin relación con la jurisprudencia, con críticas a muchos de sus fundamentos y con criterios renovadores que buscaron ponerlo en relación directa con el marco constitucional. Desde una actitud pragmática de aplicadores del Derecho, pero no exenta de criterio constructivo y de formación intensa en la dogmática, se mantuvo una actitud crítica con la jurisprudencia y los “faiseurs de systèmes”¹⁹⁵⁸.

Sirva de ejemplo la figura de Jean RIVERO y su valoración negativa del recurso por exceso de poder en el conocido artículo sobre la presencia de un indio americano del pueblo hurón en el Palais-Royal¹⁹⁵⁹, así como su aportación al régimen constitucional y a las bases constitucionales del Derecho administrativo. A la hora de analizar el Derecho administrativo VEDEL partió de que sus bases se encuentran en el Ordenamiento constitucional: “La Administración y el Derecho administrativo no pueden, ni desde el punto de vista pedagógico ni desde el teórico, definirse de manera autónoma. Su definición sólo es posible a partir de la Constitución”¹⁹⁶⁰.

Para RIVERO las reglas del Derecho administrativo se basan en el ejercicio de las prerrogativas de la *puissance publique* al servicio del interés público,

1958. CHENOT, B., “La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d’État”, *EDCE*, 1950, pp. 77-83. Este artículo mereció la contestación de RIVERO, J., “Apologie pour les ‘faiseurs de systèmes’”, *D.*, 1951, pp. 99-102; recogido en LAUBADÈRE, A., MATHIOT, A., RIVERO, J., VEDEL, G., *Pages...*, cit., I, pp. 3-10. El Presidente del Consejo medió en el debate valorando la necesidad de los conceptos cuyo valor depende de su aplicación por la jurisprudencia: LATOURNERIE, R., “Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie? Convalescence? Ou jouvence?”, *EDCE*, 1960, pp. 61-159. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 348-349.

1959. RIVERO, J., “Le huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir”, en LAUBADÈRE, A., MATHIOT, A., RIVERO, J., VEDEL, G., *Pages...*, cit., II, pp. 329-334.

1960. VEDEL, G., *Droit...*, cit., p. 17; “Les bases constitutionnelles du Droit administratif”, *Études et Documents*, Conseil d’État, 8, 1954, p. 20. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “El Derecho Constitucional como Derecho”, *RDP*, 15, 1982, p. 8.

por medios que permitan la ejecución de sus decisiones frente a los obstáculos que se opongan, de tal modo que “la decisión unilateral es el modo más característico y frecuente de la acción administrativa”¹⁹⁶¹: “por una paradoja singular, potestad pública y servicio público, son dos conceptos fundamentales del Derecho administrativo con contornos imprecisos”¹⁹⁶². En su opinión “la tradición del derecho público francés aceptó la disociación entre la situación del hombre frente al poder político y frente al poder administrativo; ciudadano respecto a uno, no es más que un sujeto respecto al otro”. A partir de los años setenta se inició la superación de la consideración del administrado-sujeto pasivo, para afirmar los derechos de los ciudadanos frente a la Administración como derechos públicos subjetivos. Esta concepción ha debilitado el régimen de prerrogativas porque sólo podrán ejercerse por razones de interés general, conforme a la legalidad, respetando los derechos y libertades entre los que se hallan los de participación democrática “en lo concreto”, en la fijación de los objetivos y en la determinación de los medios para el progreso colectivo¹⁹⁶³. Esta concepción permite superar el riesgo de que el servicio público “hecho para dotar al hombre de los bienes materiales necesarios para su desarrollo, no llegue a privarle de un elemento todavía más necesario como es un clima de libertad de modo que el medio no se vuelva contra el fin”¹⁹⁶⁴.

RIVERO atribuyó la paternidad de la doctrina del servicio público a HAURIUO¹⁹⁶⁵, aunque DUGUIT y JÈZE la recibieron y orquestaron, porque “en el origen de las grandes sinfonías bordelesas, y más directamente en el origen del *arrêt Terrier*, no hay otra cosa que un tema tolosano”¹⁹⁶⁶. Esta resolución representó el triunfo de la razón, “un paso muy claro en el camino de [...] la incorporación al contencioso administrativo de todo cuanto es gestión pública, es decir, ejecución de servicios públicos o medidas administrativas por los

1961. RIVERO, J., *Précis...*, cit., p. 9.

1962. RIVERO, J., *Cours de droit administratif comparé*, DES, Paris, 1955-1956, p. 51.

1963. RIVERO, J., “Démocratie et administration”, *Mélanges Savatier*, Paris, 1965, pp. 821 y ss.

1964. RIVERO, J., “Observations sur le préambule de la Constitution de 1946”, *Droit social*, mayo, 1947, p. 34.

1965. RIVERO, J., “Maurice Hauriou et le droit administratif”, LAUBADÈRE, MATHIOT, RIVERO, VEDEL, *Pages...*, I, pp. 29-42.

1966. RIVERO, J., “Hauriou et l'évènement de la notion de service public”, *Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, 1956, p. 461.

medios ordinarios de la administración pública”¹⁹⁶⁷. La doctrina de la *puissance publique* no contraviene a la del servicio público, sino que se complementan entre sí “porque la Administración es la guardiana del interés general, y es para el servicio público para lo que está dotada de las prerrogativas que le hacen prevalecer sobre los intereses privados. Es un poder al servicio de un fin: el interés general”¹⁹⁶⁸.

Uno de los elementos de crítica por parte de RIVERO fue la doctrina del servicio público, convertida en la más importante tras el *arrêt Blanc*, “sin que fuera exagerado afirmar su dominio total, porque la existencia de un servicio público implicaba, en principio, la aplicación integral de un régimen de Derecho público, con exclusión de cualquier regla de Derecho privado”. Se rechazó la utilización exclusiva del criterio orgánico una vez que se había ampliado considerablemente la actividad pública y las concesiones, utilizándose, además, otras fórmulas jurídicas por parte de la Administración. En la medida en que el criterio orgánico se sustituía por el material y había nuevas formas de gestión, el servicio público perdió su valor y no podía ser ya la “piedra angular” del Derecho administrativo, como lo había constatado el Consejo de Estado al admitir la gestión privada y que personas no públicas pudieran dictar actos administrativos sin que mediara una concesión administrativa (CE 20 de diciembre de 1935, *Établissements Vézia*¹⁹⁶⁹; 13 de mayo de 1938, *Caisse primaire Aide et protection*¹⁹⁷⁰; CE 2 de abril de 1943, *Bouguen*¹⁹⁷¹)¹⁹⁷². RIVERO afirmó que las fórmulas que habían considerado al servicio público como la “razón de ser de las particularidades del Derecho administrativo y la medida de su ámbito de aplicación están superadas por los hechos”¹⁹⁷³.

La necesidad de seguir buscando un criterio delimitador alternativo al de servicio público llevó a WALINE a formular el de la utilidad pública, porque el poder público y sus prerrogativas se otorgan “en consideración a que persiguen

1967. RIVERO, J., “Note sur l’arrêt Terrier”, *Notes d’arrêts*, II, Paris, p. 457.

1968. RIVERO, J., *Cours...*, cit., 1956-1957, p. 81.

1969. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 227-229.

1970. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 242-245.

1971. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands...*, cit., pp. 266-270.

1972. MORANGE, G., “Le déclin de la notion juridique de service public”, *D.*, 1945, pp. 45-58. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 346-347. WALINE, M., “Vicissitudes récentes de la notion de service public”, *RA*, 1948, pp. 23-25.

1973. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, cit., pp. 473-480.

un fin de utilidad pública y es de interés público que puedan superar todos los obstáculos, para realizarlo. La idea de utilidad pública está en la base del Derecho administrativo¹⁹⁷⁴. Fue criticado por RIVERO para quien la utilidad pública no podía ser el único criterio delimitador, porque era la razón de ser de toda la actividad administrativa, de su patrimonio, de la actividad industrial y comercial, que se manifestaba de muy diversas formas de Derecho público y privado¹⁹⁷⁵.

Según LATOURNERIE, el Consejo de Estado ha estado atento a la búsqueda de un criterio de servicio público que ha compatibilizado la combinación de los elementos del Derecho especial y de la utilización del Derecho privado, asumiendo que no es el criterio único y exclusivo, sino uno de los más importantes, junto con la potestad, para poder decidir el ámbito jurisdiccional competente¹⁹⁷⁶. Como reconoció LAUBADÈRE, cuando se acepta la combinación de ambos órdenes jurídicos, las soluciones resultan más complejas a la hora de determinar la competencia jurisdiccional¹⁹⁷⁷.

F) VEDEL y las bases constitucionales del Derecho Administrativo

La segunda aportación importante del momento histórico fue la relativa a las bases constitucionales del Derecho administrativo de la mano de Georges VEDEL: “su definición sólo es posible a partir de la Constitución”¹⁹⁷⁸. La Constitución es “la base material del sistema jurídico”¹⁹⁷⁹, en cuanto recoge los principios que se imponen a los poderes establecidos determinando las reglas de fondo de su competencia y el modo de garantizar los derechos de los ciu-

1974. WALINE, M., *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1946, p. 274.

1975. RIVERO, J., “Existe-t-il...”, *cit.*, en LAUBADÈRE, A., MATHIOT, A., RIVERO, J., VEDEL, G., *Pages...*, *cit.*, II, pp. 187-202.

1976. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, *cit.*, pp. 476-477. LATOURNERIE, R., “Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie? Convalescence? Ou jeunesse?”, *EDCE*, 1960, pp. 61-159.

1977. LAUBADÈRE, A. DE, “Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français”, *AJDA*, 1961, pp. 591-599. BIGOT, G., *Introduction...*, *cit.*, pp. 350-352. BURDEAU, F., *Histoire du droit...*, *cit.*, p. 480.

1978. VEDEL, G., *Droit...*, *cit.*, p. 17; “Les bases constitutionnelles du Droit administratif”, *Études et Documents*, Conseil d’État, 8, 1954, p. 20.

1979. VEDEL, G., “La Constitution comme base du système juridique”, *Revue Internationale du Droit Comparé*, 1979, pp. 122 y ss.

dadanos, las estructuras gubernamentales y la primacía de la idea de Derecho. Su modificación por la costumbre y la práctica fue inicialmente rechazada por VEDEL, porque quebraría el sistema jurídico al atribuir el significado de fuente a las disposiciones constitucionales y a sus violaciones. Sería “preciso replantear todo el sistema jurídico francés y renunciar a la idea misma de constitución en el sentido clásico del término, porque el derecho constitucional tendría su fuente tanto en las violaciones de la constitución como en sus prescripciones”¹⁹⁸⁰.

Una importante aportación de VEDEL fue la propuesta de reunificación del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo en una categoría única que es el Derecho Público, demostrando la raíz constitucional de este último y las estrechas relaciones entre ambos, así como la vinculación entre el Derecho Público y la Ciencia Política¹⁹⁸¹. Partió de la unidad del Derecho propia de un Estado y de su orden jurídico, que no puede verse alterada por la existencia de la dualidad de los órdenes jurisdiccionales, porque

“va de sí que no puede admitirse un sistema (jurídico) dualista en el interior del Estado, tampoco entre el derecho público y el derecho privado. [...] La razón de ello es que la única definición válida del Estado es la que lo identifica con un orden jurídico que comporta normas jerárquicas entre las que no puede haber conflictos, salvo los aparentes, porque un orden jurídico único implica necesariamente la existencia de reglas para la solución de los conflictos”¹⁹⁸².

El estudio del Derecho administrativo ha de partir de que sus bases se encuentran en el ordenamiento constitucional, de modo que ni la Administración ni el Derecho administrativo pueden definirse de manera autónoma, porque su definición sólo es posible a partir de la Constitución. Aunque

“es difícil marcar el límite que separa el Derecho Constitucional del Derecho Administrativo [...] el Derecho Constitucional está formado por “cabezas de capítulos” de otras partes del Derecho público interno, [...] la Constitución es la base necesaria de las reglas cuyo conjunto componen el Derecho Administrativo. Esta

1980. VEDEL, G., *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 1949, p. 121.

1981. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 352-357.

1982. VEDEL, G., “Cour des comptes et juge administratif”, *La Cour des comptes d’hier à demain*, Paris, 1979, p. 23.

afirmación [...] se deriva de la naturaleza misma de la Constitución como fundamento del orden jurídico francés y carta de la organización estatal”¹⁹⁸³.

La idea de concebir el Derecho administrativo como *ancilla constitutionis* había sido planteada por HAURIUO y estuvo presente en el pensamiento de DUGUIT como medio para limitar el poder de los gobernantes. VEDEL siguió al primero, aun cuando sus argumentos tienen una perspectiva distinta en cuanto sostiene la incompatibilidad entre la valoración formal de la Constitución y la material del servicio público. En todo caso el “establecimiento de las bases constitucionales del Derecho administrativo” implica la unidad del sistema de derecho público, que confirma el sistema de control:

“desde hace mucho tiempo el derecho constitucional y el derecho administrativo [...] han estado concebidos no sólo como disciplinas diferentes, sino como disciplinas autónomas, separadas entre ellas. Sin embargo, la dialéctica del doble control de los actos de las autoridades públicas ha tejido lazos entre ambas disciplinas que restituyen la realidad jurídica fundamental, a saber, la identidad del Estado constitucional y del Estado administrativo, es decir, la unidad del Derecho público francés”¹⁹⁸⁴.

El poder estatal está subordinado en su ejercicio a las condiciones constitucionales materiales y formales de carácter esencialmente jurídico, que se establecen para realizarlo y exteriorizarlo¹⁹⁸⁵. Las condiciones jurídicas tienen valor real con relación a la materia y a los fines a los que sirven porque las instituciones se califican por el fin al que se destinan y por la idea de derecho a la que sirven¹⁹⁸⁶.

Vinculó la Administración y el Derecho Administrativo con el poder ejecutivo, cuyo fin es mantener el orden público que permita el ejercicio de las actividades privadas y el funcionamiento de los servicios públicos. El Derecho administrativo es el Derecho de la Administración entendida como el “conjunto de actividades del gobierno y de las autoridades descentralizadas distintas a las de dirección de los asuntos internacionales y a las relaciones entre los

1983. VEDEL, G., *Droit...*, cit., p. 17.

1984. VEDEL, G., *Droit...*, cit., p. 65.

1985. VEDEL, G., *Manuel...*, cit., p. 113.

1986. VEDEL, G., “Conceptions sociales et organisation politique”, *Droit social*, 1947, p. 6.

poderes públicos, que se ejercitan en un régimen de potestades públicas”¹⁹⁸⁷. Concretó el significado del Derecho administrativo de acuerdo con la tradición constitucional francesa que define Administración y Derecho Administrativo por referencia al concepto de poder ejecutivo:

“Ni teórica ni pedagógicamente es posible definir autónomamente Administración y Derecho Administrativo. Sólo es posible su definición a partir de la Constitución. Esta definición debe abarcar dos elementos. El primero está constituido por la tradición constitucional francesa que la ha proclamado, desde 1789 a 1858 (salvo paréntesis excepcionales), la supremacía de la Ley y el carácter ilimitado de la esfera legislativa; tal hecho implica la necesidad de definir Administración y Derecho Administrativo por referencia al concepto de poder ejecutivo. El segundo elemento a tener en cuenta es la renovación, si no la revolución jurídica, llevada a cabo por la Constitución de 1958, con las modificaciones, de mayor o menor alcance, que ha supuesto para las nociones tradicionales del Derecho Administrativo”¹⁹⁸⁸.

El poder estatal se manifiesta en la función gubernamental plena, autónoma e incondicionada, y en la función administrativa, de carácter derivado, secundario y subordinado¹⁹⁸⁹. Esta expresión dual de las funciones estatales, que se manifiesta de modo original o derivado, fue utilizada por CARRÉ DE MALBERG como el criterio delimitador del ámbito de la ley y del reglamento que genera una jerarquía orgánica entre las actividades estatales. Sin embargo, este criterio formal no es el título jurídico sino que es la actividad estatal la que establece la calidad del poder utilizado para atender a la satisfacción de las necesidades públicas, que utilizará el poder originario o el derivado, y resuelve la antinomia entre la concepción material o formal del poder público. Para que la actividad de los órganos tenga carácter administrativo ha de ejercitarse por procedimientos de potestad pública, que es “simplemente la consecuencia de una creencia social convertida en regla jurídica para que quienes directa o indirectamente actúen en nombre de la nación tengan competencias que los simples particulares no ostentan”¹⁹⁹⁰.

1987. VEDEL, G.-DELVOLVÉ, P., *Droit administratif*, Paris, 1958, p. 10.

1988. VEDEL, G., *Derecho Administrativo*, Madrid, 1980, pp. 7 y 55.

1989. VEDEL, G., *Droit...*, cit., p. 14.

1990. VEDEL, G., “Les bases constitutionnelles du Droit administratif”, *Études et Documents*, Conseil d’État, 8, 1954, p. 42.

G) *CHAPUS y el poder público*

La recuperación del principio del poder público como concepto delimitador se realizó por CHAPUS a partir del análisis del criterio del comisario del gobierno DAVID en el *arrêt Blanc*, afirmando que dio más importancia a este concepto que al del servicio público y considerando infundada la “novela” que se ha elaborado a partir de aquel. Sostuvo que TEISSIER y DUGUIT invirtieron los criterios de poder y servicios invocados, dando preferencia al segundo sobre el primero¹⁹⁹¹.

CHAPUS recuperó la idea de HAURIUO de que la Administración es servicio en cuanto a los fines que persigue y poder respecto a los medios que utiliza para conseguirlos, aunque el poder es un elemento tan importante y significativo que termina dándole la naturaleza y, por tanto, el criterio delimitador de la competencia. Consideró que el servicio público sólo es relevante en cuanto utilice medios de poder exorbitantes del Derecho común. De modo que la razón de ser de la justicia administrativa está en “tener la carga de aplicar un derecho especial”, que es el Derecho administrativo en ejercicio del poder público¹⁹⁹².

5.3.3. *La crisis del crecimiento y los nuevos tiempos*

Destacó WEIL la crisis de crecimiento del Derecho administrativo derivada del intervencionismo y la huida de su régimen en beneficio de la utilización del Derecho privado. Además, se produjo la “dispersión de los órganos, la diversificación de los medios, la graduación de los fines: triple evolución que engendró una espantosa complejidad de regímenes jurídicos aplicables a la actividad administrativa”¹⁹⁹³. Todo ello le hizo perder “unidad y claridad”, de modo que nadie sabía

“en que signo reconocer su aplicación y la competencia de la jurisdicción administrativa [...] Se asistía a un espectáculo desconcertante de una disciplina que adqui-

1991. CHAPUS, R., *L'administration et son juge*, Paris, PUF, 1999, pp. 29-36. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administratives et judiciaires*, Paris, LGDJ, 1954. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 357-358.

1992. CHAPUS, R., “Le service...”, cit., pp. 37-75.

1993. WEIL, P., *Le droit...*, cit., p. 65.

ría día a día más importancia, pero de la que se ignoraba su naturaleza profunda, cuyo fundamento dejaba de ser inmediatamente perceptible y cuyos límites eran inciertos”¹⁹⁹⁴.

La doctrina abandonó su anterior esfuerzo definidor de la materia y el Derecho administrativo se convirtió en un conjunto de paradojas. Es el Derecho de la protección de las libertades públicas y, simultáneamente, el de los privilegios administrativos y la sujeción de los administrados; el del principio de legalidad y el de las medidas excepcionales, los actos de gobierno y la falta de garantías del justiciable. La pesimista conclusión de WEIL fue formular una pregunta: *Le droit administratif, pour quoi faire?*

Sin embargo, los cambios que en 1964 expuso WEIL no tenían el alcance de las profundas transformaciones del orden jurídico del final de siglo como efecto del fenómeno económico, social, cultural y jurídico conocido como la globalización, que ha destacado AUBY¹⁹⁹⁵. Brevemente se ha de señalar su manifestación jurídica en cuanto al sistema universal de derechos y libertades, la capacidad normativa y la complejidad organizativa, todas ellas actuando sobre el Derecho administrativo en los sistemas normativo, competencial y orgánico.

A) *La garantía de los derechos y libertades*

La globalización no sólo alcanza a las actividades económicas y financieras, sino también a ciertos valores éticos universales. La Declaración universal de Derechos del hombre de 1948¹⁹⁹⁶ y otras similares de menor ámbito territorial, como es el caso de la Convención europea de 1950 y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de Niza de diciembre de 2000¹⁹⁹⁷, han creado una mayor conciencia de la dignidad y los derechos de las personas en cualquier parte del planeta. Se está configurando una ética universal que no

1994. WEIL, P., *Le droit...*, cit., pp. 21-22. BIGOT, G., *Introduction...*, cit., pp. 358-359.

1995. AUBY, J.-B., *La globalisation, le Droit et l'État*, Paris, Montchrestien, 2003. ALLI ARANGUREN, J. C., *Derecho administrativo...*, cit., pp. 305-386.

1996. CASSIN, R., “La déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme”, Académie de droit international de La Haya, *Recueil des cours*, 1951, pp. 239-367; “How the Charter on Human Rights Was Born”, *UNESCO Courier*, 21, 1968, pp. 4-6; *La pensée et l'action*, F. Lalou, Paris, 1972; *Les hommes partis de rien*, Plon, 1977.

1997. DOCE C 364, 18 de diciembre de 2000.

sólo pretende establecer el valor de aquellos, sino garantizarlos por tribunales penales internacionales, aun en contra de la soberanía de los Estados y de sus gobernantes¹⁹⁹⁸.

En el orden jurídico europeo la primacía de la ética de los derechos humanos constituye una “clave de interpretación y de legitimación” del orden jurídico, que conduce necesariamente a una aproximación de los sistemas jurídicos nacionales al aplicar las mismas normas y jurisprudencia¹⁹⁹⁹. A partir de aquellos se introduce la democratización de la Administración y la garantía de los derechos en el ámbito administrativo como los de participación en la decisión y gestión, concertación, transparencia, información, apertura de los procedimientos, mayor legitimación en los mismos, acciones públicas, etcétera²⁰⁰⁰. Se invocan y aplican principios generales del Derecho que se constitucionalizan y otros relacionados con la buena conducta administrativa²⁰⁰¹, la buena fe, la confianza legítima y hasta medidas cautelares consagradas por la jurisprudencia a través de la permeabilidad que, por ejemplo, se está produciendo desde prácticas jurídicas del *common law*²⁰⁰². Como expuso AMSELEK:

“Esta es hoy la tarea primordial de los poderes públicos: ejercen una misión por así decirlo de negociación, de conciliación, de compromiso. Por ello, de técnica de dirección esencialmente heterónoma de conductas, el derecho tiende a convertirse cada vez más en una técnica de cogestión de conductas que se inscribe en un diálogo permanente y complejo entre los gobernantes y los gobernados. En este sentido, la técnica actual destaca como aportación, más de cien años después, una afirmación que no fue escuchada de la famosa ley de MAINE que se había relegado

1998. AUBY, J.-B., “Globalización y descentralización”, *RAP*, 156, 2001, p. 9. DELMAS-MARTY, M., *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, 1998.

1999. DELMAS-MARTY, M., *Pour un droit commun*, Seuil, Paris, 1994, p. 244.

2000. El artículo 6 TUE invoca los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, así como que las decisiones “deben tomarse de forma tan abierta como sea posible” (art. 1 TUE).

2001. El derecho a la buena administración fue recogido en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de Niza de diciembre de 2000 (DOCE C 364, 18-12-2000). *Guía de las obligaciones de los funcionarios del Parlamento Europeo* (DOCE C 97, 5-4-2000), *Código de conducta administrativa de los funcionarios de la Comisión Europea* (DOCE L 308, 8-12-200). SÖDERMAN, J., “El derecho fundamental a la buena administración”, *GJ*, 214, 2001, pp. 8-14.

2002. DI MANNO, T., “Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel”, en *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 20.

al museo de las ideas caducas, según la cual la técnica jurídica evolucionaría del *estatuto* al *contrato*”²⁰⁰³.

El artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el “derecho a una buena administración” traducido en la imparcialidad y equidad de la actuación administrativa, en la previa audiencia, en el acceso al expediente, en el deber de motivación, en el derecho a la reparación de los daños y en la utilización de las lenguas de los Tratados (art. 41). El derecho genérico a la buena administración y sus concreciones son de base jurisprudencial y algunas fueron recogidas en varios artículos del Tratado CE como manifestaciones de unos principios derivados de los derechos nacionales²⁰⁰⁴. En el Proyecto de Tratado de Constitución de la Unión Europea se recoge el “derecho a una buena administración” basado en la imparcialidad, la equidad, la audiencia, el acceso a los expedientes, el deber de motivar las decisiones administrativas, la responsabilidad administrativa y el uso de las lenguas oficiales de la Unión (artículo II-41).

El Derecho administrativo tiene un nuevo reto en la defensa de los derechos humanos como nuevo paradigma de su misión histórica de proteger al ciudadano de los excesos del poder. Derechos que no alcanzan sólo a los definidos por las Declaraciones y las Constituciones, sino a su concreción en las relaciones jurídico-administrativas, de modo que la razón principal de aquel no sea establecer el sistema de los privilegios del poder y su equilibrio con los derechos de los ciudadanos, sino el medio de regularlos y garantizarlos como el más importante interés general al que servir.

B) *Afección a la capacidad normativa*

A partir de la mundialización económica del mercado se ha producido un cambio de paradigma respecto a la capacidad normativa del Estado, derivada de su soberanía, como fuente más importante del Derecho y autor de un orden jurídico unificado y jerarquizado, que aparece como parte de un orden jurídico

2003. AMSELEK, P., “L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales”, *RDP*, 1982, pp. 292-293. VECCHIO, G. DEL, *Philosophie du Droit*, Dalloz, Paris, 1953, pp. 404 y ss. CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978, pp. 354 y ss.

2004. El principio de buena administración se halla recogido, entre otras, en la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1992 (C-255/90, *P. Burban*, Rec. 1992, p. I-2.253) y en varias sentencias del Tribunal de Primera Instancia.

plural. En el orden formal se ha alterado el sistema de fuentes, y en el sustantivo se han incorporado contenidos normativos y estándares externos, que producen cambios notables en el Derecho administrativo²⁰⁰⁵. El Derecho supranacional de carácter comercial, científico, tecnológico, social, medioambiental, etcétera, constituye un sistema jurídico que se impone a los Estados e implica una limitación al poder normativo estatal interno, afecta a la jerarquía normativa, crea nuevas técnicas, espacios jurídicos y debates sobre la justiciabilidad y, a veces, pone la efectividad de esas normas en manos ajenas a las instituciones estatales.

El Estado de Derecho liberal implicaba la autolimitación del poder desde elementos internos, mientras que el orden global implica la heterolimitación por circunstancias, poderes y fuentes externos al Estado²⁰⁰⁶. Todos ellos trascienden la soberanía y democracia estatales y su expresión en las leyes, las cuestionan, así como su adecuación a las Constituciones estatales y a la posibilidad de su control judicial. El Estado de Derecho basado en el orden jurídico estatal interno ha sido profundamente modificado por las nuevas estructuras y poderes supraestatales, que configuran un espacio jurídico distinto al del Derecho internacional público basado en los Estados. Esto ha planteado la cuestión de la supremacía de la Constitución sobre los tratados y acuerdos internacionales²⁰⁰⁷, que ha tenido un tratamiento específico en el Derecho de la Unión Europea. A pesar de todo ello el Estado de Derecho sigue siendo un referente de la legitimidad política, como ideología moderna de la democracia, en el orden internacional y regional, como lo demuestra la Unión europea al exigirlo para la incorporación y el ejercicio de la condición de miembro²⁰⁰⁸.

2005. AUBY, J.-B., “La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif”, *AJDA*, 11, 2001, pp., cit., p. 913. RIALS, S., *Le juge administratif française et la technique du standard (essai sur le traitement juridique de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, 1980. HAURIU, M., “Police juridique et fond du droit”, en *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bloud & Gay, Paris, 1933, pp. 150-151, distingue en el *common law* entre regla de derecho y el *standard* que es un procedimiento “destinado a guiar al juez o al administrador, en la administración, dejándole un cierto poder discrecional [...] el estándar es un elemento de método, comparable a ese instrumento que permite al comandante de una nave calcular un punto en longitud y latitud. Después decidirá la ruta a seguir. La ruta a seguir es la directiva, pero para lograrla es preciso tener el punto, saber donde se está, cuales son los datos de la situación”.

2006. CHEVALLIER, J., “L'État de droit”, *RDP*, 313, 1988, pp. 347 y ss.

2007. CE 30 de octubre de 1998, *M. Sarran, Levacher et autres*.

2008. Como lo demostró en relación con la integración de España tras la Constitución vigente, con el gobierno austriaco de extrema derecha y con la futura incorporación de Turquía.

Desde las instituciones internacionales, sean o no de origen estatal, se está configurando un Derecho convencional, válido en cuanto a las adhesiones que suscita, porque no tiene carácter imperativo ni capacidad de imposición, sino un carácter convencional que ya anunció DUGUIT:

“a mi juicio es un gran error creer que el progreso social se mide por medio de las nuevas leyes que dictan los gobernantes. Por otra parte, en el porvenir, [...] harán cada vez menos leyes, porque las relaciones de los individuos y los grupos se regirán sobre todo por regulaciones convencionales, [...] por la regulación que resulte de un acuerdo entre dos o más grupos, los gobernantes no deberán intervenir más que para darle la sanción, controlarlo y vigilarlo”²⁰⁰⁹.

No se reconoce a sus normas un poder normativo intrínseco derivado de su autoridad, sino de su aceptación y de la adhesión a sus mandatos por los sujetos destinatarios:

“Frente a la creciente complejidad y dinamismo –y a las limitaciones o deficiencias de las formas parlamentarias– están emergiendo nuevas formas de regulación y gobernanza. A escala sectorial nos encontramos con diversas redes o comunidades estables que intervienen en políticas, subgobiernos y gobiernos de intereses privados e incluyen grupos de interés implicados en cuestiones o problemas relacionados con aspectos de políticas particulares o sectoriales. He denominado “gobernanza orgánica” a un conjunto de estas formas”²⁰¹⁰.

C) *La complejidad organizativa*

La organización se ha hecho más compleja y desjerarquizada ante el predominio de los niveles internacionales y regionales sobre los estatales y la existencia de los infraestatales regionales o locales, en un sistema que no se fundamenta en la jerarquía como en el pasado sino en la cooperación. Para

2009. DUGUIT, L., *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Paris, 1908, p. 57. COLSON-D. LEMIEUX (dir.), J.-P., *Le droit supranational et les techniques contractuelles*, Université Laval, Québec, 1997.

2010. BURNS, T., *The future of parliamentary democracy: transition and challenge in European Governance, Green paper prepared for the Conference of the Speakers of EU Parliaments*, Rome, 22-24 septiembre, 2000, sección III, cap. 4.

AUBY, la globalización económica determina que ciertos marcos territoriales infraestatales sean más pertinentes que otros:

“son las regiones, cuyos tamaños les permiten la oportunidad de desarrollar estrategias internacionales, y las grandes áreas metropolitanas, en las cuales tienden a concentrarse de manera creciente las actividades económicas. Sin duda, no es por casualidad que sea sobre estos dos niveles de organización local donde se concentran los esfuerzos de reflexión y de reforma, tanto en Francia como en la mayoría de Estados comparables”²⁰¹¹.

El Estado ya no controla todas las relaciones, porque la existencia de autonomía hace posible numerosas relaciones entre los distintos niveles integrando redes de cooperación territorial. Esto resulta cada vez más evidente en el espacio regional europeo que ha asumido la existencia de los gobiernos regionales y la cooperación entre ellos configurando “euroregiones” con sus acuerdos de cooperación. Tales acciones fueron favorecidas por la política regional y por el Consejo de Europa y dieron lugar a espacios de cooperación regional transfronteriza entre regiones de distintos Estados, incluso con la creación de órganos comunes.

D) *La descentralización*

Constata AUBY que la globalización afecta a las sociedades nacionales y a las instituciones estatales desde el exterior, mientras que la descentralización lo hace desde el interior. Ambos procesos actúan simultáneamente, de modo que globalización y descentralización resultan paralelas:

“Entre la globalización y la descentralización existe una familiaridad innata. No sólo constituyen dos fuerzas de tensión contra las que nuestros aparatos públicos están conjuntamente sometidos, sino que de alguna manera están unidas la una a la otra. Al impulsar las realidades y los mecanismos transnacionales, la globalización encuentra [...] las estructuras territoriales, que, por el contrario, ven en ella un vector de emancipación [...] el Estado se encuentra en medio de un bocadillo [...] [hay que] pensar en una visión y una práctica diferentes de la soberanía, dado que [...] en el mundo que se forma la soberanía es menos una barrera territorialmente

2011. AUBY, J.-B., “Globalización...”, *cit.*, p. 19.

definida que un recurso de comercio para una política caracterizada por unas redes transnacionales complejas”²⁰¹².

El proceso de descentralización interna del poder político reduce el estatal en beneficio de las entidades locales, a las que se reconoce autonomía en la Carta europea del Consejo de Europa de 1985, y de nuevas unidades políticas o administrativas dentro de los Estados. Tomemos como ejemplo los Estados federales y regionales, y la transformación de Estados centralistas en Estados descentralizados de tipo autonómico como en España en la que se reconoce la autonomía y los hechos diferenciales de las nacionalidades y regiones que la integran.

En Francia, como se ha expuesto, se ha consolidado un proceso de descentralización, que se manifiesta en la regionalización y el incremento de la autonomía de las entidades locales, con una mutación silenciosa de la Constitución de la V República respecto al dogma de la unidad y la indivisibilidad de la República que reserva al nivel nacional el monopolio de la representación política y el poder legislativo y refleja el centralismo de las leyes de 10 de agosto de 1871 y 5 de abril de 1884:

“Estamos en una fase de transición llena de ambigüedades y contradicciones: la parte esencial de la distribución vertical de las competencias, tan fundamental como la horizontal, no está determinada por la Constitución sino por un conjunto de tratados europeos y de leyes descentralizadoras que han modificado progresivamente, en cuanto a la territorialización del poder, la real naturaleza del régimen político francés”²⁰¹³.

La descentralización afecta, directamente, al orden estatal. No sólo por medio de la territorial y funcional, y por la creación de las llamadas Autoridades o Administraciones independientes que conocen de un sector de la actividad vinculada a las libertades públicas o al orden económico y tecnológico, a fin de dar mayor garantía o de hacer más transparente el mercado y la competencia²⁰¹⁴. En cuanto son independientes de la Administración, tienen po-

2012. AUBY, J.-B., “Globalización...”, *cit.*, pp. 20-21.

2013. DUBOIS, J.-P., “Une révolution silencieuse: vers une nouvelle séparation des pouvoirs”, *Esprit*, janvier, 2002, pp. 122-135.

2014. Así se desprende la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 19 de marzo de 1991, *República francesa c. Comisión*. BRAIBANT, G., “Le passé...”, *cit.*, p. 218,

deres normativos y de decisión, pero no de gestión ni de jurisdicción, aunque puedan realizar funciones de control y sancionadoras; ni pueden ser dirigidas ni controladas por ningún superior al no hallarse sometidas a autoridad jerárquica alguna. Su independencia se refuerza cuando sus miembros son elegidos por las Cámaras o por los *quorums* cualificados.

La descentralización política plantea una nueva forma de separación de poderes de carácter vertical que produce una colaboración en la articulación de las funciones estatales entre los poderes territoriales para poder ejercer las competencias en cada uno de los niveles del poder. Produce, también, diversidad de regímenes jurídicos y reconocimiento de hechos diferenciales que tienen consecuencias de todo orden, en contradicción con los objetivos igualitarios abstractos. La idea de igualdad basada en el tratamiento desigual de las situaciones desiguales supera dicha contradicción. En todo caso da lugar a situaciones de diversidad, diferencia y asimetría, en cuanto

“se trata de conciliar el principio de igualdad entre los miembros federados y el reconocimiento de grados variables de autonomía y de libertad, por la derogación de las reglas constitucionales en beneficio de algunos. La asimetría permite el reconocimiento, la protección y el desarrollo de las singularidades propias de ciertos territorios, sean de orden lingüístico y nacional o que se derivan de la diversidad geográfica, histórica o económica. A veces establece obligaciones particulares para proteger a minorías lingüísticas, religiosas o étnicas establecidas en las comunidades federadas y en la comunidad federal”²⁰¹⁵.

denominó *décentration* al proceso de difusión del poder en la Administración, que engloba la desconcentración, la descentralización y la creación de agencias autónomas a nivel local, nacional o internacional, calificándolo “de zona de incertidumbre, de hipótesis, de nieblas”.

2015. CROISAT, M., “Le fédéralisme asymétrique: l’expérience canadienne”, *RFDC*, 37, 1999, p. 29.

Conclusiones

Este trabajo se inició justificándolo en la exposición del Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA sobre las transformaciones de la justicia administrativa hasta el punto de configurar un nuevo paradigma del Derecho Público en general y, en particular, del Derecho Administrativo. A lo largo del mismo se ha pretendido demostrar la evolución histórica del sistema francés de justicia administrativa en sus instituciones, configurando los paradigmas del Estado de Derecho. Otras voces más autorizadas podrán valorar si este trabajo, realizado con entusiasmo y esfuerzo, ha contribuido a hacer real la sugerencia investigadora de la conferencia del maestro de los iuspublicistas españoles. A mi juicio, cuanto se ha expuesto, ha confirmado las valoraciones que aquél realizó.

En efecto, a propósito de las reformas introducidas hasta el año 2002 en el contencioso-administrativo francés formuló GARCÍA DE ENTERRÍA las siguientes conclusiones generales, que siguen siendo válidas, porque las reformas posteriores son de contenido económico, de efectivos y de eficacia gestora, sin repercusión directa en las cuestiones importantes de orden jurídico:

a) El nuevo recurso contencioso-administrativo basado en el *excès de pouvoir* ha dejado de ser un recurso objetivo para configurarse, inequívocamente, como un recurso para garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva respecto de cualquier derecho material de que pudiese disponer el ciudadano.

b) El “cambio de paradigma” está en que el recurso contencioso-administrativo que

“ha dejado de concebirse como un instrumento en defensa de la legalidad benévola y confiada a los ciudadanos y que concluía, en el supuesto más favorable,

con un pronunciamiento abstracto de nulidad, del cual el recurrente no podía extraer un verdadero derecho a obtener directamente un beneficio propio. Es ahora, por de pronto, un verdadero derecho subjetivo (y fundamental, nada menos) el de pedir justicia al juez para la protección de un derecho material concreto, derecho que en cuanto tal postula su efectividad plena y completa, lo que implica que el juez se haga también agente necesario para que esa efectividad se cumpla, esto es, que cuente ya con el poder no sólo de declarar lo que en Derecho procede, sino también con la obligación de hacer efectiva esa declaración [...] mediante una potestad-función de ejecución forzosa y eficaz, [...] incluso usando de poderes coactivos directos e inequívocos contra una posible [...] resistencia de la Administración”²⁰¹⁶.

c) Con las nuevas medidas de reforma no se trata de proteger

“un simple interés más o menos inespecífico y oficioso, [...] sino un verdadero derecho subjetivo propio, que postula como tal su tutela completa y efectiva. La misma explicación es [...] la única capaz de justificar la capital innovación práctica que ha supuesto reconocer al recurrente por *excés de pouvoir* la facultad de pedir al juez medidas cautelares [...] contra el acto administrativo impugnado con la misma normalidad y amplitud con que el juez civil puede otorgarlas en procesos civiles entre partes privadas. [...] Sencillamente dicho, el proceso contencioso-administrativo se ha situado en el mismo nivel que el proceso civil entre partes privadas²⁰¹⁷, donde nadie puede discutir que se enfrentan dos pretensiones equivalentes en cuanto a la titularidad potencial de los mismos derechos”²⁰¹⁸.

d) El nuevo sistema de la justicia administrativa está ganando capacidad para otorgar una justicia plenaria, no limitada a simples declaraciones oficiosas o teóricas:

“Ha pasado a ser, ya indiscutiblemente, un remedio procesal plenamente eficaz para tutelar en su plenitud sus derechos subjetivos, tanto en el terreno de las declaraciones abstractas de nulidad como en el de la eficacia ejecutiva completa de dicha

2016. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Las transformaciones...*, cit., pp. 132-133.

2017. CE 29 de diciembre de 1997, *Boumois*, señaló que el carácter contradictorio del procedimiento exige la comunicación de los documentos de formalización de las pretensiones.

2018. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Las transformaciones...*, cit., pp. 134-135; “Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista”, *RAP*, 152, 2000, pp. 93 y ss.

condena, en último extremo ejecutada coactivamente por el mismo juez frente a una posible Administración renuente o altiva. Los derechos que el ciudadano ostenta en la compleja sociedad actual, derechos que incluye el muy sustancial de no poder ser afectado en los intereses materiales y morales de su existencia, sobre los que construye su posición de hombre libre e independiente, sino en virtud de la Ley, ha determinado que deba ser protegido eficazmente si tales intereses se encuentran afectados por una actuación administrativa ilegal. Hoy el Juez contencioso-administrativo tiene la obligación de tutelar en su plenitud ese espacio de libertad que el ciudadano contemporáneo ha conquistado definitivamente y sólo desde el cual puede ser capaz de construir y proteger una vida personal plenaria, en su integridad”²⁰¹⁹.

La evolución del orden jurídico por medio de los paradigmas de la legalidad y la justicia administrativa, que se ha expuesto, confirma que el Derecho, lo mismo que la historia, son productos de la sociedad no de la naturaleza de las cosas que el mito deforma, porque “no es ni un engaño ni una confesión, sino una inflexión”²⁰²⁰.

Los cambios ideológicos, socio-económicos e institucionales han afectado al régimen jurídico de la Administración y la justicia administrativa hasta convertirlos en un orden garantista de los derechos, que ha innovado y transformado las técnicas, traduciéndose en las reformas legislativas y en las valoraciones jurisprudenciales que hemos expuesto, porque, como expresó DUGUIT,

“no es el legislador el que hace el derecho; existe fuera de toda ley escrita; el legislador lo constata y su misión es la de redactar leyes escritas, que responden a las necesidades sociales de su época, fuera de principios apriorísticos y de programas preconcebidos. Toda ley que contradice las tendencias sociales es arbitraria, no tiene efecto, o puede incluso provocar una grave crisis”²⁰²¹.

2019. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Las transformaciones...*, cit., pp. 145-146.

2020. BARTHES, R., *Mythologies*, Paris, Seuil, 1957, p. 215.

2021. DUGUIT, L., *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Paris, Alcan, 1908, p. 69. TARDE, G., *Les transformations du droit. Étude sociologique (1981)*, Paris, Berg International, 1994, p. 132, considera que el derecho no es un espacio cerrado y autosuficiente, sino un objeto social referido a las relaciones interindividuales que se producen en el espacio social regulado por las reglas jurídicas: “El Derecho, entre las ciencias sociales, tiene como carácter distintivo el ser, como la lengua, no sólo parte integrante, sino espejo integral de la vida social [...] las innovaciones jurídicas nacen, si no para expresar, al menos para colocar, en el gran casillero de los derechos, cada nueva forma de actividad introducida por cualesquiera innovaciones”.

La evolución del recurso por exceso de poder por obra de la doctrina del Consejo de Estado, así como la progresiva formalización de los principios de la justicia administrativa son exponentes de un Derecho vivo, percibido como instrumento al servicio de la sociedad, que confirma la afirmación de DUGUIT:

“estoy entre los que piensan que el derecho es mucho menos la obra del legislador que el producto constante y espontáneo de los hechos. Las leyes positivas, los códigos, pueden subsistir intactos en sus rígidos textos. Poco importa; por la fuerza de las cosas, bajo la protección de los hechos, de las necesidades prácticas, se forman constantemente instituciones jurídicas nuevas. El texto está siempre allí, pero queda sin fuerza y sin vida, o bien por una sabia y sutil exégesis se le da un sentido y contenido que no había soñado el legislador cuando lo escribía”²⁰²².

Todo el proceso histórico descrito, que parte de los principios de la Ilustración y se plasma en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en las constituciones y en la doctrina del Consejo de Estado, ha configurado un modo de relación de la persona-ciudadano con el poder público. Constituye un nuevo orden que ha construido un nuevo individuo-ciudadano, un orden institucional y un Derecho público y privado de valor universal. Como expuso NORA, la ideología fundadora de la República

“ha sabido apoyar su memoria en la razón y sobre la razón, poner el desarrollo de un conocimiento de la sociedad sobre sí misma –histórico y sociológico– al servicio de su legitimación; hacer de una aventura nacional particular la vanguardia emancipadora de la humanidad; introducir el criterio del progreso y un criterio de progreso, a realizar en y por la historia, del que la República constituye, evidentemente, una etapa esencial”²⁰²³.

Esta ideología, que se plasma en normas e instituciones, ha de considerarse como un “lugar de memoria” en cuanto constituye una “noción abstracta, puramente simbólica, destinada a separar la dimensión memorial de los objetos que pueden ser materiales, pero tanto y sobre todo inmateriales, como fór-

2022. DUGUIT, L., “Le droit constitutionnel et la sociologie”, en *Revue internationale de l'enseignement*, XVIII, 1889, p. 21.

2023. NORA, P., “De la République à la Nation”, en *Les lieux de mémoire*, I, Paris, Gallimard, 1984, p. 653.

mulas, divisas, palabras-clave, en Francia, por ejemplo *la terre o le clocher*²⁰²⁴. Por otra parte, los conceptos se representan en elementos significativos de un sistema que se manifiesta en espacios, textos y símbolos, como los que son referencia de la memoria republicana, porque “muestra que un hilo invisible que une objetos sin relación evidente [...] Hay una red articulada de identidades diferentes, una organización inconsciente de la memoria colectiva que nos permite tener la conciencia de sí misma”, como “memoria-distancia”²⁰²⁵. Aunque NORA no invoca ni el Derecho ni las instituciones, forman parte integrante del ser republicano, tanto por su origen como por su desarrollo, constituyendo un claro referente ideológico, histórico y cultural. Así nos lo confirma todo el proceso histórico de construcción del Estado de Derecho que se ha expuesto. Por tanto, hay que situarlos dentro de los

“lugares donde mejor se ha condensado la idea del papel del Estado, de su grandeza y de sus glorias militares y civiles, de su patrimonio monumental y artístico, en fin de sus letras y de su lengua, [...] La República refuerza la memoria en la medida en que, régimen político convertido en nuestra segunda naturaleza, no es un simple fragmento de nuestra memoria nacional, sino una definición sintética y su fin. La República se confunde prácticamente con su memoria, es como el sujeto en el sujeto. [...] la República entera es un aprendizaje y su historia es la de una inculturación”²⁰²⁶.

2024. NORA, P., “La notion de lieu de mémoire est-elle exportable?”, en BOER, P.-FRIJHOFF, W., *Lieux de mémoire et identités nationales*, Amsterdam, University Press, 1993, p. 8.

2025. NORA, P., “Présentation”, en *Les lieux...*, cit., pp. XLI y XXXII.

2026. NORA, P., “Présentation”, en *Les lieux...*, cit., p. VIII. En el tomo I expone el concepto y estudia la República porque “la rápida desaparición de nuestra memoria nacional me había parecido que llamaba a un inventario de los lugares en que se encarna efectivamente y que, por la voluntad de los hombres o el trabajo de los siglos, se han convertido en los símbolos más llamativos: fiestas, conjuntos, monumentos y conmemoraciones, pero también elogios, diccionarios y museos. [...] Los lugares de la memoria no parecen contar por su misma existencia y su peso de evidencia las ambigüedades que comportan a la vez la memoria, la nación y las relaciones complejas que entre ellas se mantienen. Objetos, instrumentos o instituciones de la memoria eran precipitados químicos puros. Estos lugares es necesario entenderlos en todos los sentidos del término, desde el más material y concreto, como los monumentos a los muertos y los archivos nacionales, al más abstracto e intelectualmente construido, como la noción de linaje, de generación, o incluso de región y de *hombre-memoria*. Desde el alto lugar de la sacralidad institucional, Reims o el Panteón, al humilde manual de nuestras infancias republicanas” (p. VII).

Bibliografía

- ADAMS, W. P., *Los Estados Unidos de América*, Madrid, Siglo XXI, 1980.
- ALIBERT, R., *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, Payot, 1926.
- ALLETZ, P. J., *Dictionnaire de police moderne pour toute la France*, Paris, chez l'auteur, 1820.
- ALLI ARANGUREN, J. C., *Derecho administrativo y globalización*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.
- *Derecho, Estado y Administración en el pensamiento de Sáinz de Andino*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2005.
- *La construcción del concepto de Derecho administrativo español*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006.
- AMSELEK, P., "L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales", en *RDP*, 1982.
- ANCEAU, E., *Napoleón III. Un Saint-Simon à cheval*, Paris, Tallandier, 2008.
- ANDERSON, P., *El Estado absolutista*, México, Siglo XXI, 1989.
- ANTONETTI, G., *Louis-Philippe*, Paris, Fayard, 1994.
- ARDANT, P., *Décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, PUF, 1990.
- ARNAUD, A. J., *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, LGDJ, 1969.
- *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975.
- *Pour une pensée juridique européenne, les voies du droit*, Paris, PUF, 1991.
- "Régulation", en *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993.
- *Entre modernité et mondialisation: Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1998.
- ARNOLD, M., "Teoría de Sistemas. Nuevos Paradigmas: enfoque de Niklas Luhmann", *Revista Paraguaya de Sociología*, 75, 1989.

- ARNOUX, E., *De la procédure contentieuse et de la recevabilité du pouvoirs devant le Conseil d'État*, Paris, Marchard et Billard, 1899.
- ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *El principio de legalidad: actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- ATLAN, H., *Entre el cristal y el humo*, Madrid, Debate, 1990.
- AUBERT, J.-L., *Introduction au droit*, Paris, A. Colin, 2000.
- AUBOUIN, M., TEYSSIER, A., TULARD, J., *Histoire et dictionnaire de la police*, Paris, Robert Laffont, 2005.
- AUBY, J.-B., "Prescription juridique et production juridique", en *RDP*, 3, 1988.
- *Les services publics en Europe*, Paris, PUF, 1998.
- "La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif", *AJDA*, 11, 2001, pp. 912-926.
- "Globalización y descentralización", en *RAP*, 156, 2001.
- *La globalisation, le Droit et l'État*, Paris, Montchrestien, 2003.
- "L'évolution du traitement des risques dans et par le droit public", en *REDP*, 1, 2003.
- "Le droit administratif dans la société du risque", en *CONSEIL D'ÉTAT, Rapport public 2005*.
- "Réflexion sur les évolutions récentes du droit administratif", en *AJDA*, 2005.
- AUBY, J.-M. et DRAGO, R., *Traité de Contentieux administratif*, I, Paris, LGDJ, 1962.
- AUBY, J.-B. y BRACONNIER, S. (dirs.), *Services publics industriels et commerciaux: questions actuelles*, Paris, LGDJ, 2002.
- AUBY, J.-B. y DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., *Droit administratif européen*, Paris, Bruylant, 2008.
- AUCOC, L., "Conclusions sobre l'arrêt Pinard", CE 26 de febrero de 1869, Pinard, D, 1869, III, 84.
- *Le Conseil d'État avant et depuis 1789. Ses transformations, ses travaux et son personnel, étude historique et bibliographique*, Paris, Imprimerie nationale, 1876.
- *Des recours pour excès de pouvoirs devant le Conseil d'État*, Paris, Académie de sciences morales et politiques, 1878.
- *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'Ecole des Ponts et Chaussées*, Paris, Dunod, 1869, 1878-1879, 1885.
- *Les études de législation comparée en France*, Paris, Picard, 1889.
- *De l'usage et de l'abus en matière de législation comparée*, Paris, Pichon, 1892.
- "Introduction à l'étude du droit administratif", en *Première conférence faite à l'école des ponts et chaussées*, Paris, Imprimerie Dupont, 1895.
- *Une page de l'histoire du droit administratif*, Paris, Cotillon, M. Pichon, 1895.
- AUGER, B., *Le Tribunal des conflits sous la Seconde république*, Thèse, Paris, 1911.
- AUVRET-FINCK, J., "Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin?" *RDPSP*, 111, 1995, pp. 131-174.
- AVRIL, P., *La V^e République. Histoire politique et constitutionnelle*, Paris, PUF, 1987.

- BACQUA DE LABARTHE, N., *Code annoté de la police administrative, judiciaire et municipale*, Paris, P. Dupont, 1857-1858.
- BADENES GASSET, R., *Metodología del derecho*, Barcelona, Bosch, 1959.
- BADEVANT-GAUDEMET, B., *Le jeu concordataire dans la France du XIXème siècle*, Paris, PUF, 1988.
- BADINTER, R., “Los doscientos años del Código civil francés”, en *Anuario de Derecho Civil*, LVII-IV, 2004.
- BAGHESTANI-PERREY, L. y VERPEAUX, M., “Un nouvel abandon partiel de la notion de gouvernement”, *RFDA*, 1999, pp. 345 y ss.
- BALLESTEROS, A. M., *Sistema de teoría fundamental del Derecho*, I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- BARRIOS, F., *El Consejo de Estado de la Monarquía española 1512-1812*, Madrid, Consejo de Estado, 1984.
- BARTHÉLEMY, J., *Le gouvernement de la France*, Paris, Payot, 1925.
- *Traité élémentaire de Droit administratif*, Paris, Arthur Rousseau, 1930.
- BARTHELEMY J. y DUEZ P., *Traité de Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933 (reed. 1985).
- BASTIDE, P., *Un juriste pamphlétaire, Cormenin*, Paris, Hachette, 1948.
- *Sieyès et sa pensée*, Paris, Hachette, 1939, 1970.
- *L'idée de la Constitution*, Paris, Economica, 1985.
- BATBIE, A., *Introduction générale au droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 1861.
- *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, Cotillon. Librairie du Conseil d'État, 1862-1868.
- BAUMER, F. L., *El pensamiento europeo moderno. Continuidad y cambio en las ideas, 1600-1950*, México, Fondo de Cultura Económica, 1885.
- BAVOUX, N., *Les conflits ou empiétements de l'autorité administrative sur le pouvoir judiciaire*, Paris, 1828.
- BEAUD, O., *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994.
- BECET, J. M. y COLARD, D., *Les droits de l'homme*, Paris, 1982.
- BENOIT, F. P., “Juridiction judiciaire et juridiction administrative”, *JCP*, 1964; I, 1838.
- *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968.
- “Les fondements de la justice administrative”, en *Mélanges Waline: le juge et le droit public*, II, Paris, LGDJ, 1974.
- *El Derecho administrativo francés*, Madrid, IEP, 1977.
- BERTIER DE SAUVIGNY, G., *La Restauration*, Paris, Flammarion, 1955, réédition, 1990.
- BEURDELEY, M., *Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier ou patrimonial de l'administration*, Paris, Sirey, 1928.
- BIGOT, G., *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration, vicissitudes d'une ambition 1800-1872*, Paris, LGDJ, 1999.
- “Le Conseil d'État, juge gouvernemental”, en BLUCHE, F. (dir.), *Le Prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, Paris, PUF, 2000.

- “Les mythes fondateurs du droit administratif”, *RFDA*, 2000, pp. 527-536.
 - *Introduction historique au droit administratif français depuis 1789*, Paris, PUF, 2002.
 - “Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875. Définir le droit administratif”, en *Giornale di storia costituzionale*, 5, 2003, y *RFDA*, 2, 2003.
 - “La dictature administrative au XIX^e siècle: théorie historique du droit administratif (Définir le droit administratif)”, en *RFDA*, 4, 2003.
 - “La difficile distinction droit public/droit privé: L'exemple de droit administratif”, en *Droits*, 2003, 38, pp. 106 y ss.
 - “L'exorbitance dans la formation historique du droit administratif” en MELLERAY, F. (dir.), *L'exorbitance du droit administratif*, Poitiers, 12-13 décembre 2003, Paris, LGDJ, 2004, pp. 25-43.
 - “L'État de droit selon le droit administratif français”, en *Revue Juridique de l'Ouest*, 2004, pp. 221-232.
 - “Aux origines du recours pour excès de pouvoir. Le contrôle juridictionnel de arrêtés préfectoraux avant 1872”, en *Le Préfet entre les citoyens et l'État. Actes du colloque tenu à la Faculté de Droit de Versailles-Saint Quentin les 15-16 novembre 2000*, Paris L'Harmatan, 2005.
 - “Le ministre-juge: endoscopie d'une fiction juridique”, en *Regards de la justice administrative*, Paris, Litec, 2006.
- BIGOT, G. y BOUVET, M., *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, Litec, 2006.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P., *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973.
- BLANCHARD, P., LEMAIRE, S., BANCEL, N., *Culture coloniale en France. De la Révolution française à nos jours*, Paris, CNRS, 2006.
- BLOCK, M., *Dictionnaire de l'administration publique*, Paris, Berger-Levrault, 1856, 1862.
- BLUCHE, F. (dir.), *Le Prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, Paris, PUF, 2000.
- BLUCHE, F. y RIALS, S., *Les Révolutions françaises*, Paris, Fayard, 1989.
- BOBBIO, N., *Il contratto sociale oggi*, Nápoles, 1980.
- “Presente y futuro de los derechos del hombre”, en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 1982.
 - “Ciencia del derecho y análisis del lenguaje”, en *Contribución a la teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1990.
 - *Estado, sociedad y gobierno*, México, 1990.
 - *Diccionario de Política*, México, Siglo XXI, 1991.
 - *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1992.
 - *Teoría General del Derecho*, Madrid, Debate, 1993.
- BOCHENSKI, J.M., *Los métodos actuales del pensamiento*, Madrid, Rialp, 1958.
- BODENHEIMER, E., *Teoría del Derecho*, México, FCE, 1964.
- BOIS, J.-P., *La Revolución Francesa*, Madrid, Historia 16, 1989.

- BONNARD, R., “Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir”, *RDPSP*, tome 40, 1923, pp. 363-392.
- *Le contrôle juridictionnel de l'Administration. Étude de droit comparé*, Paris, 1934.
- *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1935.
- BONNECASE, J., *La escuela de la exégesis en el Derecho civil*, México, Porrúa, 1944.
- BONNIN, CH. J., *Principes de l'Administration publique*, Paris, Renaudiere, 1812.
- *Doctrine sociale ou principes universels des foies et des rapports de peuple à peuple déduits de la nature de l'homme et des droits du genre humain*, Paris, Librairie constitutionnelle de Brisot, Thivars, 1820.
- *Abrégé des principes d'administration*, Paris, Casimir-Amable, 1829.
- *Compendio de los Principios de Administración*, Madrid, Imprenta Palacios, 1834.
- *Principes de l'Administration publique, Considérations sur la nécessité d'un code administratif*, Paris, Renandière Imprimeur-Librairie, 1808; México, FCE, 2004.
- BOT, Y., *Les institutions judiciaires: organisation et fonctionnement*, Paris, Berger-Levrault, 1985.
- BOUCHENÉ-LEFER, A., *Principes et notions élémentaires (pratiques, didactiques et historiques), ou droit public administratif*, Paris, 1862.
- *De la justice administrative: les ministres son-ils juges ordinaires du contentieux administratif? Liquidation des créances de ou contre l'État. Compétence en matière de fournitures et de travaux publics*, Paris, Marescq aîné, 1863.
- BOUFFANDEAU, T., “La délimitation de la compétence de la juridiction administrative par la jurisprudence du Tribunal de conflits”, *Livre jubilaire du Conseil d'État*, Paris, 1952, pp. 143-160.
- BOULATIGNIER, J. y MACAREL, L.-A., *De la fortune publique en France et de son administration*, Paris, Pourchet Pére, 1838-1840.
- BOULET-SAUTEL, M., “Le principe d'un contentieux administratif au Conseil du Roi”, *Revue administratif* 3, 1999, pp. 98 y ss.
- “Recherches sur l'expédition du contentieux administratif devant le Conseil du Roi à la fin de l'Ancien Régime”, *EDCE*, 1965-1966, pp. 14 y ss.
- BOURDIEU, P. y TEUBNER, G., *La fuerza del Derecho*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre, 2000.
- BOURDON, J., *La législation du Consulat et de l'Empire, I, La réforme judiciaire de l'an VIII*, Rodez, Carrera, 1942.
- *La réforme judiciaire de l'an VIII*, Thèse Lettres, Paris, 1942.
- BOUVET, M., *Le Conseil d'Etat sous la Monarchie de juillet*, Thèse Droit, Rennes, 1997.
- BOUVET, M. y BIGOT, G., *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, Litec, 2006.
- BRAIBANT, G., *Le droit administratif français*, Paris, Presses de la Fondation National des Sciences Politiques, 1988.
- “Le Conseil d'État”, en *Etudes offerts à Gérard Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989.
- “Le passé et l'avenir de l'Administration publique”, *Revue française d'Administration publique*, 102, 2002.

- BRAIBANT, G., QUESTIAUX, N., WIENER, C., *Le contrôle de l'Administration et la protection des citoyens*, Paris, Cujas, 1973.
- BREDIN, J. D., *Sieyès. La clé de la Révolution française*, Paris, Fallois, 1988.
- BREEN, E., "Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann: une controverse sur les fondements du droit administratif", en *RFDA*, 2, 2002.
- BRÉMOND, J.-X., "De la juridiction des ministres", *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XV, 1886, pp. 261-272.
- "Des actes de gouvernement", *RDPSP*, 1896, tome V, pp. 23-75.
- BRENDLER, G., *Las revoluciones burguesas, problemas teóricos*, Barcelona, Crítica, 1983.
- BRETON, Ph., *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, Paris, LGDJ, 1964.
- BRISOT DE WARVILLE, E. A. Ch.-MIROIR, E. M., *Traité de police municipale et rurale, résumant la législation et la jurisprudence de la Cours de Cassation sur la matière et comprenant sous la forme d'un règlement modèle les dispositions les plus usuelles*, Paris, P. Dupont, 1843.
- BURDEAU, F., *Histoire de l'administration française. Du XVIIIème au XXème siècle*, Paris, Montchrestien, 2.^a ed., 1994.
- *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris, PUF, 1995.
- "Naissance d'un droit", en *Nonagesimo anno, Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Paris, PUF, 1999, pp. 521-540.
- BURDEAU, G., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 1969.
- *Traité de science politique*, IV, Paris, LGDJ, 1969.
- *Les libertés publiques*, Paris, LGD, 1972.
- "Les crises du principe de dualité de juridictions", *RFDA*, 1990, pp. 724-733.
- CADIET, L.-RICHER, L. (Dirts.), *Réforme de la justice, réforme de l'Etat*, Paris, PUF, 2003.
- CAPITANT, R., "De la nature des actes de gouvernement", in *Études juridiques offertes au Prof. Morandière par ses élèves et amis*, Paris, Dalloz, 1964, pp. 99-116.
- CAPPELLINI, P. et alt., *De la Ilustración al Liberalismo: symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, Madrid, CEC, 1995.
- CARRÉ DE MALBERG, R., *Théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920.
- *Contribution a la théorie générale de l'État: spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Sirey, 1920-1922. Reedición del CNRS.
- *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948.
- CASSESE, S., *Las bases del Derecho administrativo*, Madrid, INAP, 1994.
- "Crisis y transformaciones del Derecho administrativo", en *DA*, 250-251, 1998.
- *La construction du Droit administratif. France et Royaume-Unie*, Paris, 2000.
- CASSIRER, E., *El mito del Estado*, Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1947.
- *Filosofía de la Ilustración*, Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1950.
- CHABANOL, D., *La pratique du contentieux administratif*, Paris, Litec, 1991.

- CHABIN, M., *Le Conseil d'Etat sous la Restauration*, Thèse de l'École des Chartes, 1972.
- CHAGNOLLAUD, D., *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789-1958)*, Paris, Dalloz, 2002.
- CHAGNOLLAUD, D. y QUERMONNE, J. L., *La V^{ème} République*, 4 tomos, Paris, Flammarion, 2000.
- CHALVIDAN, P.-H., "Doctrines et acte de gouvernement", *AJDA*, 1982, pp. 4-19.
- CHAPUS, R., *Responsabilité publique et responsabilité privée: les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, LGDJ, 1954.
- *L'acte de gouvernement, monstre ou victime?*, Paris, Dalloz, 1958.
- "Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique", *RFDA*, 1990, pp. 740-744.
- "L'administration et son juge. Ce qui change, 1983-1984", *EDCE*, 43, 1991, pp. 259 y ss.
- *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 1982, 1990, 1998, 2004, 2006.
- *Droit administratif général*, Paris, LGDJ, 2001.
- CHATEAU, R., *Introduction à la politique*, Paris, Publications Chateaubriand, s./f., p. 484.
- CHATELET, F., DUHAMEL, O., PISIER, E., *Histoire des idées politiques*, Paris, PUF, 1982.
- *Dictionnaire des œuvres politiques*, Paris, Quadrige, 1986.
- CHAUDET, J.-P., *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, Paris, LGDJ, 1967.
- CHAUVAUD, F., *Le juge, le tribun et le comptable. Histoire de l'organisation judiciaire entre les pouvoirs, les savoirs et les discours (1789-1930)*, Paris, Anthropos, 1995.
- CHAUVEAU, A., *Programme d'un cours de droit administratif*, Toulouse, Dieulafoy, 1838.
- *Principes de compétence et de juridiction administratives*, Paris, Henault, Cotillon, 1841-1843.
- CHEVALIER, T., *Jurisprudence administrative*, Paris, 1836.
- CHEVALLIER, J. J., *Los grandes textos políticos desde Maquiavelo hasta nuestros días*, Madrid, Aguilar, 1969.
- *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ, 1970.
- *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours*, Paris, Dalloz, 1991.
- "Note de jurisprudence", en *Actualité Juridique-Droit Administratif*, 1987.
- "Les enjeux de la réglementation", en *RDP*, 1987.
- "La dimension symbolique du principe de légalité", en *RDP*, 1990.
- "Du principe de séparation au principe de dualité", *RFDA*, 1990, pp. 712-723.
- "Les lois expérimentales. Le cas français", en MORAND, Ch.-A., *Évaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence, 1993.
- *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, 1994.
- "L'évaluation législative: un enjeu politique", en DELCAMP, A., *Contrôle parlementaire et évaluation*, Paris, 1995.

- *La gouvernabilité*, Paris, PUF, 1996.
- “Regards sur une évolution”, *L’Actualité juridique-Droit administratif*, 20 juin 1997.
- “Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique”, en *RDP*, 3, 1998, recogido en CLAM, J. y MARTIN, G. (dirs.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998.
- “Doctrine ou science?”, en *AJDA*, 7-8, 2001.
- “La gouvernance, un nouveau paradigme étatique?”, en *La réforme de l’État et la nouvelle gestion publique: mythes et réalités*, RFAP, 105-106, 2003.
- “L’État régulateur”, *RFAP*, 111, 2004, pp. 473-482.
- “Politiques publiques et changement social”, en *RFDA*, 115, 2005.
- “De quelques usages du concept de régulation”, en MAILLE, M., *La régulation entre droit et politique*, Paris, L’Harmattan, 2006.
- “Souveraineté et droit”, en MAILLARD DESGRÉES, D. (Dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montesquieu, 2006, pp. 203-219.
- “Les fondements du droit administratif à l’épreuve de l’Europe”, en RAIMBAULT, P. (dir.), *La puissance publique à l’heure européenne*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 37-50.
- “L’État régulateur”, en LOMBARD, M., *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 29-41.
- CHEVALLIER, J. J., CARCASSONNE, G., DUHAMEL, O., *La V^{ème} République 1958-2004, Histoire des institutions et des régimes politiques de la France*, Paris, Armand Colin, 2004.
- CHEVALLIER, J. J.-CONAC, G., *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours*, Paris, Dalloz, 1991.
- CHEVALLIER, J. J.-LOSCHAK, D., “Rationalité juridique et rationalité managériale dans l’administration française”, en *RFAP*, 24, 1982.
- CHEVRIER, G., “Demarques sur l’introduction et les vicissitudes de la distinction du Jus privatum et du Jus publicum dans les œuvres des anciens juristes français”, *Archives de philosophie du droit*, 1, 1952, pp. 5-77.
- CHINCHILLA MARÍN, C., “Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del Derecho administrativo”, en CHINCHILLA MARÍN, C., LOZANO, B. y DEL SAZ, S., *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Madrid, Civitas, 1992.
- COHEN, D., *La Cour de cassation et la séparation des autorités administrative et judiciaire*, Paris, Economica, 1987.
- (Collectif), *Le Conseil d’Etat, son histoire à travers les documents d’époque, 1799-1974*, Paris, CNRS, 1974.
- (Collectif), *L’épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération: 150 ans d’histoire judiciaire*, Paris, Loysel, 1992.
- COHEN TANUGI, L., *Le Droit sans l’État*, Paris, PUF, 1985.
- COINTET, J.-P., *Expier Vichy, l’épuration en France, 1942-1958*, Paris, Perrin, 2008.
- COLAS, D., *La pensée politique*, Paris, Larousse, 1992.
- CONSEIL D’ÉTAT, *Livre jubilaire du Conseil d’État*, Paris, Sirey, 1952.

- CORMENIN, L. M., DE LAHAYE, vicomte de, (a) "Timon", *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction sous notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Hérisant Le Doux, 1818.
- *Questions de droit administratif*, Paris, A. Guyot et Scribe, 1837.
- *Questions de Droit administratif*, 2.^a ed., Bruselas, Mortier-Wahlen, 1837.
- *Droit administratif*, 5.^a ed., Paris, G. Thorel, 1840.
- "Timon", *De la centralisation*, Paris, Pagnerre, 1842.
- "Timon", *Oui et Non, au sujet des ultramontaines et des gallicans, par Timon, qui n'est ni l'un ni l'autre*, Paris, Pagnerre, 1845.
- "Timon", *Pamphlets anciennes et nouveaux*, Paris, Pagnerre, 1870.
- COSTA, J.-P., *Le Conseil d'État dans la société contemporaine*, Paris, Economica, 1993.
- COSTAZ, C. A., *Histoire de l'Administration en France, de l'agriculture, des arts utiles, du commerce, des manufactures, des mines et des usines, accompagnée d'observations et de vues, et terminé par l'exposé des moyens qui ont amené le grand essor pris par l'industrie française depuis la Révolution*, Paris, Vve. Bouchard-Huzard, 1843.
- COTELLE, M., *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics, contenant l'organisation administrative de la France, l'organisation du service de ponts et chaussées, les règles de la compatibilité, les principes de légalité ou de mitique des actes de l'administration, l'organisation de la justice administrative, etc.*, Paris, Dalmond et Dunod, 1859.
- DAËL, S., *Contentieux administratif*, Paris, PUF, 2006.
- D'ALESSIO, R., *Diritto Amministrativo*, I, Milán, Giuffrè, 1949.
- DALLOZ, *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière civil, commercial, criminelle, administrative et de droit public*, Paris, 1835-1841.
- *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, XXIX, 1854, V^o Jugement, n. 947.
- DARCY, G., PAILLET, M., *Contentieux administratif*, Paris, Armand Colin, 2000.
- DARESTE, R., *Études sur les origines du contentieux en France. I. Les intendants et commissaires départis*, Paris, A. Durand, 1855; II, *Le Conseil d'État*, 1855; III, *Les anciennes juridictions domaniales et financières*, 1856; IV, *Les juridictions administratives depuis 1789*, 1857.
- "Études sur les origines du contentieux administratif en France". *Revue historique de droit français et étranger*, 1857, pp. 97-141.
- *La justice administrative en France, ou traité du contentieux de l'administration*, Paris, 1862.
- DAVIEL, A., *Traité de la législation et de la pratique des cours d'eaux*, Paris, 2.^a ed., 1845.
- DE AGAPITO SERRANO, R., *Libertad y división de poderes: el contenido esencial de la división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu*, Madrid, Tecnos, 1989.
- DEBBASCH, Ch., "Administration et pouvoir politique sur un couple uni", en *Mélanges offerts à G. Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977.
- *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 1981.
- *La Constitution de la V^e République*, Paris, Dalloz, 2004.
- DEBBASCH, C.-RICCI, J.-C., *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 1985, 1999.

- DEBBASCH, C.-PONTIER J. M., “Documents pour servir à l’histoire de l’élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958”, Paris, *La Documentation Française*, 3 vols., 1987, 1988.
- *Les Constitutions de la France*, Paris, 1989.
- DE BLAS GUERRERO, A. y COTARELO GARCÍA, R., *Teoría del Estado y sistemas políticos*, Madrid, UNED, 1990.
- DE BROGLIE, E., “Des tribunaux administratifs ou l’introduction à l’étude de la jurisprudence administrative”, *La Revue française*, 1828, 6, p. 114.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, I, Madrid, IEP, 1949.
- DEGUERGUE, M., *Jurisprudence et doctrine dans l’élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 1994.
- DEGUERGUE, M. (Dir.), *Justice et responsabilité de l’État*, Paris, PUF, 2003.
- DE LA GORCE, P., *Histoire du Second Empire*, Paris, Plon, 1894-1905.
- DELALLEAU, C., *Traité de l’expropriation pour cause d’utilité publique*, Paris, 1828.
- DELAMARE, M., *Traité de la police*, Paris, Brunet, 1722.
- DELMAS MARTY, M. y LUCAS DE LEYSSAC, C. (dirs.), *Libertés et droits fondamentaux. Introduction, textes et commentaires*, Paris, Seuil, 1996.
- DEL SAZ, S., “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en CHINCHILLA MARÍN, C., LOZANO, B. y DEL SAZ, S., *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Madrid, Civitas, 1992.
- “La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, en *RAP*, 133, 1994.
- DEL VECCHIO, G., *Philosophie du Droit*, Dalloz, Paris, 1953.
- *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1969.
- DELVOLVÉ, P., “L’apport du Doyen Vedel au droit administratif”, en *RFDA*, 2, 2002.
- DERATHÉ, R., *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, Vrin, 1950.
- DESLANDRES, M., *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, Paris, Colin, 1932.
- DÍAZ, E., “Teoría general del Estado de Derecho”, en *REP*, 131, 1963.
- *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, EDICUSA, 1973.
- DÍEZ DEL CORRAL, L., *El liberalismo doctrinario*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956.
- DOMAT, J., *Oeuvres complètes*, Paris, Didot, 1828.
- DRAGO, R., FRISON-ROCHE, M.-A., “Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative”, *Archives de Philosophie du Droit*, 1997, pp. 135-148.
- DRAMARD, E., *De la séparation des pouvoirs et de la juridiction administrative*, Paris, A. Maresq aîné, 1873.
- DUBISSON, M., *La distinction entre la légalité et l’opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, 1957.

- DUBOIS DE CARRATIER, L., “L’influence de la culture privatiste sur la doctrine administrative”, *Droit Écrit. Revue de la Faculté de Droit de Toulouse*, 1, 2001.
- DUCROCQ, M., *Cours de droit administratif*, I y II, Paris, 6.^a ed., Ernest Thorin, 1881.
- DUEZ, P., “Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question”, *Mélanges M. Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, pp. 213-249.
- *Les actes de gouvernement*, Paris, Dalloz, 2006.
- DUFOUR, G., *Traité général de droit administratif*, Paris, Creté-Delamotte, 1843.
- *Traité général de droit administratif appliqué, ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, Paris, Delamotte, 1843.
- DUGUIT, L., *La séparation des pouvoirs et l’assemblée nationale de 1789*, Paris, Sirey, 1893.
- *Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l’État*, Paris, 1908.
- “De la responsabilité pouvant naître a l’occasion de la loi”, en *RDPSP*, 1910.
- *Traité de Droit Constitutionnel*, I, Paris, Boccard, 1927; II, 1928.
- *La transformación del Estado*, Madrid, Francisco Beltrán, 1923.
- *Leçons de droit public général: faites à la Faculté de Droit de l’Université égyptienne pendant les mois de janvier, février et mars 1926*, Paris, E. de Boccard, 1926.
- *Las transformaciones del derecho público*, Madrid, Blas y Cía., 1935.
- *Las transformaciones del Derecho, público y privado*, Buenos Aires, Heliasta, 1975.
- “Congrès commémoratif du centenaire de la naissance du doyen Léon Duguit, Bordeaux, 29-30 mai 1959”, *Annales de la Faculté de droit et des sciences sociaux et économiques de l’Université de Bordeaux, Revue juridique et économique du Sud-Ouest*, 3-4, 1959.
- DUGUIT, L., MONNIER, H., BONNARD et BERLIA, *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, Paris, 1952.
- DUHAMEL, O. y MENY, Y., *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992.
- *Histoire constitutionnelle de la France*, Paris, Seuil, 1995.
- DUNYACHE, F., *Le révérence excessive du juge administratif à l’égard de l’administration ou le juge administratif entre protecteur des prérogatives de l’administration et garant des droits et libertés des individus*, mémoire D.E.A., Toulouse, 1999.
- DURAND, CH., *Études sur le Conseil d’État napoléonien*, Paris, PUF, 1949 .
- “La coopération entre le gouvernement et le Conseil d’État sous le Consulat et le Premier Empire”, en *Livre jubilaire du Conseil d’État*, Paris, Sirey, 1952, pp. 770-776.
- “La fin du Conseil d’État napoléonien”, en *Annales de la Faculté de Droit et de Sciences Économiques d’Aix en Provence*, 51, 1959.
- “Napoléon et le Conseil d’État pendant la seconde moitié de l’Empire”, en *EDCE*, XXII, 1969, pp. 269-285.
- “Les décrets-lois napoléoniens devant la jurisprudence de la Restauration”, *Études J. Macqueron*, Aix, 1970, pp. 269 y ss.
- “Les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental de l’an IV à 1814”, *Études sur les rapports entre la loi et le règlement de l’an IV à 1814*, Aix, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1976, pp. 33-249.

- DUVAL, C., “Les justifications de la raison d’être et du maintien de la juridiction administrative en France au 19^{ème} siècle”, *JEV*, 8, 1996, pp. 55-64.
- DUVERGER, M., *La V^e République*, Paris, PUF, 1959.
- *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962.
- *Les Constitutions de la France*, Paris, PUF, 1964.
- *Constitutions et Documents politiques*, Paris, PUF, 1989.
- DUVERGIER, J. B., *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d’État, publié sur les éditions officielles du Louvre, de l’Imprimerie Nationale, par Baudouin, et du Bulletin de Lois, de 1788 à 1824 inclusivement*, Paris, Guyot et Scribe, 1824 y ss.
- DWORKIN, R., *L’empire de droit*, Paris, PUF, 1994.
- *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995.
- EBREN, H., *Théorie du détournement de pouvoir*, Valence, Impr. de A. Ducros, 1901.
- EISENMANN, CH., *L’autonomie du Droit administratif*, Paris, 1953.
- “Le rapport entre compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français”, en *Mélanges offerts à J. Maury*, I, Paris, Dalloz, 1960.
- “La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif français”, en *RDP*, 1972.
- “Un dogme faux: l’autonomie du droit administratif”, en *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso*, IV, Madrid, IEAL, 1969; ed. facsimil, Montevideo, Librería Amalio M. Fernández, 1989.
- “La pensée politique de Montesquieu”, en *Cahiers de philosophie politique*, 2-3, 1985, pp. 35-66.
- ELWYN, E., “Le Conseil d’État 1879-1914”, *EDCE*, 45, 1993, pp. 429 y ss.
- ELLUL, J., *Histoire des institutions, V, Le XIX^e siècle*, Paris, PUF, 1956; t. VI, *Le XX^e siècle*, 1993.
- ENTRENA CUESTA, R., “Notas sobre el concepto y clases de Estado de Derecho”, en *RAP* n.º 33, 1960.
- *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, 1965.
- ENGELVIN, P., “Règlements d’administration publique-Autorité judiciaire”, *Recueil Sirey*, 1819-II, pp. 159-163.
- ESMEIN, A., *Précis élémentaire de l’histoire du droit français de 1789 à 1814. Révolution, Consulat & Empire*, Paris, Recueil Sirey, 1911.
- *Cours élémentaire d’histoire du droit français a l’usage de étudiants*, Paris, Recueil Sirey, 1925.
- ESMEIN, A. y NEZARD, H., *Eléments de droit constitutionnel*, 2 vol., Paris, Sirey, 1927.
- FANACI, P., *La justice administrative*, Paris, PUF, 1995.
- FASSÒ, G., *Historie de la Philosophie du Droit XIX^e et XX^e siècles*, Paris, LGDJ, 1976.
- FAVOREAU, L., *La politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988.
- “El bloque de la constitucionalidad”, *RCEC*, 5, 1990.
- *Le Conseil constitutionnel*, Paris, PUF, 1991.

- *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Sirey, 1993.
- *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1998.
- FAVOREU, L. y PHILIP, L., *Le Conseil constitutionnel*, Paris, PUF, 1991.
- *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Sirey, 1993.
- FAVOREU, L.-RENOUX, T., *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Paris, Sirey, 1992.
- FELIX, M., *L'histoire du conflit d'attribution (étude historique du contentieux administratif)*, Paris, A. Rousseau, 1899.
- FERNÁNDEZ-MAUBLANC, L., “Le prétendu déclin du détournement de pouvoir”, *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 239-248.
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R., “Algunas reflexiones sobre la historia administrativa española del siglo XIX, a propósito del libro de A. NIETO GARCÍA, *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*”, en *RAP*, 143, 1997.
- *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Civitas, Madrid, 1998.
- FLAUGERGUES, H. de, “Justice – Roi – Juges – Indépendance; (Rapport sur le projet de loi relatif à la réduction du nombre des juges de la Cour de cassation”, Chambre de Députés, séance du 17 décembre 1814, *Recueil Sirey*, 1815-II, pp. 89-98.
- FLEURIGEON, M., *Code administratif*, Paris, Garnery, 1809.
- *Code de la grande et petite voirie*, Paris, Bavoux, 1822.
- FORSTHOFF, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, IEP, 1958.
- FORTSAKIS, T., *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1987.
- FOUCART, E. M., *Éléments de droit public et administratif*, Paris, 1834.
- *Éléments de droit public et administratif*, Poitiers, Gaurin-Videcocq, 1839.
- *Éléments de droit public et administratif ou exposition méthodique des principes du droit public positif avec l'indication des lois à l'appui*, Paris, Père et Fils, 1843.
- *Supplément aux éléments de droit public et administratif*, Poitiers, Dupre-Videcocq, 1850.
- FOUCAULT, M., *Les mots et les choses, une archéologie des sciences humaines*, Paris, Gallimard, 1966.
- FOUGÈRE, L., *Le Conseil d'État*, Paris, CNRS, 1975.
- FRANCK, C., “Les grandes décisions de la jurisprudence”, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1978.
- FREDEMAN, CH. E., *The Conseil d'État in modern France*, Nueva York, Columbia University Press, 1961.
- FRIER, P.-L., *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 2004.
- FROMENT, J.-Ch., “Remarques sur les enjeux et la portée d'une 'criminalisation' du droit administratif. Du développement de la responsabilité pénale en matière administrative à la naissance d'un contentieux pénal de l'excès de pouvoir”, en *RDP*, 2, 2001.

- FURET, F., *La Révolution, de Turgot à Jules Ferry (1770-1880)*, Paris, Hachette, 1988.
- *Penser la Révolution française*, Paris, Gallimard, 1997.
- FURET, F. y HALEVI, R., *La monarchie républicaine: la Constitution de 1791*, Paris, Fayard, 1996.
- FURET, F. y OZOUF, M., *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1988.
- GALLEGO ANABITARTE, A., *Administración y Jueces: gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el Estado constitucional y los fundamentos del Derecho administrativo español*, Madrid, IEA, 1971.
- *Influencias nacionales y foráneas en la creación del Derecho Administrativo español*, en *I Seminario de Historia de la Administración*, Madrid, IEA, 2001.
- GALLOSTRA Y FRAU, J., *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, Imprenta y fundición de M. Tello, 1881.
- GAND, M., *Traité général de l'expropriation*, Paris, 1842.
- GANDOLFI, A., “Les motifs déterminants dans le recours pour excès de pouvoir”, *Semaine juridique*, 1964, I, n.º 1.835.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Prólogo” a la redición de A. OLIVÁN, *De la Administración pública con relación a España*, Madrid, IEP, 1954.
- *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, Madrid, IEP, 1955.
- “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, en *RAP*, 30, 1959.
- “Verso un concetto di Diritto Amministrativo come diritto statutario”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960.
- “Turgot y los orígenes del municipalismo moderno”, *RAP*, 33, 1960, pp. 79 y ss.
- “Los fundamentos ideológicos del sistema municipal francés”, *REVL*, 117, 1961, pp. 31-330.
- “La configuración del régimen municipal francés de la Revolución a la Restauración”, en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas, III*, Madrid, IEP, 1962, pp. 23 y ss.
- “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, en *RAP*, 38, 1962; Madrid, Civitas, 1974, 1979, 1983, 1989.
- “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo”, en *RAP*, 40, 1963.
- *La Administración española*, Madrid, IEP, 1972; Alianza, 1985.
- *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Madrid, Taurus, 1972, 1981, 1986, 1994.
- “La formación histórica del principio de autotutela de la Administración”, en *Moneda y Crédito. Revista de Economía*, 128, 1974.
- “La significación de las libertades públicas para el Derecho administrativo”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, 1981.
- “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, en *REDC*, n.º 1, enero-abril 1981.

- “La Constitución como norma jurídica”, en *La Constitución Española de 1978*, Madrid, 1981.
- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.
- “El Derecho constitucional como Derecho”, en *RDP, UNED*, 15, 1982.
- *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Civitas, Madrid, 1983.
- “Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en Derecho español”, en *REDA*, n.º 59, 1988.
- “La crisis del contencioso-administrativo francés: El fin de un paradigma”, en *REDA*, n.º 58, 1988.
- “Revolución Francesa, Derecho público y Justicia administrativa”, en *El Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución francesa*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 1990.
- “El Derecho administrativo en el siglo XXI”, en *La Ley*, 2.603, 25/X/1990.
- “Prólogo” a C. CHINCHILLA, B. LOZANO, S. DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo*, Madrid, UNED-Civitas, 1992.
- *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Civitas, 1994.
- “Sobre la situación de la justicia administrativa y sobre su reforma”, en *Otrosí-Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, diciembre, 1995.
- *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1995, 1996, 1997, 1998, 2000.
- “Sobre la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa”, en *Otrosí-Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, junio, 1996.
- “La democracia y el lugar de la ley”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *El Derecho, la Ley y el Juez*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 23-62.
- *Problemas de Derecho público al comienzo de siglo*, Madrid, Civitas, 2001.
- *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y CLAVERO ARÉVALO, M. (dirs.), *El Derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Fundación BBV/Civitas, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, I, Madrid, Civitas, 2000.
- GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977, 1987.
- *Los mitos políticos*, Madrid, Alianza, 1981.
- “Estado legal y Estado constitucional de Derecho. El Tribunal Constitucional español”, en *Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y tratamiento del delincuente (ILANUD)*, 23-24, 1988.
- *Obras completas*, Madrid, CEC, 1991.
- GARNER, J. W., “French administrative law”, *Yale Law Journal*, vol., 33, n.º 6, 1924, pp. 597-627.

- GARRIDO CUENCA, N., *El acto de gobierno: un análisis en los ordenamientos francés y español*, Barcelona, Cedecs, 1998.
- GARRIDO FALLA, F., “Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales”, en *RAP* 7, 1952.
- *Las transformaciones del régimen administrativo*, IEP, Madrid, 1954.
- *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, IEP, 1961.
- *La Administración en la Constitución*, Madrid, CEC, 1980.
- *Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho administrativo español*, Madrid, INAP, 1982.
- GAUDEMET, P. M., *Les juristes et la vie politique de la Troisième République*, Paris, PUF, 1970.
- “Réflexions sur l’injonction dans le contentieux administratif”, en *Mélanges offerts à Georges Burdeau. Le pouvoir*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 805-824.
- “Paul Laband et la doctrine française de Droit public”, en *Revue de Droit Public*, 1989, pp. 957-979.
- GAUDEMET, Y., STIRN, B., DAL FARRA, T., ROLIN, T., *Les grands avis du Conseil d’État*, Paris, Dalloz, 1997.
- GAUDRY, J. A. J., *Traité du domaine, comprenant le domaine public, le domaine de l’État, le domaine de la couronne*, Paris, Durand, 1862.
- GAZIER, F., “Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950”, *Études et documents*, n.º 5, 1951, pp. 77-83.
- “Le Conseil d’État au lendemain de la Libération (1945-1946). Souvenir d’un témoin”, *EDCE*, 47, 1995, pp. 537 y ss.
- GENEVOIS, B., *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, STH, 1988.
- GENY, F., *Méthode d’interprétation et sources en Droit privé français*, Paris, 1889.
- *Método de interpretación y fuentes del Derecho privado positivo*, Madrid, Reus, 1925.
- *La collaboration des particuliers avec l’Administration*, Paris, Sirey, 1930.
- GEORGIN, A., *La violation de la loi. Cause d’ouverture du recours pour excès de pouvoir*, Paris, A. Rousseau, 1915.
- GERANDO, J. M., *Programme du Cours de Droit Public positif et administratif à la Faculté de Droit de Paris pour l’année 1819-1820*, Paris, Baudouin frères, 1819.
- *Institutes du droit administratif français*, Paris, Husard, 1829-1830.
- GERVAISE, M., *De l’administration des contributions directes et de la direction des services qui en dépendent*, Paris, Videcocq, 1836.
- GIANNINI, M. S., *Lezioni di Diritto Amministrativo (1959-1960)*, Milán, Giuffrè, 1961.
- *Premisas sociológicas del Derecho administrativo*, Madrid, INAP, 1987.
- “La denominada crisis del Estado”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1988.
- *Derecho administrativo*, Madrid, MAP, 1991.
- “Diritto Amministrativo”, en *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milán, Giuffrè, 1958-2004.
- GILES, J. G., “Les juristes, le service public et les entreprises publiques aux XIX^e-XX^e siècles”, *Revue d’Histoire Moderne et Contemporaine*, n.º 52-53, 2005.

- GILISSEN, G., *Introduction historique au Droit: esquisse d'une histoire universel du droit, les sources du droit depuis le XIII^e siècle, éléments d'histoire du droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 1979.
- GIRARD, L., *Napoléon III*, Paris, Fayard, 1986.
- GOHIN, O., *Contentieux administratif*, Paris, Litec, 2005.
- GODECHOT, J., *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, PUF, 1951.
- *La Grande Nation*, Paris, Aubier, 1957.
- *Les Révolutions (1770-1799)*, Paris, puf, 1963.
- *Les Constitutions de la France*, Paris, Flammarion, 1987.
- *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, PUF, 4.^a éd., 1989.
- *Les constitutions de la France depuis 1789*, Paris, Garnier-Flammarion, 1996.
- GÓMBAUD, M., *La responsabilité du fait des dommages causés par les travaux publics de l'an VIII à 1920*, Thèse, Rennes, 1967.
- GÓMEZ HERMOSILLA, J. M., *El jacobinismo. Obra útil en todos tiempos y necesaria en las circunstancias presentes*, Madrid, Imprenta de León Amarita, 1823.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo Español*, Pamplona, Eunsa, I, 1987 y 1993; II, 1988 y 1994; III, 1997.
- “La teoría general de sistemas como matriz disciplinar y como método científico (Una nueva terminología en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo)”, en *Persona y Derecho*, 21, 1989, pp. 23-175.
- “Poder domesticador del Estado y derechos del recluso”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 1.053-1.197.
- “El Estado social y democrático de Derecho”, en *Humana Iura*, 2, 1992, pp. 43-244.
- *Lo fáctico y lo signico. Una introducción a la semiótica jurídica*, Pamplona, Eunsa, 1995.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Consideraciones sobre el contencioso francés”, *RAP*, 1, 1954, pp. 11-90.
- “El método en el Derecho Administrativo”, en *RAP*, 22 (1957).
- *Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, IEP, 1964.
- *La Justicia Administrativa en España*, Madrid, Civitas, 1974.
- *Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Civitas, 1992.
- *Manual de práctica forense administrativa*, Madrid, Civitas, 1992.
- *Justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1999.
- “Evolución de la legislación contencioso-administrativa”, en *RAP*, 150, 1999.
- GONZÁLEZ PRIETO, L. A., “El franquismo y el Estado de Derecho”, en *Sistema*, 187, 2005.
- GORANI, G., *Ricerche sulla scienza dei governi*, Heubach, Durand, Lausanne, 1790; *Recherches sur la science du gouvernement*, Paris, Guillaume, 1792.
- GOYARD, C., *La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, Paris, Montchrestien, 1962.

- “Les idées de Charles Eisenmann sur la théorie du contrôle des motifs”, en *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 339-362.
- GOYARD-FABRE, S., *La philosophie du droit de Montesquieu*, Paris, Klincksieck, 1973.
- GUENIFFEY, P., *Le Dix-huit Brumaire. L'épilogue de la Révolution française*, Paris, Gallimard, 2008.
- GUGLIELMI, G. J., *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française, de la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, Paris, LGDJ, 1991.
- “L'idée de codification dans la construction du droit administratif français au XIXe siècle”, *Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte*, 8, 1996, pp. 109-133.
- (dir.), *Histoire et service public*, Paris, puf, 2004.
- “Les juristes, le service public et les entreprises publiques aux XIXe-XXe siècles”, en *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine*, 2005, 3 (n.º 52-3), pp. 98-118.
- GUGLIELMI, G. J. et KOUBI, G., *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 2000.
- HALPERIN, J. L., *Le Tribunal de cassation sous la Révolution*, Paris, LGDJ, 1987.
- *L'impossible Code Civil*, Paris, PUF, 1992.
- *Le code civil*, Paris, Dalloz, 2003.
- HARUEL, J. L. y SAUTEL, G., *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, Paris, Dalloz,
- HAURIUO, A., *Derecho Constitucional e Instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, 1979.
- HAURIUO, M., *Précis de Droit administratif*, Paris, Librairie de la Societé du Recueil Gal. des Lois et des Arrêts, 1892.
- *Précis de Droit administratif contenant le Droit public administratif*, Paris, 2.ª ed., 1893.
- *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Larose et Forcel, 1893; Sirey, 1929.
- *La gestion administrative*, Paris, Larose, 1899.
- *Précis de droit administratif et de droit public général à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, 4ª éd., Paris, L. Larose, 1900-1901.
- “La souveraineté nationale”, en *Recueil de législation de Toulouse*, Toulouse, Eduard Privat, 1912.
- “Préface” a *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 8.ª ed., 1914.
- *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence (3ª année) et en doctorat ès-sciences politiques*, 2ª éd., Paris, L. Tenin, 1916.
- “Preface” a la IIª edición del *Précis de Droit Administratif*, Paris, Sirey, 1926.
- *Précis de Droit Administratif*, Paris, Sirey, 1926, 1943.
- *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen: Centre de philosophie politique et juridique, 1986; réed. de l'éd. de Paris, Bloud et Gay, 1933.
- *Principios de Derecho Público Constitucional*, Instituto Editorial Reus, Madrid s/f, 2.ª ed., 1927.
- La jurisprudence administrative de 1892 à 1892. Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal de Conflits publiés au Recueil Sirey de 1882 a 1928”, I, *Recueil Sirey*, Paris, 1929.
- “Prólogo” al *Précis élémentaire de Droit Administratif*, Paris, Sirey, 1930.
- *Obra escogida*, Madrid, IEAL, 1976.

- HAYEK, F. A., *Los fundamentos de la libertad*, Madrid, Unión Editorial, 1978.
- *Derecho, legislación y libertad*, Madrid, Unión Editorial, 1981.
- HAZAREESING, S., *La légende de Napoléon*, Paris, Tallandier, 2005.
- HELLER, H., *Teoría del Estado*, México, FCE, 1947.
- HENRION DE PANSEY, P. P. N., *Traité des fiefs du Dumoulin, analysé et conféré avec les autres feudistes*, Paris, Valade, 1773.
- *Traité de l'autorité dans les gouvernements monarchiques*, Paris, Théophile Barrois, 1810.
- *Compétence du juge de paix*, Paris, 1810.
- *Du pouvoir municipal et de la police intérieure des communes*, Poitiers, Saurin-Duprat, 1822.
- *De la compétence des juges de paix*, Paris, Théophile Barrois, 1822.
- *Des biens communaux et de la police rurale et forestière*, Paris, Barrois Père, 1825.
- *Des Assemblées nationales en France, depuis l'établissement de la monarchie jusqu'en 1614*, Paris, Théophile Barrois, 1826.
- *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, 2.^a ed., 1827.
- HENRY, C., *Concurrence et services publics dans l'Union européenne*, Paris, PUF, 1997.
- HERF, J., *El modernismo reaccionario. Tecnología, cultura y política en Weimar y el Tercer Reich*, México, Editorial L. Suárez, 1990.
- HERMET, G., *La démocratie*, Paris, Flammarion, 1997.
- HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, I, Madrid, 1971.
- *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*, Madrid, Civitas, 1976.
- *El lenguaje del Derecho Administrativo*, Madrid, INAP, 1986.
- HESSE, K., *Escritos de Derecho constitucional*, Madrid, CEC, 1983.
- HOBBS, T., *Leviatán*, Paris, Sirey, 1971.
- HOFFMANN-RIEM, W., "La reforma del Derecho administrativo. Primeras experiencias: el ejemplo del Derecho ambiental", en *DA*, 234, 1993.
- IGLESIAS, C., *El pensamiento de Montesquieu*, Madrid, Alianza, 1984.
- *Razón y sentimiento en el siglo XVIII*, Madrid, Real Academia de la Historia, 1999.
- ISAMBERT, F.-A., *Tableau historique des progrès du droit public*, Paris, Paulin, 1832.
- JACQUELIN, R., *La juridiction administrative dans le droit constitutionnel. Etude d'histoire, de législation comparée et de critique*, Paris, 1891.
- *Les principes dominants du contentieux administratif*, Paris, Giard, 1899.
- JANKY, F., *Tribunal des conflits et constitutions*, Paris, 1997.
- JARDIN, A., *Histoire du libéralisme politique, de la crise de l'absolutisme à la Constitution de 1875*, Paris, Hachette, 1985.
- JAUME, L., *Tocqueville. Les sources aristocratiques de la liberté*, Paris, Fayard, 2008.
- JELLINEK, G., *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1981.
- JÈZE, G., *Les principes généraux du droit administratif*, I, Paris, Giard et Brière, 1914.
- *Les principes généraux du Droit Administratif*, II, Paris, Marcel Giard, 1930.
- *Principios generales del Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalme, 1949.

- JIMÉNEZ BLANCO, A., PAREJO ALFONSO, L. y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel, 1998.
- JORDANA DE POZAS, L., *Derecho administrativo*, Madrid, IEAL, 1924.
- “El Consejo de Estado español y las influencias francesas a lo largo de su evolución”, en *Estudios de Administración local y general*, I, Madrid, IEAL, 1961.
- JORDANO FRAGA, J., “¿Jaque mate al acto político?”, en *REDA*, 95, 1997.
- “Tendencias de evolución en el Derecho Administrativo y alguna propuesta iconoclasta”, en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- JULLIARD, J., *La faute à Rousseau, essai sur les conséquences historiques de la souveraineté populaire*, Paris, Le Seuil, 1985.
- JUSTI, J. H. G. VON, *Éléments généraux de police*, Paris, 1769.
- KANT, E., *La crítica de la razón pura*, México, Porrúa, 1979.
- *Filosofía de la historia*, México, FCE, 1981.
- KESSLER, M. CH., *Le Conseil d'État*, Paris, Armand Colin, 1969.
- KIMMINICH, O., “El poder en el Estado democrático de Derecho”, en *Universitas*, n.º 2, 1984.
- KOECHLIN, F., *Compétence administrative et judiciaire de 1800 à 1830. (Etude de jurisprudence)*, Paris, Rousseau et Cie, 1950.
- *La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats de l'an VIII à 1873. (Etude de jurisprudence)*, Paris, LGDJ, 1957.
- KOSELLECK, R., *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*, Barcelona, Paidós, 1993.
- KUHN, T., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, FCE, 1975; Madrid, 1982.
- *La tensión esencial. Estudios selectos sobre la tradición y el cambio en el ámbito de la Ciencia*, México, FCE, 1987.
- *¿Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 1989.
- LABOULAYE, R., LEFEBVRE, R., *La Révolution française étudiée dans ses institutions, discours prononcé le 3 décembre 1850 à l'ouverture du cours de législation comparé*, Paris, Hennuyer, s.f. (1850).
- *La révision de la constitution. Lettres à un ami*, Paris, Durand, 1862.
- *Lettres politiques, esquisse d'une constitution républicaine, suivi d'un projet de constitution*, Paris, Charpentier, 1872.
- *Questions constitutionnelles*, Paris, Charpentier, 1872.
- LACHAUME, J.-F., “Remarques sur quelques aspects récents du renforcement jurisprudentiel de la compétence de la juridiction administrative”, en *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974.
- LACHE, L., *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'ottocento*, Milan, Dott. A. Giuffrè, 1995.
- “Regard outre-manche: le jury d'expropriation et les logiques du droit administratif français au début du 19ème siècle”, *JEV*, 8, 1996, pp. 135-152.

- LAFERRIÈRE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1887; réédition LGDJ, 1979.
- LAFERRIÈRE, F., *Cours de Droit public et administratif*, Paris, Joubert, 1839; 2.^a éd., 1841; 3.^a éd., 1850; 4.^a éd., 1854; 5.^a éd., Cotillon, 1860.
- *Traité de l'organisation de la compétence*, Paris, 1842.
- “Essai sur la compétence administrative”, *Revue de législation et de jurisprudence*, tome 1, janvier-avril, 1845, pp. 5-23.
- *Cours théorique et pratique de droit public et administratif mis en rapport avec la constitution de 1848*, I, Paris, Cotillon, 1850.
- *Concours d'agrégation pour les facultés de droit [texte imprimé]: Ouverture des séances publiques, le décembre 1858: discours de M. l'Inspecteur général F. Laferrière...*, s. n., 1858?
- *Histoire du droit français: précédée d'une introduction sur le droit civil de Rome. Tome cinquième, Coutumes de France dans les diverses provinces [texte imprimé]*, Paris, Cotillon, 1858.
- *Essai sur l'histoire du droit français [texte imprimé]: depuis les temps anciens jusqu'à nos jours, y compris le droit public et privé de la Révolution française*, Guillaumin et Cie, 1859, 1885.
- *Cours de droit public et administratif mis en rapport avec les lois nouvelles*, 5^e édition, Paris, Cotillon, 1860; Guillaumin et Cie, 1885.
- *Tables analytiques de la Revue de législation et de la Revue critique de législation et de jurisprudence précédées des tables de la Thémis et de la Revue de droit français et étranger [texte imprimé]: suivies d'une liste des principaux travaux de droit et de législation contenus dans les séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, Paris, Cotillon, 1860.
- *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levaul, 1887-1888, 1896; réédition: LGDJ, 1979.
- *Histoire du droit française*, Schmidt Periodicals, 1997.
- *Origine et développement historique du recours pour excès de pouvoir (1876)*, Paris, PUF, 1999.
- LAFON, J., *Les prêtres, les fidèles et l'Etat. Le ménage à trois du XIX^{ème} siècle*, Paris, Beauchesne, 1987.
- LAHMER, M., *La constitution américaine dans le débat français: 1795-1848*, Paris, L'Harmattan, 2001.
- LALOUETTE, C.-J., *Éléments de l'administration publique*, Paris, Gatiot-Lalouette, 1812.
- LANDON, P., *Le recours pour excès de pouvoir depuis 1954, douze ans de jurisprudence*, Paris, LGDJ, 1968.
- LANGROD, G., “L'école d'Administration française”, en *Études variées du domaine de l'Histoire de l'Administration publique*, I, Paris, EPHE, 487-522.
- LAUBADÈRE, A. DE, *Réflexions sur la crise du Droit administratif français*, Paris, Dalloz, Chronique II, 1952.
- *Traité de droit administratif. L'organisation administrative, la fonction administrative et les actes administratifs, la justice administrative, la police administrative et les services publics, la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1957; 3^e éd., 1963; 4^e éd., 1967; 5^e éd., 1970; 6^e éd., 1973; 7^e éd., 1976; 8^e éd., 1980.

- “Revalorisation récente de la notion de service public”, en *Actualité Juridique-Droit Administratif*, 1961.
- *Traité élémentaire de Droit Administratif*, Paris, LGDJ, 1963.
- *Traité de Droit administratif*, Paris, LGDJ, 1973.
- LAUBADÈRE, A. DE, VENEZIA, J.-C., GAUDEMET, Y., *Traité de droit administratif. L'organisation administrative, la fonction administrative et les actes administratifs, la justice administrative, la police administrative et les services publics, la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 1984, 1988, 1990, 1992, 1994, 1996, 1999, 2001.
- LAUBADÈRE, A. DE, MATHIOT, A., RIVERO, J., VEDEL, G., *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980.
- LAVROFF, D. G., *Le système politique français*, Paris, Dalloz, 1991.
- LE BERRE, H., *Les revirements de jurisprudence en droit administratif (Conseil d'Etat et Tribunal des conflits) de l'an VIII à nos jours*, Thèse Droit, Aix-en-Provence, 1997.
- LE BRAS, G., “Les origines canoniques du droit administratif”, en *L'évolution du droit public. Etudes en l'honneur d'A. Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 395-412.
- LEBRETON, G., *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Paris, Armand Colin, 1996.
- *Droit administratif général. Tome 2, Le contrôle de l'action administrative*, Paris, A. Colin, 1996.
- LECHALAS, G., *Manuel de droit administratif, services des ponts et chaussées et des chemins vicinaux*, Paris, Baudry, 1889-1898.
- LEFEBURE, E., *Principes de la compétence administrative en droit français*, Thèse de doctorat, Droit, Paris, Impr. de J. Le Clere, 1873.
- LEGENDRE, P., “Histoire de la pensée administrative française”, en VV.AA., *Traité de science administrative*, Paris, Monton, 1966, pp. 6 y ss.
- *Histoire de l'Administration; de 1750 a nos jours*, Paris, PUF, 1968.
- “La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'État centraliste en France”, *RHD*, 1974, pp. 696-732.
- LE RAT DE MAGNITOT, A. et HUARD-DELAMARRE, D., *Dictionnaire de droit public et administratif*, Paris, Joubert, 1836-1837; 2e éd., 1841.
- LERAY, E.-V., *Exposé élémentaire des principes du droit administratif*, Paris, V. Leray, 1896.
- LETOURNEUR, M., BAUCHET, J., MERIC, J., *Le Conseil d'État et les tribunaux administratifs*, Paris, Colin, 1970.
- LERMINIER, E., *De l'influence de la philosophie du XVIII^e siècle sur la législation et la sociabilité du XIX^e siècle*, Paris, Prevost-Crocius, 1833.
- LOCKE, J., *Primer libro sobre el gobierno*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966.
- LOCRE, J.-G., “Conseil d'État. Contentieux. Propriété”, *Recueil Sirey*, 1809-II, pp. 169-186.
- LOEWESTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1976; Barcelona, Ariel, 1986.
- LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Paris, Sirey, 1969.

- LOSCHAK, D., *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1972.
- LOZANO CUTANDA, B., "Fundamento constitucional y reserva competencial de la jurisdicción administrativa en Francia: la decisión del Consejo Constitucional de 23 de enero de 1987", en CHINCHILLA, C., LOZANO, B. y DEL SAZ, S., *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Madrid, Civitas, 1992.
- LUCAS, CH., *Manuel de droit public et administratif et de législation financière à l'usage des candidats au surnumérariat dans l'administration des contributions directes*, Paris, Paul Dupont, 1907.
- LUCHAIRE, F., *Le Conseil Constitutionnel*, Paris, Economica, 1980.
- *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Paris, Economica, 1987.
- *Naissance d'une constitution: 1848*, Paris, Fayard, 1998.
- LUCHAIRE, F.-COGNAC, C., *La constitution de la République française*, Paris, Economica, 1987.
- LUCHET, J., *L'arrêt Blanco. La Thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'État*, Paris, Presses modernes, 1935.
- MACAREL, L.-A., *Éléments de jurisprudence administrative, extraits des décisions rendues par le Conseil d'État en matière contentieuse*, Paris, Dondey Dupré, 1818.
- *Des tribunaux administratifs, ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, Paris, 1828.
- *Éléments de Droit politique*, Paris, Nève, Librairie de Jurisprudence de H. Tarlier, 1833.
- *Éléments de jurisprudence administrative*, Bruselas, Wussenbruch-Wahlen, 1837.
- *Cours d'Administration générale, discours d'ouverture, le 5 mai 1840, ext. du Mon. des 24-25 août 1840*, Paris, Panckoucke.
- *Elementos de Derecho público y político*, Madrid, Imprenta de Yenes, 1838; Calleja, 1843.
- *Cours de droit administratif*, Paris 1842-1846.
- *Cours d'administration et de droit administratif, professé à la Faculté de Droit de Paris, 1842-1843*, Paris, G. Thorel, 1844-1846; 2e éd., Plon frères, 1852-1857.
- *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, 1845.
- MACAREL, L. A. et BOULATIGNER, S. J., *De la fortune publique en France et de son administration*, Paris, Pourchet Père, 1840.
- MADRANGES, E., *L'Organisation judiciaire de la France*, Paris, Ministère de la Justice, École nationale de la Magistrature, de l'Économie et des Finances, Centre de formation professionnelle et de perfectionnement, 1983.
- MALESVILLE, G., "La séparation des fonctions et l'institution des juridictions administratives", *Juris-Classeur administratif*, fasc. 600, n.º 22-24.
- MARTÍN-RETORTILLO, S., "El exceso de poder como vicio del acto administrativo", en *RAP*, 23, 1956.
- *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, Universidad-Instituto García Oviedo, 1960.

- MARTINETTI, F., *La Constitution de la V^e République*, Paris, Livrio, 2003.
- MARTÍNEZ NEIRA, M., *El estudio del Derecho: libros de texto y planes de estudio en la Universidad contemporánea*, Madrid, Dykinson, 2001.
- “Relevancia del derecho administrativo francés en la educación jurídica española”, en *Forum historiae iuris*, 27, 2005, <http://www.forhistiur.de>.
- MASSOT, J., *Le Conseil d'État de l'an VIII à nos jours. Livre jubilaire du deuxième centenaire*, Paris, Adamo Biro, 1999.
- MASSOT, J. y GIRARDOT, T.-X., *Le Conseil d'État: 1799-1999*, Paris, La documentation française, 1999.
- MASSOT, J., FOUQUET, O., STAHL, J.-H., *Le Conseil d'État, juge de cassation*, Paris, Berger-Levrault, 1998.
- MATTA, D., *Le principe “juger l'administration c'est aussi administrer”*, mémoire de D.E.A., Paris, 1989, dct.
- MAYER, O., *Derecho administrativo alemán*, I, Buenos Aires, Depalma, 1949.
- MAYEUR, J.-M., *La vie politique sous la Troisième République 1870-1940*, Paris, Seuil, 1984.
- MELLERAY, F., “L'exorbitance du droit administratif en question(s)”, en *AJDA*, 37, 2003.
- *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Paris, LGDJ, 2004.
- MERKL, A. J., *Teoría General del Derecho Administrativo*, México, Editora Nacional, 1980.
- MERLIN DE DOUAI, Ph. A., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence (1776-1783)*, Paris, 4.^a ed., 1812.
- *Recueil général et journalier de jurisprudence française (hebdomadaire) (1790)*.
- *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*, Paris, 1803-1804.
- MESCHERIAKOFF, A. S., “L'arrêt du bac d'Eloka: Légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique”, *RDP*, 1988, pp. 1.060 y ss.
- MESTRE, A., *Répétitions écrites de droit administratif (contentieux) rédigées d'après les cours et sous le contrôle de M. Mestre*, Paris, “Les Cours de droit”, 1928, 1929, 1930.
- *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration*, Paris, LGDJ, 1974.
- MESTRE, J. L., *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime: le contentieux des communautés de Provence*, Paris, LGDJ, 1976.
- “Les étapes et les objectifs du droit forestier. Du Moyen Age au Code forestier de 1827”, *AJDA*, 1979, n.º 5, pp. 5-10.
- “Des précédents de la jurisprudence Giry. Les juridictions judiciaires et le contentieux des Collectivités locales au XIX^{ème} siècle”, *RDP*, 1980, pp. 5-33.
- “Les fondements historiques du Droit administratif français”, en *Études et documents. Conseil d'État*, 34, 1982-1983.
- *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, 1985.
- “Le renforcement des prérogatives de l'administration sous le Consulat et l'Empire”, *Mélanges offerts à Pierre Montane de la Roque*, Toulouse, Presses de l'Institut d'Etudes Politiques de Toulouse, 1986, pp. 607-632.

- “Les juridictions judiciaires et la garantie des fonctionnaires”, *Revue de la Recherche juridique*, 1990-I, pp. 77-92.
 - “La signification de la loi des 7-14 octobre 1790”, 43, *EDCE*, 1991, pp. 281 y ss.
 - “Les juridictions judiciaires et l’inconstitutionnalité des ordonnances royales, de la Restauration au Second Empire”, *RFDC*, 1993, pp. 451-461.
 - “Aux origines de l’enseignement du droit administratif: le cours de législation administrative de Portiez de l’Oise”, *RFDA*, 1993, pp. 239-246.
 - “La Cour de cassation et le contrôle de la constitutionnalité. Données historiques”, *La Cour de cassation et la Constitution de la République. Actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994*, Aix, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1995, pp. 35-67.
 - “Aux origines du contentieux administratif”, *RFDA*, 1996, pp. 289-304.
 - “L’inconstitutionnalité des actes réglementaires de 1814 à 1851”, *Administration et Droit, Actes des Journées de la Société internationale d’Histoire du droit tenues à Rennes, les 26, 27, 28 mai 1994*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 123-133.
 - “Le Conseil d’Etat du Consulat au début de la IIIème République (1799-1872)”, *I Consigli di Stato di Francia e d’Italia*, Milan, Giuffrè, 1998, pp. 13-47.
 - “Le traitement du contentieux administratif au XVIIIème siècle”, *Revue administratif*, 3, 1999, pp. 83 y ss.
- MEYER, J., *La Administración y la organización administrativa en Inglaterra, Francia, Alemania y Austria*, Madrid, La España Moderna, 1892.
- MIRKINE-GUETZÉVICH, B., *Les constitutions de l’Europe nouvelle*, Paris, Librairie Delagrave, 1928.
- *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1936.
- MONNIER, F., “Le contentieux de l’administration à la fin de l’Ancien Régime”, *EDCE*, 42, 1991, pp. 161 y ss.
- “Le Deuxième centenaire du Conseil d’État et des conseil de préfecture”, *EDCE*, 47, 1995, pp. 545 y ss.
- MONTESQUIEU, CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, BARÓN DE LA BRÈDE Y DE, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1972.
- MORABITO, M.-BOURMAUD, D., *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789-1958)*, Paris, Montchrestien, 1992; 4.ª éd., 1995.
- MORAND-DEVILLER, J., *Cours de Droit Administratif*, Paris, Montchrestien, 2005.
- MORANGE, J., *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, Paris, PUF, 1987.
- *Droits de l’homme et libertés publiques*, Paris, PUF, 1995.
- MOUSNIER, R., *Les institutions de la France sous la monarchie absolue, 1598-1789*, Paris, PUF, 2.ª éd., 1990.
- NEGRIN, J.-P., *Le Conseil d’État et la vie publique en France depuis 1958*, Paris, PUF, 1968.
- NIETO GARCÍA, A., *El mito de la Administración Prusiana*, Sevilla, 1962.
- *Los primeros pasos del Estado constitucional*, Barcelona, Ariel, 1966.

- “Influencias extranjeras en la evolución de la Ciencia española del Derecho administrativo”, en *Anuario de la Universidad de La Laguna*, 3, 1965-1966.
- “Los orígenes del contencioso-administrativo en España”, en *RAP*, 50, 1966.
- “Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo”, en *RAP*, 57, 1968.
- “Apuntes para una historia de los autores de derecho administrativo general español”, en *Treinta y cuatro artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Madrid, IEP, 1983.
- “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en *RAP*, 100-102, I, 1983.
- *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, Madrid, INAP, 1986.
- *Estudios de Derecho y Ciencia de la Administración*, Madrid, CEPC, 2001.
- NOURRISSON, P., *Histoire de la liberté d'association en France depuis 1789*, Paris, Recueil Sirey, 1920.
- ODENT, B. y TRUCHET, D., *La justice administrative*, Paris, PUF, 2004.
- OLIVÁN, A., *De la Administración Pública con relación a España*, Madrid, Boix Editor, 1843. Reedición, Madrid, IEP, 1954.
- OLIVIER MARTIN, B., *Le Conseil d'Etat sous la Restauration*, Paris, Sirey, 1941.
- *Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIIIème siècle*, Paris, Loysel, 1950; LGDJ, 1999.
- *Histoire du Droit Français des origines à la Révolution*, Paris, CNRC, 1988.
- *Les lois du Roi*, Paris, LGDJ, 1999.
- PACTEAU, B., *Contentieux administratif*, Paris, PUF, 1997, 2005.
- *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XXe siècles*, Paris, PUF, 2003.
- “Vicissitudes (et vérification...?) de l'adage ‘Juger l'administration c'est encore administrer’”, en *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 317-326.
- PAGES, J. P., *Principes généraux du droit politique dans leur rapport avec l'esprit de l'Europe et avec la Monarchie constitutionnelle*, Paris, Egron, 1817.
- PANIAGUA, J. M. R., *Historia del pensamiento jurídico*, Madrid, Universidad Complutense, 1996.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho administrativo*, I, II y III, Madrid, Marcial Pons, 1990.
- PAREJO ALFONSO, L., *El concepto del Derecho administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984.
- *Crisis y renovación en el Derecho público*, Madrid, CEC, 1991; Buenos Aires-Madrid, Editorial Ciudad Argentina, 2003.
- “La organización y el régimen jurídico de la Administración en cuanto actuación administrativa. Una reflexión desde el Derecho español”, en *Reforma y Democracia*, 4, 1995.
- PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ BLANCO, A., ORTEGA, L., *Manual de Derecho administrativo*, Madrid, Ariel, 1990.

- PARODI, A. (dir.), *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, Paris, CNRS, 1974.
- PARSONS, T., *The Social System*, Glencoe, The Free Press, III, 1951.
- PASQUINO, P., *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998.
- PATAULT, A. M., "Un conflit entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat: l'abolition des droits féodaux et le droit de propriété", *Revue historique de droit français et étranger*, 1978, pp. 427-444.
- PEISER, G., *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2004.
- PELET DE LA LOZÈRE, J., *Opinions de Napoleon sur divers sujets de politique et d'administration, recueillies par un membre de son Conseil d'Etat*, Paris, 1833.
- PELLETIER, C., *L'appréciation de la légalité des actes administratifs par les juges répressifs*, Paris, LGDJ, 1954.
- PELLOUX, R., "Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de définition et de classification", en *RDP*, 1981, n.º 1.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984.
- FIGUIER, Ch., *Principes de compétence en matière de responsabilité administrative*, Paris, Librairie du "Recueil Sirey", 1932.
- PISIER, E., *Histoire des idées politiques*, Paris, PUF, 1996.
- PISIER-KOUCHNER, E., *Le service public dans la théorie de l'État de León Duguit*, Paris, LGDJ, 1972.
- PLESSIX, B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Panthéon-Assas, 2003.
- "Nicolas Delamare on les fondations du droit administratif français", *Droits*, 38, 2003, pp. 113 y ss.
- POISSON, J.-M., *Les droits de l'homme et les libertés fondamentales à l'épreuve de la dualité de juridictions*, Paris, L'Harmattan, 2003.
- *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1986.
- PONTEIL, F., *Les institutions de la France de 1814 à 1870*, Paris, PUF, 1966.
- PONTIER, J.-M., *Libertés publiques*, Paris, Hachette, 1997.
- PORTIEZ DE L'OISE, *Cours de législation administrative, dans l'ordre correspondant à l'harmonie du système social, et à tous les points de l'existence civile et politique des individus*, Paris, 1808.
- *Des biens communaux et de la police rurale et forestière*, Paris, Barrois Pére, 1825.
- POSADA, A., "Prólogo" a MEYER, J., *La Administración y la organización administrativa en Inglaterra, Francia, Alemania y Austria*, Madrid, La España Moderna, 1884.
- "La codificación del Derecho administrativo", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 89, 1896.
- *Tratado de Derecho administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1897.

- POSADA HERRERA, J., *Lecciones de Administración*, 4 vols. en 2 tomos (recogidas y publicadas por Rascón, Madrazo y Pérez Calvo), Madrid, 1843; Madrid, INAP, 1978 y 1988, con estudio Preliminar de F. Sosa Wagner.
- POTHIER, R.-J., *Coutumes des duchés, bailliages et prévôté d'Orléans et ressorts d'icieux, avec une introduction générale aux dites coutumes, etc.*, Orléans, Rouzeau-Montaut, 1760.
- PRÉLOT, M. y BOULOUIS, J., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1990.
- PROUDHON, J.-B.-V., *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Dijon, Victor Lagier, 1833.
- *Traité du domaine de propriété, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, Dijon, Victor Lagier, 1839.
- QUIOT, G., *Aux origines du couple "gestion publique-gestion privée"*, Thèse, Nice, 1992.
- "La distinction entre État-administrateur et État-propriétaire: clef du partage des compétences juridictionnelles pour les litiges administratifs en France au début du XIXème siècle", *JEV*, 8, 1996, pp. 65-86.
- RAÏSSAC, G., *Les controverses relatives à la juridiction administrative de 1789 à la IIème République*, Paris, Sirey, 1937.
- RAYNAUD, P. y RIALS, S. (dirs.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996.
- RAYNOUARD, M., *Histoire du droit municipal en France*, Paris, Didot-Santelet, 1829.
- REALE, G.-ANTISERI, D., *Historia del pensamiento filosófico y científico*, III, Barcelona, Herder, 1992.
- REDOR, M.-J., *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste français 1879-1914*, Paris, Economica, 1991.
- REGNAULT, A., *Histoire du Conseil d'État depuis son origine jusqu'à ce jour, contenant sa composition, son organisation intérieure, ses attributions, etc. avec des notices biographiques et ornée de costumes et d'autographes*, Paris, Cotillon, 1853.
- RENOUX, T., *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Paris, Economica, 1984.
- RIALS, S., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988.
- RICHER, L., *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, Economica, 1978.
- *Les droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Economica, 1982.
- (dir.), *L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique*, Paris, Economica, 1983.
- *Le droit de l'immigration*, Paris, PUF, 1986.
- *Les contrats administratifs*, Paris, Dalloz, 1991.
- *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1995, 1999, 2003.
- RIVERO, J., "Observations sur le préambule de la Constitution de 1946", en *Droit social*, mayo, 1947.
- "Le juge administratif, un juge qui gouverne?", en *D*, Paris, La Documentation française, 1951.
- "Existe-t-il un critère du droit administratif?", en *RDP*, 1953.
- Cours de droit administratif comparé", *Cours DES*, Paris, 1955-1956.

- “Le contrôle juridictionnel de l’Administration”, *Cours DES*, 1955-1956.
- “Hauriou et l’évènement de la notion de service public”, en *L’évolution du droit public. Études offerts à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956.
- *Précis de droit administratif*, Paris, 1961.
- “Démocratie et administration”, en *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965.
- *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1965, 1980.
- “Le régime des entreprises nationalisés et l’évolution du Droit administratif”, en LAUBADÈRE, A. DE, MATHIOT, A., RIVERO, J., VEDEL, G., *Pages de doctrine*, II, Paris, LGDJ, 1980.
- Apologie pour les faiseurs de systèmes”, Paris, Dalloz, XXIII, 1951, en LAUBADÈRE, A. DE, MATHIOT, A., RIVERO, J., VEDEL, G., *Pages de doctrine*, I, Paris, LGDJ, 1980.
- “Droit administratif français et droits administratifs étrangers”, en LAUBADÈRE, A., MATHIOT, A., RIVERO, J., VEDEL, G., *Pages de doctrine*, II, Paris, LGDJ, 1980.
- “Les phénomènes d’imitation des modèles étrangers en Droit administratif”, en LAUBADÈRE, A. DE, MATHIOT, A., RIVERO, J., VEDEL, G., *Pages de doctrine*, I, Paris, LGDJ, 1980.
- “Jurisprudence et doctrine dans l’élaboration du droit administratif français”, en LAUBADÈRE, A. DE, MATHIOT, A., RIVERO, J., VEDEL, G., *Pages de doctrine*, I, Paris, LGDJ, 1980.
- “Rapport de synthèse”, en *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, 1982.
- “Note sur l’arrêt Terrier”, en *Notes d’arrêts*, II, Paris.
- *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Paris, Economica, 1984.
- *Les libertés publiques. I: les droits de l’homme; II: Le régime des principales libertés*, Paris, PUF, 1995 y 1996.
- RIVERO, J. y WALINE, J., *Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 2000.
- ROBERT, J., *Libertés publiques*, Paris, Montchrestien, 1987.
- ROBERT, J.-DUFFAR, J., *Droits de l’Homme et libertés fondamentales*, Paris, Montchrestien, 1996.
- ROBERT, A., BOURLOTON, E. y COUGNY, G., *Dictionnaire des parlementaires français depuis le 1^{er} mai 1889 jusqu’au 1^{er} mai 1899*, Paris, Bourloton, 1889-1892; Gênerve, Slatkine, 2000.
- ROBINEAU, Y. y TRUCHET, D., *Le Conseil d’État*, Paris, PUF, 1994.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., “Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la revolución norteamericana y en la francesa”, en *REDC*, 19, 1987.
- ROLLAND, L., *Précis de Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1957.
- ROMANO, S., *El Ordenamiento jurídico*, Madrid, IEP, 1963.
- *Fragments de un diccionario jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.
- RONDONNEAU, L., *Les lois administratives et municipales de la France*, Paris, Plassan-Tourneuse, 1823.

- ROSANVALLON, P., *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, 2004.
- ROUAULT, M.-Ch., *Contentieux administratif*, Paris, Gualino, 2003.
- ROUSSEAU, D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1993, 2006.
- ROUSSELET, M., *Histoire de la magistrature française*, Paris, PUF, 1957.
- ROUSSET, M. et ROUSSET, O., *Droit administratif. II, Le contentieux administratif*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2004.
- ROUSILLON, H., *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1991.
- ROYER, J.-P., *La société judiciaire depuis le XVIIIème siècle*, Paris, PUF, 1979.
- *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 1995.
- *Théorie de la justice en France*, Paris, PUF, 2001.
- ROYER, J.-P., MARTINAGE, R., LECOQ, P., *Juges et notables au XIXème siècle*, Paris, PUF, 1982.
- RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEC, 1997.
- “La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho”, en *REDC*, 22, 1998.
- SADOUN, M. y DONEGANI, J.-M., *La Ve République: naissance et mort*, Paris, Calman-Lévy, 1998.
- SÁNCHEZ AGESTA, L., *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Editora Nacional, 1965.
- *El pensamiento político del despotismo ilustrado*, Sevilla, Universidad, 1979.
- “Poder ejecutivo y división de poderes”, en *REDC*, 3, 1981.
- SANDEVOIR, P., *Études sur le recours de pleine juridiction*, Paris, LGDJ, 1964.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, Universidad-IGO, 1973.
- *Apuntes de Derecho administrativo*, Madrid, Universidad Complutense, 1987.
- *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, 1988.
- SAVIGNY, F. C., *De la vocation de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, Madrid, Aguilar, 1970.
- SAUTEL, G., *Histoire des institutions publiques, depuis la Révolution française*, Paris, Dalloz, 7.ª éd., 1990.
- SAUTEL, G. y HARUEL, J.-L., *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, Paris, Dalloz, 1988, 1997.
- SAUVEL, T., “Nivôse an VIII”, en *EDCE*, III, 1949, pp. 129-149.
- *L'Empereur et le Conseil d'État statuant au contentieux (1806-1815)*, Paris, LGDJ, 1973.
- SCELLE, G., “Pouvoir étatique et droit des gens”, en *RDP*, 1943.
- SCHIERA, P., *Il cameralismo e l'assolutismo*, Milán, Guiffirè, 1968.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema*, Madrid, INAP, Pons, 2003.
- SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, EDERSA, 1934.

- SÉILLER, B., *Droit administratif, I: Les sources et le juge*, Paris, Flammarion, 2004.
- SERRIGNY, D., *Traité de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, Dijon, Douillier-Joubert, 1842; Paris, Durand, 1865.
- *Traité du droit public des français*, Dijon, Douillier-Joubert, 1846.
- SFEZ, L., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1966.
- SIREY, J. B., *Du Conseil d'État selon la Charte constitutionnelle, ou notions sur la justice d'ordre politique et administratif*, Paris, Agasse-Cour du Harly, 1818.
- *Jurisprudence du Conseil d'État, ou recueil des décisions, arrêts et actes du Conseil d'État sur le contentieux de l'administration, les conflits et les autres matières administratives depuis 1806, époque de l'institution de la commission du contentieux, jusqu'à 1821*, Paris, 1918-1825.
- “Du Droit et du pouvoir”, en *Recueil général des Lois et Arrêts*, XXI, Paris, Cour du Harly, s.f.
- SKINNER, Q., *Los fundamentos del pensamiento político moderno*, I, México, FCE, 1985.
- SOBOUL, A., *Comprendre la Revolución francesa*, Barcelona, Crítica, 1983.
- *La Revolución francesa: principios ideológicos y protagonistas colectivos*, Barcelona, Crítica, 1987.
- *La Enciclopedia: historia y textos*, Barcelona, Crítica, 1988.
- *El siglo de las luces*, Madrid, Akal, 1992.
- *La Francia de Napoleón*, Barcelona, Crítica, 1992.
- SOSA WAGNER, F. (coord.), *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- STEIN, E., *Derecho Político*, Madrid, Aguilar, 1973.
- STIRN, B., *Le Conseil d'État: son rôle, sa jurisprudence*, Paris, Hachette, 1994.
- STOLLEIS, M., *Histoire du droit public en Allemagne. La théorie du droit public impérial et la science de la police, 1600-1800*, Paris, PUF, 1999.
- TERNEYRE, P., “Contentieux de l'exécution des marchés de travaux publics et répartition des compétences juridictionnelles”, *Mélanges R. Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 599-616.
- “La compétence du juge administratif”, *Actualité juridique. Droit administratif*, n.º 9, 20 septembre, 2000, pp. 697-702.
- THEIS, L., *François Guizot*, Paris, Fayard, 2008.
- THOURET, J.-G., *Abrégé des Révolutions. De l'Ancien gouvernement français*, Paris, P. et F. Didot, 1800.
- THUILLIER, G., *Témoins de l'administration. De Saint-Just à Marx*, Paris, Administration, 1967.
- *L'ENA avant l'ENA*, Paris, PUF, 1983.
- *Pour une histoire de la bureaucratie en France*, Paris, Cheff, 1999.
- THUILLIER, G. y TULARD, J., *Histoire de l'administration française*, Paris, PUF, 1984.

- THUOT, J.-F., *La fin de la représentation et les formes contemporaines de la démocratie*, Montréal, 1998.
- TIMSIT, G., *Le rôle de la notion de fonction administrative en Droit administratif française*, Paris, LGDJ, 1963.
- “Les deux corps du Droit. Essai sur la notion de régulation”, en *RFAP*, 78, 1996.
- *Archipel de la norme*, Paris, PUF, 1997.
- TISSOT, P., *Principes du droit public*, Paris, Mareq, 1872.
- TOCQUEVILLE, A. DE, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Madrid, Istmo, 2004.
- TOUCHARD, J., *Historia de las ideas políticas*, Madrid, Tecnos, 1970.
- TROLLEY, A., *Cours de droit administratif*, Paris, G. Thorel, 1843.
- *Traité de la hiérarchie administrative, ou de l'Organisation et de la compétence des diverses autorités administratives*, Paris, Plon frères, 1854.
- TROPER, M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994.
- *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 2.^a éd., 1980.
- TROPER, M. y FROMAGEAU, J., *Séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980.
- TROPER, M. y JAUME, L. (dirs.), *1789 et l'intervention de la Constitution. Coloque AFSP Paris, 1989*; Paris, LGDJ, 1994.
- TSEVAS, D., *Le contrôle de la légalité des actes administratifs individuels par le juge judiciaire*, Paris, LGDJ, 1995.
- TULARD, J., *Histoire de l'Administration française*, Paris, PUF, 1981-1982.
- *Napoléon*, Paris, Fayard, 1987; réédition Collection Pluriel, 1994.
- *Dictionnaire Napoléon*, Paris, Fayard, 1999.
- TULARD, J. y THUILLIER, G., *Histoire de l'administration française*, Paris, PUF, 1984.
- TURPIN, D., *Contentieux constitutionnel*, Paris, PUF, 1986, 1994.
- *Contentieux administratif*, Paris, Hachette, 2005.
- VEDEL, G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949.
- “Les bases constitutionnelles du Droit administratif”, *Études et Documents*, Conseil d'État, 8, 1954.
- *Droit Administratif*, Paris, PUF, 1958, 1973.
- “Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel?”, en *EDCE*, 1979-1980, 31, pp. 31 y ss.
- *Derecho administrativo*, Madrid, Aguilar, 1980.
- “Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme”, *Pouvoirs*, 45, 1988, pp. 149 y ss.
- “La loi des 16-24 août 1790: Texte? Prétexte? Contexte?”, en *RFDA*, 1990, pp. 698-711.
- *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Paris, Sirey, 1991.

- “Les droits de l’homme: quel droits? quel homme?”, en *Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, 1991, pp. 349 y ss.
- “Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif”, en *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 1 y 2, 1997, pp. 57 y 77.
- VEDEL, G. y DELVOLVÉ, P., *Droit administratif*, Paris, PUF, 1990, 1992.
- VELLEY, S., *Les origines du principe de légalité en droit public français*, Thèse, Paris, X, 1988.
- “La constitutionnalisation d’un mythe: justice administrative et séparation des pouvoirs”, en *RDP*, 1989, pp. 767-783.
- VENEZIA, J.-C., “La naissance de la notion de service public”, en GUGLIELMI, G. J. (Dir.), *Histoire et service public*, Paris, PUF, 2004, pp. 163 y ss.
- VENNEGUES, B., *Étude sur la jurisprudence du Conseil d’État de 1806 à 1809*, DEA, Droit, Rennes, 1993.
- VENTRE-DENIS, M., “L’Administration publique comme matière d’enseignement à la Faculté de Droit de Paris dans le premier tiers du XIX^{ème} siècle”, en *Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte*, 1, 1989.
- VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire, 1789-1799*, Paris, PUF, 1991.
- *Textes constitutionnels révolutionnaires françaises*, Paris, PUF, 1998.
- VIGUIER, J., *Le contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2005.
- VILLAR PALASÍ, J. L., *Derecho administrativo. Introducción y teoría de normas*, Madrid, Universidad Complutense, 1968.
- *Apuntes de Derecho administrativo, curso 1965-1966*, I, UNED, Madrid, 1974.
- “El fin del Antiguo Régimen y los orígenes del Estado Constitucional en España. La aparición del Derecho administrativo”, *I Seminario de Historia de la Administración*, Madrid, INAP, 2001.
- VILLAR PALASÍ, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L., *Principios de Derecho administrativo*, I, Madrid, Universidad Complutense, 1982.
- VILLARD, P., *Histoire des institutions publiques de la France de 1789 à nos jours*, Paris, Dalloz, 1988, 1997.
- VILLEY, M., *Cours d’histoire de la philosophie du droit*, Paris, Montchrestien, 1975.
- VIMBERT, C., *La tradition républicaine en droit français*, Paris, LGDJ, 1992.
- VIVIEN, A., *Études administratives*, Paris, Guillaumin, 1859.
- VOGEL, Ph., *Juger l’administration c’est aussi administrer, mémoire D.E.A.*, Paris, 1987.
- VOVELLE, M., *Les Républiques-sœurs sous le regard de la Grande Nation, 1795-1803. De l’Italie aux portes de l’Empire ottoman, l’impact du modèle républicain français*, Paris, L’Harmattan, 2000.
- VOVELLE, M. y otros, *El hombre de la Ilustración*, Madrid, Alianza, 1995.
- VUILLEFROY, Ch.-A. de, y MONNIER, L., *Principes d’administration, extraits des avis du Conseil d’Etat et du Comité de l’Interieur, des circulaires ministérielles, etc.*, Paris, Joubert, 1837.

- WALINE, M., “Éléments d’une théorie de la justice constitutionnelle en droit positif français”, en *RDP*, 1928.
- “Vicissitudes récentes de la notion de service public”, en *La Revue Administratif*, 5. 1948.
- *Droit administratif*, Paris, Sirey 1963.
- “Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique”, en *Mélanges en l’honneur de Jean Dabin*, I, Paris, Sirey, 1963.
- *L’individualisme et le Droit*, Paris, Damat, 1949.
- *Les rapports du droit administratif et du droit pénal, cours de doctorat de droit administratif, 1948-1949*, Paris, Les cours de droit, s.d.
- WALINE, J. y RIVERO, J., *Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 2000.
- WEIL, P., *Derecho administrativo*, Madrid, Aguilar, 1966.
- *Le Droit administratif*, Paris, PUF, 1978.
- WORMS, R., “La juridiction du Conseil d’Etat et ses tendances actuelles”, *Séances et travaux de l’Académie des sciences morales et politiques*, 164, 1905, pp. 632-679.
- WRIGHT, V., *Le Conseil d’Etat sous le Second Empire*, Paris, A. Colin, 1972.
- YVERT, B., *Dictionnaire des ministres de 1789 à 1989*, Paris, Perrin, 1990.
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, 2002.
- ZANOBINI, G., *Corso di Diritto Amministrativo*, I, Milano, Guiffè, 1958.
- ZUBIRI, X., *Inteligencia sentiente*, Madrid, Alianza, 1981.

Índice onomástico*

- ABBÉ GRÉGOIRE, 156.
ABENDROTH, W.,
ABRAHAM, R., 554.
ADAMS, W. P., 88, 689, 753.
AIGUILLON, 249.
ALBANO, S., 39, 40.
ALBERT, S., 441.
ALESSIO, D' ALESSIO.
ALIBERT, R., 655, 753.
ALLAND, D., 612.
ALLETZ, P. J., 753.
ALLI ARANGUREN, J. C., 21, 22, 23, 24, 25, 26,
27, 28, 33, 36, 37, 38, 47, 48, 49, 57, 63, 69,
345, 389, 454, 515, 532, 600, 738, 753.
ALONSO GARCÍA, R., 469, 693.
ALSTED, J., 71.
ALTHUSSER, L., 103, 108.
AMBROSI, A., 247.
AMSELEK, P., 273, 470, 476, 739, 740, 753.
ANCEAU, E., 242, 753.
ANDERSON, 753.
ANDRIEU, 257.
ANGULEMA, DUQUE DE, 231.
ANSCHUTZ, G., 275.
ANTISERI, D., 34, 78, 92, 103, 780.
ANTONETTI, G., 235, 753.
ARDANT, Ph., 578, 753.
ARISTÓTELES, 133.
ARNAUD, A. J., 222, 391, 720, 753.
ARNISAEUS, H., 70.
ARNOLD, M., 753.
ARNOUX, E., 754.
ARON, R., 103, 107.
ARRIGHI DE CASANOVA, J., 542.
ARROYO, L., 290.
ARTOIS, H. DE, 248.
ASHWORTH, A., 562.
ATLAN, H., 39, 754.
AUBERT, J.-L., 573, 754.
AUBOUIN, M., 754.
AUBRY, B., 457.
AUBRY, V., 665.
AUBY, J.-B., 27, 29, 42, 47, 48, 229, 399, 413,
419, 428, 450, 515, 532, 536, 550, 573, 599,
600, 700, 738, 739, 741, 743, 744, 754.
AUBY, J.-M., 212, 229, 342, 413, 441, 484, 513,
515, 516, 517, 527, 543, 563, 571, 573, 586,
592, 642, 656, 668, 700.
AUCOC, L., 178, 179, 246, 254, 271, 503, 506,
508, 509, 515, 520, 523, 528, 531, 548, 581,
597, 609, 629, 632, 635, 639, 641, 643, 652,
653, 654, 660, 664, 665, 713, 717, 754.
AUGER, B., 754.
AULARD, A., 173.

* Corresponde a los que figuran en el texto y notas, sin que consten los de las resoluciones del Consejo de Estado.

- AUMALE, DUC DE, 605, 606, 608.
 AUROUX, S., 157.
 AUVRET-FINCK, J., 754.
 AVRIL, P., 264, 695, 754.
 AZÉMA, J.-P., 247, 248, 256.
 BABEUF, 209.
 BACHELIER, 612.
 BACQUA DE LABARTHE, N., 755.
 BACZKO, B., 96.
 BADENES, R., 755.
 BADEVANT-GAUDEMET, B., 755.
 BADINTER, E., 195.
 BADINTER, R., 213, 755.
 BAGHESTANI-PERREY, L., 755.
 BAGNANI, G., 70.
 BALLBÉ, M., 312, 348, 349, 352, 360, 361.
 BALLESTEROS, A. M., 755.
 BANCAL, H., 192.
 BANCEL, N., 243, 756.
 BARÈRE DE VIENZAC, 131, 202,
 BARNAVE, 151.
 BARRAT I ESTEVE, J., 492.
 BARRERÉ, 196.
 BARRET-KRIEGEL, B., 85.
 BARRIOS, F., 755.
 BARRUEL, A., 130, 198.
 BARTHÉLEMY, J., 387, 388, 492, 493, 508, 755.
 BARTHES, R., 54, 749.
 BARUCH, M. O., 49.
 BASTID, E. P., 124.
 BASTIDE, P., 210, 214, 273, 755.
 BATBIE, A., 506, 529, 626, 662, 713, 717, 720,
 755.
 BATIFFOL, H., 480.
 BAUCHET, J., 774.
 BAUMER, F. L., 755.
 BAVOUX, N., 755.
 BEATSON, J., 27.
 BEAUD, O., 62, 128, 278, 755.
 BECET, J. M., 755.
 BECHILLON, D., 621.
 BEGUIN, J., 573.
 BELADIEZ ROJO, M., 352.
 BELIEF, B., 122.
 BELLAH, R., 122.
 BELLESCIZE, R., 456.
 BÉNOIT, F.-P., 67, 68, 378, 380, 508, 755.
 BENREKASSA, G., 103
 BERGASSE, N., 173, 174, 176, 500.
 BERGER, P., 50.
 BERGERON, G., 103.
 BERLIA, 763.
 BERLIN, I., 105.
 BERMEJO CASTRILLO, M. A., 714.
 BERMEJO VERA, J., 435.
 BERNIS, T., 49.
 BERRY, DUQUE DE, 231, 235.
 BERTHÉLÉMY, J., 77, 524, 710, 725, 729.
 BERTIER DE SAUVIGNY, G. DE, 123, 146, 194,
 195, 209, 224, 229, 231, 242, 243, 247, 256,
 259, 263, 755.
 BERTRAND, V., 222.
 BESSON, 395.
 BEURDELEY, M., 755.
 BEZES, Ph., 49.
 BÉZIE, L., 729.
 BIDET, J., 279.
 BIGOT, G., 56, 64, 65, 66, 67, 77, 160, 161,
 166, 171, 173, 176, 178, 180, 181, 184,
 185, 207, 208, 212, 213, 215, 216, 217,
 218, 220, 230, 231, 232, 233, 237, 240,
 241, 245, 246, 247, 254, 255, 257, 263,
 283, 319, 369, 371, 372, 412, 424, 425,
 438, 459, 461, 472, 473, 476, 506, 508,
 511, 512, 514, 522, 523, 524, 526, 527,
 528, 529, 530, 533, 535, 540, 558, 575,
 579, 602, 603, 604, 607, 609, 627, 629,
 630, 631, 632, 641, 642, 643, 644, 655,
 658, 659, 660, 661, 663, 664, 665, 696,
 708, 709, 714, 723, 725, 726, 728, 729,
 730, 732, 734, 737, 738, 755, 756, 757.
 BILICI, F., 175.
 BILLAUD-VARENNE, 196, 202.
 BINOCHÉ, B., 110.
 BIRKINSHAW, 27.
 BISCARETTI DI RUFFIA, P., 300, 692, 756.
 BISMARCK, 247.
 BLANC, L., 46.
 BLANCHARD, P., 243, 756.
 BLANCO VALDÉS, R. L., 88, 283.
 BLANQUI, 247.
 BLOCH, E., 156, 501,
 BLOCK, M., 362, 399, 721, 756.
 BLUCHE, F., 756.

- BURDEOS, DUQUE DE, 234.
 BURNS, T., 742.
 CABANIS, P., 384.
 CABET, E., 121.
 CADIET, L., 758.
 CAMBACÉRÈS, J.-R. DE, 211.
 CAMBY, J.-P., 323, 563, 622.
 CANAL, 371.
 CANGA ARGÜELLES, J., 84.
 CANIVET, G., 480.
 CANS, CH., 416.
 CAPITANT, R., 758.
 CAPPELLINI, P., 758.
 CARBONNIER, J., 520, 740.
 CARCASSONNE, G., 264, 760.
 CARLOS X, 232, 234, 247, 529.
 CARNOT, 196, 197, 249.
 CARON, J.-C., 123.
 CARON, P., 123, 148.
 CARRÈ DE MALBERG, R., 110, 125, 164, 169,
 178, 253, 277, 278, 280, 285, 689, 725, 758.
 CARRERAS ARES, J. J., 83.
 CARTIER, E., 259.
 CARVAJAL, P., 71.
 CASAJUS, D., 104.
 CASSESE, S., 28, 758.
 CASSIA, P., 568, 569.
 CASSIN, R., 738.
 CASSIRER, E., 36, 114, 758.
 CASTORIADIS, 145.
 CAVOUR, 243.
 CERTEAU, M. DE, 156.
 CHABANOL, D., 552, 758.
 CHABIN, M., 759.
 CHABROUD, 178.
 CHAGNOLLAUD, D., 264, 759.
 CHALINE, O., 73.
 CHALVIDAN, P.-H., 759.
 CHAMPEIL-DESPLATS, V., 329.
 CHAPELIER, 242.
 CHAPUS, R., 162, 172, 218, 232, 319, 417, 458,
 460, 470, 495, 501, 513, 519, 542, 550, 559,
 568, 596, 701, 737, 759.
 CHARDEAU, 428.
 CHARLES, H., 674.
 CHARTIER, R., 114.
 CHARTIER, Y., 480.
 CHASTELET, F., 759.
 CHATEAU, R., 759.
 CHATEAUBRIAND, 234.
 CHATELET, F., 759.
 CHASTENET, J., 248.
 CHAUDET, J.-P., 759.
 CHAUNU, P., 133.
 CHAUSSINARD-NOGARET, G., 127.
 CHAUVAUD, F., 759.
 CHAUVEAU, A., 514, 525, 716, 718, 759.
 CHAUAUX, D., 321.
 CHENOT, B., 319, 730.
 CHÉRUEL, A., 171.
 CHEVALIER, J., 56, 63, 178, 273, 281, 327, 341,
 342, 362, 363, 365, 387, 427, 437, 438, 438,
 449, 518, 543, 634, 692, 701, 706, 728, 741.
 CHEVALIER, J. J., 86, 93, 94, 103, 118, 122, 268,
 380, 759, 760.
 CHEVALIER, T., 713, 759.
 CHEVRIER, G., 760.
 CHINCHILLA, C., 69, 219, 268, 701, 760, 762.
 CHIRAC, J., 265.
 CHITI, M., 27.
 CHURCHILL, 258.
 CICERÓN, M. T., 373.
 CLAM, J., 760.
 CLAMOUR, G., 449.
 CLAVEL, E., 173, 176, 178, 283.
 CLAVERO, B., 378.
 CLAVERO, M., 767.
 CLÉMENT, J.-P., 212.
 COBB, R., 127.
 COBBAN, M., 127.
 COGNAC, G., 760, 775.
 COHEN, A. G., 495.
 COHEN, D., 760.
 COHEN, L., 760.
 COINTET, J.-P., 368, 760.
 COLARD, D., 755.
 COLAS, D., 273, 760.
 COLLOT D'HERBOIS, 196, 203.
 COLMEIRO, M., 52, 713.
 COLOMBO, P., 192, 385.
 COLSON, D., 742.
 COMBARNOUS, M., 542.
 COMISIÓN EUROPEA, 450, 451.
 CONAC, G., 264.

- CONDE DE LAS CASAS, 214, 504.
 CONDORCET, CARITAT DE, M. J. A., 80, 195, 198, 259, 399.
 CONSEIL D'ETAT, 441, 467, 508, 665, 697, 761.
 CONSTANT, B., 90, 225, 237.
 COPLESTON, F. C., 93.
 CORAIL, J.-L., 439.
 CORDAY, 197.
 CORMENIN, L. M. ("TIMON"), 178, 201, 208, 214, 232, 241, 383, 396, 397, 529, 597, 708, 713, 722, 761.
 CORNEILLE, 423, 645.
 COSTA, J.-P., 611, 761.
 COSTAZ, C. A., 761.
 COTARELO, R., 762.
 COTELLE, M., 761.
 COTTA, S., 103.
 COTY, R., 263.
 COUGNY, G., 781.
 COURTÉS, J., 34.
 COUTEL, CH., 195.
 COUTHON, 134, 196, 202, 203.
 COUTY, D., 74, 75, 76, 128, 150.
 CRAIG, O., 27.
 CRÉMIEUX-BRILHAN, J.-L., 258.
 CROISAT, M., 745.
 CROPSEY, J., 94.
 CURAPP, 47, 363, 399, 692, 706.
 CUVIER, 237.
 DABIN, 297.
 DAËL, S., 681, 761.
 DAL FARRA, T., 768.
 D' ALESSIO, 761.
 DALLOZ, 160, 761.
 DANTON, 133, 195, 202, 203.
 DARCY, G., 465, 761.
 DARESTE, R., 711, 718, 761.
 DARLAN, 256.
 DAUNOU, 210, 220.
 DAVID, 376, 442, 588, 627, 640, 656, 737.
 DAVIEL, A., 761.
 DE AGAPITO SERRANO, R., 110, 761.
 DEBARD, T., 468.
 DEBBASCH, CH., 56, 180, 364, 378, 508, 515, 682, 761, 762.
 DE BLAS, A., 762.
 DE BROGLIE, E., 762.
 DE CASTRO Y BRAVO, F., 310, 311, 762.
 DEDIEU, J., 103.
 DEFFERRE, G., 406.
 DE GAULLE, CH., 256, 258, 259, 263, 264, 265, 369, 371, 372, 405.
 DE GÉRANDO: GERANDO.
 DEGUERGUE, M., 350, 459, 463, 559, 561, 679, 762.
 DE LA GORCE, P., 762.
 DE LA HAYE: CORMENIN.
 DELALLEAU, E., 762.
 DELAMARE, M., 762.
 DELAPORTE, V., 480.
 DELCROS, B., 457.
 DELMAS-MARTY, M., 43, 739, 762.
 DEL SAZ, S., 69, 268, 701, 760, 762.
 DEL VECCHIO, G., 762.
 DELVOLVÉ, M., 55, 336, 468, 638, 762.
 DELVOLVÉ, P., 441, 464, 675, 679, 713, 736, 784.
 DÉMEUNIER, 182.
 DEMICHEL, A., 365.
 DERATHÉ, R., 114, 762.
 DERRIDA, J., 272.
 DESCARTES, R., 103.
 DESCHEEMAER, CH., 547.
 DESLANDRES, M., 762.
 DESMOULINS, C., 134, 146, 203.
 DESTUT DE TRACY, 103.
 DESWARTE, M.-P., 362, 697.
 DE VENEZIA, J.-C., 427, 470.
 DE VILLEPEIN, D., 225.
 DÍAZ, E., 124, 279, 762.
 DICEY, 210, 214, 287, 711.
 DIDEROT, 81, 83, 287.
 DIDRY, C., 519.
 DIEU, F., 561.
 DÍEZ DEL CORRAL, L., 762.
 DÍEZ PICAZO, L., 310, 311.
 DI MANNO, T., 480, 739.
 DION, F., 456.
 DOKHAN, D., 484, 637.
 DOMAT, J., 72, 762.
 DOMENACH, J.-M., 51.
 DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., 79.
 DONEGANI, J.-M., 782.
 DONNEDIEU DE VABRES, J., 610.

- DONY, M., 453.
 DORD, O., 695.
 DOUAI, M. DE, 213.
 DOUMBÉ-BILLÉ, S., 542, 550, 573.
 DOYLE, W., 127.
 DRAGO, R., 212, 427, 431, 508, 513, 532, 550, 552, 571, 586, 592, 642, 656, 668, 684, 696, 700, 754, 762.
 DRAMARD, E., 762.
 DREUX-BREZÉ, 145.
 DREYFUS, 249.
 DUBISSON, M., 762.
 DUBOIS, J.-P., 155, 500, 744.
 DUBOIS DE CARRATIER, L., 612, 710, 717, 718, 719, 763.
 DUBOUCHET, P., 638.
 DUBOUIS, L., 440, 488.
 DUBRULLE, J.-B., 691.
 DUBY, G., 123.
 DUCHHARDT, H., 70.
 DUCOS, 209.
 DUCOSADER, R., 441.
 DUCROCQ, M., 505, 524, 633, 654, 719, 720, 722, 763.
 DUEZ, P., 579, 601, 755, 763.
 DUFFAR, J., 781.
 DUFOUR, G., 602, 714, 763.
 DUFUR, A., 35, 36, 37.
 DUGUIT, L., 32, 52, 67, 87, 115, 170, 174, 176, 178, 183, 184, 188, 189, 193, 194, 279, 283, 284, 285, 317, 412, 438, 439, 447, 457, 463, 465, 468, 492, 509, 510, 532, 533, 549, 609, 610, 630, 631, 645, 686, 710, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 731, 735, 737, 742, 749, 750, 763.
 DUHAMEL, O., 759, 760, 763.
 DUMAS, 213.
 DUMONT, L., 87.
 DUMOURIEZ, 195, 196.
 DUNN, J., 93.
 DUNYACHE, F., 763.
 DUPEYROUX, O., 508.
 DUPIN, 413.
 DUPORT, 173, 174, 176.
 DUPRAT, A., 209.
 DURAND, CH., 763.
 DURELLE-MARC, Y.-A., 438.
 DURKHEIM, E., 103, 114, 723.
 DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., 27, 342, 754.
 DUVAL, C., 764.
 DUVERGER, M., 109, 189, 252, 262, 264, 286, 494, 695, 764.
 DUVERGIER, J. B., 764.
 DWORKIN, R., 764.
 EBREN, H., 764.
 ECHAUDEMAISON, C.-D., 34.
 EINSTEIN, A., 34.
 EISENMANN, CH., 52, 575, 637, 722, 764.
 ELLUL, J., 289, 764.
 ELWYN, E., 764.
 ENGELS, F., 248.
 ENGELVIN, P., 764.
 ENTRENA, R., 764.
 ESMEIN, A., 222, 722, 723, 764.
 ESTEVE PARDO, J., 69.
 FANACI, P., 764.
 FANTÔME, V. E., 481.
 FASSO, G., 764.
 FAUCHE, P., 130.
 FAUCHET, C., 121.
 FAURÉ, C., 212.
 FAVOREU, L., 155, 162, 274, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 337, 456, 495, 540, 551, 557, 562, 622, 683, 688, 687, 700, 702, 705, 706, 764, 765.
 FAVRET, J.-M., 551.
 FAYARD, J. F., 123.
 FELICE, D., 103, 135.
 FELIPE V EL LARGO, 505.
 FELIPE VI DE VALOIS, 74.
 FELIX, M., 765.
 FÉNELON, 74.
 FENET, P. A., 223, 502.
 FERGUSON, A., 89.
 FERNÁNDEZ-MAUBLANC, L., 765.
 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., 24, 54, 297, 313, 314, 315, 344, 352, 356, 504, 683, 767.
 FERNÁNDEZ SANTILLÁN, J. F., 93.
 FERNÁNDEZ TORRES, J. R., 765.
 FERRAJOLI, L., 44.
 FERRATER MORA, J., 49.
 FERRY, L., 133.
 FICHTE, J. G., 125.
 FILMER, L., 93.

- FINKEL, G., 568.
 FIORENZA, F., 80.
 FITZPATRICK, B., 34.
 FITZSIMMONS, M. P., 148.
 FLAUGUERGES, H. DE, 765.
 FLEURIGEON, M., 765.
 FLEURY, J., 76.
 FLORENT-LEFEBVRE, L., 46.
 FOMBEUR, V., 476.
 FORONDA, V. DE, 84.
 FORSTHOFF, E., 312, 765.
 FORTSAKIS, T., 765.
 FOUCAULT, E. V., 362, 388, 397, 716, 765.
 FOUCAULT, M., 39, 91, 765.
 FOUCHÉ, 209.
 FOUGÈRE, L., 700, 765.
 FOULETIER, M., 543.
 FOULQUIER, N., 600.
 FOUQUET, O., 776.
 FOURNIER, 321, 552, 583, 585.
 FRANCK, M., 542.
 FRANCK, C., 765.
 FREEDMAN, CH. E., 765.
 FRIER, P.-L., 765.
 FRIJHOFF, W., 751.
 FRISON-ROCHE, M.-A., 515, 572, 700, 762.
 FROMAGEAU, J., 784.
 FROMENT, J.-CH., 765.
 FROMONT, M., 695.
 FURET, F., 86, 87, 121, 127, 151, 188, 228, 766.
 GABARDA, O., 551.
 GABOLDE, CH., 542.
 GALILEO, 35, 35.
 GALLEGO, A., 766.
 GALLO, F., 72.
 GALLOSTRA, J., 766.
 GALLOUX, B., 247.
 GAMBETTA, 247, 254, 390, 510.
 GAND, M., 766.
 GANDOLFI, A., 766.
 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 22, 25, 28, 31, 32, 33, 39, 40, 41, 45, 46, 49, 50, 51, 52, 53, 57, 61, 68, 69, 72, 73, 74, 76, 78, 84, 87, 90, 93, 102, 104, 106, 114, 115, 120, 122, 124, 128, 133, 145, 150, 151, 155, 157, 274, 280, 282, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 297, 300, 312, 313, 314, 315, 341, 342, 344, 347, 352, 356, 375, 376, 377, 378, 380, 383, 385, 386, 400, 457, 501, 502, 504, 542, 552, 553, 556, 568, 595, 635, 636, 637, 646, 648, 682, 683, 684, 688, 689, 690, 691, 692, 694, 707, 730, 747, 748, 749.
 GARCÍA FIGUEROA, A., 37.
 GARCÍA MACHO, R., 322.
 GARCÍA MANZANO, P., 53.
 GARCÍA PELAYO, M., 90, 125, 127, 188, 199, 206, 211, 224, 225, 230, 235, 239, 245, 251, 256, 260, 274, 275, 276, 279, 281, 282, 285, 341, 346, 347, 688, 691, 692, 766, 767.
 GARCÍA SÁNCHEZ, E., 93.
 GARNER, J. W., 767.
 GARRIDO CUENCA, N., 601, 768.
 GARRIDO FALLA, F., 768.
 GASSET, R. B., 37.
 GASTON-MARTIN, F., 128.
 GAUDEMET, P.-M., 250, 282, 547, 768, 774.
 GAUDEMET, Y., 293, 427, 470, 476, 566, 615, 645, 682, 768.
 GAUDIN, J.-P., 481.
 GAUDRY, J. A. J., 768.
 GAUTIER, A., 721.
 GAYO, 716.
 GAZIER, F., 768.
 GENEVOIS, B., 413, 681, 768.
 GENY, F., 768.
 GEORGIN, A., 660, 768.
 GERANDO, J. M., B. DE, 709, 714, 716, 722, 768.
 GERVAISE, M., 768.
 GHEVONTIAN, R., 622.
 GIANNINI, M. S., 768.
 GICQUEL, J., 695.
 GIERKE, 302.
 GILES, J. G., 768.
 GILISSEN, G., 769.
 GILISSEN, J., 86, 188.
 GILLES, H., 74.
 GIRARD, L., 769.
 GIRARDOT, T., 414, 504, 510, 513, 542, 554, 566, 597, 636, 677, 776.
 GIRAUD, 258.
 GIRODET, J., 273.
 GISCARD D'ESTAING, V., 265.
 GODECHOT, J., 127, 151, 769.

- GODOY ARCAÑA, O., 103.
 GOHIM, O., 612, 696, 769.
 GÓMBAUD, M., 769.
 GÓMEZ HERMOSILLA, J. M., 769.
 GONOD, V. P., 523.
 GONZÁLEZ, G., 573.
 GONZÁLEZ AMUCHÁTEGUI, J., 151.
 GONZÁLEZ DE CARDEDAL, O., 79.
 GONZÁLEZ NAVARRO, F., 33, 65, 287, 315, 316, 317, 499, 769.
 GONZÁLEZ PÉREZ, J., 50, 62, 160, 216, 254, 263, 715, 769.
 GONZÁLEZ PRIETO, L. A., 769.
 GORANI, G., 769.
 GORDON, C., 91.
 GOUBERT, P., 103.
 GOUGES, O., 151.
 GOUVION SAINT- CYR, 231.
 GOY, R., 673.
 GOYARD, C., 668, 769.
 GOYARD-FABRE, S., 103, 769.
 GRAVEN, J., 103.
 GRAZIER, 367.
 GRECO, G., 27.
 GREENSPAHN, F. E., 122.
 GREIMAS, A. J., 34.
 GREVISSE, 419.
 GRÉVY, 250.
 GRIMALDI, 243.
 GROCIO, 80, 83.
 GROETHUYSEN, B., 114, 290, 291.
 GROPIUS, 35.
 GROSS, J.-P., 131, 134.
 GUENAIRE, M., 491.
 GUENIFFEY, P., 209, 769.
 GUERY, A., 439.
 GUGLIELMI, G. J., 706, 769, 785.
 GUIBAL, M., 426.
 GUILHAUMOU, J., 124, 128, 151, 194.
 GUILLAUME DURAND, 72.
 GUISLAIN, P., 455.
 GUIZOT, 235, 237.
 GUSDORF, G., 80.
 HABERMAS, J., 79, 600.
 HALÉVI, R., 188, 766.
 HALPÉRIN, J.-L., 87, 222, 770.
 HAMILTON, 187.
 HANRIOT, 203.
 HARUEL, J. T., 770, 782.
 HAURIU, A., 252, 770.
 HAURIU, M., 52, 65, 67, 127, 185, 186, 189, 205, 210, 220, 279, 284, 294, 298, 299, 300, 301, 302, 307, 308, 364, 376, 383, 384, 386, 388, 398, 412, 413, 424, 439, 457, 457, 475, 533, 550, 637, 644, 645, 658, 667, 668, 693, 695, 707, 710, 711, 712, 716, 721, 722, 723, 724, 726, 728, 729, 731, 735, 737, 741, 770.
 HAUSSMANN, 242, 629.
 HAYEK, F. A., 89, 287, 596, 771.
 HAYEM, H., 709.
 HAZAREESING, S., 224, 771.
 HÉBERT, 131, 197, 203.
 HEILBRONNER, A., 548, 636.
 HELLER, A., 158.
 HELLER, H., 771.
 HENRION DE PANSEY, P. P. N., 232, 501, 514, 521, 597, 771.
 HENRY, C., 450, 771.
 HERAULT DE SÉCHELES, 198.
 HERF, J., 274, 771.
 HERMET, G., 771.
 HERNÁNDEZ GIL, A., 38, 296, 308, 771.
 HERRERO Y RZ. DE MIÑÓN, 345.
 HERVIK, P., 34.
 HESSE, K., 687, 771.
 HEURTÉ, P., 656.
 HINTON, R. W. K., 76.
 HIRSCH, J.-P., 149.
 HITLER, A., 251, 255, 258.
 HOBBS, TH., 36, 70, 83, 93, 771.
 HOFFMAN-RIEM, W., 771.
 HOLSTEIN, G., 107.
 HOSTIOU, R., 662.
 HUARD, R., 240.
 HUARD-DELMARRE, D., 774.
 HUMBOLDT, W. VON, 90, 279.
 HUMMEL, J., 342.
 HUNT, A., 127.
 IGLESIAS, M. C., 103, 114, 771.
 IHERING, JHERING
 INOCENCIO III, 72.
 INTROVIGNE, M., 122.
 IRTI, N., 49.
 ISAMBERT, F.-A., 172, 706, 771.

- ISAMBERT, J., 172, 706.
 JACKSON, B. S., 272.
 JACQUELIN, R., 771.
 JAGERSCHMIDT, 634.
 JAKY, F., 240.
 JAMET, D., 134.
 JANKY, F., 771.
 JANS, J., 27.
 JARDIN, A., 771.
 JAUCUORT, J., 85.
 JAUME, L., 73, 101, 105, 151, 154, 212, 382, 694,
 698, 771, 784.
 JEFFERSON, 148.
 JELLINEK, G., 151, 277, 285, 345, 771.
 JENNY, F., 453.
 JÈZE, G., 361, 362, 412, 413, 427, 439, 440, 447,
 492, 532, 548, 635, 645, 706, 721, 724, 728,
 729, 731, 771.
 JHERING, 35, 52.
 JIMÉNEZ-BLANCO, A., 772, 778.
 JOLY, M., 103.
 JORDANA DE POZAS, L., 400, 772.
 JORDANO, J., 772.
 JOSSE, P.-L., 555.
 JOSSERAND, L., 222.
 JOURDAN, A., 87.
 JUAN, S., 338.
 JULIA, D., 156.
 JULLIARD, J., 772.
 JUSTI, J. H. G. VON, 772.
 KAHN, 463, 466, 681.
 KANT, E., 36, 78, 106, 114, 279, 772.
 KARPENSCHIF, M., 450.
 KELSEN, H., 276, 293, 353, 464, 465, 689, 693.
 KERSAINT, 694.
 KESSEL, P., 149, 352.
 KESSLER, M. Ch., 772.
 KEYNES, J. M., 88.
 KIMMINICH, O., 284, 688, 691, 772.
 KNEE, Ph., 103.
 KOEHLIN, F., 772.
 KOSELLECK, R., 79, 81, 772.
 KOUBI, G., 770.
 KOYRÉ, A., 36.
 KREBS, R. W., 70.
 KÜHN, T. S., 33, 34, 39, 40, 553, 772.
 LA FAYETTE, 146, 188.
 LABAND, P., 282.
 LABAYLE, H., 47.
 LABETOULLE, D., 323.
 LABICA, G., 279.
 LABOULAYE, E., 57, 123, 126, 127, 238, 239,
 251, 709, 772.
 LABROUSSE, E., 127.
 LACAN, J., 158.
 LACHARIÈRE, R., 214.
 LACHAUME, J.-F., 428, 439, 449, 536, 555, 772.
 LACHE, L., 772.
 LACORNE, D., 86.
 LACRETELLE, P.-L., 209.
 LADREIT DE, 214.
 LAFERRIÈRE, E., 178, 186, 216, 217, 220, 473,
 523, 547, 548, 549, 630, 643, 644, 646, 647,
 660, 662, 665, 666, 706, 721, 723, 729, 773.
 LAFERRIÈRE, F., 56, 254, 272, 318, 374, 375,
 378, 384, 501, 507, 514, 515, 626, 641, 642,
 706, 709, 716, 717, 718, 773.
 LAFON, J., 773.
 LAGARDE, X., 480.
 LAGASSE, D., 573, 656.
 LAHMER, M., 773.
 LA HAYE: CORMENIN
 LAINÉ, 231.
 LALOUETTE, C.-J., 714, 773.
 LAMARQUE, J., 430.
 LAMBERT, E., 693.
 LAMOIGNON, 143.
 LONDON, P., 773.
 LANGE, R., 27.
 LANGROD, G., 773.
 LANZA, A., 159, 163, 164, 165, 167, 168, 169,
 170, 260, 266.
 LAPORTE, D., 131.
 LARNAUDE, F., 721.
 LAROQUE, P., 68.
 LASKI, H., 724.
 LATOURNERIE, M.-A., 318, 427, 543, 696, 730,
 733.
 LAUBADÈRE, A. DE, 50, 55, 216, 318, 366, 367,
 427, 430, 439, 445, 447, 470, 476, 503, 518,
 531, 615, 635, 646, 675, 708, 722, 730, 731,
 733, 773, 781.
 LAUDAN, L., 39.
 LAURENT, E., 173, 176, 178.

- LAURENT, F., 223, 283.
 LAVAL, 256.
 LAVAU, G., 508.
 LAVROFF, D. G., 774.
 LE BERRE, H., 480, 774.
 LE BRAS, G., 774.
 LE BRET, 74.
 LEBRETON, G., 774.
 LECLERCQ, 258.
 LEBRUN, CH.-F., 211, 256.
 LECOQ, P., 782.
 LECHALAS, G., 774.
 LE CHAPELIER, 130, 147.
 LEFEBURE, E., 774.
 LEFEVRE, G., 127.
 LEFEVRE, R. DE, 57, 123, 127, 239, 251, 772.
 LEFORT, C., 128.
 LEGAL, 413, 477, 487.
 LEGAZ LACAMBRA, L., 307.
 LEGENDRE, P., 63, 374, 774.
 LEIBNITZ, 35.
 LEMAIRE, S., 243, 756.
 LEMASURIER, J., 417.
 LEMIEUX, J.-P., 742.
 LE MOIGNE, J. L., 49.
 LENICA, F., 705.
 LENIN, V. I., 124.
 LENK, K., 82.
 LENTZ, T., 209.
 LE RAT DE MAGNITOT, A., 774.
 LERAY, E.-V., 774.
 LERMINIER, E., 706, 774.
 LETOURNEUR, M., 319, 774.
 LETTERON, R., 491.
 LEVASSEUR, 202.
 LEVRAT, N., 453.
 LEVY, D., 556.
 LEVY-LEBOYER, L., 127.
 LEVY-STRAUSS, C., 114.
 LICHERE, F., 431.
 LIÉNARD, A., 134.
 LINDET, 196.
 LLORENS, F., 431.
 LOCKE, J., 55, 63, 85, 86, 92, 93, 94, 98, 99, 100, 101, 102, 122, 148, 156, 170, 344, 689, 774.
 LOCKRE, J.-G., 774.
 LOEWENSTEIN, K., 285, 693, 774.
 LONG, M., 68, 182, 319, 320, 321, 322, 324, 325, 326, 327, 361, 367, 368, 369, 370, 372, 376, 393, 394, 412, 415, 417, 422, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 460, 461, 462, 466, 467, 468, 469, 473, 474, 476, 482, 485, 487, 496, 512, 520, 529, 532, 533, 534, 535, 538, 539, 540, 557, 558, 559, 561, 572, 573, 574, 576, 577, 578, 580, 581, 582, 587, 593, 594, 607, 617, 619, 620, 621, 634, 636, 638, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 655, 656, 658, 668, 669, 671, 672, 675, 677, 678, 681, 696, 699, 732, 774.
 LÓPEZ GUERRA, L., 692.
 LORD FILMER, 93.
 LOSCHAK, D., 342, 348, 467, 507, 636, 760, 775.
 LOVEJOY, A. O., 85.
 LOYSEL, 72.
 LOZANO, B., 69, 268, 701, 760, 762, 775.
 LUCAS DE LEYSSAC, C., 762, 775.
 LUCHAIRE, P., 264, 323, 337, 775.
 LUCHET, J., 460, 775.
 LUCKMANN, T., 50.
 LUIS, XIV, 72, 75, 375.
 LUIS XV, 71, 76.
 LUIS XVI, 142, 143, 149, 151, 501.
 LUIS XVIII, 225, 228, 229, 230, 421.
 LUIS FELIPE, 235.
 LUIS-NAPOLÉON, 235, 238, 242, 244.
 MAC-MAHON, 249.
 MACAREL, L. A., 232, 343, 362, 390, 397, 597, 658, 709, 711, 714, 718, 719, 720, 722, 775.
 MACÉRA, B.-F., 573.
 MACPHERSON, C. B., 92.
 MADISON, J., 108, 292, 690.
 MADIVAL, J., 173, 176, 178, 283.
 MADRANGES, E., 775.
 MAESTRE, A., 79.
 MAGNON, X., 704.
 MAINE, 739.
 MÁIZ, R., 124.
 MALESVILLE, G., 775.
 MANDOLFO, R., 114.
 MANIN, B., 151.
 MAQUIAVELO, 107.
 MARAT, 197.
 MARBURY, 292, 690.

- MARCOU, G., 456.
 MARITAIN, J., 256, 257.
 MARTIGNAC, 234.
 MARTIN, G., 760.
 MARTINAGE, R., 782.
 MARTINETTI, F., 776.
 MARTÍNEZ NEIRA, M., 714, 776.
 MARTÍN-RETORTILLO, S., 294, 312, 775.
 MARX, C., 128, 157, 248.
 MASSON, B., 323.
 MASSOT, J., 232, 414, 504, 510, 513, 542, 554,
 566, 597, 636, 677, 698, 776.
 MASSU, 263.
 MASTELLONE, S., 81.
 MATHIEU, B., 329, 563, 699.
 MATHIOT, A., 50, 55, 318, 366, 445, 635, 646,
 671, 722, 730, 731, 733, 774, 781.
 MATIEU, M., 612.
 MATTA, D., 776.
 MATTER, 443, 594.
 MATTERA, A., 435.
 MATTEUCCI, N., 278.
 MAUROIS, A., 145, 211.
 MAURRAS, CH., 251, 256.
 MAUS, 696.
 MAYER, O., 77, 275, 776.
 MAYEUR, J.-M., 776.
 MAZERES, J.-A., 307, 432.
 MCPHEE, P., 123, 133, 143, 204.
 MÉDICIS, M DE, 75.
 MEILLON, D., 476.
 MELENDO, T., 92.
 MELLERAY, F., 713, 776.
 MENART, G., 210.
 MENNA, D., 329.
 MENY, Y., 763.
 MERCIER, L. S., 81.
 MERIC, J., 774.
 MERKL, A. J., 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357,
 358, 359, 776.
 MERLIN DE DOUAI, Ph. A., 776.
 MESA LEOMPART, J., 248.
 MESCHERIAKOFF, A. S., 441, 536, 776.
 MESTRE, A., 78, 79, 81, 83, 85, 776.
 MESTRE, J. L., 63, 67, 69, 76, 77, 84, 128, 171, 172,
 177, 184, 212, 218, 228, 278, 365, 374, 459, 482,
 593, 604, 605, 606, 627, 629, 669, 776.
 MEYER, J., 353, 777.
 MIAILLE, M., 273.
 MICHELET, 121, 287.
 MICHOU, L., 710, 722, 724.
 MILANO, L., 340, 698.
 MILLAR, F., 72.
 MILLARD, E., 273, 307.
 MIQUEL, P., 247.
 MIRABEAU, 144, 145, 272, 400.
 MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., 110, 777.
 MIROIR, E. M., 758.
 MITARD, E., 325.
 MITTERRAND, F., 265.
 MOCKLE, D., 49.
 MODERNE, F., 322, 426, 491, 675, 678.
 MOHL, R. VON, 279.
 MOLFESSIS, N., 480.
 MOLLERAY, F., 600.
 MONNET, E., 401.
 MONNIER, F., 185, 194, 213, 374, 777.
 MONNIER, H., 189, 763, 785.
 MONNOT, 180, 207.
 MONTEILLET, I., 579.
 MONTESQUIEU, CH.-L., 36, 55, 63, 75, 80, 81,
 86, 92, 103, 104, 107, 108, 110, 122, 132, 135,
 136, 142, 170, 188, 189, 283, 285, 286, 724,
 777.
 MORABITO, M., 777.
 MORAND-DEVILLER, J., 777.
 MORANGE, J., 500, 701, 732, 777.
 MOREAU, J., 423, 484.
 MORNET, D., 86.
 MORRIS, CH. W., 93, 114,
 MORTATI, C., 309.
 MOSSET, 564.
 MOULY, CH., 480.
 MOUNIER, 144, 188, 192.
 MOURGEON, J., 508.
 MOUSNIER, R., 777.
 MUÑOZ MACHADO, S., 48, 299.
 MURAT, I., 238.
 MUSSOLINI, 256.
 NAPOLEÓN BONAPARTE, 87, 126, 134, 167, 196,
 198, 204, 209, 210, 211, 214, 215, 220, 222,
 223, 224, 225, 227, 228, 229, 230, 232, 246,
 247, 272, 374, 375, 384, 385, 505, 604, 605,
 606, 607.

- NAPOLEÓN III, 235, 238, 242, 247, 506.
 NECKER, J., 146, 244, 385.
 NEGRI, A., 145.
 NEGRIER, E., 699.
 NEGRIN, J.-P., 777.
 NEMO, Ph., 292.
 NEWTON, I., 34, 35, 103, 114.
 NEZARD, H., 764.
 NICOL, E., 95.
 NICOLET, C., 72.
 NICLOUD, F., 423, 455.
 NIETO, A., 777.
 NOAILLES, 148.
 NORA, P., 439, 750, 751.
 NOURRISON, P., 778.
 ODENT, R., 610, 778.
 OLIMPIA DE GOUGES, 151.
 OLIVÁN, A., 52, 778.
 OLIVIER-MARTIN, B., 74, 75, 778.
 OLLIVIER, A., 134.
 OPPETIT, B., 691.
 ORLEANS, 145, 234, 235, 248, 605, 606.
 ORSINI, 421.
 ORTEGA, L., 27, 772, 778.
 ORTIZ DÍAZ, J., 48.
 OZOUF, M., 86, 127, 151, 766.
 PACTEAU, B., 214, 232, 543, 552, 778.
 PAGES, J. P., 778.
 PAILLET, M., 761.
 PAINE, T., 153,
 PANIAGUA, J. M. R., 38, 83, 778.
 PANSEY, HENRION DE.
 PARADA, R., 400, 778.
 PAREJO, L., 31, 772, 778.
 PARODI, A., 778.
 PARSONS, T., 778.
 PASQUINO, P., 210, 779.
 PATAULT, A. M., 779.
 PAULIAT, H., 439, 440,
 PAXTON, R., 256.
 PECES-BARBA, G., 151.
 PEISER, G., 342, 399, 779.
 PELET DE LA LOZÈRE, J., 504, 779.
 PELLETIER, J., 779.
 PELLOUX, R., 779.
 PÉREZ LUÑO, A.-E., 83, 779.
 PÉREZ SERRANO, N., 88, 285.
 PERTUE, M., 127.
 PETAIN, 250, 252, 256, 257, 258.
 PETER, E., 122.
 PETIT, J., 421.
 PETIT, S., 579.
 PETIT DES ROCHETTES, 714.
 PEUCHET, J., 380.
 PEZOUS, 176.
 PFELLER, 692.
 PFERSMANN, O., 322.
 PFLIMLIN, 260, 263.
 PHILIP, L., 162, 328, 329, 330, 331, 332, 333,
 334, 335, 337, 456, 540, 551, 557, 562, 622,
 697, 700, 702, 705, 706, 765.
 PICHAT, 534, 714.
 PIERRO, A., 123.
 FIGUIER, Ch., 779.
 PINARD, 530.
 PINET, M., 56, 180.
 PINON, S., 722.
 PIO XI, 257.
 PISIER, E., 759, 779.
 PISIER-KOUCHNER, E., 391, 477, 728, 779.
 PLANHOL, X. DE, 123.
 PLATANIA, M., 135.
 PLATIÈRE, R. DE, 195.
 PLESSIX, B., 779.
 POCHARD, 679.
 POCOCK, J. G. A., 92.
 POIRMEUR, Y., 710.
 POISSON, J.-M., 779.
 POLIGNAC, 234.
 POMPIDOU, G., 265.
 PONTEIL, F., 384, 779.
 PONTIER, J. M., 362, 499, 500, 761, 779.
 PORTALIS, 174, 223, 236, 502.
 PORTIEZ DE L'OISE, 709, 779.
 POSADA, A., 52, 779.
 POSADA HERRERA, J., 52, 779.
 POTHIER, R.-J., 71, 779.
 POTIER DE LA VARDE, B., 237.
 POULANTZAS, N., 91.
 PRECHAL, S., 27.
 PRELOT, M., 697, 780.
 PRÉTOT, X., 556, 686.
 PRIEUR, 196.
 PRITCHETT, H., 101.

- PROUDHON, J.-B.-V., 718, 780.
 PUFENDORF, 36, 83.
 PUGET, H., 110.
 QUERMONNE, J.-L., 264, 759.
 QUESNAY, F., 82.
 QUESTIAUX, N., 758.
 QUIOT, G., 780.
 QUIRINY, B., 325.
 RADBRUCH, G., 273.
 RAINAUD, J.-M., 427.
 RAÏSSAC, G., 780.
 RANGEON, V. F., 362.
 RANKE, 285.
 RAU, C., 457.
 RAUX, J., 656.
 RAYNAUD, P., 278, 780.
 RAYNOUARD, M., 780.
 REALE, G., 34, 78, 92, 103, 780.
 REDOR, M.-J., 56, 53, 125, 247, 249, 250, 255,
 272, 275, 278, 279, 390, 412, 417, 458, 460,
 464, 465, 472, 482, 492, 493, 606, 643, 647,
 650, 658, 707, 719, 721, 780.
 REGNAULT, A., 780.
 REGOURD, S., 441.
 RENAUT, A., 133.
 RENOUX, T., 490, 765, 780.
 REVEL, J., 156.
 REY, J.-L., 568.
 REYNAUD, P., 59, 256.
 RIALS, S., 89, 151, 156, 229, 276, 278, 282, 289,
 741, 756, 780.
 RICCI, J.-C., 508, 515, 682, 762.
 RICHELIEU, 75.
 RICHER, L., 780.
 RICHET, D., 127.
 RICHIER, L., 758.
 RIDEAU, J., 611.
 RIEL, W. H., 84.
 RIPERT, G., 383.
 RIVERO, J., 50, 52, 55, 154, 155, 220, 232, 318,
 336, 365, 366, 370, 439, 441, 445, 470, 480,
 493, 506, 507, 512, 513, 517, 519, 635, 637,
 646, 683, 722, 727, 730, 731, 732, 733, 774,
 780, 781, 786.
 RIVET, 149, 444.
 RIZZI, L., 122.
 ROBERT, A., 781.
 ROBERT, H., 235.
 ROBERT, J., 781.
 ROBESPIERRE, M. DE, 128, 129, 131, 132, 134,
 135, 157, 195, 196, 197, 198, 203, 210, 378,
 380.
 ROBINEAU, Y., 781.
 ROCA ROCA, E., 300.
 ROCHE, D., 103.
 RODRIGUES, S., 453.
 RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., 781.
 RODRÍGUEZ-ARIAS, L., 307.
 ROEDERER, 213, 217, 385.
 ROGER-COLLARD, 237.
 ROLIN, T., 768.
 ROLLAND, L., 437, 439, 725, 729, 781.
 ROMANO, S., 294, 295, 296, 298, 302, 303, 304,
 305, 306, 308, 363, 364, 781.
 ROMIEU, 412, 466, 533, 555, 585, 675, 714.
 ROMME, CH. G., 196.
 ROMMEL, 258.
 RONDONNEAU, L., 781.
 ROSANVALLON, P., 81, 117, 128, 129, 198, 226,
 240, 396, 511, 781.
 ROSCHER, W., 83.
 ROUAULT, M.-CH., 781.
 ROUBAN, L., 384.
 ROUGET DE LISLE, 195.
 ROUSSEAU, D., 781.
 ROUSSEAU, J. J., 35, 55, 63, 80, 81, 83, 85, 86, 92,
 106, 113, 115, 117, 119, 120, 121, 122, 123,
 130, 135, 142, 148, 156, 170, 287, 288, 342.
 ROUSSELET, M., 781.
 ROUSSET, M., 782.
 ROUSSET, O., 782.
 ROUSSILLON, H., 698, 782.
 ROUSSO, H., 256.
 ROUVIERE, J., 560.
 ROUVILLOIS, F., 664.
 ROUX, A., 490.
 ROYER, J.-P., 376, 782.
 ROYER-COLLARD, 234, 709.
 RUBIO CARRACEDO, J., 36.
 RUBIO LLORENTE, F., 31, 341, 691, 697, 782.
 RUDÉ, G., 127.
 SABINE, G., 94, 103.
 SADOUN, M., 782.
 SAGNAC, Ph., 148.

- SAINT-ANDRÉ, 196.
 SAIN-JUST, L., 128, 134, 135, 136, 144, 145,
 146, 196, 197, 198, 202, 203, 291, 378, 380,
 381, 409, 457.
 SAINT SIMON, 121.
 SÁINZ DE ANDINO, 22.
 SÁINZ DE BUJANDA, F., 308.
 SALAN, 263.
 SALEILLE, R., 37.
 SÁNCHEZ AGESTA, L., 782.
 SANDEVOIR, P., 63, 177, 504, 782.
 SANTAMARÍA, J. A., 299, 782.
 SARABIA, A. A., 49.
 SARGOS, P., 700.
 SARKOZY, N., 265.
 SARTRE, J. P., 82.
 SAUTEL, G., 292, 378, 379, 380, 382, 770, 782.
 SAUVEL, R., 213.
 SAUVEL, T., 782.
 SAVATIER, R., 489.
 SAVIGNY, F. C., 37, 782.
 SAVIO, F., 579.
 SCARANO, J.-P., 540.
 SCELLE, G., 782.
 SCHAFF, A., 91.
 SCHAUB, M., 279.
 SCHEUNER, U., 688.
 SCHIERA, P., 782.
 SCHIMSEWITSCH, L., 223.
 SCHLIEBEN-LANGE, B., 131, 157.
 SCHMIDT-ASSMANN, E., 43, 46, 317, 342, 782.
 SCHMIDT, R., 313.
 SCHMITT, C., 87, 90, 91, 109, 344, 345, 694, 782.
 SCHOETTL, J.-E., 362, 624, 697, 701.
 SCHWARTZ, B., 690.
 SWARZE, J., 27.
 SCHWARTZENBERG, R.-G., 566.
 SCNAPPER, B., 75.
 SEIGNOBOS, CH.,
 SEILLER, B., 782.
 SERRE, 231.
 SERRIGNY, M., 657, 663, 711, 716, 719, 782.
 SPEZ, L., 52, 65, 783.
 SHACKLETON, R., 103,
 SICARD, G., 74, 75.
 SIEYÈS, E., 124, 144, 155, 159, 173, 176, 209,
 210, 212, 220, 273, 399, 694.
 SIREY, J. B., 208, 233, 389, 390, 503, 524, 525,
 657, 714, 783.
 SIRINELLI, J.-F., 74, 75, 76, 128, 150, 256.
 SKINNER, Q., 783.
 SOBOUL, A., 83, 127, 149, 151, 783.
 SÖDERMAN, J., 43, 739.
 SOLÉ, J., 127.
 SOLEIL, S., 382.
 SOREL, A., 222.
 SOSA WAGNER, F., 48, 783.
 SOULT, 235.
 SPITZ, J.-F., 94.
 STAHL, J.-H., 275, 321, 344, 477, 680, 776.
 STEIN, E., 783.
 STERN, D., 235.
 STIRN, B., 276, 700, 768, 783.
 STOLLEIS, M., 783.
 STRAUSS, L., 94, 287.
 SUDRE, F., 57.
 SUTHERLAND, D. M. G., 127.
 TALLEYRAND, 147, 209.
 TALLIEN, 203.
 TANGUY, Y., 308.
 TARDE, G., 749.
 TARGET, 283.
 TATCHER, M., 454.
 TAVERNIER, P., 611.
 TEBOUL, G., 710.
 TEISSIER, P., 105, 517, 532, 714, 737.
 TERNEYRE, Ph., 426, 783.
 TERRÉ, F., 697, 700.
 TESOKA, L., 323.
 TEUBNER, G., 757.
 TEYSSIER, A., 754.
 THEIMER, W., 94, 103.
 THEIS, L, 342, 783.
 THÉNAULT, S., 371.
 THIBAudeau, 165, 202.
 THIERS, 235, 247, 248, 249.
 THOMANN, M., 114, 151.
 THOMASius, 83.
 THOMSON, D., 94, 103.
 THOURET, J.-G., 147, 173, 175, 176, 178, 380,
 399, 501, 694, 783.
 THUILLIER, G., 378, 783, 784.
 THUOT, J.-F., 783.
 THURIOT, 203.

- TIBERGHEN, F., 547.
 TIERNO GALVÁN, E., 114.
 "TIMON": CORMENIN.
 TIMSIT, G., 783.
 TISSOT, P., 720, 784.
 TOCQUEVILLE, A. DE, 51, 53, 73, 86, 87, 11, 121, 167, 170, 171, 172, 173, 375, 784.
 TOLMAN, 133.
 TOMKIEWICZ, V., 638.
 TORNÉ, P.-A., 288.
 TOUCHARD, J., 82, 88, 89, 94, 103, 108, 391, 784.
 TRIANTAFYLLOU, D., 322.
 TRIDIMAS, T., 27.
 TRISTAN DE MONTHOLON, CH. F., 222.
 TROCHOU, 247,
 TROLLEY, A., 521, 784.
 TROPER, M., 1451, 153, 154, 188, 278, 280, 690, 698, 784.
 TRUCHET, D., 421, 541, 778, 781.
 TSEVAS, D., 784.
 TULARD, J., 123, 127, 754, 783, 784.
 TURPIN, D., 784.
 ULPIANO, 72.
 VALEMOIS, A., 323.
 VALLET DE GOYTISOLO, J., 103, 308.
 VALY, A., 480.
 VAM RYMBEKE, 420.
 VANDAMME, J., 453.
 VANDELLI, L., 400.
 VANDERMEEREN, R., 543, 568.
 VARDI, L., 149.
 VATOUR, 597.
 VATTEL, E. DE, 278.
 VECCHIO, G. DEL, 740, 762.
 VEDEL, G., 50, 52, 55, 57, 104, 154, 169, 177, 286, 288, 318, 336, 347, 366, 430, 438, 441, 445, 470, 532, 615, 635, 638, 646, 697, 698, 713, 722, 730, 731, 733, 734, 735, 736, 774, 781, 784.
 VELLAY, C., 134, 378.
 VELLE, S., 183, 268, 540, 785.
 VENEZIA, J.-C., 431, 615, 646, 774, 785.
 VENNEGUES, B., 785.
 VENTRE-DENIS, M., 709, 785.
 VERLAQUE, R., 74.
 VERNIÈRE, P., 103.
 VERPEAUX, B., 169, 622.
 VERPEAUX, M., 212, 695, 696, 785.
 VERPEAUX, O., 329, 612, 699, 755.
 VEUILLOT, 242.
 VICENS VIVES, J., 123.
 VICENT, P., 322.
 VIDAL, R., 666.
 VIEHWEG, T., 314.
 VIGUIER, J., 785.
 VILLARD, P., 785.
 VILLAR EZCURRA, J. L., 785.
 VILLAR PALASÍ, J. L., 785.
 VILLÉLE, 234.
 VILLEY, M., 40, 83, 785.
 VIMBERT, C., 785.
 VINCENSINI, J. J., 271.
 VIRALLY, M., 609.
 VIVIEN, A., 168, 286, 327, 348, 382, 390, 398, 505, 520, 557, 597, 598, 720, 785.
 VOGEL, Ph., 785.
 VOISINS, G., 76.
 VOLTAIRE, 80, 92.
 VON STEIN, L., 235.
 VOVELLE, M., 127, 128, 785.
 VUILLEFROY, CH.-A. DE, 785.
 VV.AA., 543.
 WACHSMANN, P., 154, 580.
 WALDECK-ROUSSEAU, 391, 422, 564.
 WALINE, J., 232, 416, 439, 781.
 WALINE, M., 279, 441, 470, 493, 720, 722, 732, 733, 785.
 WALON, 249, 257.
 WARESQUEL, E. DE, 234.
 WATERLOT, G., 122.
 WEBER, E., 256.
 WEIL, P., 64, 68, 182, 281, 319, 320, 321, 322, 324, 325, 326, 327, 361, 366, 367, 368, 369, 370, 372, 376, 393, 394, 412, 415, 417, 422, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 460, 461, 462, 466, 467, 468, 469, 473, 474, 476, 482, 485, 487, 496, 507, 512, 520, 529, 532, 533, 534, 535, 538, 539, 540, 557, 558, 559, 561, 572, 573, 574, 576, 577, 578, 580, 581, 582, 587, 593, 594, 607, 617, 619, 620, 621, 634, 636, 638, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 655, 656, 658, 668, 669, 671, 672, 675, 678, 681, 696, 699, 712, 732, 737, 738, 774, 786.

- WEINBERGER, O., 298.
WERNER, 691.
WEYGAND, 256.
WIENER, C., 758.
WILSON, 250.
WINDDERSHOVEN, R., 27.
WINOCK, M., 247, 248.
WOEHLING, J.-M., 441.
WOLFF, H. J., 36, 83.
- WORMS, R., 319, 401, 492, 511, 786.
WRIGHT, V., 786.
YOLTON, J. S., 94.
YSMAL, C., 264.
YVERT, B., 234, 786.
ZAGREBELSKY, G., 41, 277, 293, 786.
ZANOBINI, G., 786.
ZUBIRI, X., 51, 786