

INSTITUCION UNIVERSITARIA
SERGIO ARBOLEDA

SEGUNDA EDICION

Serie Major - 2

JORGE VÉLEZ GARCÍA

LOS DOS SISTEMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Ensayo de Derecho Público Comparado



¶ Del atemplamento de las le-
yes. de todos los criados e de
los malos defectos. ¶



como el rei manda
los mezes q se han
de ser en el estado

unio.

¶ Que ningi omne
q a en la poder. den lugar
da el pueblo q lo no agime
de deshecho. ni de defectos. ni
de otras laudes q se han en el
estado.

Santafé de Bogotá D.C., 1996

CAPÍTULO I

DE CÓMO SE FORMÓ Y QUÉ ES EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. La materia examinada.

Funcional y objetivamente el Derecho Administrativo es una institución francesa. En términos generales puede decirse que su esencia radica, desde el punto de vista funcional, en la creación y puesta en marcha de una jurisdicción especial que conoce y resuelve las controversias entre la administración y los administrados. Sus tribunales, o mejor sus jueces, han creado en Francia, por vía pretoriana o jurisprudencial, el conjunto de principios, normas y reglas que objetivamente se conoce como *Derecho Administrativo*.

En Inglaterra, en cambio, todas las controversias, ya se trate de las que surjan entre los particulares, o las suscitadas entre estos y la administración, se ventilan y deciden ante los jueces comunes, con aplicación de las leyes comunes (Common Law) o de las leyes estatutarias dictadas por el Parlamento. Este sistema, enteramente contrapuesto al francés, es el llamado de la *Rule of Law*, o de la universalidad de la ley o "regla de ley" que aplican por igual los

jueces comunes de los tribunales ordinarios tanto a las personas privadas como a la Corona en los conflictos de esas personas entre sí o con la administración de la Corona, y ha originado también un derecho administrativo particular ("Administrative Law") cuyas características peculiares se examinarán luego.

2. Razón de ser del Derecho Administrativo.

Al referirnos al Derecho Administrativo estamos aludiendo naturalmente al "Droit Administratif" francés, de cuya etiología política y jurídica vamos a tratar brevemente para una mejor comprensión del tema que nos ocupa.

Cuando los constituyentes franceses de 1791, en plena Revolución, adoptaron la fórmula de que los tribunales no pueden "emprender funciones administrativas o citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones" (art. 30, Cap. V de la Constitución de dicho año) 1/, tal receta no provenía de un prejuicio antijudicial gratuito, ni tampoco nacía por intuición, ni emanaba espontáneamente de su caletre legiferante. La experiencia de más de cuatro centurias explica y justifica la norma. Una de las más tenaces luchas entre los Estados Generales, la Monarquía y las Asambleas de notables, por una parte, y los jueces, por otra, se venía librando en la Francia medieval y renacentista: la ley sólo era aplicable mediante una especie de sanción judicial, consistente en el "registro" de su texto por los Parlamentos (que consistían en cortes o tribunales de justicia, por lo cual este nombre aquí carece de su usual significación parlamentaria o legislativa), requisito sin el cual el reglamento real carecía de toda validez, es decir, era nulo, o por lo menos ineficaz. 1a/.

3. Breve historia de un gran conflicto.

Si nos remontamos al siglo que antecede a la Revolución francesa, esta situación de llave o espita judicial puede describirse brevemente así: los cargos judiciales son una especie de propiedad

privada de los jueces, pues estos los compran, los venden y los heredan de padres a hijos. Este raro capricho de un derecho público que para algunos mal puede ser tal cosa, crea una independencia casi absoluta de la burocracia judicial frente a la monarquía y frente a toda otra corporación u órgano del reino. Ni el rey, ni los consejeros reales, ni cualquier otra jerarquía puede separar de su cargo a ningún juez del país; todos los jueces y magistrados o miembros de los parlamentos no sólo escapan a las determinaciones de otras voluntades de rango jerárquico igual o superior, sino que, para mayor estabilidad y prepotencia, su oficio ha sido elevado a la categoría de "orden nobiliaria", y en el seno de ésta se han albergado y hecho inexpugnables muchos titulares de privilegios feudales y señoriales intocables. He aquí la llamada "nobleza de toga".

Un conocedor en detalle de esta historia, el escritor Pierre Gaxotte, nos la sintetiza en estos o parecidos términos: El rey, con el auxilio de su Consejo, dicta las leyes y los reglamentos reales. Pero a los parlamentos corresponde aplicarlos en el juzgamiento de los litigios, y en la sanción de las contravenciones y los delitos. Los ministros del Consejo real tienen la obligación de comunicar solemnemente las disposiciones reales a los parlamentos, con el fin de que las registren.

Después de numerosos avatares y contradicciones entre la monarquía y los parlamentos en materia del registro a que se sometía la legislación regia, el rey Luis XIV, en cuyo reinado la monarquía llega a su cenit, había logrado con su ilimitado sentido del poder ("L'Etat c'est moi"), que el registro se redujera a la transcripción obediente de los textos legales; pero muerto el gran rey, la imprudencia del regente sucesor restituye a los parlamentos el derecho de objetar, oponer reparos o simplemente criticar los decretos que se les envían para su registro, y aun la facultad de pedir su anulación, la cual se entiende pura y simplemente planteada por la sola resistencia a sentar la copia de ellos. En un principio esta resistencia podía ser vencida por el monarca, quien tenía el derecho de disponer directamente el registro ante una sesión solemne de la Cámara de Justicia; empero, como todo poder

es creciente y toda potestad tiende a ser absoluta, los parlamentos a la postre se las arreglaron para no obedecer ni aplicar la ley que ellos mismos no hubieren copiado en sus registros 2/.

Gaxotte relata de la siguiente forma las causas que respaldaban la rebeldía de los jueces: " Muy ricos, propietarios de sus cargos, como hoy lo son los notarios, por ejemplo, emparentados con las familias más linajudas, sólidamente unidos entre sí por lazos de parentesco y de interés, sucediéndose en los cargos de padres a hijos o de tíos a sobrinos, dominando de muy alto a las jurisdicciones inferiores, arrastrando tras de sí a la multitud inmensa de los agentes de la curia, proclamaban la huelga de la justicia en todas sus categorías, aterrorizaban y amotinaban a los litigantes, paralizaban el curso de los asuntos privados y públicos, y con deliberaciones y decretos demagógicos, promulgados y difundidos rápidamente apelaban sin pudor a las pasiones populares más bajas e irreflexivas." 3/

Los parlamentos representaban, pues, los intereses de la clase privilegiada. Eran, por así decirlo, una pieza clave de sus mismos cuadros. Estaban incrustados en el rango de la nobleza, así la mayoría de las veces sus miembros hubieran llegado a él no por la sangre, sino surgiendo desde abajo, especialmente del seno de una mesocracia intrigante pero eficaz, sedienta de poder, y, a la postre, ennoblecida por obra de sus propios méritos. No resulta extraño, entonces, que la lucha entre los parlamentos y la administración se concentrara frecuentemente sobre aquellos decretos del Consejo real que implicaban reformas fiscales que de alguna manera afectaban la bolsa de los nobles o de los miembros de una naciente aunque ya próspera burguesía, de la cual también se nutría en gran medida esa burocracia ennoblecida u "ordenada" que constituía la alta judicatura.

4. La injusticia de los gravámenes.

Lo anterior explica que el sistema de recaudación de impuestos fuera una carga que pesara de manera casi exclusiva, y en todo caso de forma más gravosa, sobre el "tercer estado", o sea sobre el pueblo.

La exención total del principal impuesto que era el de capitación no sólo beneficiaba a las dos clases superiores, la nobleza y el clero, sino que los ciudadanos ricos podían también obtener la exención total o parcial, mediante la compra de empleos. Eludirlos era un signo de distinción, ha dicho H. O. Higgins. Muchos sectores de la burocracia, personajes de los medios financieros, miembros o empleados de las Universidades, trataron de aumentar su prestigio consiguiendo la exención. Sin embargo, a la par que disminuía el número de contribuyentes, aumentaba la suma total recaudada por el impuesto de capitación, lo cual, si los de arriba se hacían excluir de su pago, ya está señalando a costa de quienes se efectuaba el recaudo. El tipo del impuesto se fijaba arbitrariamente y su aplicación quedaba al capricho de los recaudadores. A menudo se calculaba con arreglo a los signos exteriores y al modo general de vida y del medio aparente; a estas condiciones se debió el freno evidente para la creación de nueva riqueza y para el aumento de comodidades. La distribución injusta de impuestos era el problema clave de Francia; los cincuenta *Fermiers Généraux* -arrendatarios de los impuestos indirectos-, eran más temidos que los treinta *Intendants*. El arrendamiento de los impuestos al mejor postor conducía necesariamente a una inusitada crueldad en la recaudación y a la explotación del pueblo" 4/. Era apenas natural que en tanto la aristocracia y los parlamentos fueran los campeones de los derechos feudales y defendieran empecinadamente sus seculares privilegios, muchas de las reformas intentadas encallaran en la mesa de los jueces.

5. Conatos de enmienda.

En la última mitad del siglo dieciocho, durante el reinado de Luis XV, el canciller Maupeou, en completo acuerdo con el monarca y con el ministro Turgot, se atrevió a ponerle coto a esa situación. En 1771 llevó a cabo una reforma que cercenaba el poder de veto a la legislación que venían ejerciendo los parlamentos, reducidos desde entonces a simples cortes ordinarias sin la prerrogativa de atajar la vigencia y aplicación de las leyes. La medida fue jubilosamente recibida por más de media Francia, incluidos algunos " filósofo-

phes" de la "Ilustration", profundamente influidos por las instituciones inglesas. Se sabe que estos, desde Bayle a Voltaire y Diderot, se oponían a la resistencia de los Tribunales. Antes que Montesquieu, ya Voltaire había hecho en su obra *Lettres sur les Anglais* la primera exposición detenida y certera sobre la doctrina de Locke, a la par que realizado el contrapunto entre el pragmatismo inglés y el racionalismo cartesiano francés. En general, las críticas contenidas en dicha obra son el punto de arranque de la lucha contra el absolutismo, contra los privilegios de la aristocracia, y, en fin, contra la estupidez que envuelve toda aspiración insensata de poder, o todo abuso de éste. El propio Montesquieu, quien a temprana edad, y por herencia recibida de un tío suyo, había llegado a presidir el Parlamento de Burdeos, de donde era oriundo, hubo de renunciar muy pronto a esa envidiable preminencia, para, en cierta forma, dedicarse a poner en su sitio a los jueces, aunque continuó estimando que por muchos aspectos los parlamentos eran baluartes de la libertad y freno al despotismo, indeleble rezago en él de su fidelidad de clase y su lealtad a la corporación profesional de la cual había salido. 4a/.

6. Los Funcionarios de la Monarquía.

¿Cuál era la relación del funcionario público con la Administración, o mejor su posición frente a ésta? En 1784, a un lustro escaso de la revolución, *L'Encyclopédie d'Economie Politique* da a la palabra "Administración" la acepción general de gobierno y de gestión de negocios del Estado; y agrega: "esta palabra se aplica de una manera especial al gobierno interior de los Estados, y, cuando se habla de administración en términos absolutos, se designa la administración de la cosa pública, lo que es realmente la administración por excelencia". En documentos de la época ya se contraponía la "vía de la justicia" a lo que es la "vía de la administración", e igualmente se aludía a la "administración mayor", para referirse a los asuntos del gobierno a diferencia de las cosas de la administración propiamente tal, esta última comprendida dentro del concepto general de *Policía*. Las distinciones advertidas no ofrecían mucha

relevancia en el antiguo régimen. Quedaban anuladas por el dogma fundamental de la soberanía monárquica que postulaba la atracción o reunión de todos los poderes en manos del rey.

El dogma del absolutismo real incide obviamente sobre la determinación y ejercicio de los poderes administrativos. En primer término, cabe destacar que la soberanía absoluta del monarca implica que el poder administrativo, como todos los poderes, pertenece al rey, y sólo al rey. El rey es, por así decirlo, la fuente de donde emana el poder de Policía (asimilado en varios países de la Europa medieval a la administración); es la fuente de la justicia (*fons omnis justitiae*), y, desde luego, las ordenanzas y demás disposiciones regias constituyen la legislación. Los poderes del soberano son delegables y de hecho se delegan. Pero, por lo que corresponde a la administración, no se trata de una delegación pura y simple. El administrador no posee otra autoridad que la que el rey le delegue, ni la ejerce por más tiempo que aquél que la voluntad regia le fija, y, aun habiéndoselo fijado, hasta el momento - cualquier momento-, en que esa voluntad omnimoda resuelve recobrar sus poderes. El rey puede "evocar" para su conocimiento el negocio que le plazca. Es por tanto al monarca a quien le corresponde repartir, en forma sumamente deleznable y movediza, las competencias por delegación. Es por tanto el rey, fuente de la competencia. Esta se hace radicar en dos clases de titulares: los funcionarios propietarios del cargo, por haberlo comprado, y los "commissaires", a quienes el rey les encarga una misión especial, revocable en cualquier momento. Mientras la competencia de los primeros es fijada por la costumbre y por ordenanzas reales, determinantes de una situación estatutaria que enmarca el oficio o la función independientemente de la persona del funcionario que la ejerce, la de los segundos es incierta, caprichosamente esbozada en las "lettres de commission", entregadas al comisario en el momento de su nombramiento.

En resumen, la fuente de toda función pública, de todo poder administrativo, de toda competencia, emana de la voluntad del monarca.

Dada esta situación, la actitud contestataria de los Parlamentos frente a los agentes administrativos revela un trasfondo de lucha contra la monarquía absoluta. En los funcionarios propietarios del cargo y en los comisarios del rey veían los jueces un blanco propicio en quienes descargar su sentimiento antimonárquico. Por este aspecto el gremio judicial era mirado en muchos círculos como una barricada contra el despotismo. Algunos jueces y magistrados adquirieron estatura de próceres nacionales. Empero, como ya se ha visto, esta actitud de la judicatura no era pura y neutra; estaba profundamente contaminada por los intereses de la "aristocracia de toga", iguales a los que defendía la aristocracia "in genere" emplazada en los dos "estados" superiores, la nobleza y el clero, que por encima y junto con el "tercer estado", o sea el pueblo, componían el retablo de la sociedad francesa en el "ancien régime".

7. Relaciones entre el súbdito y la autoridad administrativa.

A decir verdad, la situación del súbdito frente a la Administración nunca fue en Francia tan apurada como los rigores del régimen absolutista permitirían suponer. Aunque antes del siglo dieciseis abundan los rechazos y las formularias respuestas de corte lacónico ("Il n'y a pas leu", los famosos autos "à fin de non recevoir" etc.), dadas a las peticiones, reclamos y demás querellas de solicitantes, merodeadores y agraviados de toda laya, más tarde los oídos de las Cancillerías reales se hacen menos sordos y las puertas de los Consejos áulicos dejan de darles en las narices a los súbditos. Hay dos clases de estos: los que gozan de privilegios y los administrados corrientes. Sin embargo, nadie podría pensar que a las personas durante aquella época se les reconocieran las libertades, los derechos individuales y las garantías sociales que hoy consagran las constituciones de los países civilizados. El acopio de esos gajes jurídicos fue obra de filósofos, enciclopedistas, iluministas y revolucionarios, principalmente franceses, del siglo dieciocho.

Desposeído de esos derechos y de esas libertades personales, el administrado podía exigir el cumplimiento de los "privilegios" que

les hubiere concedido la administración a las corporaciones, órdenes o ciudades a que perteneciera el individuo. Si éste, por tanto, resultaba lesionado en sus privilegios por una decisión administrativa, podía oponerse a ella y resistirla ya ante una jurisdicción delegada, un Parlamento por ejemplo, ya ante el Consejo del Rey. La oposición procedía no sólo contra la resolución expedida por un agente del rey, sino también contra una medida del propio monarca, pero con la condición de que hubiera sido tomada a petición de parte; las determinaciones reales adoptadas por el monarca "motu proprio", o sea surgidas de su propia iniciativa, eran inatacables.

En cambio, ¿cuál era la situación del súbdito corriente, desposeído de todo privilegio? Si efectivamente durante la edad media carecía de protección, a partir del siglo dieciseis se diseña un esquema de justicia contencioso administrativa que constituye el antecedente histórico del sistema actual. En sus orígenes fue muy simple aquel esquema: todo súbdito del Rey, de cualquier condición social, tiene derecho a recurrir directamente ante el monarca, elevando solicitudes o formulando quejas; esto es, tiene derecho a presentar *Requêtes* (demandas) ante el soberano. El Rey examina el pedimento en su Consejo y resuelve conjuntamente con éste. Como era de esperarse, dada la proliferación de "requêtes", el Consejo del Rey se ve en la necesidad de constituir varias comisiones de consejeros especializados, lo que da origen a un Consejo de Estado "privado", Finanzas y Dirección, que exhibe todas las trazas de cuerpo contencioso. Es el Consejo de Estado y Dirección el que conoce y resuelve durante el antiguo régimen todas las contenciones administrativas. Su función consistía esencialmente en establecer la conformidad de las decisiones administrativas con las ordenanzas reales, ratificándolas o anulándolas según se ajustaran o no a esta superior legislación. Aquí surge el embrión del control de legalidad y del recurso por exceso de poder. No puede, con todo, decirse que tal control y recurso aparezcan desde entonces con sus perfiles actuales, porque la resolución de la demanda no sólo era materia de puro derecho: dependía ante todo del *bon plaisir royal*, vale decir del gusto o capricho del soberano.

4b/.

8. La Lucha entre Parlamentos y Administradores.

No se detenía la acción obstruccionista de los parlamentos en la renuencia al registro de las leyes. Iba aun más lejos: era constante su hostilidad frente a los intendentes, agentes ejecutores de la política y realizadores materiales de la administración, detentadores además de algunas funciones jurisdiccionales respecto de sus empleados subalternos y en relación con los demás administrados. Las resoluciones de dichos agentes eran invalidadas por los parlamentos en las distintas provincias del país; aún más: celosos de la reducida actividad judicial que aun les quedaba a los intendentes, los parlamentos llegaron hasta el extremo de prohibir a los funcionarios inferiores someterse a la competencia y obedecer las determinaciones de aquéllos. Los litigios surgidos de esta confrontación debían ser resueltos, en última instancia, por el Consejo Real que fungía de Tribunal supremo de todas las jurisdicciones. Llegó a tornarse tan áspera la intervención de los jueces parlamentarios en las operaciones jurídicas y materiales de la administración activa, que muchos intendentes vieron paralizadas las obras públicas emprendidas con la debida autorización superior, por la abusiva determinación de los jueces.

Poco tiempo después de su coronación, el rey Luis XVI, poniendo en práctica su espíritu de tolerancia y para congraciarse con aquellas corrientes que venían poniéndole palos al carro de la monarquía, ante las primeras dificultades incurrió en el desatino de convocar a los parlamentos, lo que en cierta forma significaba restaurar a plenitud todos sus fueros, medida en la cual ven muchos historiadores el golpe de gracia al régimen monárquico y la verdadera apertura de una vía franca hacia la revolución. "Las grandes togas volvieron triunfalmete, entre manifestaciones; y para celebrar su victoria, dirigieron al rey advertencias despectivas, que eran la negación absoluta de su autoridad" 5/. Se ha considerado un absurdo proclamar una política de progreso y comenzar por convocar a los enemigos de ésta para adelantarla; querer hacer reformas y poner su hechura en manos de quienes no quieren reformarse; "esperar la obediencia premiando la rebelión". Resultaba evidente que "La pretensión de restaurar la Monarquía patriar-

cal, con sus grandes corporaciones equilibradas, su nobleza autónoma y sus jueces independientes la habían condenado a la impotencia y a la anarquía" 6/.

9. El fracaso de las reformas y el triunfo de la Revolución.

La reviviscencia del poder de los parlamentos es la causa a la cual se le atribuye que el período prerrevolucionario esté repleto de proyectos de reforma abortados, promesas incumplidas, transformaciones paradas a mitad del camino. Todo intento de cambio era vetado; pero, claro está, el veto de los togados se ensañó especialmente sobre las iniciativas de reforma tributaria, en ese entonces vitales para igualar las cargas de los gravámenes que duramente seguían pesando sobre las espaldas del pueblo, como también para enjugar un enorme déficit fiscal que amenazaba desembocar en la bancarrota del gobierno. "Frenado por los amos que él mismo se había buscado", el rey optó por reunir una Asamblea de Notables; oída que fue por estos la situación calamitosa del reino expuesta por los ministros de la corona, en connivencia con los magistrados de los parlamentos pidieron la convocatoria de los Estados Generales, en cuyo seno, como es sabido, habría de fraguarse la Revolución. Los prolegómenos que la anteceden, abundantemente documentados en textos fidedignos, dan cuenta de que en dicha Asamblea, ante la insistencia del monarca, los parlamentos aceptaron las medidas más populares, como la libre circulación del trigo, para congraciarse con el pueblo; pero cuando le tocó el turno al primer edicto que creaba una nueva tasa, como la medida afectaba los ingresos de la nobleza, los magistrados la rechazaron insistiendo en que sólo la Nación, reunida en los *Etats Généraux*, podría adoptar las medidas sobre elevación de los impuestos.

10. La dicotomía entre la justicia judicial y la justicia administrativa.

La conducta reaccionaria de los parlamentos del *ancien régime* naturalmente se atraía las iras de la opinión. El escape de la animadversión pública desembocó, como antes se dijo, primero en la ley de 16-24 de agosto de 1790, en la cual se estableció que "las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas" (art. 13 del Título III), y luego en el texto constitucional de la primera Carta de 1791, el cual, con modificaciones irrelevantes, ha perdurado en algunas de las posteriores constituciones de Francia. Antes de adoptarlo, varios constituyentes habían señalado con insistencia la necesidad de ponerle fin al mangoneo parlamentario; Thouret, uno de aquéllos, había escrito: "Rival del poder administrativo, el poder judicial perturbaba sus operaciones, detenía su actividad e inquietaba a sus agentes".

Sin embargo, como muchos han observado, si bien "se impedía a los jueces administrar, no se impedía a los administradores juzgar" 7/. En general, los agentes administrativos, como antes se vio respecto de los intendentes, poseían cierta capacidad jurisdiccional para juzgar tanto a los empleados subalternos, como para conocer y decidir controversias surgidas, en razón de sus actos, con las personas privadas. En efecto, suponiendo que un individuo se sintiera injustamente afectado por lo que él considerara una conducta ilegítima o una mala actuación de un órgano o agente administrativo, sólo ante éste podía elevar su querrela, y no ante la justicia judicial, cuya intervención en la actividad de los administradores fue definitivamente prohibida. De esta forma la administración había quedado instituida en su propio juez. Este sistema fue llamado de "la justicia retenida", y alcanza su perfil más conspicuo durante el primer consulado de Napoleón, quien confirma el principio de la no injerencia de los tribunales en la actividad administrativa y al mismo tiempo crea un cuerpo de asesores (ostensible sucesor del *Conceil du Roi* y germen del Consejo de Estado francés), destinado a la tarea de proponerle al mismo primer cónsul las soluciones que fuera adecuado darles a los conflictos

contenciosos de carácter administrativo. En todo caso, es el primer cónsul el que resuelve la cuestión o dirime el conflicto. Además, surge una confusión en cuanto al carácter en que actúa: si como administrador al despachar materias administrativas y expedir directivas de esta clase, o como juez al zanjar contenciones suscitadas entre los ciudadanos y la administración.

No están de acuerdo los que se han ocupado del tema sobre el momento en que el Consejo de Estado francés pierde su carácter ambiguo (de asesor en cuestiones de administración pública y de proyectista de sentencias contencioso administrativas), y se convierte en una verdadera jurisdicción, es decir en un tribunal con competencia o autoridad legal propia, dirimente de las controversias de naturaleza administrativa. 7a/. Creado por el artículo 52 de la Constitución del año VIII (1800) a semejanza del Consejo del rey en el *Ancien régime*, del cual se reputa sucesor, actúa en el triple campo de la legislación, administración y jurisdicción, redactando códigos, asesorando al ejecutivo en temas de la administración y preparando resoluciones en los conflictos de la última. Desde 1806 un comité de su seno se especializa en la solución de litigios administrativos por vía únicamente preparatoria; se torna en organismo rutinario y de segunda categoría durante la restauración monárquica, aunque conforme a la reorganización a que es sometido en 1831 nadie osa discutirle su doble carácter consultivo y jurisdiccional dentro de un sistema de "justicia retenida".

El Consejo de Estado fue sin duda la pieza maestra durante el Segundo Imperio, no empece al reproche que a dicha institución le hizo en cierta oportunidad Napoleón III. "El Consejo de Estado -le decía el emperador a Darimont-, incluye ciertamente a una multitud de hombres esclarecidos, pero las reformas los aterran. Siempre esgrimen algún texto legal que oponer a mis planes" 8/.

Erigido a la sazón en una especie de tercera asamblea del cuerpo legislativo, el Consejo de Estado tórnase en núcleo focal de la actividad administrativa de Francia; cumple además la función de asesoramiento y consejo ante el poder ejecutivo junto con la preparación de los textos legislativos, sin que por ello pierda su carácter de tribunal de lo contencioso administrativo, aunque ejerciendo en este caso la tarea puramente proyectista de la

"justicia retenida". Sus 40 o 50 miembros son funcionarios nombrados y removidos por el jefe del gobierno. Sus funciones principales consisten en sustentar ante las otras dos asambleas del cuerpo legislativo los proyectos de ley preparados por ellos mismos; aconsejar oficiosamente a los legisladores sobre la procedencia y el alcance de las reformas legales; interpretar por reglamento de la administración pública las leyes; preparar los proyectos de sentencia sometidos al emperador en los litigios contencioso administrativos; controlar a los prefectos, a quienes instruyen y les supervisan su actividad, etc. etc. En síntesis, no sólo son un cuerpo de meditación reposada, sino el núcleo de acción y el foco de irradiación administrativa más dinámico del Estado.

Temporariamente suspendido después de la caída del Segundo Imperio, la ley de 24 de mayo de 1872 lo restaura y le delega la justicia administrativa. Este es para muchos el momento de su erección como tribunal supremo francés de lo contencioso administrativo, y es desde entonces cuando empieza propiamente su notable elaboración pretoriana, es decir la producción de las grandes decisiones jurisprudenciales que han configurado objetivamente el *Droit Administratif* francés. Es este el periodo de la "justicia delegada" distinta de la "justicia retenida", pues ya la administración no se juzga a sí misma, sino que debe someter, por mandato de la ley, los conflictos en que sea parte al conocimiento y decisión de un juez independiente. Como anota Waline, el surgimiento de esta jurisdicción independiente se desenvuelve en dos fases: la revolucionaria, consistente en prohibir a los jueces ordinarios conocer los procesos administrativos, y la que podría denominarse postnapoleónica que se desarrolla lentamente hasta culminar en la prohibición a la administración de juzgar sus actos y decidir sus propios procesos.

"Impedir a los tribunales juzgar los procesos que interesan a la administración, e impedir a ésta juzgar sus propias causas, podía parecer la cuadratura del círculo. Sin embargo el derecho francés ha resuelto muy elegantemente el problema mediante la creación de dos órdenes de jurisdicción, es decir de dos sistemas de tribunales subordinados a dos Cortes supremas diferentes: la jurisdicción judicial y la jurisdicción administrativa. Esta última es, en efecto,

distinta a la vez del orden judicial y de la administración propiamente dicha, que se llama, en el lenguaje jurídico, **la administración activa.**" 9/.

11. El "Droit Administratif", efecto de varias causas.

Se afirma, no sin razón, que el "Droit Administratif" es una creación jurisprudencial del Consejo de Estado francés. Sin embargo, tal resultado no puede atribuirse exclusivamente a la sabiduría e inventiva de los grandes juristas que lo han integrado en el curso de su fecunda existencia. Ciertamente dicha entidad, considerada "una cámara de reflexión a la francesa", heredera directa del Gran Consejo real de la monarquía, repunta en el año VIII en calidad de cuerpo deliberante adscrito al poder ejecutivo, aplicado a preparar las leyes y a sustentarlas por conducto de sus "oradores" ante las asamableas o consejos legislativos. Durante la Restauración y a partir de 1872, esta función preparatoria de la legislación (de ineludible connotación política), se atenúa; a fines del pasado siglo se perfila como consejero técnico del gobierno, aunque es evidente que desde 1852 su actividad propiamente jurídica cubre todos los campos de la administración, y directa o indirectamente se erige como el agente principal de todas las transformaciones, aquilatando y refinando los datos que arroja la realidad política y la dinámica social para concretarlos en reglas jurídicas y técnicas.

No sólo Francia sino todos los países europeos y de otros continentes que en alguna forma siguen las pautas del derecho administrativo francés, o del Código Civil ordenado por Napoleón, le adeudan al equipo que éste formó -y que en ocasiones presidió- un sistema particular de pensamiento, de técnica y manejo jurídicos. Recordando que entre sus integrantes figuraron Portalis, Malleville, Tronchet, Merlin, Molé, Cuvier, etc., nombres que por sí solos explican por qué el grupo ha sido considerado como el más brillante de la historia jurídica de Occidente, no resultan sorprendentes sus resultados, entre ellos, las reformas administrativa y judicial de Francia y la elaboración de los grandes Códigos.

Empero, como antes se observa, aunque el genio jurídico indudablemente juega un gran papel en el desarrollo del Derecho Administrativo, no es ésta obra exclusiva de la tarea aislada de los juristas y doctrinantes. A su formación contribuyen, además, la preexistencia de una infraestructura político-social coherente, pragmática, centralizada y jerarquizada. No en balde es Francia uno de los primeros países europeos que se configuró como Nación, no sólo por la presencia histórica de un pueblo políticamente consciente del fenómeno nacional, sino también por haber contado tanto con teorizantes como con realizadores prácticos y eficaces que supieron convertir en realidad esa conciencia nacional. Muestra de aquéllos son Jean Bodin o Montesquieu, y de estos Richelieu, Mazarino y Luis XIV.

A principios de este siglo anotaba Berthelemy que el derecho administrativo, a diferencia del civil, no hunde sus raíces en el pasado, sino que es un edificio hecho habitable merced a las tendencias de un pueblo deseoso de conciliar estas dos cosas igualmente necesarias: el orden y la libertad. Esto es cierto en parte, porque, además de tal tendencia (que de suyo ya representa la idiosincrasia francesa históricamente arraigada en su modo de ser ancestral), la tradición jurídica de Francia es un ingrediente decisivo que necesariamente gravita con gran fuerza en la evolución del derecho nacional en sus diversas manifestaciones. Ciertamente es que el desarrollo y acrecimiento doctrinario del derecho administrativo a partir de 1789 es una de las más fascinantes aventuras de la inteligencia humana. Pero representa, ante todo, el resultado de dos vertientes culturales complementarias: de una parte es el fruto de la gran tradición romanista de los juristas franceses, cuyos predecesores medievales eran los glosadores, a su turno herederos directos de la riqueza jurídica de los romanos. De otro lado constituye el más denodado esfuerzo de adaptación a los requerimientos de cambio en una sociedad aceleradamente evolutiva que ocupa un puesto destacado en la vanguardia de la transformación europea durante los últimos doscientos años. A pesar de la acometida de desmonte y cambio que significó la Revolución, que en el campo del derecho podría concretarse en el frustráneo deseo expresado por Mirabeau de hacer que los franceses ya no fueran "más los

discipulos de la antigua Roma", el acervo jurídico del cual echan mano los franceses postrevolucionarios es la misma obra del derecho justiniano en que se nutrieron sus antecesores del "Ancien régime". Sin embargo, el recibo de esa herencia ofrece modalidades distintas. En efecto, si muchos de los principios del derecho romano pudieron quedar plasmados en el derecho civil, la razón de ello parece radicar en que las relaciones de familia, el manejo del patrimonio, las obligaciones y los contratos del derecho privado ofrecen una consistencia mayor, pues obedecen a esas constantes del comportamiento humano cuyas tendencias y formulación poco varían, o varían muy lentamente. En cambio las cosas en derecho público son muy distintas. Ha habido intentos de codificar el derecho administrativo con resultados mediocres e incompletos, porque dicha materia es la parte más extensa, variable y flexible del derecho público, dentro del cual sólo la Constitución es la parte breve y casi siempre rígida. El resto es un acopio variable, constantemente renovado, aunque siempre centrado en los grandes principios generales del derecho universal; aquél derecho público impregna la actividad total del Estado: afecta los intereses de las personas públicas y privadas; disciplina y gobierna una buena porción de la actividad de los individuos y las instituciones como miembros de una comunidad en la que abundan relaciones de poder regidas por el ordenamiento jurídico del Estado, de las cuales sus integrantes son ya sujetos pasivos, ya titulares activos, de los deberes y derechos que ese ordenamiento establece como base indispensable de la convivencia social.

12. Los rasgos salientes del "Droit Administratif".

Tomado el derecho administrativo, en su acepción francesa, como objeto jurídico, es decir como conjunto de reglas o sistema normativo en el cual deben entenderse incorporados no sólo los modelos jurisprudenciales -de cuya fuente deriva principalmente su existencia dicha disciplina-, sino las disposiciones legales o reglamentarias de carácter administrativo, la doctrina de los expositores y tratadistas, y, en algunos casos aunque en menor

medida, los usos y prácticas de la administración activa, arroja un perfil cuyos datos más relevantes son:

a) El carácter orgánico o formal propio de la función administrativa, que da origen al acto administrativo propiamente tal; o sea que desde el punto de vista jurídico la materia administrativa deriva su esencia de tal no de su contenido material sino de su origen, es decir, del sujeto u órgano que realiza la actividad o produce el acto. El acto es administrativo porque emana de la administración. Empero, dado que la división tripartita del poder público no envuelve la idea de tres bloques funcionalmente cerrados, cada uno negado e impenetrable al tipo de actividad o función que desempeñan los otros dos, sino susceptible de evidentes promiscuidades funcionales que la doctrina ha dado en llamar "atemperaciones del poder", también surge en la temática actual del derecho público la figura de la función y su objeto tomados desde el punto de vista autónomo, "per se", sin atención a su origen formal u orgánico, esto es examinados desde el punto de vista de su contenido material. El reglamento representa el ejemplo por excelencia. Como acto-regla, preventivo, impersonal y abstracto, por los caracteres de su estructura material e contenido participa de la naturaleza de la ley; pero por el órgano que lo expide es un acto administrativo. Sin embargo, como el reglamento a más de constituir "un atributo propio del ejecutivo", según Kelsen, o, en otras palabras, una atribución natural de la administración en sentido lato, es una especie o categoría normativa cuyo uso es de rigor en las demás ramas del poder, pues tanto el legislativo como el judicial a veces requieren su empleo (v. y gr. los reglamentos internos de las Camaras legislativas o de los tribunales de justicia), es en este último caso donde realmente se observa el fenómeno de la "atemperación". Esta se manifiesta en que cada órgano o rama del poder no se limita a sólo realizar los actos naturalmente emanados de su función específica, sino que suele incursionar en las funciones de los demás y realizar actos que específicamente se reputan propios de la naturaleza de estos. Muestras del legislativo que juzga o administra, del ejecutivo que legisla o juzga, y del judicial que administra o legisla (por lo menos a través de reglamentos que son