

# Estado de Derecho y poderes discrecionales en Derecho francés

## Rule of law and discretionary powers in french law

Juan Gustavo Corvalán\*

El presente artículo aborda la evolución del concepto de Estado de Derecho en Francia y cómo se intentó poner límites al monarca en el ejercicio del poder. Este proceso, asimismo, se evidencia en las numerosas constituciones que los franceses han dictado. Sin embargo veremos que desde 1789 en adelante, comenzó a gestarse un lento y progresivo proceso de sujeción de la actividad del Monarca al Derecho.

The present article addresses the evolution of the concept of Rule of Law in France and how it tried to place limits on the ruling monarch. This process is also evidenced in the numerous constitutions that the french have enacted so far. However since 1789, a slow and progressive process of submission of the activity of the Administration to the Law has begun to develop.

**Palabras clave:** Historia del Derecho, Derecho Administrativo, Estado de Derecho, Poderes Discrecionales, Control Judicial de la Actividad de la Administración.

**Keywords:** History of Law, Administrative Law, Rule of law, Discretionary Powers, Judicial Review.

RESUMEN / ABSTRACT

### I. Soberanía y división de poderes en la formación histórica del Estado Francés<sup>1</sup>

Desde los albores del constitucionalismo moderno, los franceses han escrito numerosas constituciones<sup>2</sup> en las que se advierte una tendencia

\* Abogado (UBA) y Doctor en Derecho (USAL). Profesor Adjunto (UBA). Fiscal General Adjunto en lo Contencioso Administrativo y Tributario. Correo electrónico: juancorvalan@derecho.uba.ar.

<sup>1</sup> "La administración de la antigua monarquía francesa era esencialmente discrecional", H. Berthélemy.

Ver Prefacio a la obra de OTTO MAYER 1949, IX. La obra de Otto Mayer traducida al español, se corresponde con la primera edición alemana publicada en 1903. 20 años después Otto Mayer publicó la 3ª edición en 1923 que no ha sido traducida al español.

<sup>2</sup> Para Vile la historia de Francia desde 1789 hasta 1958 se podría interpretar como un prolongado corolario de la evolución que se dio en Estados Unidos entre el año 1776 y 1787. Véase VILE 2007, 268.

Recibido el 6 de julio y aceptado el 15 de octubre de 2015.

marcada en concentrar el poder en el Ejecutivo<sup>3</sup>. Esta circunstancia no es un dato menor, si se tiene en cuenta el desarrollo de la separación de poderes a partir del año 1789<sup>4</sup>.

El concepto de soberanía en Francia, fue motivo de diversas interpretaciones. Se la concibió como regla indivisible *per se*, no obstante se escindía en diversos elementos que la constituían y que serían delegados por representación a un órgano distinto. En esta lógica, serían independientes y soberanos en la esfera de “soberanía” que se les atribuyó por representación.

Si bien los poderes<sup>5</sup> serían los elementos mismos de la soberanía indivisible, de ello se desprendía que cada órgano investido por representación de un elemento de la soberanía, resultaría soberano en su ámbito<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Ver BIANCHI 2011, 112.

<sup>4</sup> Thury Cornejo evalúa la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y destaca el “legicentrismo francés”. Ver THURY CORNEJO 2002, 140 y ss. En este período en Francia, aparece la concepción totalizadora de la ley y la “descalificación del poder ejecutivo” que se comenzó a postular a partir de 1790. Los constituyentes de la época al discutir sobre la reforma judicial, pretendían escapar a un poder autónomo de interpretación de la ley. Aquí es donde se podía advertir la desconfianza hacia del poder judicial “*temen que un tribunal llamado a ser el guardián o el protector de las leyes se convierta insidiosamente en su amo. En consecuencia deciden que la cámara de casación sería única y sedentaria ante el cuerpo legislativo, de tal manera que sea la misma ley la que aclarara en cada oportunidad, sin que jamás se forme una jurisprudencia, hablando con propiedad. Esa palabra, jurisprudencia (...) debe ser borrada de nuestra lengua. En un estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley*”. ROSANVALLON 2007, 79 y ss., la cita textual corresponde a la página 83. No obstante, desde otro ángulo, en el Discurso preliminar sobre el proyecto del Código Civil, Portalis aportaba argumentos que contrastan con las afirmaciones anteriores, así sostenía: “*Nos hemos preservado de la peligrosa ambición de querer regularlo y preverlo todo (...) Hágase lo que se haga, las leyes positivas jamás podrán reemplazar por completo el uso de la razón natural en los asuntos de la vida (...) En las mismas materias que fijan particularmente su atención, existe una multitud de detalles que se le escapan (...) las leyes, una vez redactadas, siguen siendo tal y como fueron escritas; los hombres, por el contrario, jamás descansan; siempre actúan; y ese movimiento, que no se detiene, y cuyos efectos son diversamente modificados por las circunstancias, a cada instante produce alguna combinación nueva, algún hecho nuevo, algún resultado nuevo*”. ROSANVALLON 2007, 84. En la tesis de Bosch, Montesquieu, la Constitución inglesa y la Constitución norteamericana constituyeron las fuentes de la constitución francesa. BOSCH 1944, 179. Más aún, el precitado autor argentino entiende que el principio de separación de los poderes fue “encontrado” por la mayoría de la asamblea francesa en el acta americana. Ídem., 181.

<sup>5</sup> Los poderes, según Duguit, se concebían como los elementos mismos de la voluntad del Estado y en modo alguno son concebidos como órganos. Los órganos, representaban la voluntad soberana en cada parcela que les ha sido asignada. DUGUIT 1911, 350-352. El precitado autor, destacaba que la noción de poder aparece en la Constitución de 1791, en particular, en el preámbulo del título III el cual expresaba: *La nación, la única de la que emanan todos los poderes, no puede ejercerlos más que por delegación, no puede decirse que las funciones emanan de la nación. Lo que emana de la Nación es la soberanía y el texto del artículo 2º no puede tener otro sentido: siendo que la soberanía emana de la Nación, también emanan de ella todos los elementos que la constituyen. A partir de esto, hablando de delegación de poderes, los constituyentes solo han podido decir esto: el parlamento, el rey y el orden judicial están investidos cada uno de elementos de la soberanía*. Ídem., 351.

<sup>6</sup> En este aspecto Carré de Malberg sigue a Duguit. CARRÉ DE MALBERG 1998, 760.

A partir de esta plataforma, la separación de poderes se presentó como un reparto de distintas funciones “*sin pensar para nada en dividir la soberanía*”<sup>7</sup>. Así, para Duguit la concepción de la separación de poderes no era en absoluto la separación de Montesquieu<sup>8</sup>, ni la constitución inglesa<sup>9</sup>, ni tampoco la constitución americana.

En síntesis, los franceses básicamente atravesaron por un proceso de rechazo hacia el Estado mixto y la doctrina de la Constitución equilibrada, para admitir y consolidar una doctrina más “pura”<sup>10</sup> que se consagró de forma generalizada<sup>11</sup>. A partir de su primera constitución formal en 1791, en Francia comenzó a gestarse un lento y progresivo proceso de sujeción de la actividad de la Administración al Derecho que daría nacimiento al Derecho Administrativo como rama autónoma del Derecho Público<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Desde cierto sector, se argumenta que la Constitución de Francia tuvo influencia de la Constitución estadounidense de 1787 en relación a la interpretación de la separación de los poderes. GARCÍA-MANSILLA y RAMÍREZ CALVO 2006, 93 y 94 con cita de DUGUIT 1996, 18 y 20. En similar sentido, Muñoz Machado argumenta que era “...inequívoca la influencia en los miembros de la Asamblea de la Constitución norteamericana”. MUÑOZ MACHADO 2006, 147.

<sup>8</sup> En contra CARRÉ DE MALBERG 1998, 773. Para este autor, los primeros constituyentes franceses tomaron las ideas de Montesquieu sobre la organización que debía darse a los poderes. *Ibidem*.

<sup>9</sup> Se argumentaba que si la Asamblea Nacional de 1789, hubiese tomado su concepto de la separación de poderes de las prácticas en curso en Inglaterra en el siglo XVIII, podría haber observado que en ese país existía efectivamente un cierto reparto o equilibrio de los poderes sin que ello constituyese una separación en el sentido propio de la palabra. CARRÉ DE MALBERG 1998, 772.

<sup>10</sup> Afirmaba Bosch “*puede afirmarse que los componentes de la Asamblea nacional francesa de 1789 entendieron el sistema de separación de los poderes en un sentido absoluto y positivo, basándolo, en consecuencia, en una independencia absoluta de los órganos y en una especialización también absoluta de las funciones*”. BOSCH 1944, 175.

<sup>11</sup> VILE 2007, 198. En nuestro país, Cassagne ha sostenido que la concepción francesa de la separación de poderes, interpretó rígidamente el esquema divisorio en relación a la prohibición a los tribunales judiciales de juzgar a la administración, y a la función de juzgar que se consideraba de naturaleza administrativa. Ver CASSAGNE 2009, 181. Desde la óptica de Thury Cornejo, durante el período en el que imperó la Constitución de 1791, existía una pronunciada separación de los poderes, sin embargo no podía considerarse como de “absoluta”. THURY CORNEJO 2003, 155. En similar sentido Vile entiende que la versión extrema de la doctrina de la separación de poderes dio pocas posibilidades de aplicar con éxito un sistema de gobierno de este tipo. VILE 2007, 211.

<sup>12</sup> Se sostiene que en este momento opera el nacimiento del Derecho Administrativo. Ver GARCÍA DE ENTERRÍA 1994, 41 y THURY CORNEJO 2003, 165. Voltaire al definir Estado y Gobierno esbozó una historia muy ejemplificadora: un miembro del consejo de Pondichery (bastante sabio) viajó por toda Europa con un Brahma hindú más instruido. En el viaje, al intercambiar puntos de vista sobre los gobiernos que habían visto, entre otros interrogantes, el consejero preguntó:

“-¿En qué Estado y bajo qué dominación preferirías vivir?

-(...) En cualquier parte menos en mi país -le respondió el compañero-; y muchos siameses, persas y turcos dicen lo mismo.

-Contestadme categóricamente -le replicó el europeo- ¿Qué Estado preferiríais?

-El Estado en que no se obedeciera más que a las leyes, contestó el Brahma

-Esa contestación es muy ambigua -repuso el consejero-.

-Pero no por eso es mala

-¿Pero dónde está ese país?

-Es necesario buscarlo”.

VOLTAIRE 1964, 258-260, el diálogo obra en página 260. La completa sumisión a las leyes fue consagrada por los revolucionarios franceses. Así, según García de Enterría, estos van a acoger el

El régimen constitucional francés, inicialmente pretendió conciliar<sup>13</sup> tres necesidades<sup>14</sup>. La primera consistía en distribuir las funciones del Estado entre distintas instancias<sup>15</sup>. La segunda se orientaría a prevenir los abusos de poder por parte de las ramas del Estado y, por último, se buscaría asegurar la colaboración<sup>16</sup> sin destruir el sistema de separación prescindiendo de acudir al sistema de frenos y contrapesos.

Con sustento en los argumentos de Sieyès, se comenzó a plantear el problema fundamental que se presentaba en los sistemas constitucionales a finales del siglo XVIII: “¿Cómo puede controlarse el ejercicio del poder sin destruir la armonía en el sistema de gobierno?”<sup>17</sup>.

En este escenario, se focalizaron diversos ataques sobre los privilegios, aun cuando se pretendía imitar la Constitución inglesa<sup>18</sup>. Se orientaba hacia

---

sistema “lockeano” de control del ejercicio del poder, como derivado del principio básico de su completa sumisión a la Ley. GARCÍA DE ENTERRÍA 2007, 27.

<sup>13</sup> Para apreciar algunos rasgos de la separación de los poderes en Francia y España. ABERASTURY 2006, 4 y 5.

<sup>14</sup> Esto tres necesidades fueron postuladas por Sieyès. Ver CHEVALLIER 1979, 180-181. Inclusive, se afirma que el autor introdujo la teoría americana del poder constituyente a Francia. CARRÉ DE MALBERG 1998, 787.

<sup>15</sup> Para Sieyès, las funciones públicas se podían alinear en cuatro denominaciones: el Ejército, la Justicia, la Iglesia y la Administración. El clero (*a quien consideraba como una profesión encargada de un servicio público*), la toga, la Espada y la Administración son cuatro clases de mandatarios públicos necesarios en todas partes, pero se los acusa a todos de “aristocratismo” porque la casta noble usurpó todos esos buenos destinos utilizándolos en su provecho particular. SIEYÈS 1985, 64, 65, 68 y 69 con especial referencia a la nota 1 en páginas 68 y 69. Según Foucault, con Sieyès vamos a tener una definición desdoblada de “nación”. Por un lado, un estado jurídico (como un conjunto de condiciones necesarias para que la nación exista) en donde no se requiere ni rey ni gobierno para que la nación exista, mientras haya leyes explícitas e instancias que las formulen. Además, de este factor, para Sieyès es necesario los “trabajos” y las “funciones” (el ejército, la justicia, entre otros). Sin embargo, para Foucault, la inversión de Sieyès viene dada por anteponer las “funciones” y los “trabajos” antes que la nación, cuando menos, en el orden de las condiciones de existencia. FOUCAULT 2008, 200-201.

<sup>16</sup> Al presentar Sieyès su proyecto de Constitución en el año III, sostuvo que la división sola es anarquía y despotismo. En cambio, división y unidad dan garantía social. CARRÉ DE MALBERG 1998, 780, con cita de la sesión del 2 termidor del año III, *Réimpression du Moniteur*, Vol. XXV, 291.

<sup>17</sup> VILE 2007, 220-221.

<sup>18</sup> SIEYÈS 1985, 130. En toda la obra de Sieyès se advierte los ataques que el autor propicia sobre los privilegios de la nobleza y cómo, a su vez, se pretendía imitar la Constitución inglesa país que, a juicio del autor francés, carecía de nobles privilegiados. Ver páginas 130 a 134. Textualmente afirmaba el autor “*Que nadie se asombre, pues, de ver una nación que, apenas abiertos los ojos a la luz, los vuelve hacia la Constitución de Inglaterra y quiere tomarla por modelo de todo*”. Luego se preguntaba si la constitución británica era buena en sí misma y si sería conveniente para Francia, respuesta que respondería de la siguiente forma “*No niego que la Constitución inglesa sea una obra asombrosa (...) Sería una gran equivocación el decidirse a favor de la Constitución británica (...) hay seguramente un error en atribuir solamente a la Constitución todo lo que hay de bueno en Inglaterra. Existen, evidentemente, algunas leyes que valen más que la Constitución misma*”. Véase páginas 134 a 137. En nuestro país, en el siglo XIX, también se puso de relieve la influencia de la Constitución inglesa, la cual, en palabras de Estrada “*...ha sido el modelo de todos los gobiernos liberales (...) pero hay algo más que la hace fuerte y por lo mismo útil, y es la armonía de los poderes divididos...*”. ESTRADA 1968, 201.

la limitación de la función del mandatario (el rey o el protector) a la ejecución de las leyes<sup>19</sup>. Se elevaba al poder judicial al mismo nivel que el cuerpo legislativo y el ejecutivo, no obstante las Asambleas en la Constitución de 1791, estarían por encima de los otros dos poderes<sup>20</sup>. Se consagró también, aun antes de la Constitución de 1791, una de las características más importantes del derecho francés: la distinción entre jurisdicción y administración<sup>21</sup> así como la consolidación progresiva de la distinción entre gobierno y administración<sup>22</sup>.

Se iniciaba entonces la paradoja de la versión rígida de la separación de los poderes: bajo la premisa de una sumisión total a la ley, comenzaba a admitirse la actuación de la administración al "margen" de la ley por conducto de la "discrecionalidad administrativa"<sup>23</sup>. La consolidación de la separación de las autoridades judiciales de las administrativas, presupondría una prohibición: que la autoridad judicial intentase transformarse en un poder político rival del rey<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> Como veremos, tales cometidos no tendrían éxito ni en el plano formal y ni en el ámbito fáctico.

<sup>20</sup> CARRÉ DE MALBERG 1998, 783.

<sup>21</sup> Aquí la Asamblea constituyente justificó la postura en la teoría de la separación de poderes y, no obstante, la misma estaba enraizada en las prácticas del *ancien régime* VILE 2007, 211. Para Bosch, dos razones coadyuvan para que opere esta radical separación. Primero, el abuso de los antiguos parlamentos. Segundo, el peligro de usurpaciones de los tribunales sobre el poder ejecutivo y, sobre todo, respecto los cuerpos administrativos. Por ello la ley del 18 de agosto de 1790, en su artículo 13 textualmente dispone "*Las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas; los jueces no podrán, bajo pena de destitución, molestar de cualquier manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones*". BOSCH 1944, 207-208. Para ampliar las consecuencias de la separación de jurisdicción y administración, BOSCH 1951, 38 y ss. También puede verse un análisis del temor a las Cortes en Francia en TAWIL 1993, 54-58. El precitado autor, concluye que el fundamento para no adoptar un sistema judicialista para controlar a la administración, respondía, por un lado, al temor de los parlamentos judiciales durante la época monárquica en manos de la nobleza; por otro, a una opción más práctica que jurídica encubierta en justificativos de esta última naturaleza "profundamente equivocados". Ver páginas 57 y 58 con citas de LAUBADERE 1984, 36; WEIL 1986, 40 y GASCÓN Y MARIN 1928, 535. En el derecho español, entre muchos otros, puede apreciarse la distinción entre administración y jurisdicción en MATEO 1967, 48-53.

<sup>22</sup> BOQUERA OLIVER 1963, 66 y ss. Aquí el autor español realiza un *racconto* histórico de la diferenciación entre gobierno y administración en las primeras constituciones francesas. Contrariamente, en la tesis de Bosch, la tradición francesa distinguía dos clases de leyes, las civiles y las políticas. Mientras las primeras rigen la relación entre los particulares, las segundas regulan las relaciones entre los particulares y la administración. De ahí que la función administrativa se refiere a las leyes políticas. BOSCH 1951, 39. En Forsthoff, se puede apreciar con nitidez la distinción entre administración y gobierno. La primera en Alemania se concebía bajo la vinculación estricta con la norma jurídica en donde la administración intervenía en los derechos del individuo (su libertad y propiedad). Cuando se trata de otras materias, tales como las empresas de transporte, empresas de suministro y abastecimiento; al crearlas, la Administración no sigue estrictamente un imperativo procedente de una norma jurídica y de ahí que la administración se sirve de su propio arbitrio el cual debe utilizar dentro del marco del derecho libremente. FORSTHOFF 1958, 28 y ss.

<sup>23</sup> Bauzá Martorell es claro al respecto "*Resulta curioso que, casi inmediatamente a la formulación de una separación nítida de los poderes y del sometimiento del Ejecutivo al poder depositario de la soberanía nacional/popular, esta doctrina se corrija con el reconocimiento de una discrecionalidad administrativa; la voluntad legislativa*". BAUZÁ MARTORELL 2001, 24.

<sup>24</sup> BENOIT 1977, 367.

## 1. La separación de poderes en la Constitución de 1791

La constitución francesa de 1791<sup>25</sup> fue un punto de referencia de todas las Constituciones que descansan sobre un principio democrático. En la tesis de Jellinek, se verían influenciadas "...las Cortes españolas de 1812 (...) la portuguesa de 1822 y la noruega (...) y la misma Constitución belga de 1831"<sup>26</sup>.

Desde cierto enfoque, se postula que la Constitución de 1791 estableció una monarquía hereditaria, bajo el régimen unitario, con un Poder Legislativo unicameral y con un Poder Judicial con jueces electos por el pueblo que no podían suspender la ejecución de las leyes<sup>27</sup>. En efecto, bajo el título III, capítulo V, art. 3, se prohibía a los tribunales inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo y suspender la ejecución de las leyes.

Según Duguit y Carré de Malberg, la norma fundamental postulaba un aislamiento e independencia. Un órgano no podía ejercer ninguna acción sobre los otros<sup>28</sup>. Esta separación rígida, que también advertía Hauriou<sup>29</sup> con ciertos matices<sup>30</sup>, respondió a una realidad histórica: situar un sistema opuesto a la antigua monarquía que había concentrado en sí todos los poderes<sup>31</sup>.

Aun cuando estos autores criticaban esta concepción; para ellos, era imposible impedir una acción entre los órganos cuando en realidad debía existir una colaboración continua<sup>32</sup>.

Ahora bien, la Constitución de 1791 estableció que legitimación del rey provendría exclusivamente de la ley<sup>33</sup> y que solo se podía exigir obediencia

<sup>25</sup> En nuestro país, la doctrina señala que la Constitución francesa de 1791 se inclinó a favor del legislativo en cuatro aspectos fundamentales: i) la participación del ejecutivo en el procedimiento de sanción de leyes por parte del legislativo; ii) el unicameralismo o bicameralismo del Poder Legislativo; iii) la posición constitucional de los ministros del Poder Ejecutivo y iv) el derecho de disolver el Parlamento. "En todos los casos, la Asamblea Nacional decide a favor del Poder Legislativo, es decir, a favor de sí misma". GARCÍA-MANSILLA y RAMÍREZ CALVO 2006, 101.

<sup>26</sup> JELLINEK 2005, 647.

<sup>27</sup> GARCÍA-MANSILLA y RAMÍREZ CALVO 2006, 104-106. A posteriori, los precitados autores diferenciarán los postulados de dicha Constitución con el modelo constitucional argentino.

<sup>28</sup> Carré de Malberg, se pronunciaba de modo tajante al sostener que la mayoría de la Constituyente se inspiró en el concepto separatista de Montesquieu y en el ejemplo norteamericano. CARRÉ DE MALBERG 1998, 773.

<sup>29</sup> Hauriou sostuvo que "...las primeras Constituciones escritas de finales del siglo XVIII, tales como la Constitución americana de 1787 o la francesa del 3 de septiembre de 1791, establecen una separación rígida entre los poderes políticos y, en particular, entre el Ejecutivo y el Legislativo". HAURIU 1971, 239.

<sup>30</sup> Para Bosch la Constitución de 1791 presentaba muchas fisuras o contradicciones con el esquema rígido de separación de poderes. BOSCH 1944, 186-188.

<sup>31</sup> Por ello los fundadores del Nuevo derecho público francés fueron impulsados a llevar hasta sus últimas consecuencias más extremas el principio de separación de los poderes. Se hablaba de "límites sagrados" entre ellos. CARRÉ DE MALBERG 1998, 773 y 774.

<sup>32</sup> DUGUIT 1911, 353 y CARRÉ DE MALBERG 1998, 779 y 780. Hacia mediados del siglo XX, la regla de la separación absoluta de las autoridades administrativas y judiciales, perdería su valor inicial y se mantendría con un carácter relativo. BOSCH 1951, 178 y las citas en la nota 244.

<sup>33</sup> Barthélemy argumentaba que la soberanía nacional sustituyó la soberanía personal de los reyes. "Lo esencial, lo que importa en el más alto grado, es la soberanía de la ley". Ver Prefacio

en nombre de ella (artículo 3º, Sección I, Capítulo II, Título 3)<sup>34</sup>. También el rey podría vetar las leyes, no obstante, una vez sancionadas, debía limitarse a su mera ejecución. Se separaba la administración de la acción de gobierno en la que queda englobada<sup>35</sup>. Comienza así a esbozarse la distinción funcional y orgánica en donde la función principal del Poder Ejecutivo es la ejecución de las leyes y, la Administración, se transformaba en el medio que tendría a su servicio<sup>36</sup>.

2. La consolidación normativa de la separación entre autoridades judiciales y administrativas. Las prerrogativas como fundamento de una jurisdicción contencioso administrativa ajena al poder judicial

La relación entre la doctrina de la separación de poderes y la escisión entre autoridades judiciales y administrativas resultaba controvertida. Desde un sector de la doctrina española, se postulaba que la separación de poderes de Montesquieu y su concreción en Francia en 1790, estaría íntimamente ligada a la tradicional separación de autoridades judiciales y administrativas del Antiguo Régimen<sup>37</sup>. Sin embargo, Carré de Malberg argumentaba que la

---

a la obra OTTO MAYER 1949, X. En el derecho español, se sostiene que la ley predeterminaba el contenido de todos los actos de los administradores. Si tales actos "...no se acomodan a ella deberán, necesariamente, ser eliminados, esto es, técnicamente anulados. El principio de legalidad alcanza así la plenitud de su eficacia práctica, imponiendo la nulidad de todos los actos dictados en contra de la Ley y definiendo, correlativamente, una facultad de control sobre los actos ilegales...". GARCÍA DE ENTERRÍA 2007, 29 y 30.

<sup>34</sup> En el preámbulo del mismo título y artículo, se reconocía al rey "...como jefe de gobierno, el carácter de representante nacional, teniendo por esa cualidad la facultad indudable de querer, de una manera libre e inicial, por cuenta de la nación", CARRÉ DE MALBERG 1998, 481 y 482. Por ello que, el autor francés destacaba que los oradores de la Constituyente, especificaban que dependía esencialmente del rey, la facultad de representar a la nación y la negociación y conclusión de los tratados con Estados extranjeros. Ídem., 482.

<sup>35</sup> La Constitución de 1791 incorporó a la Administración dentro del "Poder Ejecutivo" quien sería el jefe supremo de la Administración general del reino y jefe supremo del ejército de tierra y de la armada naval, así como de la seguridad exterior (artículo 1º, Capítulo IV, Título 3). JEZÉ 1948, 370.

<sup>36</sup> Los administradores (elegidos por el pueblo) estarían separados funcionalmente bajo la vigilancia de la autoridad del Rey para ejercer las funciones administrativas. THURY CORNEJO 2003, 161.

<sup>37</sup> Ver GALLEGU ANABITARTE 2009, 248, nota 26, con cita de LOYSEAU y VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA 1999, 12. Para estos autores españoles, la formulación más clara de la división de poderes se cristalizaría en la ley francesa 6 del 24 de agosto de 1790. *Ibidem*. Si atendemos los argumentos de la doctrina francesa expuestos en este capítulo, entendemos que no puede arribarse a tal conclusión. Benoit, al respecto, entendía que "Los dos principios, de la separación de autoridades y de la separación de poderes, son, pues, lógicamente independientes y distintos; pero están históricamente relacionados, y han producido efectos simultáneos en el plano general de la ordenación del poder político en Francia". BENOIT 1977, 369. Además, este autor destacaba que el principio de la separación de autoridades existía, esencialmente, "...desde el punto de vista histórico, el mantenimiento del cuerpo judicial en su rango de autoridad subordinada". BENOIT 1977, 367. A criterio del autor francés, el problema de las relaciones entre la separación de autoridades y la separación de poderes no se planteaba aparentemente "...en razón de la unidad del poder político concentrado en las manos del rey. Existe únicamente, una separación de autoridades subordinadas, la autoridad administrativa y la autoridad judicial". BENOIT 1977, 366. En contra, aunque no resulta clara su postura, Jezé argumenta textualmente que "Se tiene a bien declarar que dicha regla es la consecuencia del principio sacrosanto de la separación de los poderes. Sería, preciso, primero, saber lo que cabalmente significa este principio". JEZÉ 1948, 282.



exclusión del conocimiento de lo contencioso-administrativo a los tribunales judiciales, se hallaba en el antiguo régimen francés "...fuera de toda idea de separación de poderes al modo de Montesquieu"<sup>38</sup>.

Ahora bien, como el propio Benoit lo reconoció, el principio de la separación de autoridades fue mucho más lejos contra el cuerpo judicial que lo que hubiera podido hacer el principio de la separación de poderes. No solo pretendió separar el cuerpo judicial de los poderes políticos, sino que debía impedir que aquel se transformase en poder<sup>39</sup>. Por ello quizás se postulaba que el principio de separación de poderes representaba que los tribunales debían abstenerse de "molestar" al Parlamento y al Gobierno<sup>40</sup>.

Para Jezé la separación de las autoridades administrativas y judiciales constituía una regla de neto corte político<sup>41</sup> en razón de la "...desconfianza que inspiraba a los hombres de la Revolución el espíritu reaccionario de los cuerpos judiciales..."<sup>42</sup>.

Ahora bien, la separación entre autoridades administrativas y judiciales se hallaba presente en Francia desde el siglo XVII (1641)<sup>43</sup>, casi un siglo y medio antes de la "gran" Ley de 22 de diciembre de 1789<sup>44</sup> que determinó que las administraciones de departamento y de distrito "...no podrán ser perturbadas en el ejercicio de sus funciones administrativas por acto alguno del poder judicial".

<sup>38</sup> CARRÉ DE MALBERG 1998, 840, nota 3. Benoit también entendía que la exclusión de lo contencioso administrativo a los tribunales judiciales respondía, en el plano de los principios, "...al mantenimiento puro y simple de las soluciones del Antiguo Régimen". BENOIT 1977, 349. Sin embargo, este último autor entiende que la concepción de la función del juez judicial era la que enunciaba Montesquieu y no los litigios que concernían al Estado o a la Administración. *Ibidem*.

<sup>39</sup> BENOIT 1977, 367. En similar sentido, Jellinek afirmaba tajante que la separación entre administración y justicia en Francia, de ningún modo se proponía tan solo asegurar la independencia judicial, "...sino que estaba hecha también en interés de la administración respecto de toda fiscalización jurisdiccional". JELLINEK 2005, 943, nota 1.

<sup>40</sup> JEZÉ 1948, 280 y 281.

<sup>41</sup> Lo político venía dado, según el autor, por la "...independencia recíproca de las autoridades administrativa y judicial. Se considera que surgiría un peligro político si no existiese esta independencia". JEZÉ 1948, 281.

<sup>42</sup> JEZÉ 1948, 281.

<sup>43</sup> El Edicto de San Germán de febrero de 1641 disponía textualmente "Declaramos que nuestro dicho Tribunal de París y todos nuestros demás tribunales no han sido establecidos sino para hacer justicia a nuestros súbitos; les hacemos muy expresas inhibiciones y prohibiciones... de conocer, en lo sucesivo, de algunos negocios... que pueden atañer al Estado, administración y gobierno de este que reservamos a nuestra sola persona..., salvo que les demos poder y mandato especial por nuestras patentes...". BENOIT 1977, 345 y 346 y CARRÉ DE MALBERG 1998, 840, nota 3. Asimismo, la resolución del Consejo de 8 de julio de 1661, a través de la cual el rey Luis XIV hace a los Parlamentos "muy expresas inhibiciones y prohibiciones, de conocer de los asuntos y procesos cuyo juicio hubiera retenido y reservado su Majestad para sí, y para su Consejo, bajo pena de incurrir en su indignación". BENOIT 1977, 346.

<sup>44</sup> Esta ley versaba sobre la organización administrativa relativa a la constitución de las asambleas primarias y de las asambleas administrativas, sección III, art. 7. BENOIT 1977, 347, nota 8 VI, 12º párrafo, según cita de JEZÉ 1948, 282 nota 9.



Sin embargo, la instrucción legislativa del 8 de enero de 1790 (sobre la formación de las Asambleas representativas y de los cuerpos administrativos) proclamó la independencia entre autoridades judiciales y administrativas en términos muy enérgicos. Textualmente disponía *"La Constitución no sería menos violada, si el poder judicial pudiese entremeterse en las cosas de la Administración, y perturbar, de cualquier manera que fuese, a los cuerpos administrativos en el ejercicio de sus funciones"*<sup>45</sup>.

A posteriori, a través de las leyes 16 del 24 de agosto de 1790<sup>46</sup> (que regulaba la organización judicial en el título II, arts. 10<sup>47</sup>, 12 y 13<sup>48</sup>), 27 de noviembre de 1790<sup>49</sup> y, por conducto de la ley 6/1790 de 11 de septiembre<sup>50</sup> (que regulaba el contencioso en materia de contribuciones y administración<sup>51</sup>), Francia consolidó la separación entre autoridades judiciales y administrativas. Se gestó la auténtica jurisdicción contencioso-administrativa ajena al poder judicial<sup>52</sup>.

El proyecto inicial que precedió al dictado de la ley 6 de 24 de agosto de 1790, se presentó tres veces en las sesiones del 22 de diciembre de 1789,

<sup>45</sup> JEZÉ 1948, 282 nota 9.

<sup>46</sup> BENOIT 1977, 347. En su parte pertinente, la ley 16 del 24 de agosto disponía que *"Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeurent toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions"*. Cierta sector de la doctrina española, al referenciar a Laferrière, destaca que el artículo 13, Título II, de la "ley" 16-24 de agosto de 1790 constituye uno de los textos fundamentales del Derecho público. GALLEGU ANABITARTE 2009, 247.

Ver TAWIL 1993, 52, nota 1 y 2 y 54 a 58. Bianchi, por su parte, destaca que el contencioso-administrativo francés nace como fruto de la desconfianza napoleónica hacia el Poder judicial e, inclusive, actualmente la Administración se controla a sí misma por medio de un sistema "cuasi endogámico" que finaliza en el Consejo de Estado. BIANCHI 2010, 10 y 11, nota 9, con cita de ODENT 2007, 61 y ss.

<sup>47</sup> Disponía que *"los tribunales no podrán tomar directa o indirectamente parte alguna en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir ni suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo, sancionados por el Rey, bajo pena de prevaricación"*. MUÑOZ MACHADO 2006, 156.

<sup>48</sup> Disponía que: *"las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de cualquier manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones"*. MUÑOZ MACHADO 2006, 265 y MAIRAL 1984, 57.

<sup>49</sup> El artículo 12 de esta ley establecía que los tribunales *"no podrán en ningún caso hacer reglamentos, pero se dirigirán al cuerpo legislativo todas las veces que pudiese ser necesario bien interpretar la ley, bien hacer una nueva"*. MUÑOZ MACHADO 2006, 155.

<sup>50</sup> BENOIT 1977, 348.

<sup>51</sup> Expresamente el texto otorgó competencia a las autoridades administrativas para resolver sobre todo lo contencioso administrativo existente en la época: impuestos directos, contratos de obras, indemnizaciones por terrenos ocupados o excavados, entre otros. BENOIT 1977, 348.

<sup>52</sup> La desconfianza hacia el poder judicial, se advierte con claridad en el Informe Bergasse que se presentó a la Asamblea el 17 de agosto de 1789. En él, se plasmaban las manifestaciones contra la interpretación judicial de las leyes *"...el poder judicial estará, por tanto, mal organizado si el juez goza del privilegio peligroso de interpretar la ley o de añadir algo a sus disposiciones"*. MUÑOZ MACHADO 2006, 155.

27 de mayo de 1790 y 5 de julio de 1790<sup>53</sup>. En él se proponía atribuir el contencioso a un tribunal especial bajo el nombre de “tribunal de administración”. Este tribunal, se concebía y organizaba como una autoridad judicial<sup>54</sup>.

El proyecto fracasó y la ley de 6 de 24 de agosto de 1790 atribuyó, en definitiva, lo contencioso-administrativo (siguiendo al diputado Pezous) a los cuerpos encargados de la administración activa. Si bien este cambio podía ser concebido como una preocupación por asegurar la separación entre administración y justicia, en realidad, Carré de Malberg lo fundamentaba en la necesidad de no multiplicar los tribunales de excepción para simplificar la justicia. Pretendía evitar que los litigantes se adentrasen en “investigaciones de competencia”<sup>55</sup>.

Posteriormente, las leyes 6-7 de septiembre de 1790<sup>56</sup> y 7/1790 de 14 de octubre<sup>57</sup> coadyuvaron a resolver las dificultades que habían surgido en relación a la determinación del órgano que tenía competencia para apreciar la legalidad de las decisiones administrativas<sup>58</sup>. Por último, la ley de 16 *fructidor* del Año III prohibiría a los tribunales conocer los actos de administración y anulaba todos los procedimientos y fallos que se habían dictado en tal sentido<sup>59</sup>.

Desde cierto sector, se preguntaban si el principio de separación de poderes estrictamente aplicado, no exigía el conocimiento de lo contencioso-administrativo a las autoridades judiciales<sup>60</sup>. A nuestro criterio, sobre esta plataforma encontramos un punto de convergencia entre lo “discrecional” (entendido en términos históricos) y la jurisdicción contencioso-administrativa ajena al poder judicial: *la prerrogativa*. La prerrogativa era concebida, entre otras facetas, como la expresión de una parte de la soberanía del Estado atribuida al poder gubernamental.

<sup>53</sup> Este último informe retomó la fórmula del Tribunal de Administración. MUÑOZ MACHADO 2006, 157. En nuestro derecho, BOSCH 1945, 93 y ss. Cabe destacar que para este autor, el proyecto del 5 de julio de 1790 fue el segundo y, en cambio, el 9 de agosto se hizo circular la memoria del diputado Pezous que se agregó al acta de la sesión del 9 de agosto de 1790. Ídem., 97.

<sup>54</sup> CARRÉ DE MALBERG 1998, 840 y 841, nota 3.

<sup>55</sup> Con cita de la memoria de Pezous (Archives parlementaires, 1<sup>a</sup> serie, vol XVII, p. 675), Carré de Malberg arribaba a esta conclusión. Además, destacaba que la búsqueda de no multiplicar los tribunales de excepción, trajeron a la votación de la ley 6-7 de septiembre de 1790. CARRÉ DE MALBERG 1998, 841, nota 3. Para apreciar la discusión que ameritaba esta afirmación, ver la nota 3 en páginas 841 a 844. En España se afirma que “...la ley 6 de septiembre de 1790 no creó ninguna Administrative Courts sino que atribuyó a las autoridades administrativas asuntos contencioso-administrativos usuales”. GALLEGO ANABITARTE 2009, 41.

<sup>56</sup> BOSCH 1945, 98.

<sup>57</sup> Textualmente expresaba que “...las reclamaciones de incompetencia con respecto a los cuerpos administrativos no son, en ningún caso, de la jurisdicción de los tribunales; serán presentadas al rey, jefe de la administración general”. BENOIT 1977, 348 y 349.

<sup>58</sup> BENOIT 1977, 348.

<sup>59</sup> BENOIT 1977, 349. Desde la óptica de Mairal esta ley establecía que los jueces no podrían usurpar funciones administrativas ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones. MAIRAL 1984, 57.

<sup>60</sup> CARRÉ DE MALBERG 1998, 840, nota 3.

Se argumentaba que el poder se manifestaba en presencia de la acción administrativa por la existencia de las prerrogativas. El derecho administrativo *"...se une, por ella [la prerrogativa], al resto del Derecho Público, y en particular, al Derecho Constitucional"*<sup>61</sup>.

La jurisdicción administrativa aparecía ligada a la noción de prerrogativa: al "privilegio de competencia" que gozaba la autoridad administrativa para los litigios suscitados por sus actos. Se consagraba su inmunidad en relación a la jurisdicción civil. La exclusión de la intervención judicial entonces, tenía como causa un "cierto concepto de las prerrogativas de la potestad pública concepto que motivó la creación de la jurisdicción administrativa como jurisdicción de excepción"<sup>62</sup>. La autoridad judicial quedaba "rebajada ante la administración", convirtiéndose la administración –a través de régimen administrativo centralizado– en un poder más fuerte que la autoridad judicial<sup>63</sup>.

La institución de la justicia administrativa respondió, en esencia, a razones históricas y al privilegio de exención de jurisdicción del que gozaba la potestad administrativa<sup>64</sup>. En definitiva, el correlato entre la doctrina de la separación de poderes y la separación de autoridades<sup>65</sup>, determinó que la primera se sitúe en el plano de la organización de los poderes políticos mientras que la segunda se refería a la ordenación de la competencia de las autoridades subordinadas<sup>66</sup>.

Casi un siglo después, el Tribunal de Conflictos se ocupaba de relacionar el principio de la separación de los poderes con los textos que escindían las autoridades judiciales de las administrativas. Así, en *"Pelletier"* se estableció textualmente que *"...Considerando que el conjunto de esos textos establecía dos prohibiciones distintas que, aunque se deriven tanto la primera como la segunda<sup>67</sup> del principio de la separación de los poderes, y cuyo objetivo era el de asegurar su exacta aplicación..."*<sup>68</sup>.

<sup>61</sup> WEIL 1986, 84.

<sup>62</sup> CARRÉ DE MALBERG 1998, 843, nota 3, con cita de Hariou.

<sup>63</sup> CARRÉ DE MALBERG 1998, 843, nota 3.

<sup>64</sup> En la tesis de Carré de Malberg, esta conclusión no significaba que la institución sea condenable o injustificada *"...quiere decir, en definitiva, que su justificación esencial debe buscarse en la necesidad positiva de hacer que la potestad administrativa sea suficientemente fuerte, antes que en las deducciones, siempre tan confusas y a veces incluso contradictorias, de la teoría de Montesquieu sobre la separación de poderes"*. CARRÉ DE MALBERG 1998, 843 y 844, nota 3. En similar sentido, para Rivero, la dualidad de jurisdicciones judiciales y administrativas surgió de la historia nacional mucho más que del principio de separación de poderes. RIVERO - WALINE 2014, 202. En nuestra doctrina, Mairal ha puesto de relieve las diferentes posiciones respecto del origen y fundamento de la separación tajante entre la Administración y la Justicia en Francia. MAIRAL 1984, 58 y 59.

<sup>65</sup> El principio de separación de autoridades, a su vez, incluyó una regla política sobre la separación de los poderes: *la prohibición de que el poder judicial ejerza poder político*. BENOIT 1977, 369. WEIL entendía que el temor al juez era tal que, ni el propio juez administrativo tenía el derecho de dar órdenes formales a la administración. WEIL 1986, 40.

<sup>66</sup> BENOIT 1977, 368 y 369.

<sup>67</sup> Se refiere aquí a la ley del 16-24 de agosto de 1790, título 2, artículo 13 y al decreto del 16 fructidor, año 3.

<sup>68</sup> TC 8 de febrero de 1873, Rec. 1er. Suplemento 61. Conclusiones David. Ver síntesis del fallo y observaciones en LONG et al. 2009, 4-9. La cita corresponde a la página 5.

## II. El desarrollo de las potestades discrecionales en las primeras constituciones francesas

La norma fundamental del Año III<sup>69</sup> distinguió el Gobierno de la administración dentro de un esquema de división de poderes<sup>70</sup>. En este esquema, se retomó la idea de la doctrina pura de la separación de poderes<sup>71</sup> y se reforzaron las potestades ejecutivas<sup>72</sup>.

En concreto, a través de los artículos 148 y 144 se otorgaría al Ejecutivo<sup>73</sup> la facultad de nombrar a los ministros y el reconocimiento del poder reglamentario aunque subordinado a la ley<sup>74</sup>. En el Directorio residía el gobierno, el pensamiento y la deliberación. Una vez finalizado el proceso, debía comenzar la acción que sería desarrollada por los niveles de la escala administrativa.

El poder reglamentario alcanzaría su consagración absoluta durante la Constitución Napoleónica del Año VIII<sup>75</sup> (1799). Napoleón sin dudas marcó un punto de ruptura en la evolución constitucional francesa. Con él, se retornó a una especie de absolutismo en donde se consagró la función pública y se asentaron los principios de jerarquía, disciplina y uniformidad. Es decir, comenzaba a consolidarse el "modelo burocrático"<sup>76</sup>.

A partir de aquí se produjo una suerte de vuelta hacia un sistema semejante al del "Antiguo Régimen"<sup>77</sup>, en donde operaría una distinción entre los órganos fundamentales del Estado que serían referenciados como "poder legislativo", "del Gobierno" y "de los jueces"<sup>78</sup>. En palabras de Benoit, comenzaba a producirse a comienzos del siglo XIX, una situación que

<sup>69</sup> Fue aprobada oficialmente el 22 de agosto de 1795 (5 de Fructidor del Año III).

<sup>70</sup> THURY CORNEJO 2003, 163 y ss.

<sup>71</sup> BIANCHI 2011, 84.

<sup>72</sup> VILE 2007, 220; THURY CORNEJO 2003, 157 y BOQUERA OLIVER 1963, 68.

<sup>73</sup> Según el artículo 132 el poder ejecutivo se hallaba en manos de un órgano colegiado denominado "Directorio" que estaba compuesto por 5 miembros elegidos por el cuerpo legislativo.

<sup>74</sup> Con antelación la Constitución de 1791 en su artículo 6º, Capítulo IV, Título III, otorgaba al Poder Ejecutivo a cargo del Rey la facultad de hacer proclamaciones conformes a las leyes para "ordenar y recordar su ejecución". Sin embargo, es preciso aclarar que el poder reglamentario autónomo no se reconocería a los ministros hasta 1936. La doctrina entendía que ni en la Constitución de 1875 o en la de 1946 ni en la de 1958, se confirió poder reglamentario autónomo a los ministros. Solo a través de una ley expresa podían ejercerlo. A través del fallo "Jamart" se reconoció el poder reglamentario autónomo para garantizar el funcionamiento normal de los servicios públicos. Ver CE, 7 de febrero de 1936, Jamart, Rec. 172, síntesis y observaciones en LONG et al. 2009, 202-204.

<sup>75</sup> La constitución comenzó a regir a partir del 13 de diciembre de 1799.

<sup>76</sup> La doctrina francesa, sostiene que el "modelo burocrático" se funda en el triple principio de homogeneidad, jerarquía y unidad. Los funcionarios, en este escenario, deben ser sometidos a una estricta disciplina. CHEVALLIER y LOSCHAK 1983, 77.

<sup>77</sup> BENOIT 1977, 351.

<sup>78</sup> BOQUERA OLIVER 1963, 71.

la que los particulares frente a la Administración "...más parecen súbditos que ciudadanos"<sup>79</sup>.

En este contexto, se plantearon cuatro poderes dentro del Estado: el ejecutivo (en manos de los ministros), el legislativo (asambleas representativas), el judicial (los tribunales) y el rey que detentaba el poder real (*pouvoir royal*)<sup>80</sup>. Esta concepción, dentro de una monarquía constitucional, vendría a mantener la armonía entre las ramas del Estado. Los poderes legislativo, ejecutivo y judicial debían cooperar, y si eventualmente confrontaban, entonces el rey intervendría para restaurar el equilibrio mediante sus "*poderes discrecionales*" o *prerrogativas*<sup>81</sup>. Surgían así los poderes de veto, disolución, destitución de ministro e indulto que se presentaban como poderes discrecionales que tendrían el papel de equilibrar los choques que se pudiesen producir entre el poder ejecutivo, legislativo y judicial.

En definitiva, en la tesis Constant, el poder real estaba en el centro pero por encima de los otros poderes con el propósito de mantener el equilibrio<sup>82</sup> y no estorbarlo<sup>83</sup>.

Ahora bien, a partir del afianzamiento del Consejo de Estado<sup>84</sup>, se produjo la distinción entre funciones ejecutivas y consultivas. Aquí comenzaron

<sup>79</sup> BENOIT 1977, 14. Destacaba este autor que esta situación no resultaba realmente grave. En efecto, y según sus propias palabras "...al salir de la Revolución, el pueblo aspiraba al orden; la Administración era eficaz y trataba de dar satisfacción; en fin, las relaciones de la Administración con los particulares eran poco frecuentes, siendo entonces mucho menos numerosas las misiones administrativas que hoy día. En todo caso, apenas puede decirse que en aquella época existiera un Derecho administrativo para las relaciones de los particulares y de la Administración", *Ibidem*.

<sup>80</sup> García-Mansilla y Ramírez Calvo refieren a cinco poderes e indican (además del ejecutivo, el real y el judicial) al poder representativo de la opinión y al poder representativo de la continuidad. GARCÍA-MANSILLA y RAMÍREZ CALVO 2006, 75, con cita de CONSTANT 1989, 22.

Como exponente teórico significativo de la época, encontramos a Benjamín Constant quien sentía un gran respeto por la armonía en el funcionamiento del Estado y combinaba las propuestas de Madison con la realidad del sistema ministerial. VILE 2007, 228 y 229. En consonancia, García-Mansilla y Ramírez Calvo (siguiendo a Vile), sostienen que el sistema propugnado por Constant constituye una aplicación del sistema creado por Madison de separación de poderes con frenos y contrapesos, a una monarquía hereditaria. GARCÍA-MANSILLA y RAMÍREZ CALVO 2006, 77.

<sup>81</sup> Esta terminología textual es adoptada por VILE 2007, 229.

<sup>82</sup> Nótese que a fin de cuentas, Constant intentaba establecer barreras para evitar, en esencia, que el cuerpo legislativo abusara de su poder. VILE 2007, 229.

<sup>83</sup> GARCÍA-MANSILLA y RAMÍREZ CALVO 2006, 75.

<sup>84</sup> En su origen, el Consejo de Estado en el contexto histórico del Consulado y del Primer Imperio (1799-1814), ejerció funciones consultivas las cuales, durante el período de Luis XVIII (1814) y de Luis Felipe (1830), rara vez serían ejercidas. Luego de la revolución de 1848 y con la proclamación de la Segunda República, se incrementaron las funciones consultivas del Consejo de Estado. La Constitución de 1852, recoge la tradición napoleónica consagrando la competencia consultiva obligatoria, para conocer de todos los proyectos de ley sin excepción alguna y, ampliando así, el carácter preceptivo de su dictamen sobre los Decretos que reglamenten la Administración Pública. Con la proclamación de la tercera República (1871-1946) y el dictado de la ley de 24 de mayo de 1872, se rebajó sensiblemente el calado de la intervención consultiva del Consejo de Estado, en relación a los proyectos de ley, declarándola simplemente facultativa, no obstante conservaba el carácter obligatorio del dictamen para los reglamentos. Contemporáneamente a esta función consultiva, se formaría la función jurisdiccional del Consejo bajo la premisa de que

a surgir “nuevas” prerrogativas que se inscribieron sobre antiguos privilegios monárquicos<sup>85</sup>. Todo el discurso político entre el período 1815-1848 giraba en torno al papel del rey, los ministros y la Asamblea (contexto similar al de las disputas políticas inglesas)<sup>86</sup>. El Poder Ejecutivo pasó de ser un mero delegado de la voluntad popular representada en la Asamblea, a poseer facultades propias derivadas de la legitimación monárquica.

El rey no apareció como uno de los poderes, sino como la fuente de todos ellos<sup>87</sup>. La división de poderes representó una mera distribución de funciones o competencias distribuidas *discrecionalmente* por el monarca<sup>88</sup>. El Poder Ejecutivo recayó en la figura del rey y además de la potestad gubernamental<sup>89</sup>, tendría iniciativa exclusiva en la sanción de las leyes y se convertiría en el “dueño de la potestad legislativa”<sup>90</sup>.

Se resquebrajaba así, en el plano constitucional, la función de un Ejecutivo de mero delegado del Poder Ejecutivo<sup>91</sup>. El reconocimiento de la potestad normativa autónoma del monarca, destruiría el canon de la rigurosa separación orgánica de los poderes. Se allanaba el camino hacia la afirmación del

---

“juzgar a la administración es también administrar” (frase acuñada por Jacques Chevallier y que, contemporáneamente, es reformulada por Tomás Ramón Fernández en los siguientes términos “juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor”). CARRILLO DONAIRE 2000, 520 y ss. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ 2008, 133. Con la doble misión de órgano consultivo y jurisdiccional “El Consejo de Estado encarnó así desde su origen el doble papel que todavía hoy le caracteriza: el de ser el servicio exclusivo del contencioso de la Administración pública y, al mismo tiempo, el órgano especializado de preparación de sus decisiones”. CARRILLO DONAIRE 2000, 521.

<sup>85</sup> Como afirma Thury Cornejo, en este período “Se nutre de las bases igualitarias de la Revolución y las entremezcla con las prerrogativas propias del período monárquico, y lo hace con una eficacia técnica que permite que su construcción perdure hasta nuestros días”. THURY CORNEJO 2003, 169.

<sup>86</sup> VILE 2007, 225 y THURY CORNEJO, 167 y ss. Según este último autor, en este período comenzará un proceso de retorno del principio monárquico que alcanzará su cenit durante la denominada Restauración.

<sup>87</sup> Bianchi afirma que ello surge del Preámbulo y de la parte dispositiva. BIANCHI 2011, 81.

<sup>88</sup> Además, el principio monárquico conforme la Carta de 1814, presentaba las siguientes características: i) una constitución otorgada; ii) la representación popular como órgano meramente derivado y iii) la iniciativa legislativa es exclusiva del monarca. GARCÍA-MANSILLA y RAMÍREZ CALVO 2006, 127, con cita de VON BEYME 1999, 26.

<sup>89</sup> BIANCHI 2011, 93.

<sup>90</sup> CARRÉ DE MALBERG 1998, 783. En consonancia, BIANCHI 2011, 93.

<sup>91</sup> Textualmente disponía el artículo “El Rey es el Jefe supremo del Estado, manda las fuerzas de tierra y mar, declara la guerra, hace los tratados de paz, de alianza y de comercio, nombra a todos los empleados de la Administración Pública, y hace los reglamentos y las ordenanzas necesarias para la ejecución de las leyes y la seguridad del Estado”. Aquí es donde se vislumbra la “derrota” que sufrirían quienes pretendían eliminar e, inclusive modificar el término mismo de poder “ejecutivo” sustituyéndolo por función o autoridad”. ROSANVALLON 2007, 87. Asimismo, THURY CORNEJO 2003, 171.

Cierta doctrina española sostiene tajante que, el quiebre más claro del principio de la separación de poderes, operó con el reconocimiento de una potestad reglamentaria al poder ejecutivo, cuya legitimación inicial se dio en Francia con la Carta de 1814. CRUZ FERRER, 65. No obstante, el mismo autor referencia que la Constitución de 1812, ya preveía la facultad de expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes (artículo 171.1).

principio de la no necesaria coincidencia entre la noción sustancial y formal de función soberana<sup>92</sup>.

1. La Constitución de 1830. De la III a la V República. "Gobierno"/ "Administración"<sup>93</sup>, actos políticos y actos discrecionales: la inmunidad jurisdiccional

La Constitución de 1830<sup>94</sup> consagró una especie de vuelta al principio de soberanía popular revolucionaria. La monarquía se fundamentó en el pacto entre el pueblo y el soberano<sup>95</sup>. En este período, se modificó la Constitución de 1814 y se limitó la potestad reglamentaria del Rey<sup>96</sup> al subordinarla expresamente a la voluntad parlamentaria.

La Constitución de 1848 inauguraría la Segunda República (1848-1851). El nuevo texto constitucional estableció que la soberanía debía reposar sobre la universalidad de los ciudadanos. Se volvió a una interpretación rigurosa del principio de la separación de poderes, al proclamar tal principio como la primera condición para la existencia de un gobierno libre (art. 19)<sup>97</sup>.

Ahora bien, en los comienzos de la Tercera República, el modelo francés consolidaba la inmunidad judicial de ciertos actos. Desde la óptica de Jezé, la administración francesa y la jurisprudencia de todos los tribunales, afianzaban la huida del control jurisdiccional de los actos de gobierno. El motivo *determinante* que los inspiraba, al ser de orden político, inhibía la revisión. Se había gestado así, la "teoría de los actos de gobierno en razón del móvil político"<sup>98</sup>.

Entre otras dificultades que se presentaban, el sistema francés de justicia administrativa (tras la Revolución) se hizo muy dependiente de la doctrina extrema de la separación de poderes. Sin embargo, también se alzaban voces como las de De Broglie y Portu, que utilizaban la doctrina de la separación de poderes para atacar al sistema de tribunales administrativos ante el peligro de que estos coadyuvaren a que el ejecutivo se arrogase con una parte del Poder Judicial<sup>99</sup>.

Los teóricos de esta época comenzaron a examinar la naturaleza de la Constitución de la Tercera República y, en ciertos casos, encontraron en la teoría jurídica alemana que se había desarrollado a lo largo de los años an-

<sup>92</sup> THURY CORNEJO 2003, 171.

<sup>93</sup> Una breve descripción acerca de la distinción entre Gobierno y Administración puede apreciarse en BOQUERA OLIVER 1963, 66-77.

<sup>94</sup> Sancionada el 4 de agosto de 1830.

<sup>95</sup> BIANCHI 2011, 95.

<sup>96</sup> Ahora el artículo 14 (que sería el 13) quedaría redactado de la siguiente manera: "El Rey (...) hace los reglamentos y las ordenanzas necesarias para la ejecución de las leyes, sin poder nunca ni suspender las mismas leyes ni dispensar su ejecución".

<sup>97</sup> BIANCHI 2011, 99 y 100.

<sup>98</sup> JEZÉ 1949, 269.

<sup>99</sup> VILE 2007, 272.



teriores, un recurso útil y accesible<sup>100</sup> aunque los alemanes lo habían creado con propósitos diferentes<sup>101</sup>.

También se esforzaban por limitar el poder del aparato burocrático y, entre otras acciones, desarrollaron criterios precisos para delimitar a través de las leyes las funciones de las autoridades administrativas. Aquí surge la concepción formal y material de las funciones del Estado que luego serían retomadas y desarrolladas con mayor precisión por los juristas de la Tercera República.

Se produjo de tal forma, la consolidación de la situación extrajurídica del Gobierno que poseía un espacio constitucional para su actividad política en base a la ausencia de control jurídico<sup>102</sup>. La conexión dogmática francesa, referenciaba los “ámbitos libres de ley” del siguiente modo: como la función administrativa se definía y caracterizaba por su subordinación a la ley, una parte muy importante de ella, no se encontraba bajo esta sumisión<sup>103</sup>.

En efecto, Duguit destacaba que con antelación a 1870, los autores franceses en su gran mayoría, entendían que los actos y hechos en miras a un “objetivo político” escapaban a todo recurso. El iuspublicista francés acudió a las palabras de uno de los relatores de la ley orgánica del Consejo de Estado de 1849 (M. Vivien). Este relator, afirmaba que, ante una gran necesidad pública, si se lesionan derechos privados, el Estado responde ante el poder político. “Volverlos justiciables por el Tribunal Administrativo, sería paralizar una acción que se ejerce en vista del interés común”<sup>104</sup>.

Aunque resulte llamativo, la importancia que representaba la unidad del Estado, y el empeño por diferenciar las esferas propias de las autoridades legislativas y administrativas que presentaba la teoría jurídica de la Alemania monárquica, cuadraban con las necesidades de los doctrinarios liberales franceses.

<sup>100</sup> Para evidenciar esta afirmación, véase la influencia de la teoría de Jellinek sobre Carré de Malberg. La “actividad libre” alemana, fundamentaba que el Estado no pudiese obligar su actividad administrativa a las leyes, de una manera absoluta, íntegra y sin reservas. CARRÉ DE MALBERG 1998, 481 y 483.

<sup>101</sup> En efecto, el concepto alemán de monarquía constitucional desarrollado por cierto autores prusianos, tenía escasa relación con el planteamiento de monarquía constitucional de Gran Bretaña o con el concepto desarrollado por Constant a principios del siglo XIX. En concreto, los teóricos del Estado prusiano y, más tarde del Impero Alemán, rechazaban la idea de que el soberano pudiera ser un mero cargo ejecutivo. Sin embargo, al mismo tiempo, querían construir el marco judicial para que el sistema de gobierno fuera constitucional y no arbitrario. VILE 2007, 273.

<sup>102</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA 2009, 29.

<sup>103</sup> Carré de Malberg caracterizaba y definía la función administrativa por su subordinación a la ley. Sin embargo, el autor francés destacaba que la doctrina encontraba “...toda una parte, y muy importante, de la función administrativa que queda fuera de dicha definición”. Nótese que el autor trae a colación a Jellinek.

<sup>104</sup> DUGUIT 1911, 211. La Cámara de apelaciones de París, invocó la teoría de los actos de gobierno para declararse incompetente y, así, confirmar una sentencia del “Tribunal de la seine” (Cámara de París, 29 de enero de 1876, S., 1876, II, p. 297) en la acción intentada por el príncipe Napoleón contra el Ministro del interior y el prefecto de policía, en ocasión de la sentencia (de segunda instancia) de expulsión pronunciada contra el 10 de octubre de 1872 y ejecutada por la fuerza. Ídem., 212.

En Francia, además, se agregaría otro elemento extraído de la teoría inglesa: el concepto de equilibrio que regía en el gobierno parlamentario de mediados del siglo XIX<sup>105</sup>. Así, Duguit rechazaba la separación absoluta de poderes y, en cambio, postulaba la cooperación entre ellos a partir de las herramientas teóricas de Jellinek<sup>106</sup> y Laband<sup>107</sup>.

Ahora bien, la Tercera República no era un sistema de gobierno parlamentario. Se asemejaba más a un sistema de gobierno por delegación. Si bien la Cámara no gobernaba directamente, tampoco el Gobierno tenía capacidad para ejercer "*poderes discrecionales*"<sup>108</sup>. En este contexto, se producirá la distinción entre actos de poder público y actos de gestión<sup>109</sup>.

Estos últimos serán definidos como "aquellos que la Administración cumple en calidad de gerente e independiente de los servicios públicos y no como depositario de parte de la soberanía"<sup>110</sup>. En este escenario, el Estado era irresponsable respecto de la Administración activa. Tenía privilegio de jurisdicción y no podía ser juzgado por los tribunales judiciales.

Por otra parte, en el ejercicio de la *puissance public*, la Administración poseía amplias prerrogativas frente a los particulares. Las autoridades ostentaban un "*altísimo grado de discrecionalidad*" en la evaluación de las causas de higiene y salubridad pública, al igual que en la administración de los bienes públicos<sup>111</sup>.

<sup>105</sup> VILE 2007, 274 y 275 con cita de CARRÉ DE MALBERG 1922, 280 a 283.

<sup>106</sup> Para Jellinek existía una necesidad de separar las funciones en materiales y formales "...esto es, *distinguir las grandes direcciones de la actividad del Estado y las de determinados grupos de órganos*". Para este autor, Schmitthener sería el primero en reconocer y desarrollar esta oposición. JELLINEK 2005, 742 y nota 28.

<sup>107</sup> Tampoco debe perderse de vista que en América, también se reconoció la oposición entre funciones materiales y formales. JELLINEK 2005, 743 con cita de GOODNOW 1902, 25.

<sup>108</sup> VILE 2007, 278.

<sup>109</sup> En nuestro país, Fiorini se ocupó de criticar la teoría de la doble personalidad del Estado que debió crear la existencia de los actos de gestión y los actos de autoridad. Más aún, para el autor argentino los actos de gobierno y los actos discrecionales pretendían ser caracterizados en forma confusa al igual que acontecía con los actos de gestión y los actos de autoridad. Estos, para Fiorini, "*...jamás se han podido conceptuar en su sustancia, solo pueden existir por su referencia a la teoría del Estado. El acto discrecional y el acto de gobierno no son frutos exclusivos de los errores iniciales que fundamentaron el contencioso administrativo, sino también de aquellas ideologías políticas que pretendían justificar actos sin el debido control jurisdiccionales. Si bien es cierto que estos actos injustificables son frutos de estas teorías estatales, también son productos de los errores que produjo el sistema*". FIORINI 2006, 13 y 14.

<sup>110</sup> En la concepción de Jezé, "Resulta muy importante saber si se trata realmente de un servicio público propiamente dicho o solo de una gestión administrativa. En el primer caso, hay derecho a usar reglas especiales de derecho público, que salen de la órbita del derecho privado y la existencia de un servicio público solo será determinada por la intención de los gobernantes. JEZÉ 1949a, 12 y 19. A posteriori, Jezé se ocupa de establecer cómo se reconoce que la voluntad de los gobernantes ha sido la de satisfacer una necesidad de interés general por el procedimiento técnico del servicio público propiamente dicho. *Idem.*, 22 y ss. Cabe destacar que en toda la obra del precitado autor francés, se advierte con claridad meridiana las notas características de la "Escuela del Servicio Público" francesa.

<sup>111</sup> THURY CORNEJO 2003, 197 con cita de LAFERRIERE 1896, 484 y MARTÍN DESCALZO 1952, 134-139.

## 2. La constitución de 1875. El comienzo progresivo del control jurisdiccional

Durante este período, comenzará la búsqueda del sometimiento del Estado al derecho y se iniciará (en el contexto de la Constitución de 1875) la revalorización del Ejecutivo desde cuatro enfoques:

- a) la búsqueda de la eficacia de la acción gubernativa;
- b) legitimación democrática en la estructura constitucional del Presidente<sup>112</sup> al igual que el Parlamento;
- c) a través del desarrollo jurisprudencial y la construcción del derecho administrativo bajo la noción de servicio público<sup>113</sup> y;
- d) la construcción y consagración de la línea conceptual del acto político exento de control jurisdiccional, cuyos perfiles, serán definidos por la jurisprudencia en base a su naturaleza.

Como hemos visto, a fines de siglo XIX el Tribunal de Conflictos y el Consejo de Estado, desarrollaban la doctrina del acto político o de gobierno, implícitamente (por ejemplo) en las sentencias del 4, 5, 13, 17 y 20 de noviembre de 1880, pronunciadas a propósito de los decretos del 29 de marzo de 1880 contra las congregaciones religiosas<sup>114</sup>.

La consecuencia de la concepción de acto político, determinaba que la doctrina francesa hasta 1870, entendiera que los recursos previstos para los actos administrativos, no serían admisibles contra el acto político<sup>115</sup>.

Inclusive, desde el plano normativo, el artículo 26 de la ley del 24 de mayo de 1872 sobre el Consejo de Estado, disponía: *"Los ministros tienen el derecho de reivindicar ante el Tribunal de Conflictos, los asuntos llevados a la seccional del contencioso y no pertenecerían al contencioso administrativo"*<sup>116</sup>.

<sup>112</sup> Bajo esta Constitución, el poder ejecutivo y sus atributos diversos se colocaron a nombre del Presidente y no a nombre de los ministros. CARRÉ DE MALBERG 1998, 820.

<sup>113</sup> Con la creación del Consejo de Estado Francés y el consecuente abandono de las funciones de gobierno, se comenzará a concebir una actuación técnico-jurídica (jurisdiccional) dando impulso a un derecho jurisprudencial que, en sus primeros pasos, intentará brindar las pautas para delimitar las competencias entre el juez administrativo y el juez judicial. Rivero destaca que, entre otras cuestiones que trató el Consejo de Estado, el abordaje de lo que significó el servicio público produjo que se intentara delimitar las competencias jurisdiccionales del juez ordinario o del juez administrativo. RIVERO 1953, 279 y ss. En otro estudio, hemos puesto de relieve el origen, la evolución y el concepto de servicio público que, a nuestro entender, no se origina jurisprudencialmente so pretexto de una búsqueda para delimitar la competencia del juez administrativo. CORVALÁN 2004, 19 y ss., y CORVALÁN 2008, 367 y ss.

<sup>114</sup> DUGUIT 1911, 212.

<sup>115</sup> DUGUIT 1911, 212.

<sup>116</sup> Según Hauriou y Carré de Malberg, este texto otorgaba al Tribunal de Conflictos el poder de redactar la *"lista de actos de gobierno"*. Textualmente afirmaba Carré de Malberg *"Dejó esta tarea al tribunal de conflictos, es decir, como indica Hauriou (...) a la jurisprudencia administrativa, que decide bajo la autoridad del tribunal de conflictos. Corresponde a dicha jurisprudencia establecer cuáles son, según la Constitución, los actos de gobierno, y cuál es la extensión de los"*

3. La plataforma jurisprudencial del Tribunal de Conflictos. Los célebres fallos “Blanco”<sup>117</sup> y “Pelletier”<sup>118</sup>

En “Blanco”<sup>119</sup> y “Pelletier” se reafirmó (con diverso alcance y sustento) la plataforma normativa que escindió tempranamente las autoridades judiciales de las administrativas. “¿Cuál es de las dos autoridades jurisdiccionales administrativa y ordinaria, la que tiene competencia general para conocer de las acciones por daños y perjuicios contra el Estado?”. Bajo este interrogante el Tribunal de Conflictos se adentraba a resolver la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados a la hija del Sr. Blanco, en razón de los hechos producidos por los obreros empleados de una empresa Tabacalera del Estado<sup>120</sup>.

En “Blanco”<sup>121</sup> se afirmaría el principio de la competencia de la jurisdicción administrativa<sup>122</sup>, mientras que en “Pelletier” se vinculó la separación de las autoridades administrativas de las judiciales, con el principio de la separación de los poderes<sup>123</sup>. La regla de “competencia absoluta y de orden público” pretendía proteger al acto administrativo<sup>124</sup>.

Ahora bien, si advertimos las circunstancias del caso y la cuestión sometida a debate en “Pelletier”, podemos evidenciar determinadas peculiaridades que vale la pena traer a colación. Se trató de una confiscación realizada por una autoridad militar en el marco de una ley sobre estado de sitio. El Sr. Pelletier solicitó que se declarara la nulidad de la confiscación de los ejemplares de un periódico, conjuntamente con la indemnización por daños y perjuicios<sup>125</sup>.

---

*poderes de que se halla investida, respecto a dichos actos, la autoridad administrativa. Así es como se halla legislativamente consagrada la institución de los actos de gobierno”. CARRÉ DE MALBERG 2011, 502. Duguit, en cambio, sostenía que desde 1872, hasta 1911, no se había aplicado el artículo 26 precitado. Probablemente, afirmaba Duguit, se debía a un error legislativo y, por ello, no podía ser invocado. Es la reproducción del artículo 47 del 3 de marzo de 1849, en la cual se ha sustituido los “ministros” a “ministros de justicia”. Finalmente, no podemos aceptar las proposiciones de Hariou, diciendo que la teoría de los actos de gobierno es una suerte de compromiso entre el Gobierno y la jurisdicción del Consejo de Estado. DUGUIT 1911, 213.*

<sup>117</sup> TC 8 de febrero de 1873, Rec. 1er. Suplemento 61. Conclusiones David. Ver síntesis del fallo y observaciones en LONG et al. 2009, 1-4.

<sup>118</sup> TC 30 de julio de 1873. Rec. 1er. Suppl. 117, Concl. David. Ver síntesis del fallo y observaciones en LONG et al. 2009, 4-9.

<sup>119</sup> Desde un sector de la doctrina italiana, el fallo Blanco fue considerado durante todo un siglo, como la piedra angular del Derecho administrativo y su mismo fundamento. Según Cassese, Blanco señala “...la fecha de nacimiento más convencional del Derecho administrativo”. CASSESE 1994, 19 y 20.

<sup>120</sup> LONG et al. 2009, 1.

<sup>121</sup> Es preciso destacar que casi un siglo después, la cuestión debatida en “Blanco” (daños producidos por un vehículo) se transfirió a los Tribunales Ordinarios la competencia a través de la Ley del 31 de diciembre de 1957 “por derogación al art. 13 de la ley del 16-24 de agosto de 1790”. De esta forma, actualmente el contencioso de los daños causados por los vehículos, cualquiera que sea su naturaleza es competencia de la Justicia Ordinaria. La excepción a esta regla, viene dada por los daños causados al patrimonio público. Ver, LONG et al. 2009, 3 y 4.

<sup>122</sup> LONG et al. 2009, 2.

<sup>123</sup> LONG et al. 2009, 5.

<sup>124</sup> LONG et al. 2009, 5.

<sup>125</sup> LONG et al. 2009, 6.

La doctrina de la separación de poderes, se erige como la piedra angular de caso. La administración debía gozar de una "garantía real" para preservar de la injerencia de los Tribunales [judiciales], respecto de los actos que en razón de su carácter y autoridad le pertenecían por su naturaleza<sup>126</sup>.

La célebre distinción francesa entre la culpa personal y la falta de servicio<sup>127</sup>, determinaría una atribución de competencias diversas. La falta personal era competencia del juez ordinario. En caso de conflicto de competencias, correspondía al Tribunal de conflictos "juez supremo de la competencia" definir el contenido de la distinción<sup>128</sup>.

Ahora bien, en este contexto, los inicios del siglo XX en Francia comenzaron a delinear un nuevo rol del Poder Ejecutivo<sup>129</sup>. En palabras de Barthélemy:

*"...la obligación del gobierno de aplicar la ley no es de la misma naturaleza que la del juez; debe examinar en cada hipótesis si hay más inconvenientes en dejar violar la ley que en hacerla aplicar. Las necesidades de la vida de un Estado son demasiado variadas y complejas como para poder ser satisfechas por medidas rigurosamente previstas y reglamentadas con anterioridad. Es la tarea del gobierno examinar cómo y en qué medida, con qué temperamento, la ley debe ser aplicada; el arte de gobernar exigirá a veces que la ley no sea aplicada sin más"*<sup>130</sup>.

Para este autor, las leyes no pueden abarcar muchos aspectos de la vida del Estado y por ello, existen más allá de su aplicación "un inmenso dominio que es el del Ejecutivo", no obstante las leyes se presenten como las reglas directrices o los límites jurídicos de la actividad del Ejecutivo. Aquí es donde surge para Barthélemy, una separación de poderes que resguarde el ámbito de cada poder, pero que propugne una colaboración entre ellos<sup>131</sup>.

El paradigma revolucionario que pretendía eliminar la potestad reglamentaria, no solo se vio frustrado, sino que se afianzó desde su reconocimiento expreso como una prerrogativa monárquica en el artículo 14 de la Carta de 1814<sup>132</sup>. Así, la realidad marcaba un acentuado desarrollo de la potestad en tres aspectos:

<sup>126</sup> LONG et al. 2009, 7.

<sup>127</sup> Así expresamente lo afirman LONG et al. 2009, 7.

<sup>128</sup> LONG et al. 2009, 7 y 8.

<sup>129</sup> Advértase que, hacia 1791, algunos postulaban que la "ejecución" debía ser entendida de un modo estrecho y mecánico. Se hablaba de un "rey-máquina" que explotase en política las posibilidades ofrecidas por la nueva ciencia de los autómatas. ROSANVALLON 2007, 87.

<sup>130</sup> THURY CORNEJO 2003, 199, nota 237, con cita de BARTHÉLEMY 1906, 310.

<sup>131</sup> THURY CORNEJO 2003, 200.

<sup>132</sup> Ello pese a que las formulaciones de los artículos 49.2 de la Constitución de 1848 y el artículo 3° de la Ley constitucional de febrero de 1875, pretendían acotar la capacidad reglamentaria del Ejecutivo al limitar su esfera de actuación a ser un mero "ejecutor" de las leyes.

La *primera*, estaba dada por los *reglamentos de prerrogativa* que se derivaban del antiguo principio monárquico y se referían a materias como la organización y el régimen jurídico de las colonias.

La *segunda*, se vinculaba con la potestad originaria de desarrollo de las leyes no dependiente de la habilitación expresa por parte de estas<sup>133</sup>.

La *tercera*, se relacionaba con la potestad reglamentaria autónoma, de forma tal que podía regular las materias en las que la ley no hubiese regulado.

Por *último*, la que se refería a técnicas dirigidas a atribuir a las normas del gobierno, una función o fuerza equivalente a las leyes<sup>134</sup>.

Hacia 1911, si bien la separación de poderes en la práctica, presentaba colaboración de los órganos de representación y reparto de las funciones<sup>135</sup>, ello no alteró el hecho de que la asamblea constituyente de 1871, continuaría con la tradición de 1791 y de 1848 al distinguir los tres poderes y reconocerles su independencia<sup>136</sup>.

### III. El “control mínimo”<sup>137</sup> de las potestades discrecionales que instaura el Consejo de Estado francés

El control de las potestades discrecionales, no presenta un desarrollo lineal en Francia. En esencia, la doctrina francesa denomina “control mínimo” a las siguientes nociones: i) el control de la exactitud material de los hechos; ii) el error de derecho; iii) el error manifiesto de apreciación; y iv) la desviación de poder<sup>138</sup>. El control mínimo comenzó a desarrollarse a partir de 1875 y se consolidó a lo largo del siglo XX. Se dio, inclusive, frente a los actos mediante los cuales la administración “*dispone del poder discrecional*”<sup>139</sup>.

<sup>133</sup> Aquí se refiere a lo que hoy se conoce como “reglamento autónomo o independiente”. Ver sobre esta categoría a LINARES 2007, 69-73. Con anterioridad, también se los solía denominar “independientes”. Ver DIEZ 1963, 228 y ss.

<sup>134</sup> THURY CORNEJO 2003, 201.

<sup>135</sup> DUGUIT 1911, 353.

<sup>136</sup> De este modo, en la perspectiva de Duguit, la teoría rígida de la separación de los poderes, aún sería la base del derecho político francés. Sin embargo, como el propio autor lo reconocía, esta concepción no fue volcada expresamente. Por tanto, la regla de la separación de poderes consistía en varios órganos de representación de la soberanía nacional, una colaboración íntima y constante; una acción recíproca de unos sobre otros y, también, una separación entre el personal administrativo y el personal judicial. Concluiría Duguit de modo crítico: “Todo nuestro derecho público protesta contra el aislamiento completo de los órganos DUGUIT 1911, 356-357.

A juicio de Carré de Malberg la separación de poderes hacia 1922, se concebía a partir de atribuir a cada clase de órgano o de autoridad, grados diferentes de potestad en el ejercicio de funciones. Esto, en sí, no tenía relación estricta con una separación material de las funciones y sería todo lo contrario de la igualdad de los órganos. CARRÉ DE MALBERG 1998, 844 y 845.

<sup>137</sup> Esta locución ha sido adoptada por la doctrina francesa.

<sup>138</sup> LONG et al. 2009, 111.

<sup>139</sup> LONG et al. 2009, 111.

Uno de los fallos paradigmáticos es el caso “*Abate Bouteyre*”<sup>140</sup> de 1912. Aquí el Consejo de Estado francés se pronunció respecto de un concurso docente<sup>141</sup>. En 1911 el abate Bouteyre se había inscripto en la lista de candidatos al concurso para una cátedra de filosofía de la educación secundaria. El Ministro de Educación Pública, le informó que el estado eclesiástico al cual él se había consagrado, se oponía a que fuese admitido dentro del cuerpo docente. No era procedente autorizarle a participar en las pruebas destinadas a proveer a la contratación de profesores de Liceos. El abate interpuso recurso de anulación por exceso de poder.

El comisario del gobierno Helbronner sostuvo, entre otras cosas, que el poder de apreciación que habitualmente se calificaba como “discrecional”, se otorgaba a la administración en forma expresa o implícita<sup>142</sup>.

Sin embargo, el comisario reconocía que el poder de apreciación debía ejercerse legalmente y de acuerdo con el objetivo para el cual fue creado. También el principio de igualdad debía ser respetado. La inmunidad jurisdiccional se consagraba respecto de las “razones por las cuales se ejercía el poder”, a no ser que se configurase desviación de poder.

El rechazo de la pretensión finalmente respondió al siguiente argumento central: al tomar los hábitos eclesiásticos, el candidato manifestó (por un acto exterior) que no sería apto a dar muestras de imparcialidad y neutralidad requeridas. El interés del servicio, determinaba que las funciones de eclesiástico resultaban incompatibles con las de profesor de educación pública de secundaria<sup>143</sup>.

#### IV. El control de la calificación jurídica de los hechos

Si bien el Consejo de Estado en el fallo “*Pariset*”<sup>144</sup> de 1875, consagró la desviación de poder como una nueva forma de nulidad, en 1910 comenzó a controlar el error de hecho<sup>145</sup>. Sin embargo, se atribuye al caso “*Gomel*”<sup>146</sup> el

<sup>140</sup> CE 10 de mayo de 1912, *Abate Bouteyre*, Rec. 553, concl. Helbronner, síntesis y observaciones del fallo en LONG *et al.* 2009, 92 a 95.

<sup>141</sup> El decreto de 10 de julio de 1852 en su artículo 7 establecía las condiciones exigidas a los candidatos a la administración en cátedra de educación secundaria mediante oposición. Entre otros, disponía que los candidatos debían presentar autorización ministerial. El reglamento del 29 de junio de 1885 prescribía en su artículo 4° “*Los aspirantes se inscribían, por lo menos dos meses antes del día de la apertura del concurso al secretariado de la Academia en la cual residen. El rector debe avisar de esta inscripción en los ocho días siguientes, al Ministro de Educación, anexando sus observaciones*”. A su vez, el artículo 5° dispuso que la lista definitiva de candidatos era establecida por el Ministro. Quince días antes de la apertura del concurso, debía advertirse a los candidatos admitidos para tomar parte en las pruebas. LONG *et al.* 2009, 92 y 93.

<sup>142</sup> En este último caso, se admitía cuando el gobierno se ocupaba de preservar el buen funcionamiento de los servicios públicos. Ello según el fallo CE 7 de febrero de 1936, “*Jamart*”

<sup>143</sup> LONG *et al.* 2009, 94.

<sup>144</sup> CE 26 de noviembre de 1875, *Pariset*, Rec. 934 ver sumario y observaciones del fallo en LONG *et al.* 2009, 16 a 20.

<sup>145</sup> “*Pessay*”, 13 de mayo de 1910, REc. 405, citado en LONG *et al.* 2009, 107.

<sup>146</sup> CE 4 de abril de 1914, Rec. 488. La síntesis y las observaciones de la doctrina al fallo se pueden apreciar en LONG *et al.* 2009, 106-109.



punto de partida de la abundante jurisprudencia relacionada con el control de la *calificación jurídica de los hechos* por el juez de la acción de nulidad<sup>147</sup>.

Este tipo de revisión puede ser descripta sucintamente del siguiente modo: cuando la administración deba ponderar circunstancias de hecho a las que se refiere una norma, el juez debe controlar si los “hechos” eran los que el texto presupone. Es decir, si realmente los hechos justificaban la decisión adoptada.

En “Gomel” (1914) la discusión que se había sometido a decisión del Consejo de Estado, se relacionaba con la facultad del prefecto para denegar la licencia de construcción<sup>148</sup>, cuando un proyecto atentare contra “una perspectiva monumental”. La facultad del prefecto, no se hallaba subordinada a una clasificación previa de las perspectivas monumentales. Debía entonces, conciliar la conservación de dichas perspectivas con el derecho de propiedad.

El Consejo de Estado entendió<sup>149</sup> que era competente para: por un lado, verificar si la ubicación de la construcción proyectada estaba incluida dentro de una perspectiva monumental existente. Por otro, y en caso afirmativo, debía desentrañar si la construcción podría atentar contra la misma.

1. El célebre fallo “Camino” (1916)<sup>150</sup> y el control de la exactitud material de los hechos. La inmunidad jurisdiccional de la “conveniencia” de los actos administrativos

El doctor Camino era un Alcalde que había sido suspendido por resolución del prefecto y luego destituido por decreto. La destitución se basaba en que, por un lado no había velado por la “*decencia de un cortejo fúnebre al cual asistía*”<sup>151</sup>. Por el otro, el texto sostenía que había ejercido ciertas “*vejaciones*” con respecto a una ambulancia privada.

El Consejo de Estado sostuvo: Considerando que si bien por *la vía de la acción de nulidad el Consejo de Estado no puede apreciar la conveniencia de los Actos administrativos, sí le compete, por un lado verificar la materialidad de*

<sup>147</sup> LONG et al. 2009, 107.

<sup>148</sup> El artículo 3° del decreto del 26 de marzo de 1852 disponía que: “*todo constructor de casas, antes de iniciar la obra, deberá solicitar la alineación y la nivelación de la vía pública en frente de su terreno y conformarse con ello*”. El artículo 4° del decreto fue modificado por la ley del 13 de julio de 1911 (art. 118) y establecía: “*Paralelamente deberá enviar a la administración un plano de los perfiles o secciones de las construcciones que proyecta, y someterse a las instrucciones que se le hagan en interés de la seguridad pública, de la salubridad así como la conservación de las perspectivas monumentales y de las zonas históricas, salvo acción ante el Consejo de Estado por la vía contenciosa*”.

<sup>149</sup> El señor Gomel, impugnó el rechazo de la licencia de construcción en la plaza Beauvau en París por vía de la acción de nulidad.

<sup>150</sup> CE 14 de enero de 1916, Camino, Rec. 15 (S. 1922.3.10, concl. Corneille. RDP 1917.463, concl. Corneille, nota Jéze. Ver síntesis y observaciones del fallo en LONG et al. 2009, 109-111.

<sup>151</sup> En concreto se le reprochaba que había introducido el ataúd por una brecha abierta en el muro que encierra el cementerio. Además, el Decreto sostuvo que había hecho cavar una fosa insuficientemente profunda para marcar su desprecio con respecto al difunto.

los hechos que motivaron esos actos y, por otro lado, en caso en que estos se establezcan, buscar si de acuerdo con la ley, podrían motivar la aplicación de las sanciones previstas por la disposición precitada (el destacado es propio)<sup>152</sup>.

Sobre esta plataforma, se resolvió: a) la exactitud de los hechos y alegatos no se establecieron a través de los documentos aportados al expediente; b) la "vejación" estaba incompletamente probada y las conductas no constituían faltas cometidas en el ejercicio de las funciones de Camino. Además, sostuvo que por su naturaleza no justificaba la separación del señor Camino de la dirección de la administración municipal.

También en "Trépont"<sup>153</sup> (1922) el Consejo de Estado anuló la decisión que otorgaba a un prefecto una licencia no remunerada por estar basada en un hecho inexacto. Aquí se trató de una "causa jurídica inexistente" por cuanto el interesado en realidad no había presentado ninguna solicitud de licencia.

Por último, podemos mencionar el fallo "Barel"<sup>154</sup> que definió con precisión los límites del poder discrecional y estableció las reglas sobre la carga de la prueba y las facultades de instrucción del juez administrativo. En el plano político, fijó completamente el alcance del principio de libertad de opinión de los funcionarios<sup>155</sup>.

## V. La concepción actual de la separación de poderes y la escisión entre autoridades administrativas y judiciales

### 1. La competencia de la jurisdicción administrativa

El 23 de enero de 1987, el Consejo Constitucional francés se pronunció respecto de la competencia de la jurisdicción administrativa<sup>156</sup>. El caso sometido al Consejo Constitucional, se vinculaba con el dictado de la ley del 2 de julio de 1986. Por esta norma se habilitó al gobierno a modificar o abrogar ciertas disposiciones de la legislación económica relativas a los precios y a la libre concurrencia. Se pretendía definir "un nuevo derecho de la concurrencia".

La ordenanza del 1 de diciembre de 1986, creó un organismo administrativo (el Consejo de la concurrencia) con importantes poderes para reprimir las prácticas opuestas a la libre concurrencia. Podía imponer sanciones pecuniarias. Respecto a estas sanciones, la ordenanza disponía (inicialmente) que contra las decisiones del Consejo de la Libre Concurrencia, se podía interponer el recurso de plena jurisdicción ante el Consejo de Estado.

<sup>152</sup> LONG et al. 2009, 110.

<sup>153</sup> CE 20 de enero de 1922, Trépont, Rec. 65, citado en LONG et al. 2009, 110.

<sup>154</sup> CE 28 de mayo de 1954, Barel, Rec. 208, concl. Letourneur, síntesis y observaciones en LONG et al. 2009, 360-365.

<sup>155</sup> LONG et al. 2009, 362.

<sup>156</sup> CC número 86-224; DC del 23-enero-1987, síntesis del fallo y observaciones en LONG et al. 2009, 532-541.

Luego de publicada la ordenanza, el parlamento aprobó una ley que otorgaba competencia a la Corte de Apelación de París para conocer de las decisiones del Consejo de la Libre Concurrencia. Antes de la promulgación del texto, los diputados lo sometieron al control del Consejo Constitucional.

El "cargo" se fundamentaba, entre otras cuestiones, en la violación del principio de la separación de los poderes afirmado por el art. 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano<sup>157</sup>.

El Consejo Constitucional francés, en el fallo diferenció "*valor constitucional de la separación de poderes*" del "*principio de valor constitucional*" de la jurisdicción administrativa y su competencia propia. Para explicar esta suerte de juego de palabras, acudimos a la explicación doctrinaria francesa.

El Consejo Constitucional francés, determinó que la separación entre autoridades administrativas y judiciales, *per se*, no tiene "valor constitucional"<sup>158</sup>; es decir, no constituye una consecuencia necesaria del principio de separación de poderes<sup>159</sup> que sí lo tiene<sup>160</sup>.

La noción de "principio fundamental reconocido por las leyes de la República"<sup>161</sup>, se presenta como un principio esencial prescrito por el legislador republicano. La existencia de la jurisdicción administrativa "*...competente para censurar los actos ilegales del poder público constituye una garantía para la defensa de los derechos y libertades de los individuos*"<sup>162</sup>. Sobre esta base, la jurisdicción administrativa y su competencia propia, constituye un "principio de valor constitucional".

En resumidas cuentas: la separación de poderes posee valor constitucional y determina una serie de principios fundamentales que tienen valor cons-

<sup>157</sup> Además pretendía invocar las disposiciones de las leyes del 16 y 24 de agosto de 1790 relativas a la organización de justicia. LONG et al. 2009, p. 535.

<sup>158</sup> La doctrina moderna francesa, al analizar el fallo, entiende que conforme "*la concepción francesa de la separación de los poderes*", existen "*principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República*". Uno de ellos es el que determina la separación entre la jurisdicción administrativa y la autoridad judicial. LONG et al. 2009, 536.

<sup>159</sup> CC número 86-224; DC del 23-enero-1987. LONG et al. 2009, 535. Se argumenta que esta prohibición a lo sumo, es una consecuencia de "*...una tradición legislativa que permite resaltar un principio fundamental reconocido por las leyes de la República en el sentido que le da a esta última noción el Preámbulo de la Constitución de 1946, el cual remite al Preámbulo de la Constitución de 1958*". Ídem., 536.

<sup>160</sup> El valor constitución del principio de separación de los poderes proclamado por el art. 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, fue reconocido por el Consejo Constitucional en la decisión N° 70.104; DC del 23 de mayo de 1979, Rec. 27; RDP 1979.1695; nota Favoreu; D. 1981 I.R. 363, obs. L. Hamon, citado en LONG et al. 2009, 535 y 536.

<sup>161</sup> Entre otros, el Consejo Constitucional reconoció, entre otros principios fundamentales prescritos por las leyes de la República, la libertad de asociación (decisión N° 71.44 DC del 16 de julio de 1971, Rec. 29) y el principio del derecho a la defensa (N° 76.70 DC del 2 de diciembre de 1976, Rec. 39). LONG et al. 2009, 537.

<sup>162</sup> LONG et al. 2009, 537.

tucional. De ahí que la jurisdicción administrativa constituya un principio de valor constitucional.

2. Los criterios para evidenciar la existencia de la jurisdicción administrativa. Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo Constitucional distingue dos ámbitos.

El primero se refiere a “las materias reservadas por naturaleza a la autoridad judicial”. Estas materias, se relacionan con los aspectos relativos a la libertad individual, al derecho de propiedad, al Estado y a la capacidad de las personas y al funcionamiento de los servicios judiciales.

El segundo tiene que ver con el dominio específico de la competencia de la jurisdicción administrativa con fundamentos en los criterios *orgánicos* y *formales*.

El criterio orgánico abarca el ámbito de las decisiones tomadas “por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo, sus agentes, las colectividades territoriales de la República o los organismos públicos colocados bajo su autoridad o control”. El criterio formal se relaciona con el “*ejercicio de las prerrogativas (exorbitantes del derecho común*<sup>163</sup>) *del poder público*”<sup>164</sup>. Además, se reconoce al legislador la posibilidad de regular los detalles del principio<sup>165</sup>.

Como dato anecdótico, el Consejo Constitucional no declaró la inconstitucionalidad por la transferencia de competencia dispuesta por ley, sino que lo hizo porque se había violado el derecho de defensa<sup>166</sup>.

## Consideraciones finales

1. La noción de Soberanía en Duguit

a) La asamblea nacional francesa tenía en mente una noción de Soberanía indivisible, *per se*, aun cuando los diversos elementos que la constituían serían delegados por representación a un órgano distinto. Cada órgano sería

<sup>163</sup> Estas palabras textuales utilizan LONG et al. 2009, 538.

<sup>164</sup> LONG et al. 2009, 537.

<sup>165</sup> El Consejo constitucional se sitúa únicamente en un plano constitucional y no impide la adopción de otros criterios de competencia como “la noción de servicio público”. LONG et al. 2009, 537.

<sup>166</sup> LONG et al. 2009, 538. “...el Consejo constitucional estimó, dada la amplitud de las sanciones que pueden ser impuestas por el consejo de la competencia (multas que pueden ascender hasta el cinco por ciento del importe de las ventas o diez millones de francos si el contraventor no es una empresa), que el principio del derecho de la defensa hacía necesario el establecimiento de un procedimiento de suspensión provisional con relación a las decisiones del consejo de la competencia. Mientras tal procedimiento existe ante el Consejo de Estado en virtud de las disposiciones del art. 48 de la ordenanza del 31 de julio de 1945, hacía falta ante la corte de apelación de París en la hipótesis estudiada por la ley sometida al examen del juez constitucional. Por esta razón, la ley fue declarada inconstitucional, lo que tuvo como efecto inmediato no conferir fuerza de la ley a ninguna de las disposiciones de la ordenanza del 1° de diciembre de 1986. Posteriormente a esta decisión, una ley del 6 de julio de 1987 dio competencia a la corte de apelación de París y estableció, al mismo tiempo, ante esta jurisdicción un procedimiento de suspensión provisional de las decisiones del consejo de la competencia”. LONG et al. 2009, 539.

independiente y soberano en la esfera de soberanía que se les atribuyó por representación.

b) Los poderes se concebían como los elementos mismos de la voluntad del Estado y en modo alguno eran concebidos como órganos. Los órganos, representaban la voluntad soberana en cada parcela que les ha sido asignada.

2. La consolidación formal de la doctrina "pura" de la separación de poderes

a) A partir de 1789, los franceses atravesaron por un proceso de rechazo del Estado mixto y la doctrina de la Constitución equilibrada, consolidando formalmente la doctrina "pura" que se consagró de forma generalizada.

b) La interpretación rígida o pura de la doctrina de la separación de poderes, respondió, en esencia, a una realidad histórica: situar un sistema opuesto a la antigua monarquía que había concentrado en sí todos los poderes.

c) Comenzó a gestarse a partir de dicho período, un lento y progresivo proceso de sujeción de la actividad de la Administración al Derecho.

d) Sieyès pretendió conciliar tres necesidades. La primera consistía en distribuir las funciones del Estado entre distintas instancias. La segunda se orientaría a prevenir los abusos de poder por parte de las ramas del Estado. Por último, se buscaría asegurar la colaboración sin destruir el sistema de separación prescindiendo de acudir al sistema de frenos y contrapesos.

e) Se comenzó a plantear el problema esencial de los Estados modernos: "¿Cómo puede controlarse el ejercicio del poder sin destruir la armonía en el sistema de gobierno?".

f) Se consolidaría hacia 1790, la distinción formal entre jurisdicción y administración al igual que se consagraría la escisión entre gobierno y administración. La pretensión era concreta: evitar que la autoridad judicial intentase transformarse en un poder político rival del rey.

g) El correlato entre la doctrina de la separación de poderes y la separación de autoridades, determinó que la primera se sitúe en el plano de la organización de los poderes políticos. La segunda, en cambio, se refirió a la ordenación de la competencia de las autoridades subordinadas.

h) Se inició la paradoja de la versión rígida de la separación de los poderes: bajo la premisa de una sumisión total a la ley comenzaba a admitirse la actuación de la administración al "margen" de la ley, por conducto de la "discrecionalidad administrativa".

3. La separación de poderes en la Constitución de 1791

a) La constitución francesa de 1791 fue un punto de referencia de todas las Constituciones que descansan sobre un principio democrático.

b) Postuló un aislamiento e independencia de los poderes. Ningún órgano podía ejercer acción alguna sobre los otros.

c) La doctrina comenzó a advertir la imposibilidad de impedir la interacción entre los órganos. Se inició un reclamo hacia la colaboración continua entre los órganos.

d) La legitimación del rey provendría exclusivamente de la ley.

e) Se postuló la separación de la administración respecto de la acción de gobierno en la que quedó englobada. El Ejecutivo tendría como función principal ejecutar las leyes y, la Administración, se presentaría como el medio a su servicio para realizar tal cometido.

4. Las prerrogativas como fundamento de una jurisdicción contencioso administrativa ajena al poder judicial

a) La separación entre autoridades administrativas y judiciales, no solo pretendió separar el cuerpo judicial de los poderes políticos: aspiró a impedir que aquel se transformase en poder.

b) El principio de separación de poderes se presentaba como el fundamento para que los tribunales se abstuviesen de "molestar" al Parlamento y al Gobierno.

c) Las leyes 16 del 24 de agosto de 1790 (que regulaba la organización judicial en el título II, arts. 10, 12 y 13), 27 de noviembre de 1790 y la 6/1790 de 11 de septiembre (que regulaba el contencioso en materia de contribuciones y administración), consolidaron formalmente la separación entre autoridades judiciales y administrativas. Se gestó la auténtica jurisdicción contencioso-administrativa ajena al poder judicial.

d) Desde cierto sector, se preguntaban si el principio de separación de poderes estrictamente aplicado, no exigía el conocimiento de lo contencioso-administrativo a las autoridades judiciales. A nuestro criterio, sobre esta plataforma encontramos un punto de convergencia entre lo "discrecional" (entendido en términos históricos) y la jurisdicción contencioso-administrativa ajena al poder judicial: *la prerrogativa*.

e) La jurisdicción administrativa aparecía ligada a la noción de prerrogativa: al "*privilegio de competencia*" de que gozaba la autoridad administrativa para los litigios suscitados por sus actos. Se consagraba su inmunidad en relación a la jurisdicción civil.

f) La prerrogativa era concebida, entre otras facetas, como la expresión de una parte de la soberanía del Estado atribuida al poder gubernamental. Se argumentaba que el poder se manifestaba en presencia de la acción administrativa por la existencia de las prerrogativas. El Derecho Administrativo "*...se une, por ella [la prerrogativa], al resto del Derecho Público, y en particular, al Derecho Constitucional*".

g) La institución de la justicia administrativa respondió, en esencia, a razones históricas y al privilegio de exención de jurisdicción del que gozaba la potestad administrativa.

h) El principio de separación de autoridades incluyó una regla política sobre la separación de los poderes: *la prohibición de que el poder judicial ejerza poder político*.

i) El Tribunal de Conflictos se ocupó de relacionar el principio de la separación de los poderes con los textos que escindían las autoridades judiciales de las administrativas. Así, en "*Pelletier*" se estableció que las leyes que excluyeron a las autoridades administrativas de las judiciales<sup>167</sup>, se derivaron y pretendieron la exacta aplicación del principio de la separación de los poderes<sup>168</sup>.

#### 5. La Constitución del año III y la consolidación del poder discrecional

a) La norma fundamental del Año III, retomó la idea de la doctrina pura de la separación de poderes. Se produjo un reforzamiento de las potestades ejecutivas al igual que se sostuvo la distinción entre Gobierno y Administración.

b) En el Directorio residía el gobierno, el pensamiento y la deliberación. Una vez finalizado el proceso, debía comenzar la acción que sería desarrollada por los niveles de la escala administrativa.

c) El poder reglamentario alcanzaría su consagración absoluta durante la Constitución Napoleónica del Año VIII (1799). Se produjo desde esa fecha, una vuelta hacia un sistema semejante al del "Antiguo Régimen".

d) A partir del Siglo XIX, Constant se ocupó de abordar el poder discrecional. Para él, *dicho poder tendría el papel de equilibrar los choques que se pudiesen producir entre el poder ejecutivo, legislativo y judicial*. Tales poderes eran los de veto, disolución, destitución de ministro e indulto.

e) Con Napoleón habría un retorno hacia los principios de jerarquía, disciplina y uniformidad. Es decir, comenzaba a consolidarse el "modelo burocrático".

f) El afianzamiento del Consejo de Estado produjo la distinción entre funciones ejecutivas y consultivas. Aquí comenzaban a surgir "nuevas" prerrogativas que se inscribirán sobre antiguos privilegios monárquicos.

#### 6. La Carta de 1814 y la transición de la concepción del poder ejecutivo: el poder reglamentario autónomo y las potestades discrecionales

a) La potestad reglamentaria autónoma se consagró en el artículo 14 de la Carta de 1814. La división de poderes representaría una mera distribución de funciones o competencias distribuidas *discrecionalmente* por el monarca.

<sup>167</sup> Se refiere aquí a la ley del 16-24 de agosto de 1790, título 2, artículo 13 y al decreto del 16 fructidor, año 3.

<sup>168</sup> TC 8 de febrero de 1873, Rec. 1er. Suplemento 61. Conclusiones David, citado en LONG et al. 2009, 5



b) Se resquebrajaba así, en el plano constitucional, la función de un Ejecutivo de mero delegado del Poder Ejecutivo.

c) Con el reconocimiento de una potestad normativa autónoma del monarca, se destruyó el canon de la rigurosa separación orgánica de los poderes. Se allanaba el camino hacia la afirmación del principio de la no necesaria coincidencia entre la noción sustancial y formal de función soberana.

7. La Constitución de 1830. De la III a la V República. "Gobierno"/ "Administración", actos políticos y actos discrecionales: la inmunidad jurisdiccional

a) La Constitución de 1830 consagró una especie de vuelta al principio de soberanía popular revolucionaria. La monarquía se fundamentaba en el pacto entre el pueblo y el soberano. En este período, se modificó la Constitución de 1814 y se limitó la potestad reglamentaria del Rey al subordinarla expresamente a la voluntad parlamentaria.

b) Hacia la tercera república, el modelo francés consolidaba la inmunidad judicial de ciertos actos. Francia consolidó la "*teoría de los actos de gobierno en razón del móvil político*".

c) Desde cierto sector, se alzaban voces que utilizaban la doctrina de la separación de poderes para atacar al sistema de tribunales administrativos, ante el peligro de que estos coadyuvaren a que el ejecutivo se arrogase con una parte del Poder Judicial.

d) Los teóricos de esta época comenzaron a examinar la naturaleza de la Constitución de la Tercera República. En ciertos casos encontraron en la teoría jurídica alemana que se había desarrollado a lo largo de los años anteriores, un recurso útil y accesible, no obstante los alemanes lo habían creado con propósitos diferentes.

e) Se mantuvo la situación *extrajurídica* del Gobierno que poseía un espacio constitucional para su actividad política, en base a la ausencia de control jurídico.

f) La conexión dogmática francesa referenciaba los "ámbitos libres de ley" del siguiente modo: como la función administrativa se definía y caracterizaba por su subordinación a la ley, una parte muy importante de ella no se encontraba bajo esta sumisión.

g) Se desarrolló un elemento extraído de la teoría inglesa: el concepto de equilibrio que regía en el gobierno parlamentario de mediados del siglo XIX.

h) En Duguit se advierte un rechazo hacia la separación absoluta de poderes. Retomó fuerza la cooperación entre ellos.

i) En este contexto se producirá la distinción entre actos de poder público y actos de gestión.

j) Los actos de gestión eran aquellos que la Administración dictaba en calidad de "gerente e independiente de los servicios públicos". La Administración no emanaba tales actos como depositaria de parte de la soberanía.

k) El Estado era irresponsable respecto de la Administración activa. Tenía privilegio de jurisdicción y no podía ser juzgado por los tribunales judiciales.

l) Las autoridades ostentaban un "*altísimo grado de discrecionalidad*" en la evaluación de las causas de higiene y salubridad pública, al igual que en la administración de los bienes públicos.

#### 8. La constitución de 1875. El comienzo progresivo del control jurisdiccional

a) Durante este período comenzará la búsqueda del sometimiento del Estado al derecho. Además, se inició una revalorización del Ejecutivo desde cuatro enfoques:

i) la búsqueda de la eficacia de la acción gubernativa;

ii) legitimación democrática en la estructura constitucional del Presidente<sup>169</sup> al igual que el Parlamento;

iii) a través del desarrollo jurisprudencial y la construcción del derecho administrativo bajo la noción de servicio público y;

iv) la construcción y consagración de la línea conceptual del acto político exento de control jurisdiccional. Se abandona la noción de móvil político y entra en escena la naturaleza del acto y la "lista" jurisprudencial como criterios definidores de los actos de gobierno.

#### 9. La plataforma jurisprudencial del Tribunal de Conflictos. Los célebres fallos "Blanco" y "Pelletier"

En "*Blanco*"<sup>170</sup> y "*Pelletier*"<sup>171</sup> se reafirmó (con diverso alcance y sustento) la plataforma normativa que escindió tempranamente las autoridades judiciales de las administrativas.

#### 10. El siglo XX

a) A fines de siglo XIX y principios del siglo XX, desde un sector doctrinal se comenzó a propiciar un nuevo rol del Poder Ejecutivo. Barthélemy, al igual que la doctrina alemana, planteaba que las necesidades de la vida de un Estado, eran demasiado variadas y complejas como para poder ser

<sup>169</sup> Bajo esta constitución, el poder ejecutivo y sus atributos diversos se colocaron a nombre del Presidente y no a nombre de los ministros. CARRÉ DE MALBERG 1998, 820.

<sup>170</sup> TC 8 de febrero de 1873, Rec. 1er. Suplemento 61. Conclusiones David. Ver síntesis del fallo y observaciones en LONG et al. 2009, 1 a 4.

<sup>171</sup> TC 30 de julio de 1873. Rec. 1er. Suppl. 117, Concl. David. Ver síntesis del fallo y observaciones en LONG et al. 2009, 4-9.

satisfechas por medidas rigurosamente previstas y reglamentadas con anterioridad.

b) El dominio propio e inherente del Ejecutivo, debía coexistir con las leyes, las reglas directrices y los límites jurídicos que constituían el marco en el que debía desarrollar su actividad. Aquí es donde surge, según Barthélemy, una separación de poderes que resguardó un ámbito propio de cada poder, sin perjuicio de que debía existir colaboración entre ellos.

c) El paradigma revolucionario que pretendía eliminar la potestad reglamentaria se vio frustrado. La realidad marcaba un acentuado desarrollo de la potestad en cuatro facetas.

La *primera*, en función del creciente desarrollo de los *reglamentos de prerrogativa* que se derivaban del antiguo principio monárquico y se referían a materias como la organización y el régimen jurídico de las colonias.

La *segunda*, se vinculaba con la potestad originaria de desarrollo de las leyes no dependiente de la habilitación expresa por parte de estas.

La *tercera*, se relacionaba con la potestad reglamentaria autónoma, de forma tal que podía regular las materias en las que la ley no hubiese regulado.

Por *último*, la que se refería a técnicas dirigidas a atribuir a las normas del gobierno, una función o fuerza equivalente a las leyes.

d) Aun cuando se concebía una separación de poderes que presentaba en la práctica, colaboración de los órganos de representación y reparto de las funciones, ello no alteró el hecho de que se mantuviese la teoría rígida de la separación de los poderes como base del derecho político francés.

11. El "control mínimo" de las potestades discrecionales que instaura el Consejo de Estado francés

La doctrina francesa denomina "*control mínimo*" a las siguientes nociones: a) el control de la exactitud material de los hechos; b) el error de derecho; c) el error manifiesto de apreciación; y d) la desviación de poder<sup>172</sup>. El control mínimo comenzó a partir de 1875 y se consolidó a lo largo del siglo XX. Se dio aun frente a los actos mediante los cuales la administración "dispone del poder discrecional".

12. El poder de apreciación y su asimilación a lo "discrecional"

a) En 1912 el Consejo de Estado en el fallo *Abate Bouteyre*<sup>173</sup> se argumentó, entre otras cosas, que el poder de apreciación que habitualmente se calificaba como "discrecional", se otorgaba a la administración en forma

<sup>172</sup> LONG et al. 2009, 111.

<sup>173</sup> CE 10 de mayo de 1912, *Abate Bouteyre*, Rec. 553, concl. Helbronner, síntesis y observaciones del fallo en LONG et al. 2009, 92 a 95.

expresa o implícita (en este último caso, se admitía cuando el gobierno se ocupaba de preservar el buen funcionamiento de los servicios públicos).

b) Se reconoció que el poder de apreciación debía ejercerse legalmente y de acuerdo con el objetivo para el cual fue creado. También el principio de igualdad debía ser respetado.

c) La inmunidad jurisdiccional se consagraba respecto de las "razones por las cuales se ejercía el poder", a no ser que se configurase desviación de poder.

### 13. El control de la calificación jurídica de los hechos

a) El Consejo de Estado en el fallo *Pariset*<sup>174</sup> de 1875, consagró la desviación de poder como una nueva forma de nulidad, en 1910 comenzó a controlar el error de hecho<sup>175</sup>.

b) Ello no obstante, se atribuye al caso *Gomel*<sup>176</sup> (1914) el punto de partida de la abundante jurisprudencia relacionada con el control de la *calificación jurídica de los hechos* por el juez de la acción de nulidad.

c) El control de la calificación jurídica de los hechos implica que, cuando la administración deba ponderar circunstancias de hecho a las que se refiere una norma, el juez debe controlar si los "hechos" eran los que el texto presuponía. Es decir, si realmente los hechos justificaban la decisión adoptada.

d) En *Gomel* la discusión que se había sometido a decisión del Consejo de Estado, se relacionaba con la facultad del prefecto para denegar la licencia de construcción, cuando un proyecto atentare contra "una perspectiva monumental".

e) El Consejo de Estado entendió que era competente para: por un lado, verificar si la ubicación de la construcción proyectada estaba incluida dentro de una perspectiva monumental existente. Por otro, y en caso afirmativo, debía desentrañar si la construcción podría atentar contra la misma.

### 14. El célebre fallo "Camino" (1916)<sup>177</sup> y el control de la exactitud material de los hechos. La inmunidad jurisdiccional de la "conveniencia" de los actos administrativos

a) En *Camino* el Consejo resolvió que no se puede apreciar la conveniencia de los actos administrativos en el marco de la *acción de nulidad*.

<sup>174</sup> CE 26 de noviembre de 1875, *Pariset*, Rec. 934 ver sumario y observaciones del fallo en LONG et al. 2009, 16-20.

<sup>175</sup> "Pessay", 13 de mayo de 1910, REc. 405, citado en LONG et al. 2009, 107.

<sup>176</sup> CE 4 de abril de 1914, Rec. 488. La síntesis y las observaciones de la doctrina al fallo se pueden apreciar en LONG et al. 2009, 106-109.

<sup>177</sup> CE 14 de enero de 1916, *Camino*, Rec. 15 (S. 1922.3.10, concl. Corneille. RDP 1917.463, concl. Corneille, nota Jéze. Ver síntesis y observaciones del fallo en LONG et al. 2009, 109-111.

b) *En cambio, le compete, por un lado verificar la materialidad de los hechos que motivaron esos actos. Por otro, en caso en que estos se establezcan, buscar si de acuerdo con la ley, podrían motivar la aplicación de la hipótesis prevista por la norma.*

15. La demarcación precisa de los límites del poder discrecional en el fallo del Consejo de Estado "Barel" (1954)

El fallo *Barel* provocó una gran trascendencia jurídica y política en Francia.

En lo jurídico, definió con precisión los límites del poder discrecional y estableció las reglas sobre la carga de la prueba y las facultades de instrucción del juez administrativo.

En el plano político, fijó completamente el alcance del principio de libertad de opinión de los funcionarios.

16. Breves consideraciones acerca de la concepción jurisprudencial actual de la separación de poderes y la escisión entre autoridades administrativas y judiciales (artículos 10 y 13 de las leyes 16 y 24 de agosto de 1790)

a) El 23 de enero de 1987, el Consejo Constitucional francés se pronunció respecto de la competencia de la jurisdicción administrativa. Se alude al "valor constitucional" de la separación de poderes y de la justicia administrativa.

b) El Consejo Constitucional francés distingue el *valor constitucional de la separación de poderes del principio de valor constitucional* de la jurisdicción administrativa y su competencia propia.

c) Se determinó que la separación entre autoridades administrativas y judiciales, *per se*, no tiene *valor constitucional*; es decir, no constituye una consecuencia necesaria del principio de separación de poderes que sí lo tiene.

d) La doctrina moderna francesa, al analizar el fallo, entiende que conforme *la concepción francesa de la separación de los poderes, existen principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República*. Uno de ellos es el que determina la separación entre la jurisdicción administrativa y la autoridad judicial.

La noción de *principio fundamental reconocido por las leyes de la República*, se presenta como un principio esencial prescripto por el legislador republicano.

e) Sobre esta base, la jurisdicción administrativa y su competencia propia, constituye un "principio de valor constitucional".

f) Por tanto, la separación de poderes posee valor constitucional y determina una serie de principios fundamentales que tienen valor constitucional. De ahí que la jurisdicción administrativa constituya un principio de valor constitucional.

17. Los criterios para evidenciar la existencia de la jurisdicción administrativa según el Consejo Constitucional

a) La jurisprudencia del Consejo Constitucional distingue las materias reservadas *por naturaleza* a la autoridad judicial. Estas materias, se relacionan con los aspectos relativos a la libertad individual, al derecho de propiedad, al Estado y a la capacidad de las personas y al funcionamiento de los servicios judiciales.

b) En otro ámbito, se presenta un dominio específico de la competencia de la jurisdicción administrativa con fundamentos en los criterios *orgánicos* y *formales*.

c) El criterio orgánico abarca el ámbito de las decisiones adoptadas "*por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo, sus agentes, las colectividades territoriales de la República o los organismos públicos colocados bajo su autoridad o control*".

d) El criterio formal se relaciona con el "*ejercicio de las prerrogativas (exorbitantes del derecho común) del poder público*". Además, se reconoce al legislador la posibilidad de regular los detalles del principio. El Consejo Constitucional se sitúa únicamente en un plano constitucional y no impide la adopción de otros criterios de competencia como: "la noción de servicio público".

### Bibliografía Citada

- ABERASTURY, Pedro (2006): *La justicia administrativa* (Buenos Aires, LexisNexis).
- BAUZÁ MARTORELL, Felio J. (2001): *La Desadministración pública* (Madrid, Marcial Pons).
- BÉNOIT, Francis Paul (1977): *El derecho administrativo francés*, traducción de GIL CREMADES, Rafael (Madrid, Instituto de Estudios Administrativos).
- BIANCHI, Alberto (2011): "Breve historia de la formación constitucional francesa" en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 75.
- BOQUERA OLIVER, José María (1963): "Los orígenes de la distinción entre actividad política y administrativa" en *Revista de Administración Pública española*, N° 40.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond (1948): *Teoría General del Estado* (México, Fondo de Cultura Económica).
- CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio (2000): Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado Francés (1799-1999) en *Revista de Administración Pública española*, N° 153.
- CASSESE, Sabino (1994): *Las bases del derecho administrativo* (Madrid, Instituto Nacional Administración Pública).
- CHEVALLIER, Jean-Jacques (1979): *Los Grandes Textos Políticos, Desde Maquiavelo a nuestros días* (Madrid, Aguilar).
- CHEVALLIER, Jean-Jacques; LOSCHAK, Daniele (1983): *La Ciencia Administrativa* (México, INAP-EFE).
- CORVALAN, Juan Gustavo (2008) "Origen, evolución y definición del servicio público" en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 64.
- \_\_\_\_\_ (2004): "Origen, Evolución y Aproximación conceptual a la noción de Servicio Público" en *Revista Trimestral de Direito Público*, N° 48, pp. 19 y ss.
- CRUZ FERRER, Juan (1988): "Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria" en *Revista de Administración Pública Española*, N° 116.

- DUGUIT, León (1911): *Traité de Droit Constituttionnel* (París, Tontemoing & C. Editeurs) T. I Premier.
- FIORINI, Bartolomé A. (2006): *Qué es el contencioso* (Buenos Aires, LexisNexis).
- \_\_\_\_ (1948): *La discrecionalidad en la administración pública* (Buenos Aires, Alfa).
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (2009): *Poder y Derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- GARCÍA- MANSILLA, Manuel José; RAMÍREZ CALVO, Ricardo (2006): *Las fuentes de la Constitución Nacional* (Buenos Aires, LexisNexis).
- HAURIUO, André (1971): *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas* (trad. José Antonio González Casanova, España, Ediciones Ariel).
- JELLINEK, Georg (2005): *Teoría General del Estado* (trad. Fernando de los Ríos, Montevideo - Buenos Aires, IBdeF).
- JÉZE, Gastón (1949): *Principios generales del derecho administrativo* (Buenos Aires, Depalma).
- LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno (2009): *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa* (Colombia, Librería Ediciones del Profesional LTDA).
- \_\_\_\_ (2003): *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (París, Dalloz).
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2009): *Tratado de derecho administrativo y derecho público general* (Madrid, lustel) T. I.
- RIVERO, Jean (2002): *Páginas de Derecho Administrativo* (Bogotá, Temis).
- \_\_\_\_ (1953): "Existe-t-il un critère du droit administratif?" en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, N° 2.
- RIVERO, Jean; WALINE, Jean (2014): *Droit administrative* (Dalloz).
- ROSANVALLON Pierre (2007): *El modelo político francés* (Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores).
- SIEYÉS, Emmanuel Joseph (1950): *¿Qué es el Estado llano?* (trad. José Rico Godoy, Madrid, Instituto de estudios políticos).
- TAWIL, Guido Santiago (1993): *Administración y justicia* (Buenos Aires, Depalma).
- THURY CORNEJO, Valentín (2003): *La discrecionalidad administrativa como emergente de la aplicación de la teoría de la división de poderes* (Buenos Aires, Ediciones RAP).
- \_\_\_\_ (2002): *Juez y División de poderes hoy* (Buenos Aires - Madrid, Ciudad Argentina).
- TRISTÁN BOSCH, Jorge (1951): *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?* (Buenos Aires, Zavalia).
- \_\_\_\_ (1945): "El origen de la jurisdicción contencioso administrativa en Francia y la doctrina de la separación de poderes" en *Revista de Estudios Políticos*, N° 1.
- \_\_\_\_ (1944): *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes* (Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires).
- VILE, M.J.C. (2007): *Constitucionalismo y separación de poderes* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- WEIL, Prosper (1989): *Derecho Administrativo* (Madrid, Civitas).