

## II. EXTRANJERA

# CONSIDERACIONES EN TORNO AL BICENTENARIO DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCES (1799-1999)

Por

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE  
Universidad de Sevilla

**SUMARIO:** 1. LA CONMEMORACIÓN DEL BICENTENARIO DEL *CONSEIL D'ÉTAT*.—2. ORIGEN Y CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DE LA INSTITUCIÓN: a) *La evolución de la misión consultiva del Consejo de Estado*. b) *La progresiva independización del control contencioso: de la justicia retenida a la justicia delegada y la posterior creación de un orden jurisdiccional administrativo independiente*. c) *El papel del Consejo de Estado en la creación y desarrollo del régimen administrativo: la época dorada del Derecho Administrativo*.—3. LOS DESAFÍOS RECIENTES: LA «CRISIS DE CRECIMIENTO» DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LAS REFORMAS EMPRENDIDAS.—4. LOS RETOS DEL FUTURO: EL CONSEJO DE ESTADO ANTE EL SIGLO XXI.

### 1. LA CONMEMORACIÓN DEL BICENTENARIO DEL *CONSEIL D'ÉTAT*

Tanto en la vida de los hombres como en la de las instituciones, los aniversarios son una ocasión para volver sobre el pasado, hacer balance y proyectarse hacia el futuro. Es el tiempo de medir el camino recorrido, de tomar conciencia de la propia identidad y de cómo ha sido forjada. Pero también de liberar los lastres innecesarios y ponderar los retos venideros.

Estos fueron los objetivos que se propuso el Comité científico designado por el Gobierno de la República Francesa en noviembre de 1994 con el fin de organizar la conmemoración del segundo centenario de la creación del Consejo de Estado francés que tendría lugar en 1999. Bajo el auspicio de este Comité, presidido por el Prof. Georges VEDEL, los actos conmemorativos oficiales fueron precedidos por la celebración de una serie de jornadas de reflexión sobre temas cruciales de la justicia administrativa (*El Consejo de Estado y la doctrina*, en 1996; *El Consejo de Estado y los cambios de regímenes políticos*, en 1997; *El Consejo de Estado y la libertad religiosa: dos siglos de historia*, en 1998; *Evolución y revolución del contencioso-administrativo*, en 1998, y *El Consejo de Estado ante el Consejo de Estado*, en 1999), cuyas ponencias fueron publicadas en cinco números especiales de la «Revue Administrative», aparecidos entre 1997 y 1999.

Paralelamente, y bajo la coordinación del Prof. Guy BRAIBANT, a lo largo de ese tiempo se organizaron hasta quince encuentros internacionales

de carácter bilateral y multilateral, con el objeto de compartir experiencias y reforzar los lazos de unión entre las jurisdicciones administrativas de distintos países europeos, africanos y latinoamericanos. Las conclusiones de dichos encuentros han sido publicadas conjuntamente en un *Coffret des rencontres internationales 1996-1999* (Presses Universitaires de France, París, 1999).

Junto a éstas, los organizadores del bicentenario han promovido otras importantes publicaciones, entre las que destacan el libro jubilar *Le Conseil d'État de l'An VIII à nos jours* (dirigido por el Prof. Jean MASSOT, Ed. Adam Biro, París, 1999), el balance histórico y de prospectiva coordinado por el Prof. François MONNIER bajo el título *Le Conseil d'État* (Découvertes Gallimard, París, 1999), o la interesante *Guide des sources de l'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative* (Direction des Archives Nationales, París, 2000), que recoge gran parte de los materiales de la exposición temática celebrada en el Archivo Nacional de Francia entre diciembre de 1999 y marzo de 2000.

Finalmente, la conmemoración oficial del bicentenario tuvo lugar en el solemne Anfiteatro de la Sorbona entre los días 13 y 15 de diciembre de 1999, donde se celebró un «Gran Coloquio Internacional» con representantes de 40 países, inaugurado por el Presidente de la República, Jacques Chirac, y clausurado por el Primer Ministro, Lionel Jospin.

Todo este imponente dispositivo da cuenta de la importancia y la repercusión histórica del Consejo de Estado francés, sin el cual no puede entenderse el origen y la evolución contemporánea del Derecho Administrativo, hasta el punto que pueda decirse que conmemorar el nacimiento de dicha institución es tanto como celebrar el nacimiento de esta rama del Derecho. En efecto, el Consejo de Estado es, sin lugar a dudas, la institución que más y mejor ha servido a uno de los mayores logros de la historia jurídica reciente: la conquista del Estado por el Derecho y el sometimiento del poder al control jurisdiccional. Ese es el «milagro que encarna el Derecho Administrativo» (Prosper WEIL), en el que Francia ha encontrado «uno de sus mejores artículos de exportación», como hace cincuenta años destacó el antiguo Vicepresidente del Consejo de Estado, René CASSIN, en su discurso de clausura de los actos de celebración de los primeros ciento cincuenta años de vida de este órgano.

## 2. ORIGEN Y CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DE LA INSTITUCIÓN

«*Ciudadanos, la Revolución se sostiene en los principios que la han iniciado. La revolución ha terminado*». Esta frase del Preámbulo de la Constitución de XXII de frimario del año VIII, escrito por el propio Napoleón, resume en pocas palabras el espíritu del texto constitucional de 13 de diciembre de 1799: poner fin a los desórdenes sociales y organizar los poderes sobre bases políticas estables. Para contribuir a este objetivo, el artículo 52 de dicho texto previó la creación de un Consejo de Estado «adjunto» a las Asambleas y al Consulado, con la misión de «*redactar los pro-*

*yectos de ley y de reglamentos de la Administración pública y de resolver las dificultades que se susciten en materia administrativa*». Pese a ser ésta la primera consagración constitucional de la institución, la idea no era original y hunde sus raíces más remotas en el «Consejo Real» de Valois, creado por Felipe IV «el Hermoso» en el siglo XIII para asesorar y ayudar a la Monarquía «a administrar Francia y a pronunciar la justicia real»; precedente, a su vez, del *Conseil d'État* creado en 1578 por Enrique III y más tarde remozado por Luis XIV, que lo convirtió —en los albores del siglo XVIII— en Consejo privado del Rey en materia de finanzas y dirección del Reino, encargándole también la tarea de «arreglar los problemas administrativos y del contencioso».

Aun conservando la doble misión de órgano consultivo y jurisdiccional, el nuevo Consejo de Estado nacido de la Constitución de 1799 vio potenciada esta segunda faceta a causa del paradójico y singular entendimiento del principio de división de poderes como «separación» de poderes en el Estado surgido de la Revolución francesa. Separados los poderes, el poder ejecutivo no podía ser enjuiciado por otro poder, el judicial, sino por el propio poder ejecutivo, instaurándose así un sistema de justicia retenida o del «Ministro-juez» que traduce el principio según el cual «juzgar a la Administración también es administrar» (Jacques CHEVALLIER). Esta regla había sido originariamente expresada por la Ley revolucionaria de 16-24 de agosto de 1790 —«*las funciones judiciales son distintas y permanecen siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán (...) alterar en ninguna manera las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a sus funcionarios por razón de sus cargos*»—. Repetida cinco años más tarde por el Decreto fructidor del año III («*prohibiciones reiterativas son hechas a los Tribunales de conocer de los actos de la Administración, cualquiera que sea su naturaleza*»), acabará siendo consagrada en el artículo 52 de la Constitución del año VIII mediante la creación de una jurisdicción administrativa interior y dependiente de la propia Administración, representada por la misión «jurisdiccional» que se le encargaba al Consejo de Estado en orden a «*resolver las dificultades que se susciten en materia administrativa*».

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» (Marcel WALINE). Pero si bien su actividad contenciosa no ha dejado desde entonces de acrecentarse y fortalecerse, tanto en extensión como en profundidad, su actividad consultiva ha conocido una caótica y azarosa evolución hasta llegar a su configuración actual.

#### a) *La evolución de la misión consultiva del Consejo de Estado*

El alcance de la función consultiva del Consejo de Estado ha sido cambiante y pendular, una historia de avances y de repliegues en la que tanto

el objeto como el carácter vinculante y preceptivo de su dictamen se ha visto en ocasiones disminuido o atemperado y en otras acrecentado por los sucesivos Gobiernos.

En origen, en el contexto histórico del Consulado y del Primer Imperio (1799-1814), el Consejo de Estado vivió una verdadera época de esplendor como órgano consultivo. Bajo la Presidencia del Primer Cónsul, más tarde Emperador Napoleón I, su función de «consejero del gobierno» en la redacción de los proyectos de ley fue decisiva para afrontar con éxito la impresionante obra codificadora emprendida por Francia a principios del siglo XIX. El Código civil, el Código de comercio y el Código penal napoleónicos, las leyes procesales de instrucción civil y criminal o las grandes leyes administrativas en materia de obras públicas y minas, sin olvidar los primeros reglamentos administrativos de organización de los servicios públicos, deben sin duda su perfección técnica y —a la postre— su longevidad a la calidad que les imprimió la intervención consultiva del Consejo de Estado.

Esta cualificada y brillante contribución a la codificación del Derecho se vio truncada en el período de la Restauración Monárquica (1814-1848). El Consejo de Estado, que no es mencionado siquiera en las Cartas Reales de Luis XVIII (1814) y de Luis Felipe I (1830), adormece en su función consultiva bajo la Monarquía constitucional, siendo rara vez consultado en la elaboración de las leyes adoptadas durante esta época.

Tras la revolución de 1848 y la proclamación de la Segunda República, la Constitución de 4 de noviembre de 1848 modificó profundamente la composición del Consejo de Estado e incrementó notablemente sus funciones consultivas. Sus miembros son entonces elegidos por la Asamblea Nacional y participan activamente en la preparación de las leyes porque el Gobierno ha de someter a su conocimiento todos los proyectos de ley, salvo los de finanzas. Además, el Consejo también puede ser consultado por la Asamblea en los proyectos de iniciativa parlamentaria no presentados por el Gobierno.

A raíz del golpe de Estado de Luis Napoleón que acabó con el apenas ensayado segundo período republicano, la Constitución del Segundo Imperio, de 14 de enero de 1852, recoge la tradición napoleónica consagrando la competencia consultiva obligatoria del Consejo de Estado para conocer de todos los proyectos de ley sin excepción alguna, y ampliando el carácter preceptivo de su dictamen sobre los Decretos «que reglamenten a la Administración pública».

Un nuevo cambio de régimen vuelve a disminuir el alcance de la función consultiva del Consejo de Estado. Con la caída de Napoleón III y la proclamación de la Tercera República (1871-1946), la Ley de 24 de mayo de 1872 rebaja sensiblemente el calado de la intervención consultiva del Consejo de Estado en relación a los proyectos de Ley, declarándola simplemente facultativa, si bien conserva el carácter obligatorio del dictamen para los reglamentos. Esta situación se prolonga durante toda la Tercera República hasta la finalización de la segunda guerra mundial, cuando el Gobierno provisional de De Gaulle adopta una Ordenanza en 1945 que de-

vuelve el carácter preceptivo del dictamen del Consejo de Estado en el ejercicio de iniciativa legislativa por el Gobierno, tal y como recoge la vigente Constitución de la Quinta República, de 4 de octubre de 1958. Así, en la actualidad, todo proyecto de Ley del Gobierno ha de ser examinado por la Asamblea plenaria del Consejo de Estado antes de someterse a la discusión del Consejo de Ministros (art. 39). Junto a ello, la Constitución consagra la competencia consultiva obligatoria del Consejo de Estado en el ámbito de la potestad reglamentaria del Gobierno (arts. 37 y 38). Aparte de estas previsiones constitucionales, el Consejo de Estado ha visto ampliada su competencia consultiva en dos nuevos campos: la compatibilidad de las leyes con los Tratados internacionales (a raíz de una decisión del Consejo Constitucional de 15 de enero de 1975) y, desde 1992, los actos normativos que traspongan normas de Derecho Comunitario.

- b) *La progresiva independización del control contencioso: de la justicia retenida a la justicia delegada y la posterior creación de un orden jurisdiccional administrativo independiente*

Aun siendo una parte importante de sus funciones, la actividad consultiva no es la que ha dado fama y prestigio mundial al Consejo de Estado. Con mucho, ha sido la dimensión dirimente o «jurisdiccional» de este órgano, que también le atribuye la Constitución del año VIII, la que le permitió concebir y desarrollar los principios y reglas que caracterizan lo que, sin duda, ha sido su mayor logro y su gran aportación jurídica al mundo del Derecho: la creación del *régime administratif*.

Sustraída a la jurisdicción ordinaria por el paradójico entendimiento del principio de separación de poderes al que nos hemos referido, la Administración quedaba al margen de todo control judicial. Las reclamaciones de los administrados eran conocidas así por la propia Administración, que jugaba por tanto en el doble papel de juez y parte. Sin embargo, durante el Primer Imperio se advierte una evolución de este sistema de «justicia retenida» al diseñarse, en el propio seno del aparato administrativo, órganos y mecanismos especializados para dirimir los asuntos contenciosos. Ya la Ley del 28 pluvioso del año VIII había creado los Consejos de Prefectura, encargados de decidir sobre ciertos litigios estrictamente tasados, aunque fue la consagración constitucional de la función jurisdiccional del Consejo de Estado en 1799 lo que va a permitir las transformaciones más importantes.

Así, a pesar de haber sido concebido esencialmente como órgano consultivo, el Consejo de Estado recibió tempranamente la encomienda del Primer Cónsul de elaborar una propuesta de resolución en todos los litigios en los que la Administración fuese parte y tuviese que resolver el Jefe del Estado. En el curso de las primeras décadas del siglo XIX esta especialización «contenciosa» va a incrementarse notablemente como consecuencia de dos importantísimas decisiones. En primer lugar, por la creación, en 1806, de una «Comisión de lo contencioso» en el seno del propio Conse-

jo de Estado, ante la que los administrados presentaban sus alegaciones siguiendo un procedimiento de tipo jurisdiccional en el que se admitía asistencia letrada. Este procedimiento se «juridificaría» aún más bajo la Restauración debido al debilitamiento de la función consultiva del Consejo de Estado en dicho período, que como contrapartida le permitió intensificar su dimensión «contenciosa», sobre todo a partir de la reforma de 1831 que instauró el procedimiento oral, la publicidad de las sesiones y la figura del *Commissaire du Gouvernement*, que, pese a representar inicialmente al Gobierno, pronto se configuró como un ministerio público que sólo debía «pronunciarse en el interés de la sana aplicación de la Ley». En segundo lugar, y como causa más relevante aún, por la generalización de la práctica según la cual el Jefe del Estado se limitaba a confirmar pura y simplemente la propuesta de resolución que en cada caso le elevaba el Consejo de Estado. Esta situación consagraba definitivamente un sistema de «justicia delegada» y no ya de mera «justicia retenida». Sólo faltaba dar un paso más: dotar al Consejo de Estado del carácter de una verdadera jurisdicción especializada, independizando definitivamente el conocimiento contencioso de todo vínculo orgánico con el Ejecutivo.

Este fue el paso que dio la Ley de 24 de mayo de 1872, que constituyó en el Consejo de Estado una «Sección de lo contencioso» especializada a la que se adscribieron permanentemente nueve Consejeros para «ejercer la jurisdicción administrativa superior». Desde entonces, la Administración va a someterse al control exhaustivo de una verdadera jurisdicción que estatuye directamente «en nombre del pueblo francés», y no ya del Jefe de Estado. Dicha Ley crea, al mismo tiempo, un Tribunal de Conflictos, compuesto por un número igual de miembros del Consejo de Estado y el Tribunal de Casación civil para dirimir los conflictos de competencia entre los dos órdenes jurisdiccionales, el contencioso-administrativo y el ordinario. La fecha de esta reforma no es en modo alguno fruto del azar. Tras el fracaso de la guerra con la Prusia de Bismarck, la Asamblea Nacional reunida en Burdeos había votado en 1870 la destitución de Luis Napoleón III, sellando con ello la caída del Segundo Imperio y el advenimiento de la Tercera República. El nuevo período republicano quiso romper así con la política imperial de corte absolutista para asentar el liberalismo político y económico. Las grandes leyes de inspiración liberal van a dotar a la Administración francesa de sus principales rasgos caracterizadores: los Departamentos, Comunas y poderes locales se organizan sobre nuevas bases; libertades públicas reprimidas desde hacía casi un siglo, como las de asociación o prensa, reciben carta de naturaleza legal, que más tarde la Constitución liberal de 1885 se encargaría de consagrar plenamente junto al asentamiento y la definitiva normalización de las relaciones entre los poderes del Estado. En este contexto es en el que comienza a germinar el Derecho Administrativo, que es deducido a pasos firmes por la imponente labor pretoriana de un reforzado y finalmente independiente Consejo de Estado.

c) *El papel del Consejo de Estado en la creación y desarrollo del régimen administrativo: la época dorada del Derecho Administrativo*

Durante los cuarenta y cinco años que separan el final de la guerra franco-prusiana y el inicio de la primera guerra mundial, el Consejo de Estado vive su *belle époque* (Prosper WEIL). El punto de partida es conocido: sustraída a los Tribunales ordinarios, la Administración quedaba igualmente sustraída al Derecho común. Las instituciones clásicas del Derecho Civil, como la contratación, el régimen de propiedad o la responsabilidad, no podían ser aplicadas a una Administración que actuaba investida de poder para ejercer la policía sobre el orden público y económico y, más tarde, para desempeñar una cada vez más voluminosa misión de servicio público. Bajo esta premisa, y a través de los grandes *arrêts* de la época, el Consejo de Estado (y, en no pocas ocasiones, el Tribunal de Conflictos) fue decantando todos y cada uno de los fundamentos esenciales del *régime administratif*, con lo que —bien puede decirse en este caso— la jurisdicción precedió al Derecho.

Así, por ejemplo, el célebre *arrêt Blanco*, de 8 de febrero de 1873, sienta las bases de la responsabilidad extracontractual administrativa; una responsabilidad que «no es general ni absoluta» y que «tiene sus reglas especiales» que la diferencian de la responsabilidad civil, por lo que su conocimiento incumbe a la jurisdicción administrativa. Poco tiempo después, el *arrêt Prince Napoleon*, de 19 de febrero de 1875, declara que, bajo determinadas condiciones, el control contencioso puede ejercerse incluso cuando el acto administrativo atacado hubiera sido dictado «por motivos políticos». El *arrêt Pariset*, de 26 de noviembre de 1875, comienza a perfilar las condiciones de admisibilidad del «recurso por exceso de poder» y de los medios de anulación de las decisiones administrativas que incurran en «desviación de poder». El régimen de la contratación pública recibe carta de naturaleza, adquiriendo identidad y autonomía propia, a partir de los *arrêts Compagnie du Gaz*, de 10 de enero de 1902; *Terrier*, de 6 de febrero de 1903; o *Thérond*, de 4 de marzo de 1910. Las condiciones y medios de ejecución forzosa de los actos y decisiones administrativas aparecen definidas en el *arrêt Saint-Juste*, de 2 de diciembre de 1902. Las bases teóricas de la potestad reglamentaria quedan apuntadas en el *arrêt Compagnie des Chemins de Fer*, de 6 de diciembre de 1907. A través de estas y otras decisiones igualmente relevantes, la especificidad del *régime administratif* y de los principios generales en que éste se inspira configuran la fisonomía propia al Derecho Administrativo y consagran al Consejo de Estado, como él mismo declaró en el *arrêt Cadot*, de 13 de diciembre de 1889, en el «juez de Derecho común en primera y única instancia del conjunto del contencioso administrativo», poniendo definitivamente fin al sistema del «Ministro-juez».

De este modo, la jurisprudencia administrativa diseña el «recurso por exceso de poder»; garantiza las libertades públicas; extiende progresivamente el campo de aplicación de la responsabilidad de los poderes públi-

cos; define los conceptos fundamentales de la contratación pública, del dominio público, de la policía administrativa y del servicio público, y, sobre todo, desgaja uno a uno los principios generales del Derecho Público. En este tiempo, el Consejo de Estado mantiene un diálogo fecundo con los principales representantes de la doctrina de la época, como HAURIUO, DUGUIT o JÉZE. Pero también es el tiempo de los grandes *Commissaires du Gouvernement*, como LAFERRIÈRE (que sistematizó por vez primera la doctrina del Consejo de Estado en su *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, París, 1887), DAVID, ROMIEU o Léon BLUM, que participan activamente en la construcción teórica del Derecho Administrativo a través de sus magistrales conclusiones a los casos enjuiciados por el Consejo de Estado.

A pesar de las profundas transformaciones sufridas por el Derecho Administrativo después de la primera guerra mundial, lo cierto es que nunca ha renegado de los dogmas que el Consejo de Estado decantó durante esta «época dorada». Más que los grandes principios y soluciones técnicas, fueron los dogmas los que constituyen la verdadera herencia de este fasto período.

Un primer dogma es de orden político-constitucional: la primacía del individuo frente al poder, plasmada en el reconocimiento y defensa de los derechos y libertades públicas. Entre la libertad individual y la autoridad, el Consejo de Estado se decanta por la primera. Esta decidida apuesta lleva en sí misma el germen del principio de legalidad en la actuación de la Administración, que aunque ya estaba recogido en la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano (*Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché*), es ahora cuando toma cuerpo y se expande como un eco en la conocida proposición del Comisario ROMIEU: «en materia de policía la libertad es la regla y la restricción la excepción». La reserva de Ley, la subordinación del Gobierno al Parlamento, la del Reglamento a la Ley, la responsabilidad del Estado por las actuaciones administrativas, la progresiva extensión del control jurisdiccional a todas las decisiones gubernamentales, la limitación de la discrecionalidad administrativa, o la adopción por el Consejo de Estado de un criterio orgánico del acto administrativo para proporcionar una vía de imputación efectiva de las decisiones ilegales, no son sino reflejos y concretas manifestaciones de una clara voluntad de sujetar la prerrogativa y el poder exorbitante de la Administración. Como contrapunto a esta «desconfianza» en el poder ejecutivo, es también en este período en el que se desarrolla la «mística de la Ley», alimentada por las corrientes positivistas de finales del XIX. La confianza en el legislador se opone así al control judicial del Gobierno y de la Administración. La Ley es el acto inicial, incontestable e incondicionado, mientras que el Reglamento es subordinado y condicionado (Georges VEDEL). Nada puede objetar el juez al Parlamento; pero sí al Gobierno, que ha de actuar en escrupulosa observancia de la Ley: «que actúe, pero que repare los daños causados por su acción» (Maurice HAURIUO).

El otro gran dogma forjado por el Consejo de Estado en esta época es el del servicio público. Recurriendo a lugares comunes, cabe decir que el



origen de esta otra gran construcción se sitúa en el tránsito del Estado-policía al Estado-providencia. La Administración de finales del siglo XIX y principios del XX no tiene ya sólo por misión velar por un orden socioeconómico básicamente autorregulado, sino, sobre todo, la obligación de realizar prestaciones sociales de alcance puramente material, *d'agir pratiquement* (Léon DUGUIT). Esta formidable transformación del papel de la Administración supuso, como es sabido, una igual transformación del Derecho Administrativo, ahora sostenido sobre el omnicompreensivo criterio del servicio público. Sin necesidad de recordar la honda significación y el alcance de esta doctrina, lo que interesa poner ahora de relieve es cómo el Consejo de Estado supo compaginar esta construcción dogmática con la voluntad de controlar a la Administración sujetándola férreamente al principio de legalidad del modo al que antes hemos aludido. De hecho, puede afirmarse que la teoría del servicio público representó un contrapunto al control judicial de la Administración, tal y como éste se había desarrollado hasta entonces. En efecto, si el temor de que el Gobierno violase la Ley —que entonces era tanto como decir el Derecho— y atentase contra los derechos individuales condujo al Derecho Administrativo a una primera vocación de controlar a la Administración, la noción de servicio público sirvió como fuente de las prerrogativas y de los poderes exorbitantes que justificaban «las necesidades del servicio», «la misión de servicio público» y, en suma, las «exigencias del interés general». De ahí deriva, por ejemplo, el reconocimiento jurisprudencial de la posibilidad de que la Administración pudiese imponer cláusulas unilaterales en los contratos que celebraba, o ejercer el poder de modificación del contrato «en interés del servicio». De ahí deriva también el eventual establecimiento de la vía administrativa de recurso previo, así como la presunción de validez y la eficacia ejecutoria del acto administrativo o el resto de las notas que caracterizan la teoría de la *décision exécutoire*.

En esta época aflora y se perfila, por tanto, la problemática clásica del Derecho Administrativo: la necesidad de controlar al poder para proteger el interés o el derecho individual y la necesidad de dotarlo de prerrogativas exorbitantes para garantizar el interés general. El mérito de la monumental construcción del Consejo de Estado radica en haber sabido buscar y encontrar un equilibrio conciliador entre estas dos vertientes de la Administración, entre las exigencias del control y los requerimientos de la acción.

Finalmente, no sería justo omitir que el éxito del Consejo de Estado en la tarea de construir y reconstruir permanentemente este inestable equilibrio se ha visto coadyuvado, en buena medida, por el acierto de unir en este mismo órgano las dos facetas que le caracterizan: la consultiva y la jurisdiccional. Esta paradoja esquizoide de tener que asesorar y controlar al tiempo al poder ejecutivo ha sido a la postre fundamental porque, en palabras del actual Vicepresidente del Consejo de Estado, DENOIX DE SAINT-MARC, la historia ha mostrado que «esta dualidad corresponde a dos maneras complementarias de ejercer el control sobre la Administración, una es preventiva, la otra curativa. Las dos exigen la misma independencia, tan necesaria para el que aconseja como para el que juzga. Gracias a este do-

ble papel, y no a pesar de él, el Consejo de Estado ha podido desarrollar el Derecho Público durante tantos años y someter al Ejecutivo al control del juez».

### 3. LOS DESAFÍOS RECIENTES: LA «CRISIS DE CRECIMIENTO» DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LAS REFORMAS EMPRENDIDAS

Entre los hitos que han marcado la evolución del Derecho Administrativo y de la jurisdicción administrativa francesa tras la primera guerra mundial podrían destacarse la aparición y reconocimiento constitucional de los derechos económicos y sociales que han marcado nuevos rumbos de la acción administrativa, las grandes nacionalizaciones emprendidas a partir de la segunda guerra mundial, el fortalecimiento del papel del Ejecutivo en la ordenación económica y la proliferación de fórmulas de intervención que han convertido a la Administración en protagonista del mercado, la intensificación y las nuevas manifestaciones de la descentralización política y administrativa, la multiplicación de las fuentes del Derecho y la abrumadora inflación normativa que hoy padece el Derecho Público. Todos estos factores terminaron por asentar una «crisis de crecimiento» del Derecho Administrativo de la que éste apenas ha comenzado a salir. No es cuestión de relatar y pormenorizar aquí la significación y las implicaciones que acarrearán estos nuevos problemas, pero sí de apuntar, siquiera sea mínimamente, algunas de sus consecuencias más importantes y la forma en que el Consejo de Estado los ha afrontado.

El reconocimiento que el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 hizo de los derechos individuales y políticos («de primera generación») consagrados por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 vino acompañado del reconocimiento de otros derechos de carácter económico y social que eran, como el propio Preámbulo afirmaba, «particularmente necesarios en nuestro tiempo». Estos nuevos derechos «de segunda generación», que expresan la dimensión social y del individuo y de los grupos en que se inserta, estaban llamados a impulsar la acción de la Administración en el terreno de las prestaciones sociales y económicas tras la segunda guerra mundial, condicionando muchas de las transformaciones orgánicas que desde entonces ha sufrido el aparato administrativo. La renovación y la innovación de las técnicas de intervención administrativa en la economía, las diversas manifestaciones de la descentralización funcional, la intervención de empresas, la creación de empresas públicas de carácter puramente mercantil, son ejemplos de este condicionamiento de la acción administrativa al que nos referimos. Junto a ello, otros derechos e intereses de dimensión colectiva y universal (de la llamada «tercera generación»), como el medio ambiente o la preservación de los recursos naturales, han engrosado y condicionado igualmente los medios de acción desplegados por la Administración pública. Como no podía ser de otro modo, esta intensificación de la actividad administrativa ha conllevado una correlativa diversificación y evolución del Derecho Administrati-

vo y de la justicia administrativa, tanto desde el punto de vista de los medios materiales como del Derecho aplicable.

Una de las primeras consecuencias de esta «crisis de crecimiento» fue la pérdida del valor dogmático del Derecho Administrativo forjado por la anterior jurisprudencia del Consejo de Estado. La delicuescencia de los dogmas, sobre todo del servicio público como criterio determinante de la aplicación del Derecho Administrativo y de la competencia jurisdiccional del Consejo de Estado, se vio reflejada en la propia jurisprudencia administrativa, irremisiblemente abocada a reconocer que el Derecho Administrativo elaborado por ella misma era inaplicable a los nuevos sectores y formas de la acción administrativa, y que la sumisión parcial de la Administración al Derecho Privado era necesaria para su mejor inserción en el medio económico. La jurisprudencia se vio así forzada a admitir que existen «servicios públicos industriales y comerciales» cuya acción escapa al control contencioso (*arrêt Bac d'Eloka*, de 22 de enero de 1921) o que ciertos contratos celebrados por la Administración no contienen cláusula exorbitante alguna al Derecho común y se rigen por las reglas de la contratación privada, por lo que su conocimiento no compete a la jurisdicción administrativa (*arrêt Société des granits des Vosges*, de 31 de julio de 1912). Se habla entonces de un Derecho Administrativo *stricto sensu*, autónomo y especial, y de un Derecho Administrativo *lato sensu*, para referirse a todo el Derecho aplicable a la Administración, sea civil, mercantil o administrativo (Prosper WEIL). Pero la confusión no había hecho más que comenzar, pues al mismo tiempo que la Administración se veía sometida parcialmente al Derecho Privado, un movimiento inverso obligó al Consejo de Estado a reconocer la existencia de actos administrativos provenientes de personas puramente privadas que eran directamente encargadas por el legislador «de una misión de servicio público» al margen de toda fórmula concesional (*arrêts Monpeurt*, de 31 de julio de 1942, y *Bouguen*, de 2 de abril de 1943), llegando a reconocerse incluso la naturaleza administrativa de ciertos contratos celebrados entre personas privadas (*arrêt Peyrot*, de 8 de julio de 1963).

Estas circunstancias hicieron que se difuminasen las fronteras entre el Derecho Público y el Privado y que el Derecho Administrativo perdiese la unidad y la claridad de antaño. Se asistía así al espectáculo desalentador de una disciplina cada vez más poderosa de la que, sin embargo, se desconocía lo fundamental: su naturaleza y su criterio de aplicación. Un gigante con pies de barro del que las diversas propuestas lanzadas por la doctrina sólo conseguían explicar parcialmente su esencia profunda, y cuyo «alarmante estado de incertidumbre» fue denunciado en 1979 por el propio Presidente de la República, Giscard d'Estaing, ante la Asamblea Nacional.

Junto a estos factores de la crisis destacan, en otro orden de problemas, los cambios provocados por el vaciamiento del Estado en el plano interno y externo, que a la postre han determinado una profunda alteración y diversificación de las fuentes del Derecho y la consiguiente necesidad de resolver las incompatibilidades entre las múltiples normas de referencia que hoy conoce el Derecho Administrativo. De un lado, la descentraliza-

ción territorial alentada por el régimen de Mitterand a través de las leyes de descentralización de 1982 y 1983 ha consolidado la autonomía normativa e institucional de los departamentos y de las regiones. De otro lado, Francia fue promotora y miembro fundador de las Comunidades Europeas y, aunque no cabe duda que el Derecho Comunitario es en gran medida tributario de los principios que inspiraron el *régime administratif*, tampoco es cuestionable la influencia determinante que aquel Derecho ejerce sobre el Derecho Administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa francesa. Esta ha conocido, y al igual que el resto de las jurisdicciones de los demás Estados miembros, un movimiento de convergencia inevitable con las instancias jurisdiccionales que han protagonizado la construcción europea: el Tribunal de Justicia de Luxemburgo y, en menor medida pero también de forma relevante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Paralelamente, el Consejo de Estado ha vivido también una reacomodación interna forzada por su «cohabitación», desde 1958, con el Consejo Constitucional (encargado de vigilar la constitucionalidad de las leyes con carácter previo a su promulgación), ya que la interpretación que éste haga de la Constitución y de las leyes sometidas a su examen vincula al Consejo de Estado (art. 62 de la Constitución).

La conjunción de todas estas transformaciones del Estado en el triple plano institucional, normativo y funcional exigía un esfuerzo de adaptación y de superación que, pese a haberse iniciado hace ya veinte años, aún no puede considerarse concluido. En este sentido, las reformas administrativas emprendidas en Francia a finales de los setenta y el actual repliegue del Estado en el terreno económico han permitido paliar notablemente la crisis en la que se veían inmersos el Derecho Administrativo y la jurisdicción contenciosa, al tiempo que ésta ha reaccionado al desafío y ha sabido encontrar respuestas a no pocos de los problemas planteados. Así, el Consejo de Estado ha afinado cada vez más su criterio para establecer los límites de aplicación entre el Derecho Administrativo y el Privado en materias como la contratación, el régimen aplicable a los establecimientos públicos o la diferenciación de éstos con los organismos privados. Pero también ha podido apreciarse una cierta reorientación del control que el Consejo de Estado ejercía sobre la Administración para adaptarse a las nuevas circunstancias de ésta. Así, los aspectos formales que rodean el acceso a la justicia —como la competencia o la admisibilidad del recurso— han perdido su anterior preeminencia, de forma que el control contencioso se centra hoy más en las cuestiones de fondo que suscitan las manifestaciones más incisivas de la acción administrativa, como el control de la discrecionalidad o la responsabilidad «sin falta».

Nuevo Derecho, nuevos derechos y, en suma, nueva situación para el Derecho Administrativo; pero también nuevos jueces y nuevos procedimientos para afrontar estos retos. Las enormes transformaciones sufridas y el gran crecimiento experimentado por la Administración Pública y el Derecho Administrativo después de la segunda guerra mundial han motivado una renovación orgánica de la jurisdicción administrativa francesa, en gran medida alentada por quien fuera uno de los más destacados Vice-

presidentes del Consejo de Estado, René CASSIN. En efecto, la opinión consultiva del Consejo de Estado se dejó sentir en la reforma de 1953 que creó los Tribunales Administrativos y suprimió los antiguos Consejos de Prefectura. Estos nuevos Tribunales Administrativos recibieron amplias competencias y se erigieron desde entonces en los verdaderos órganos jurisdiccionales de Derecho común en primera instancia para la materia contencioso-administrativa. En consecuencia, el Consejo de Estado (que no obstante conservó la competencia en única instancia sobre los asuntos más importantes) se constituyó básicamente en órgano de apelación. Posteriormente, la Ley de 31 de diciembre de 1987 (promovida por el Vicepresidente Marceau Long) completó el diseño de la actual planta jurisdiccional mediante la creación de las *Cours Administratives d'appel*, a las que les fue conferida la competencia de apelación sobre la mayoría de las decisiones adoptadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia. Esta misma Ley, inspirada en el modelo contencioso-administrativo alemán, convirtió al Consejo de Estado en órgano de casación, aunque le siguió confirmando una reducida competencia de apelación para determinadas materias y confirmó el aforamiento del órgano para conocer en única instancia los asuntos más importantes adoptados por el Gobierno, sus Ministros y ciertas autoridades administrativas con competencia en todo el territorio nacional.

Junto a estas reformas estructurales u organizativas, el alcance del control jurisdiccional y el propio proceso contencioso-administrativo francés han conocido también modificaciones de calado en los últimos decenios, desde la aprobación del primer *Code des tribunaux administratifs* en 1973 (llamado, a partir de 1987, *Code des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel*) hasta sus últimas reformas llevadas a cabo por el reciente *Code de justice administrative*, aprobado el 4 de mayo de 2000, con el que se culmina el proceso de codificación en el ámbito de la justicia administrativa. Así, por ejemplo, el objeto del recurso se ha ampliado notablemente con el reconocimiento de excepciones a la regla de la *décision préalable* y por el reforzamiento de la competencia contencioso-administrativa frente a los atentados contra la propiedad o los derechos fundamentales cometidos por la Administración (particularmente en caso de *voie de fait*). Igualmente, la jurisdicción administrativa ha visto significativamente acrecentados sus poderes en materia de ejecución de sentencias contra la Administración (*pouvoir d'injection* y *astreintes*), el elenco de medidas provisionales a disposición del juez y el alcance del poder de suspensión de las decisiones administrativas enjuiciadas (*sursis à exécution*), al tiempo que se ha agilizado el proceso mediante la regulación de los procedimientos de urgencia (*référé administratif* y *référé-provision*).

#### 4. LOS RETOS DEL FUTURO: EL CONSEJO DE ESTADO ANTE EL SIGLO XXI

Como puede deducirse de las consideraciones precedentes, la función jurisdiccional del Consejo de Estado ha sido la verdadera «punta de lanza»

de la institución y la que le ha permitido desempeñar un papel tan determinante en la formación y desarrollo posterior del Derecho Administrativo. Paradójicamente, la faceta jurisdiccional de este órgano, a diferencia de la consultiva, no aparece mencionada en la Constitución de 1958. No obstante, el fundamento constitucional de la función jurisdiccional del Consejo de Estado fue reconocido por el Consejo Constitucional francés en su célebre decisión de 23 de enero de 1987, al afirmar que esta importante dimensión del órgano formaba parte del «bloque de la constitucionalidad» y expresaba la «excepción francesa» del dualismo jurisdiccional entre el juez *judiciaire* y el juez administrativo. Desde entonces, el peso institucional de la dimensión jurisdiccional del Consejo de Estado ha ido incrementándose paulatinamente, incluso frente al propio Consejo Constitucional.

Así, por ejemplo, el Consejo de Estado se ha convertido en el juez interno de la *conventionalité* internacional, es decir, en la jurisdicción competente para conocer la compatibilidad de una ley con los Tratados y Acuerdos internacionales de los que Francia sea parte (desde que el Consejo Constitucional rechazara ejercer esta función en su decisión de 15 de enero de 1975, declarando que su única misión en este terreno era la de verificar la conformidad de los Tratados a la Constitución pero no la de las leyes a aquéllos). De igual modo, si el Consejo Constitucional es el juez competente sobre los conflictos electorales que se susciten en las elecciones legislativas de diputados y senadores, el Consejo de Estado ha consolidado su conocimiento pleno en el contencioso electoral de las elecciones municipales, cantonales, regionales y europeas.

Desde este sólido anclaje constitucional, el Consejo de Estado se enfrenta hoy a los nuevos retos de la justicia administrativa. A lo largo de los innumerables encuentros y jornadas de estudio que se celebraron en el marco del bicentenario, los miembros del Consejo de Estado, expertos y miembros de las jurisdicciones de otros países y los mejores exponentes de la doctrina francesa hicieron un esfuerzo de prospectiva para definir conjuntamente los desafíos inmediatos y futuros de la justicia administrativa.

Uno de los mayores problemas abordados fue la necesidad de que el Consejo de Estado (y también el Tribunal de Conflictos) profundizase en la delimitación y clarificación de las crecientes fricciones entre el Derecho Público y el Privado. Esta necesidad de trazar las fronteras y los límites de aplicación del Derecho Administrativo resulta aún más imperiosa tras la redefinición del papel de la Administración en la economía que exige la privatización y la desregulación de los sectores estratégicos. Igualmente, esta necesidad también se deja sentir hondamente en el ejercicio de aquellas potestades administrativas que producen un impacto relevante en el mercado o en el control del mismo, y ante las novedosas tendencias que buscan la vía del pacto y del convenio para materializar la acción administrativa en concierto con los particulares. Pero, muy especialmente, esta necesidad se manifiesta en el terreno de la organización administrativa, en el que las nuevas fórmulas de la descentralización funcional y el fenómeno de las Administraciones independientes expresan el actual grado de confusión entre lo público y lo privado.

Los problemas apuntados no son exclusivos de la justicia francesa y, en gran medida, son comunes a todos los sistemas jurídicos europeos. Y aunque la situación de partida en cada país sea diferente, todos los caminos emprendidos parecen conducir indefectiblemente la evolución del Derecho Administrativo por las vías de su redefinición y fortalecimiento, incluso en los países tradicionalmente más apegados al monismo jurisdiccional y al sistema del *common law*, en los que esta tendencia se manifiesta ahora con creciente evidencia. Justamente allí donde surgieron las corrientes privatizadoras que tanto han alimentado el confusionismo público-privado en el resto de Europa. En este sentido es paradigmático el ejemplo que ofrece hoy el Reino Unido, históricamente reticente a la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, pero donde se ha ido desarrollando en los últimos tiempos un contencioso-administrativo específico, con la consiguiente formación de jueces especializados y la paulatina emergencia de una doctrina jurisdiccional que utiliza nociones y principios jurídicos muy próximos a los del Derecho Administrativo «continental». ¿Qué lejos quedan ya, a la vista de ello, las palabras del constitucionalista británico Albert DICEY en las que calificaba al Consejo de Estado francés como «un vestigio abominable de la abominación napoleónica»!

Ciertamente, la globalización provoca una irremisible tendencia a la uniformización jurídica (en el ámbito del Derecho Privado, pero cada vez más en el del Derecho Público) que tiene significativas manifestaciones en el plano universal y, de forma palmaria, en el de la Unión Europea. En razón de esta evidencia, los problemas de la mundialización tuvieron una presencia constante en los debates y ponencias del bicentenario y, en este sentido, destacó sobremanera la necesidad de reforzar los lazos de unión entre las jurisdicciones contencioso-administrativas de distintos países para reflexionar y abordar conjuntamente la búsqueda de soluciones. La creciente internacionalización de la justicia administrativa, o al menos de su problemática compartida, fue incluso resaltada por el propio Presidente Chirac en su discurso de apertura de la conmemoración oficial del bicentenario, donde afirmó que

«la misión del Consejo de Estado alcanza una nueva dimensión en la hora de la mundialización. En primer lugar porque muchos de sus efectos obligan a poner el acento en la defensa de los intereses individuales. Pero también porque la apertura de las fronteras y la complejidad creciente de nuestras sociedades no permiten ya fijar e interpretar las reglas jurídicas desde un centro único. [Por lo que] deben ponerse en marcha nuevos instrumentos para evitar que la ausencia de árbitro imponga la ley del más fuerte».

De ahí la consiguiente necesidad de estrechar las relaciones entre los órdenes jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo, que prendió tempranamente en el ánimo del Consejo de Estado francés y en su decidida voluntad de abanderar la creación de la Asociación Interna-

cional de Altas Jurisdicciones Administrativas (AIIJA), constituida en 1983.

En efecto, el Congreso del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas celebrado en Madrid en julio de 1980, se manifestó con singular fuerza la necesidad de crear una Asociación que reagrupase a todas las jurisdicciones administrativas del mundo para contribuir al progreso del Estado de Derecho mediante el intercambio permanente de ideas y experiencias entre los miembros de las Altas jurisdicciones administrativas nacionales y los de las jurisdicciones de las organizaciones internacionales, en aquellas cuestiones sustantivas sometidas a dichas jurisdicciones o concernientes a su organización y funcionamiento. La AIHJA aprobó sus Estatutos en 1983, que fijan su sede en París y declaran su constitución como Asociación privada regida por la Ley de Asociaciones francesa de 1901. En la actualidad, las jurisdicciones administrativas de más de ochenta países y organizaciones internacionales son miembros de la AIHJA, entre ellos España, que está representada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Entre los objetivos de la Asociación se encuentra la constitución de un foro estable de encuentro y estudio, la elaboración y publicación de un *Memento* actualizado sobre la organización, estructura y competencias de las distintas jurisdicciones miembros, la edición anual de un *Recueil* donde se presentan las decisiones jurisprudenciales más importantes adoptadas por cada jurisdicción y la celebración, cada tres años, de un Congreso internacional para discutir monográficamente una cuestión que afecte a la justicia administrativa (el próximo de estos Congresos se celebrará en Dakar en el 2001 y versará sobre el tema de la protección de los derechos y libertades públicas ante el juez administrativo).

Sin desdeñar la importancia de los desafíos apuntados, que conciernen de forma más inmediata a la faceta judicial del Consejo que a la consultiva, tampoco son escasos ni pequeños los retos a los que se enfrenta este órgano en su misión de asesoramiento de la iniciativa legal y reglamentaria del Gobierno. Entre los más acuciantes problemas que tendrá que afrontar el Consejo de Estado desde su cualificada condición de Alto Cuerpo Consultivo destacan, por ejemplo, las numerosas cuestiones que suscitan los espectaculares avances técnicos (en el campo de la bioética o en el de los medios telemáticos); la permanente necesidad de reforma y modernización de la Administración en aras a su mayor eficacia; las tendencias revisionistas del Estado de bienestar; o las consecuencias de la globalización, tanto en el plano social (inmigración, involución demográfica) como en el económico (protección medioambiental, convergencia económica europea, política monetaria, etc.).

En este sentido, debe señalarse que, junto a la función consultiva *ad casum*, el Consejo de Estado lleva desarrollando una tarea paralela de estudio y profundización en este orden de problemas desde la creación en su seno de una Sección especializada *du Rapport et des études*. Esta vocación de intervenir en la «conciencia social» desde «la conciencia de la Administración», como ha dicho su actual Vicepresidente, sobrepasa con mucho los márgenes de la pura técnica jurídica. Un testimonio claro de esta res-



ponsabilidad creciente del Consejo de Estado es el variado conjunto de problemas de carácter social, económico, político y jurídico que han sido abordados, a modo de estudio preliminar, en cada uno de los *Rapports* anuales que, desde 1963, publica este órgano.

Con ello, la relevancia institucional del Consejo de Estado ha adquirido una nueva dimensión que, junto a sus funciones tradicionales, ha contribuido a consolidar el prestigio mundial de esta secular institución. Como dijera el Primer Ministro (y Presidente nato del Consejo de Estado), Lionel Jospin, en palabras dirigidas a los miembros del Consejo:

«En tanto que se funda sobre una memoria viva, el Derecho Administrativo tal y como ustedes lo han elaborado, es un Derecho vivo y abierto. Vivo, porque tiene en cuenta la evolución de los usos y de la sociedad, dirigiéndose siempre a garantizar el difícil equilibrio entre las exigencias del interés general y la protección de los derechos y las libertades de los ciudadanos. Ustedes han intervenido así en debates esenciales, como el del *foulard* islámico o la revisión de la Ley sobre la bioética. Pero es también un Derecho abierto, porque ustedes han tenido el deseo de confrontar sus prácticas con los ejemplos extranjeros (...). Enriquecida con esta identidad, el Consejo de Estado es hoy una institución central de nuestra República, el espíritu que sopla tras el corazón de nuestra tradición a la que sirve fielmente, quien la enriquece por la diversidad de sus competencias y quien construye y perfecciona el Estado de Derecho. Para definir el futuro de los nuevos equilibrios entre la eficacia de la acción pública y el respeto de la legalidad nos volveremos hacia el Consejo de Estado una vez más, como en el pasado, para encontrar una fuente de inspiración constante.»



# DOCUMENTOS Y DICTAMENES

