

II.-EXTRANJERO

ASPECTOS DE LA JURISPRUDENCIA ACTUAL DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCES

Es siempre motivo de asombro para quien analiza la obra jurisprudencial del Consejo de Estado constatar cuán insignificante es la base legislativa sobre la que reposa. Durante casi tres cuartos de siglo esta base ha consistido en una frase incidental de una Constitución que sólo estuvo en vigor varios años, pero bajo cuya vigencia, es cierto, fueron creadas la mayoría de nuestras instituciones administrativas; se trata de la Constitución consular del 22 frimario del año VIII (13 de diciembre de 1799), que preveía (art. 52) que «sous la direction des Consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de loi et les réglemens d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative».

Setenta y tres años más tarde, cuando se han sucedido dos regímenes monárquicos y dos imperiales, desaparecidos unos y otros, una Ley especial sobre el Consejo de Estado ordenará que éste «statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes de diverses autorités administratives».

Partiendo de estas disposiciones, difícilmente más sucintas, el Consejo de Estado ha establecido un poder de control que no ha dejado de crecer en extensión y en profundidad. Prescindiendo de algunas excepciones, se puede decir que ni la naturaleza del acto, ni su objeto, ni la calidad de su autor, constituyen, en principio, un obstáculo a su examen por el Consejo; si a veces éste no procede por la vía del control de la legalidad, ha sabido crearse otras técnicas que le permiten afirmar su competencia.

Son muchos los aspectos que ofrece al análisis de los juristas la elaboración de esta vasta red que rodea por todos lados a la Administración activa, sin que por ello la haya paralizado o limitado en el cumplimiento

de su tarea; al no poder extenderme sobre todos, me limitaré al estudio de tres de ellos, que son, a mi juicio, los más típicos del actuar del Consejo de Estado como juez administrativo.

I

El primero de estos aspectos es el de la extensión, cada vez mayor, dada por el Consejo a los principios generales del Derecho en la fundamentación de sus decisiones en materia contenciosa, extensión que puede llegar, como veremos más tarde, hasta hacer prevalecer, si hace falta, estos principios sobre las disposiciones de la ley escrita. Yo no sé si es posible darse exactamente cuenta en el extranjero de la audacia intelectual que supone esta actitud adoptada por juristas educados en el fetichismo de la ley escrita y habituados a resolver los casos con un Código en la mano. Si poseemos Código sobre casi todas las materias, del Código civil al Código de deontología médica, pasando por el Código forestal, el Código del trabajo y el Código fiscal, afortunadamente—es fuerza decirlo—, no tenemos todavía Código administrativo, lo que ocasiona que muchas veces el Consejo de Estado fija la regla de Derecho al mismo tiempo que la aplica. Goza, pues, de una libertad considerable, rigurosamente excepcional en nuestro régimen jurídico general.

¿Qué se debe entender por principios generales del Derecho? Reglas de Derecho no escritas que inspiran el conjunto de la organización jurídica y de la legislación, correspondiendo así, en un país y época dados, a la idea que se tiene del orden social, de su fin y de la manera de realizarlo. De estos principios, citaré aquellos tres de los que la jurisprudencia administrativa ha sacado las deducciones más importantes.

El primero es el más antiguo—se encuentra ya expresado en la Declaración de Derechos de 1789—y afirma la igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas. Durante largo tiempo sólo se había extraído de él una consecuencia pasiva, a saber: que los impuestos debían ser repartidos igualitariamente o, al menos, proporcionalmente a las facultades contributivas de cada cual. Este estadio ha sido superado desde hace tiempo, y los economistas saben que en nuestros Estados socializados el impuesto es cosa bien distinta de un simple medio de proveer a los gastos públicos.

La jurisprudencia ha dado un significado activo a este principio, debiendo entenderse por ello que lo ha considerado como base de medidas positivas respecto a particulares lesionados por la acción del Poder público. Su primera aplicación ha tenido lugar en materia de obras públicas, porque en ella las consecuencias perjudiciales de los actos administrativos eran más frecuentes y llamativas. Cuando, por ejemplo, edificando un puente o una vía férrea en terraplén, se priva de aire y de luz a una vi-

vienda; cuando, trazando un canal, se secan o se contaminan los pozos de los alrededores, se ha creado, en provecho de todos, un daño o molestia a una o varias personas. Por un lado, hay una ventaja para la colectividad; por el otro, perjuicio para unos pocos. Estamos ante una desigualdad que debe ser corregida obligando a la colectividad a pagar a las víctimas del daño una indemnización compensatoria, de modo que dicha suma sea repartida entre todos los beneficiarios.

Pero el Consejo no ha limitado la aplicación del principio a la actividad material del poder; la ha extendido a su actividad jurídica, ya se manifieste en forma de decisiones individuales, ya reglamentarias o incluso legislativas. Puede ocurrir, en efecto, que, por motivos de interés general, la autoridad pública tenga que hacer cesar o proscribir ciertas actividades que tuvieran hasta entonces un carácter perfectamente lícito o dictar diversas prohibiciones restringiendo libertades privadas. Ejemplos se encuentran tanto en el orden de las actividades intelectuales como en el de las industriales o comerciales. Sociedades o particulares se ven obligados, sin falta o contravención por su parte, a cesar en el ejercicio de su profesión. Medida grave; a veces significa la ruina total.

¿Puede el Estado arruinar de ese modo a honestos ciudadanos simplemente para satisfacer ciertas necesidades o exigencias de la colectividad? Sería contrario a la equidad y a la noción que tenemos del Estado, al que no podemos, al menos desde una concepción absoluta del Derecho, representar como un instrumento de expoliación. Aquí también se restablecerá la igualdad de cargas ordenando el abono de indemnizaciones incluso cuando el origen de la carga se encuentre en una Ley y esta Ley no contenga ninguna disposición expresa sobre este punto. Difícilmente se podrían extraer consecuencias más amplias del principio enunciado *supra*.

Otro principio del que el Consejo hace un uso abundante, es el de la salvaguardia de los derechos de la defensa, o, si se prefiere, del carácter contradictorio de todo procedimiento del que pueda emanar una medida desfavorable para una persona determinada. Es regla esencial del Derecho penal de todos los países que nadie puede ser condenado sin ser oído, sin haber podido presentar su defensa. Es la garantía fundamental contra la arbitrariedad, los excesos y los abusos de poder. Pero no es sólo en el dominio de la represión judicial donde ese principio encuentra aplicación; la Administración posee un poder represivo propio, aunque sólo fuera sobre sus agentes, respecto de los cuales está provista de poder disciplinario. Pero ¿qué es, si se analiza de cerca, el poder disciplinario, sino la facultad de imponer penas con la reserva que éstas se limitan a la vida profesional del funcionario? Por tanto, es naturalmente en este dominio donde ha sido aplicado por primera vez el principio de que nos ocupamos. Ciertamente, los textos que fijan el estatuto de la función pública contienen en general las prescripciones necesarias; pero su silencio no cambiaría nada, pues el Consejo lo aplicaría de oficio. Es más interesante el que

cada vez que la Administración está armada del poder sancionatorio respecto a personas distintas de sus funcionarios, especialmente frente a los usuarios de servicios públicos, el Consejo de Estado le prohíbe su uso sin respetar los derechos de la defensa, es decir, sin hacer conocer previamente al interesado los reproches que se le hacen e invitarle a explicarse oralmente o por escrito, según los casos.

Este principio es llevado aún más lejos cuando la Administración haya de conceder discrecionalmente, es decir, a voluntad, ciertas facultades a personas determinadas; por ejemplo, instalar ciertas fábricas reputadas como peligrosas, establecerse en el dominio público para ejercer en él una actividad profesional. El acto de retirar estas autorizaciones, aunque sean precarias, es evidentemente perjudicial a los interesados a los que lesiona, si no en sus derechos, sí, al menos, en sus intereses. Si las decisiones de retiro de la autorización se fundan en cargos articulados contra las personas en cuestión y aparecen en definitiva como sanciones, el Consejo pondrá como condición de validez de estas decisiones que previamente los interesados hayan podido defenderse libremente de los cargos que les hayan sido imputados. Por este procedimiento, elaborado libremente por el Consejo de Estado, quedan salvaguardados eficazmente los intereses privados frente a la acción administrativa.

Veremos ahora que las preocupaciones de la jurisprudencia administrativa no se mueven en sentido único, y si, más frecuentemente, su intervención está dominada por el deseo de proteger a los particulares, es porque aparecen generalmente como los más débiles en los litigios que les oponen a la Administración.

Sin embargo, el Consejo no olvida jamás la existencia y las exigencias del interés general, ni que, si tiene por misión salvaguardar los intereses privados, no debe por ello obstaculizar a la Administración en su actuación. Debido a ello, se inspira, cuando hace falta, en un tercer principio fundado en la necesidad de atender a las necesidades esenciales del país, y que se traduce en la jurisprudencia llamada de las circunstancias excepcionales. Daré dos ejemplos para hacer comprender inmediatamente de qué se trata. Por lo general, una medida administrativa sólo puede ser tomada a través de un procedimiento determinado: consulta de ciertas Comisiones, recogida de información, notificaciones previas, etc., prescripciones todas cuyo cumplimiento implica ciertas dilaciones. Ahora bien, puede suceder que la medida a tomar no admita retraso: se trata de combatir una calamidad pública, ayudar a personas en peligro. En estas hipótesis la acción de la Administración no será eficaz, no alcanzará su fin, sino a condición de no respetar las reglas de procedimiento, acto éste de una ilicitud manifiesta. De ese plano, el Consejo pasa luego al de los hechos, porque están más en relación con la realidad sociológica en el seno de la cual se ha de actuar; declarará que, en las circunstancias en que se encontraba colocada, la Administración podía desobedecer las pres-

cripciones legales, pues la Ley está dictada para las circunstancias normales y no para las excepcionales. Para los juristas que gustan de reconducir todo a nociones civilísticas, de las que el Consejo de Estado no se preocupa apenas, yo diría que es una aplicación del principio de la fuerza mayor, aunque el Consejo de Estado no exija obstáculo insuperable; le basta que la aplicación estricta de la Ley hubiera podido comprometer los intereses imperiosos que la Administración debía salvaguardar.

Otro ejemplo más saliente aún: en 1940, en una ciudad de Normandía, donde se ha producido un incidente, los alemanes exigen el abono rápido de una multa importante para cuyo pago el Ayuntamiento no dispone de fondos suficientes; por otra parte, no se puede acudir a las autoridades administrativas superiores. ¿Qué hace el Alcalde, aunque no tenga poder legal? Instituye un impuesto sobre todas las transacciones comerciales, y evita así, ya el fusilamiento de un cierto número de habitantes, ya la destrucción de una parte de la ciudad. Terminada la guerra, ciertos comerciantes que pagaron el impuesto piden al Consejo de Estado que declare la ilegalidad de su constitución. Esta es evidente, ya que entre nosotros sólo una Ley puede instituir impuestos. Sin embargo, el Consejo declara que, en las circunstancias excepcionales en que se encontraba, el Alcalde había actuado conforme al interés general y así su proceder resultaba justificado legalmente. Sin caer en exageración, creo que es difícil encontrar otro juez más sensible a las exigencias de los hechos y menos sometido a la certidumbre de los textos.

El Consejo de Estado no hace uso exclusivo de uno de estos principios, prescindiendo de los demás, sino que, si es necesario, me atrevería a decir que los concilia armoniosamente. Es así, por ejemplo, que si la Administración ha infringido en el interés general una regla de Derecho escrito, privado a un ciudadano de una ventaja que le reconoce la Ley, aunque la medida perjudicial sea legal, el Consejo podrá compensar la ruptura de la igualdad cometida en su detrimento por la concesión de una indemnización. Diremos algunas palabras sobre ello cuando abordemos el párrafo de la responsabilidad sin falta del Estado. Los matices, las conciliaciones entre intereses contrarios y principios en apariencia divergentes, son, podría decirse, una de las especialidades de la jurisprudencia del Consejo.

II

Un segundo aspecto que merece retener la atención es el que concierne al procedimiento a través del cual el Consejo de Estado, juez del exceso de poder, ha llegado a controlar el funcionamiento interno de la Administración, quiero decir a limitar al máximo su facultad de autodeterminación y a fijar así de algún modo sus móviles de acción. Ciertos autores creen que el juez ha ido demasiado lejos en esta dirección, subrogándose

así de algún modo, con todos los inconvenientes que presenta una intervención *a posteriori*, a los administradores mismos. Prescindiendo de comentar estas apreciaciones, veamos en qué consisten estas tendencias actuales de la jurisprudencia.

Durante largo tiempo las funciones de juez de la legalidad de los actos administrativos conferidas al Consejo de Estado implicaban sólo, a su juicio, la verificación de la legalidad extrínseca de dichos actos: competencia de su autor, reglas de forma y de procedimiento. Es lo que se llama control objetivo, pues no se desciende hasta el contenido del acto; el Consejo de Estado se contenta con examinar lo que aparece hacia el exterior. Ahora bien, todos los jueces saben, y también los administradores, que, bajo apariencias perfectamente regulares, pueden ocultarse flagrantes injusticias, que, bajo una forma correcta, el fondo puede estar viciado. Así, un juez tan conocedor de la realidad por su participación en la administración activa, como el Consejo de Estado, no podía contentarse con un tal examen. Ha analizado entonces las circunstancias existentes en el momento de la producción de tal o cual acto; se ha asegurado de que coincidían con las pretendidas con la Administración: es lo que llamamos control de la exactitud material de los motivos. Yendo más lejos, se ha preocupado si, considerado el objeto en vista del cual la Administración estaba investida del poder de que quería usar, estos motivos podían justificar legalmente su decisión. Se cae así en el control objetivo, mucho más eficaz por referirse a las condiciones de la acción administrativa, pero también de aplicación infinitamente más delicada, ya que conduce a sustituir al administrador por el juez en la apreciación de la oportunidad de un acto. Un ejemplo mostrará de qué se trata. Sea un funcionario contra el que se ha decretado una sanción a razón de una falta cometida por él en el servicio. Presenta su caso ante el Consejo, y éste se da cuenta de que la falta imputada no ha sido en realidad cometida por él. Al ser falso el motivo de la sanción, ésta es anulada por basarse en un motivo inexacto. Supongamos ahora que el motivo invocado por la Administración, por ejemplo, palabras injuriosas dirigidas a un superior, sea exacto. El Consejo no se contenta con esta constatación; llega a examinar el diálogo mismo, las circunstancias en que las injurias fueron proferidas, la actitud respectiva de jefe y subordinado, los móviles que indujeron a hablar a este último; después de todo esto, el Consejo de Estado determina si, a su juicio, estas conversaciones constituyen o no una falta de naturaleza a justificar una sanción legal.

En suma, el Consejo sustituye su apreciación de los hechos a la de la Administración; por este procedimiento llega a establecer una especie de dosificación de la aplicación de las leyes y de los reglamentos según la naturaleza de los servicios o de los funcionarios de que se trate, y a hacer prevalecer su concepción sobre el correcto funcionamiento de los servicios

públicos. Un caso típico de esta orientación se ha presentado recientemente. El preámbulo de nuestra Constitución de 27 de octubre de 1946 prevé que «el derecho de huelga se ejerce en el marco de las leyes que lo regulen». De hecho, por razones no del caso, estas leyes no han sido dictadas. Cierta número de funcionarios se declara en huelga. Siendo sancionados por este motivo, protestan; ¿qué decisión tomar? Dos soluciones simples se presentaban: o bien declarar, como lo había hecho tradicionalmente la jurisprudencia, que la huelga es contraria a la noción misma de servicio público, que no puede sufrir suspensión intempestiva, y, por tanto, merece siempre castigo; o bien admitir que, desde la entrada en vigor de la nueva Constitución, la huelga es un derecho de cuyo ejercicio nadie puede ser privado sino por disposición legislativa formal, y, en consecuencia, que no cabe sanción por este delito. El Consejo no ha adoptado ninguna de las dos soluciones; ha pensado que, según su objeto o sus motivos, según la naturaleza del servicio en que se produjo, según el grado de responsabilidad que podía asumir el funcionario castigado, habría o no falta en declararse en huelga, y merecimiento de sanción legal. Es, pues, el Consejo quien, dado el estado actual de la reglamentación de la materia, regula con sus decisiones el derecho de huelga de los funcionarios. Se dirá que los Tribunales judiciales hacen lo mismo; sin duda, pero sus poderes son diferentes, ya que sólo han de determinar cuál de las dos partes tiene razón, mientras que el Consejo tiene que decidir si la Administración, que en principio es dueña de su acción, ha obrado o no legalmente. Así, en la práctica, es él quien delimita los casos en los que la Administración puede hacer uso de los poderes que le son otorgados. Se ha dicho que existe entonces Administración por el juez.

III

Un tercero y último aspecto particularmente notable de la jurisprudencia administrativa reciente es la evolución que se ha producido en lo contencioso de la responsabilidad del Poder público. Frente al Estado, armado de las prerrogativas y poderes considerables exigidos por la naturaleza y amplitud de sus funciones, el particular se encuentra inerme, ya que es un principio bien establecido de nuestro Derecho que las normas del Código civil, valederas para conformar las relaciones entre los individuos, no pueden regular las que nacen entre éstos y el Estado. Ha incumbido, pues, al Consejo de Estado la tarea de definir por vía puramente pretoriana los principios según los cuales los actos lesivos del Estado podrían originar un derecho de reparación a favor de los perjudicados.

Bien entendido, esta responsabilidad ha sido fundada primero sobre la falta, por analogía con la teoría de los quasi delitos de Derecho privado, con la diferencia de que el Consejo ha establecido grados en la impor-

tancia necesaria de la falta, según la naturaleza del servicio en cuestión y las circunstancias en las que se produjo la misma.

Pero pronto, y su jurisprudencia ha conocido una extensión considerable en el curso de estos últimos años, el Consejo ha abandonado en ciertos casos la idea de falta para hacer reposar la responsabilidad del Estado sobre la noción de riesgo o sobre la de carga anormal, evadiéndose así del dominio puramente jurídico para entrar en el de la ética social. He aquí algunos ejemplos extraídos de las diversas materias en que se ha pronunciado esta jurisprudencia.

El servicio de Policía dispone de máquinas particularmente peligrosas para cumplir su misión, estando autorizado a usarlas en ciertos casos, por ejemplo, para detener a malhechores en fuga. Puede suceder, y en efecto sucede, que con este motivo sean alcanzados inocentes transeúntes por proyectiles dirigidos contra los malhechores. El origen del daño que sufren no está en un acto ilícito de los agentes de Policía, que han cumplido exactamente su función; hay, si se quiere recurrir a una noción de Derecho privado, caso fortuito. No importa; el Consejo estimará que, en el cumplimiento de su misión, el servicio de Policía ha creado en el interés general un riesgo, no siendo equitativo que personas inocentes sufran sin contrapartida sus consecuencias. También a ellos será concedida una indemnización compensatoria.

Tomemos otro caso aún más característico, pues en él no aparece ninguna acción positiva inmediata de la Administración. Para las necesidades de la defensa nacional o para cualquier otro objeto, el Estado acumula en un almacén considerables cantidades de materias inflamables o explosivos. Por una causa desconocida, que quizá dependa únicamente de la naturaleza de los productos depositados, se origina un incendio o una explosión que causan daños en las casas vecinas. En otro tiempo los propietarios de estas casas hubieran debido probar, para tener derecho a reparación, que en el origen del siniestro existía una falta por imprudencia o falta de vigilancia. A partir de ahora están exonerados de probar esto. Les basta establecer la relación entre el siniestro y los daños sufridos. Este sistema protege infinitamente mejor sus intereses.

La jurisprudencia va más lejos todavía. En los casos citados el particular víctima del daño se mantuvo pasivo, es decir, no hizo nada que pudiera exponerle al peligro. Ahora bien, la jurisprudencia le protege también contra su propia acción. Tenemos un ciudadano que escucha la señal, campana o sirena, anunciadora de un incendio; se precipita al lugar del siniestro y se pone a ayudar al Servicio de extinción del fuego; es herido; nadie le ha pedido nada, ha venido por su propia voluntad, llevado de su sentido cívico; el Consejo estimará que, sin embargo, la colectividad le debe una indemnización por el perjuicio que ha sufrido.

El último ejemplo es más notable aún, pues es perfectamente característico del método del Consejo de Estado de conciliar las exigencias de la

acción administrativa con la defensa de los intereses privados. Según una regla admitida unánimemente, uno de los atributos de las decisiones judiciales es el tener fuerza ejecutoria, es decir, que si las personas obligadas por ellas no las acatan libremente, la autoridad administrativa puede obligarlas por la fuerza; de aquí los procedimientos de embargo si se trata de una obligación de pago, de expulsión o de retirada si se trata de obligación de restituir un bien. Esta última plantea a veces un problema delicado por sus incidencias especiales, especialmente en el dominio, hoy muy vasto, de las ocupaciones inmobiliarias; el poner en la calle *manu militari* a familias enteras que ocupaban sin derecho un inmueble puede acarrear graves consecuencias de orden público que la autoridad administrativa debe evitar. La Administración debe elegir entre estos dos deberes: hacer respetar las decisiones de justicia o asegurar el mantenimiento del orden. Si estima que es el segundo el que debe predominar en el caso concreto, podrá rehusar la ejecución del fallo, y el Consejo de Estado, en función de juez de la legalidad de sus actos, le dará la razón. Pero el mismo Consejo dará razón también al beneficiario del fallo, que hace constar que tenía derecho a su ejecución administrativa, en el sentido de que estimará que la privación sufrida en interés general debe ser indemnizada. Habrá responsabilidad del Estado, responsabilidad que no reposa en falta, sino sólo en la regla ética de que no es justo que uno solo sufra en el interés de todos.

No creo que una jurisdicción limitada por las reglas estrictas de un Código hubiera podido permitir a su jurisprudencia una flexibilidad tal. La fuerza del Consejo, a la que acompaña evidentemente un riesgo no despreciable, radica en ser siempre capaz de adaptar los principios a las necesidades complejas del gobierno, asegurando al mismo tiempo el respeto de los derechos privados.

J. THEIS
Conseiller d'Etat.

