

# LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO FRANCÉS. LA INVENCION DE LA TEORÍA DEL ACTO POLÍTICO O DE GOBIERNO Y SU AUSENCIA DE CONTROL JUDICIAL\*

*Miguel Malagón Pinzón \*\**

## RESUMEN

La Revolución Francesa es considerada por muchos, el acontecimiento que da origen al derecho administrativo. La Revolución crea el concepto de Estado de Derecho, entelequia que está compuesta, entre otros, por el principio de división de poderes, el principio de legalidad, de unos derechos humanos, del concepto de soberanía nacional. Estos elementos ayudarán a la aparición del derecho administrativo francés, pero el más importante de ellos será el propuesto por Montesquieu de diferenciar los poderes, y por ende las funciones del Estado. Los siglos XIX y XX serán decisivos para el derecho francés, pues en ellos se consolidará el control sobre el poder, manifestado en el encauzamiento de la discrecionalidad administrativa, a través del recurso por exceso de poder. De igual forma mostramos el tratamiento que le dieron los pensadores del novecientos a los denominados estados de necesidad.

## PALABRAS CLAVE

Revolución, Ley, Derechos Humanos, Constitución, Arbitrio, Discrecionalidad, Recurso por exceso de poder.

## ABSTRACT

This article shows the born of the French administrative law. The beginning of this fact is the French Revolution. It created the State of law and the concepts of rule of law, the division of the power, the national sovereignty, etc. Many authors of the XIX century wrote that the administrative law spring for consequence of the principle of the division of the power invented by Montesquieu. This paper shows also the control of the discretionally power in the XIX and XX centuries. And then the article describes the thinking of the authors of the liberal thinking about the martial law.

---

Fecha de recepción del artículo: 16 de octubre de 2005.

Fecha de aceptación del artículo: 20 de octubre de 2005.

\* Artículo producto del trabajo de investigación que el autor realiza sobre el tema.

\*\* Docente- Investigador de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

## KEY WORDS

Revolution, Rule of law, Martial law, Discretionally Power, National Sovereignty.

## 1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo presentaremos la opinión de la doctrina mayoritaria europea referente al nacimiento del Derecho administrativo<sup>1</sup>. Esta sostiene que éste surge con la Revolución Francesa y como consecuencia concreta del principio de separación de poderes. Expone como uno de sus principales logros el haber inventado un juez especial para controlar a la administración. También plantea que el Derecho Administrativo será la lucha constante para controlar las potestades discrecionales de la Administración. No obstante, como último reducto de estas inmunidades del poder, quedará la figura del acto político o de gobierno, que surgirá por creación artificial del Consejo de Estado Francés. También mostraremos, lo que en nuestro parecer son contradicciones de los revolucionarios franceses, pues ellos plantearon unos ideales

que la primera constitución de 1791 y los desarrollos posteriores no respetaron.

### 1.1 Origen del Derecho Administrativo – Cambios lingüísticos debidos a la Revolución

El derecho administrativo se considera como la expresión del fenómeno de conquista del Estado por el derecho y desde esa óptica, es un acontecimiento muy nuevo. Tiene un origen milagroso, porque es casi una manifestación divina el que el poder quiera someterse al derecho<sup>2</sup>.

Suele considerarse que el punto de partida del derecho administrativo es la Revolución Francesa. Este es un acontecimiento que produce grandes innovaciones. La primera de ellas es en el lenguaje, empezando por la palabra revolución que antes sólo se refería a la obra del polaco Nicolás Copérnico "*de revolutionibus*", publicada en 1543 en Nuremberg. Allí se formuló la teoría heliocéntrica<sup>3</sup>, y se empezó a cambiar el modo de pensar pasando de un pensamiento teológico a uno científico.

<sup>1</sup> Entre otros podemos mencionar como representantes de esta postura a WEIL, Prosper. Derecho Administrativo. Madrid. Civitas. 1986. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. Revolución Francesa y Administración Contemporánea. Madrid: Civitas. 1998 y La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza Editorial. 1994. CHINCHILLA, Carmen. «Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del Derecho Administrativo. en Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios. Madrid: Civitas. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Sobre la Génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX. Sevilla: Instituto de Estudios García Oviedo. 1972.

<sup>2</sup> WEIL, Prosper. Derecho Administrativo. Op. Cit, págs. 36 y s.s.

<sup>3</sup> Copérnico para evitar persecuciones y acusaciones de herejía le dedica su obra al Papa Paulo III, que era un gran aficionado a la astronomía. Veamos esa dedicatoria: «Me doy cuenta con suficiente claridad, Santo Padre, que habrá personas que al enterarse que en mis libros sobre las revoluciones de las esferas del universo atribuyo unos movimientos al globo terráqueo, pondrán el grito en el cielo y pedirán mi condena junto con mis convicciones (...). Para concebir la idea de un principio distinto en el cálculo de los movimientos de las esferas del mundo, no me ha impulsado otra cosa que la de constatar que los matemáticos, en sus investigaciones acerca de aquéllas, se hallaban en contradicción con ellos mismos (...). De ahí, pues, que con este estímulo me pusiera yo también a reflexionar sobre el movimiento de la tierra. Si, no obstante, hay gentes retorcidas que, aunque lo ignoran todo de las matemáticas, se permiten juzgar estas cosas y, a causa de algún pasaje de las escrituras, malévolamente desviado de su sentido, osan censurar y atacar mi obra, no me preocuparé en absoluto de ellos, incluso despreciaré su juicio por temerario. Para demostrar, tanto a los científicos como a los que no lo son, que no rehuyo la crítica de quien sea, he preferido dedicar este fruto de mi esforzada labor más bien a Vuestra santidad en lugar de hacerlo a cualquier otra persona, y ello porque incluso en este más remoto rincón de la Tierra donde yo vivo se os considera como el más ilustre, tanto por vuestra dignidad jerárquica como por el amor que profesáis a todas las artes, sin exceptuar las matemáticas. Fácilmente, pues podréis reprimir con vuestra autoridad y criterio los ataques de lenguas calumniadoras, aunque diga el refrán que no hay medicamento contra la mordedura de un falso acusador.» ANABITARTE, Héctor y SANZ, Ricardo Lorenzo. COPERNICO. Bogotá. Editora Cinco. 1985, págs. 149-150.

La Revolución Francesa y el Derecho Administrativo Francés.

La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial

Tenemos que aclarar que le enciclopedia de Diderot y D' Alambert guardó un profundo silencio para referirse a la Revolución Norteamericana. Es por ello que el único significado que se tenía de esta voz era el de la obra de Copérnico, como hemos señalado. Tampoco se definió en términos modernos en la Enciclopedia la palabra Independencia, ya que como lo señala Germán Arciniegas, "Era obvio, porque viviendo Europa de los imperios, y Europa era todo un imperio para explotar colonias en el mundo, definir independencia como lo es, era atentar contra las fuentes de la riqueza colonial".<sup>4</sup>

La lengua se enriquece con palabras como aristócrata y libertad, y esta última de ahora en adelante será entendida como autonomía y no como la libertad de los antiguos que, según Benjamín Constant, era la de participar en los asuntos públicos.<sup>5</sup>

Sin embargo debemos resaltar que esta concepción de libertad para los antiguos sólo hacía referencia a la posibilidad que tenían los ciudadanos de tomar parte en las cuestiones públicas, dejando por fuera de ellas a los hombres libres, a los esclavos y a las mujeres. Es decir que esta noción de libertad no encaja en la idealización de la antigua Grecia y en concreto de Atenas como la cuna de la democracia y como el período de mayor igualdad dentro de la cultura occidental.

Esto lo que demuestra es que la concepción de libertad para los antiguos debe tomarse con beneficio de inventario y debe tratar de mirarse en una perspectiva más social, en el sentido de que fueron excluyentes y solamente beneficiaron a una clase como era la de los hombres atenienses propietarios de la tierra.<sup>6</sup>

## 1.2 Creación del Concepto de Soberanía Nacional

En segundo lugar, encontramos el principio de la Soberanía Nacional, entendida como la "traslación de la soberanía (en definitiva del poder) desde el Príncipe (principio monárquico del absolutismo) a la nación, entendida como distinta de los individuos que la componen y titular de dicha soberanía (poder) de forma originaria y ejercida - en virtud de delegación- por los órganos instituidos por la propia nación."<sup>7</sup> Derivado de este principio surgirá el concepto de democracia representativa y de mandato representativo<sup>8</sup>, comprendiéndose por éste último el que los representantes elegidos por el pueblo representarán a la Nación y no a ningún interés particular. Este criterio conllevará la supresión de los gremios y de las corporaciones de oficio, pues se consideraron que favorecían los intereses particulares, y vulneraban la libertad de asociación y el derecho a escoger libremente profesión u oficio.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> ARCINIEGAS, Germán. Con América nace la nueva historia. Bogotá. Tercer Mundo Editores. 1992, pág. 247.

<sup>5</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. La Lengua de los derechos. Op. Cit., págs.17 - 42

<sup>6</sup> ANDERSON, Perry. Transiciones de la antigüedad al feudalismo. México. Siglo XXI Editores. 2002. p.34-35 FINLEY, M. I. LA Grecia antigua. Barcelona. Editorial Crítica. 2000. p. 134-135. FONTANA, Josep. Europa ante el Espejo. Barcelona. Editorial Crítica. 1994, págs. 12-14.

<sup>7</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. El Concepto del Derecho Administrativo. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. 1984, pág. 37.

<sup>8</sup> Hoy la Constitución Colombiana conserva su influencia francesa, por ello en el artículo 133 se desarrolla el principio de la Soberanía Nacional; allí se establece que «los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.». Los elegidos deberán actuar respetando la justicia y el bien común y no conforme al programa que presentaron. VELÁSQUEZ TURBAY, Camilo. Derecho Constitucional. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1998, pág. 283.

<sup>9</sup> El edicto de Turgot y la ley de Chapelier fueron las dos normas que pusieron fin a las Corporaciones y a los gremios a fines del siglo XVIII. El artículo 2do. de la nombrada ley disponía: «Los ciudadanos del mismo estado social o profesión, los obreros y compañeros

Miguel Malagón  
Pinzón

### 1.3 La Declaración de los Derechos del Hombre

La tercera gran creación fue la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, que pasaron a ser instituciones reconocidas por el Estado y protegidas por él. El nuevo orden jurídico social se construye sobre ellos, pero contrario a lo que se piensa, el derecho administrativo en sus inicios no se encargará de protegerlos sino de proteger a la propia Administración.

Los valores que defendió esta declaración eran la libertad, la igualdad, la fraternidad, y la propiedad. El primero se expresó en los derechos de primera generación o libertades públicas, que implicaban para el Estado obligaciones de no hacer, es decir de no intervención<sup>10</sup>, únicamente de reconocimiento. Estas libertades son de dos clases: "1. libertades límite, tales como la seguridad o protección frente a arrestos y detenciones arbitrarias, la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, la libertad de movimiento, la libertad de empresa y la liber-

tad de pensamiento; 2. libertades-oposición, tales como la libertad de prensa, reunión, manifestación, etc."<sup>11</sup>. Con relación a la igualdad<sup>12</sup>, esta se predicaba desde el punto de vista formal, es decir frente a la ley, como por ejemplo con la abolición de servidumbre y de los privilegios nobiliarios<sup>13</sup>. La fraternidad, como lo expresa Haberle, ha sido un valor con un déficit de plasmación jurídico - positiva y ético - social, que sólo se ha venido a llenar recientemente, con el advenimiento del Estado Social de Derecho y, concretamente, con el principio de solidaridad<sup>14</sup>. Por último, la propiedad fue el principio que más se defendió por las revoluciones liberales, sobre él se edificó un nuevo orden económico:

La propiedad ordena la producción y la distribución de los bienes. A través de ella, se logra una selección similar a la biológica -un precedente económico de las doctrinas evolucionistas y la teoría de la selección natural de DARWIN- de los mejores para regir el mundo económico; el máximo

de un arte cualquiera no podrán, cuando se reúnan, designar presidente, secretario o síndico, llevar registros, tomar resoluciones, sancionar reglamentaciones acerca de sus pretendidos intereses comunes». MARTIN SAINT - LEÓN, E. Historia de las Corporaciones de Oficio. Buenos Aires. Editorial Partenon. 1947, pág. 449.

<sup>10</sup> GIANNINI refiere que la idea de intervencionismo existe en el Estado para solucionar, por medio del Ordenamiento Jurídico, los conflictos sociales. De tal suerte que siempre que exista un ordenamiento jurídico habrá intervención «por lo que diciendo que hay intervención no se dice nada, ni jurídica, ni politológicamente pertinente». GIANNINI, Massimo Severo. El Poder Público. Estado y Administraciones Públicas. Madrid: Editorial Civitas S.A. 1991, pág. 12.

<sup>11</sup> DUVERGER, Maurice. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. Barcelona: Ariel. 1962, pág. 211.

<sup>12</sup> Aquí debemos hacer referencia a que la aplicación del principio de igualdad fue muy relativa; piénsese por ejemplo que Napoleón buscó reconquistar Haití, principal colonia francesa, y revocar la abolición de la esclavitud y por lo tanto acabar con la igualdad que había sido pregonada a los cuatro vientos por la Revolución. Véase a ARCEINIEGAS, Germán. Biografía del Caribe. Bogotá. Circulo de Lectores. Los Jacobinos Negros. México. Fondo de Cultura Económica. 2004. De igual forma no me puedo resistir a transcribir un pequeño párrafo del autor francés Renán, que esboza perfectamente la ineficacia de la igualdad y muestra además el desprecio por las otras culturas diferentes a la francesa «Una nación que no coloniza está abocada irrevocablemente al socialismo, a la guerra del rico y del pobre. La conquista de un país de raza inferior por parte de una raza superior que se establece en él para gobernarle no tiene nada de extraño. Inglaterra practica este tipo de colonización en la India, con gran provecho para la India, para la humanidad en general y para sí misma. Así como deben ser criticadas las conquistas entre razas iguales, la regeneración de las razas inferiores o bastardas por parte de las razas superiores está, en cambio, dentro del orden providencial de la humanidad... *Regere imperio populus*, he aquí nuestra vocación» citador por: RIBEIRO Darcy. Las Américas y la Civilización. Caracas. Biblioteca Ayacucho. 1992, pág. 51

<sup>13</sup> SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo I. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. 1988. pág. 131.

<sup>14</sup> HABERLE, Peter. Libertad, Igualdad, Fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional. Madrid: Editorial Trotta. 1998, págs. 89 -91.

La Revolución Francesa y el Derecho Administrativo Francés.

La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial

rendimiento y el mejor empleo de los medios escasos con los que cuenta una sociedad. Toda la teoría económica quiere liberar de trabas a la producción y distribución industrial y comercial. El propietario debe ser libre para que se favorezca el crédito, el comercio, la industria, etc... Al final, libertad, igualdad, ley, constitución, pacto social, producción, comercio, mercado, orden público, selección natural, evolución y progreso son todos, nuevos términos análogos ligados a una nueva verdad revelada por la razón científica: la propiedad.<sup>15</sup>

La igualdad jugará un papel trascendental en la organización territorial del estado Francés, pues en nombre de ella se edificará el concepto de Estado Unitario o Central. En efecto, la Revolución terminará en Francia con las antiguas provincias, y buscando la homogenización creará el concepto de departamento como unidad fundamental del territorio. Este se entendía como una división territorial desconcentrada, establecida para que del extremo más lejano del mismo, a la capital no se tardaran más de 24 horas a caballo. En el departamento se impuso un agente del poder central denominado Prefecto, quien reemplazó al antiguo funcionario comisionado llamado Intendente. El régimen municipal también se organizó según este centralismo y se estipuló que estas entidades tendrían funciones propias y funciones delegadas del poder central; se dispuso que en cada municipio existieran autoridades de elección popu-

lar y una autoridad representante del poder central designada por el Prefecto. Por último se contempló que estas entidades, el departamento y el municipio, quedaban sometidas a control de tutela por la Administración Central.<sup>16</sup>

Es famosa la disputa entre Boutmy y Jellinek, sobre la falta de originalidad de la Revolución Francesa frente a la Norteamericana. El primero postulaba el origen político de la declaración francesa, no exento de chauvinismo; el segundo le atribuía a ambas declaraciones un punto de partida religioso, la reforma protestante en concreto y más específicamente, el pacto de Providence en Norteamérica en 1636, elaborado bajo la batuta de Roger Williams<sup>17</sup> y plasmado más adelante en 1776 en la declaración del buen pueblo de Virginia. Esta discusión quedó zanjada para García de Enterría<sup>18</sup> al manifestar que el gran aporte de los franceses fue haber inventado el concepto de ley como epicentro del derecho público moderno.

No se puede poner en duda la influencia de la Revolución Norteamericana en el país galo. Por ejemplo, la idea de una declaración de derechos surge de La Fayette, héroe nacional francés que luchó en la independencia norteamericana en donde llegó a tener el rango de Comandante General<sup>19</sup> y quien estuvo presente en los debates de la Constitución de 1776. También tenemos a Jefferson, uno de los redactores de la declaración de derechos de América del Norte y quien fue embajador en París en 1789<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> ALVAREZ - CAPEROCHIPI, José Antonio. La Propiedad en la formación del Derecho Administrativo. Pamplona. s.e. 1983, pág. 60.

<sup>16</sup> VANDELLI, Luciano. El poder local, su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones. Madrid. Ministerio de Administraciones Públicas. 1992, pág. 33.

<sup>17</sup> GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Madrid: Editora Nacional. 1984, págs. 9-55.

<sup>18</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, La Lengua, Op. Cit., pág. 70.

<sup>19</sup> MAUROIS, André. Historia de los Estados Unidos. Barcelona. Circulo de Lectores. 1972, pág. 150.

<sup>20</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, La Lengua, Op. Cit., pág. 67.

Miguel Malagón  
Pinzón

Encontramos que Benjamín Franklin estuvo en Europa y en concreto en Francia de 1776 a 1785; su huella fue bastante clara en el deísmo. Él redactó unos artículos en 1728 titulados "artículos de fe y religión" tras haber sufrido un grave accidente, allí planteó la existencia de Dios, la inmortalidad del alma, etc. Basado en estas reglas dijo:

Considerando estos principios como esenciales a cada religión y encontrándolos en todas las que teníamos en nuestro país, yo las respetaba todas, aunque en diferentes grados, según ellas admitían más o menos artículos que, sin inspirar, extender o fortificar la moral, sólo servían para dividirnos y para hacernos enemigos los unos de los otros. El respeto por todas, junto a la opinión de que la más mala produce algunos buenos efectos, me ha conducido a evitar toda palabra que pueda disminuir la buena opinión que el prójimo pueda tener de su religión. Y como el crecimiento de la

población en nuestra provincia exigía continuamente nuevos edificios para el culto, que se levantaban en general mediante suscripciones voluntarias, cualquiera que fuese la secta, yo no negué mi óbolo para ese fin.<sup>21</sup>

Este pensamiento se plasmó en el decreto de la Convención del 7 de mayo de 1794, cuyo propósito fue terminar con el ateísmo y con el cristianismo; allí se reguló que "El pueblo francés reconoce la existencia del ser supremo y la inmortalidad del alma. Reconoce que el culto digno del ser supremo es la práctica de los deberes del hombre".<sup>22</sup>

#### 1.4 Aparición del Principio de Legalidad y de la Codificación

El cuarto aporte fue el principio de legalidad<sup>23</sup>, la invención de la ley como expresión de la voluntad general<sup>24</sup>, encargada de cuidar el interés general, de defender el bien público. Se instaura el imperio de la Ley<sup>25</sup>, el que de aquí en adelante

<sup>21</sup> PABÓN, JESÚS. Franklin y Europa. Madrid. Sarpe. 1985, pág. 137.

<sup>22</sup> Ibid., pág. 140

<sup>23</sup> En realidad fue la gloriosa Revolución inglesa la que consagró por vez primera el Principio de Legalidad, porque prohibió que la ley pudiera ser modificada por el Rey, y se dispuso que esta sólo podía ser cambiada por el Parlamento, Adicionalmente también estableció la independencia judicial para garantizar la supremacía de la ley sobre la voluntad del monarca, ya que Jacobo II había destituido a los jueces que se habían negado a interpretar la ley según sus designios. TREVELYAN, George Macaulay. La Revolución Inglesa 1688-1689. La Habana. Editorial Ciencias Sociales. 1975, págs. 125-126.

<sup>24</sup> Según Friedrich, El principio roussoniano de la voluntad general es contradictorio pues «esta voluntad es al mismo tiempo trascendente y racional. La doctrina de la voluntad racional es muy antigua, y desempeñó un papel importante en la antigüedad clásica y en el período escolástico. Pero en las viejas formas no se atribuía esta voluntad racional a cada individuo, sino que dependía en que lo racional estaba activo en un hombre determinado. En Rousseau como resultado de su concepto radicalmente igualitario del hombre, encontramos el punto crítico de la teoría de Copérnico. Se dice que todos los hombres poseen una voluntad racional y, entonces la voluntad general se considera como la expresión de estos individuos cuando se reúnen para legislar. Pero ello no significa que Rousseau creyera que la voluntad general era la suma de las voluntades de los individuos que forman la comunidad, ya que cada una de estas voluntades no tiene como mira el bien general, sino el bien individual. Una verdadera ley es siempre una regla general, y el problema central de todo orden gubernamental consiste en encontrar la forma de lograr tales leyes. Sin embargo, Rousseau no resuelve el problema. Ciertamente, no lo resuelve en el sentido democrático de la decisión mayoritaria, como con frecuencia se ha afirmado. Rousseau creía que la democracia sólo era adecuada para comunidades muy pequeñas, pues no estaba dispuesto a permitir o aceptar la representación (...).» FRIEDRICH, C. J., La Filosofía del Derecho. México: Fondo de Cultura Económica. 1997, págs. 183 -184.

<sup>25</sup> En Inglaterra en la Edad Media se estableció el principio de sujeción del Rey a la ley; así en la Carta Magna de 1215 se dispuso en su artículo 39 que «Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado, privado de sus derechos o de sus bienes, o puesto fuera de la ley o exiliado, o privado de su rango de cualquier otro modo, ni usaremos de la fuerza contra él, o enviaremos a otros para que lo hagan, excepto por sentencia judicial de sus pares y según la ley del país» FIORAVANTI, Mauricio. Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones. Madrid. Editorial Trotta. 2000. p. 32. La razón de ser de este artículo es el juramento que debían prestar los Reyes ingleses al ser coronados, mediante el que se garantizaba que el monarca actuara según el derecho, circunstancia que

La Revolución Francesa y el Derecho Administrativo Francés.

La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial

lante será considerado el código de conducta de los funcionarios de la administración, quienes sólo podrán hacer lo que les está permitido expresamente por ella. Ellos se vuelven meros agentes del poder soberano que se encarna en el parlamento, que es el único órgano que tiene la representación popular<sup>26</sup>. A comienzos del siglo XIX esta concepción de la vinculación positiva sufrirá una transformación que implicará que la administración no sólo ejecute la ley sino que también busque los intereses generales basándose en la discrecionalidad, acogiéndose así el principio de vinculación negativa, "que había sido tradicional a la institución monárquica"<sup>27</sup>.

La ley se convertirá, para los franceses, en la principal fuente del derecho, incluso por encima de la Constitución. Esta únicamente será considerada un texto político que incluye los derechos humanos y la estructura del estado, es decir que es una regula-

ción que contiene una parte dogmática y una orgánica; no se entendió que era una norma jurídica porque no existía el control de constitucionalidad de las leyes y éstas podían vulnerar la norma fundamental sin que esta acción tuviera consecuencias jurídicas<sup>28</sup>. Se le dio primacía a la ley porque emanaba del poder legislativo que se consideraba el poder soberano. Esta superioridad durará hasta 1958 y en concreto hasta 1974, cuando se amplía la legitimación activa para interponer el recurso de inconstitucionalidad<sup>29</sup>.

Por otro lado, esta preponderancia de la ley hará necesario que los derechos del hombre, los derechos fundamentales sean incorporados en un texto legal para tener aplicabilidad, pues de la Constitución directamente no podían ser exigidos. Por esta razón se creará el Código Civil de Napoleón de 1804, y especialmente para proteger el sacrosanto derecho de propiedad.<sup>30</sup>

---

protegía los derechos de los súbditos, quienes al ser juzgados por los jueces del reino estaban en capacidad de exigir que fueran procesados de acuerdo a la ley. McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo Antiguo y Moderno*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1991, págs. 96 y s.s.

<sup>26</sup> «la importancia que la ley asume en la Revolución, puesta ya de manifiesto desde el artículo 3 de la Constitución de 1791 que proclama que «el rey está sujeto a la ley». La ley garantiza la igualdad y la libertad, principios a partir de los cuales debe contemplarse el desarrollo del derecho administrativo. Si la ley es sinónimo de igualdad, ésta va a hacer surgir la poderosa Administración contemporánea, y con ella, como Derecho que le es propio y específico, el Derecho Administrativo. CANNADA BARTOLI, Citado por: CHINCHILLA MARIN, Carmen. Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del derecho administrativo, en *Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo*. Op. Cit. pág. 28. El profesor Soriano sostiene que la « ley es así ley civil, igual para todos y responde a la idea de salvaguardar la libertad del individuo que cambia radicalmente, al convertirse en ciudadano, abandonando la más elemental condición de súbdito con que el Antiguo Régimen venía en caracterizarlo». SORIANO GARCIA, José Eugenio. *Los fundamentos históricos del derecho administrativo en Francia y Alemania*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. *Temas de Derecho Público* No. 35, 1994, pág. 29.

<sup>27</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos*, Op. Cit., pág. 197.

<sup>28</sup> En Colombia copiamos esta teoría francesa en 1886 cuando se creó una nueva Constitución y una legislación, obra de la Regeneración conservadora. Don Miguel Antonio Caro estableció en la ley 153 de 1887, en su artículo 6, que todas las leyes del país se presumían constitucionales. RODRÍGUEZ PIÑERES, Eduardo. *Relaciones entre los poderes Judicial y Legislativo*. En *Por el Reinado del Derecho*. Bogotá. Imprenta de la Luz. 1927. p. 339. En la tercera década del siglo XX se abandonó el control de constitucionalidad que se había consagrado ampliamente en la reforma constitucional de 1910 y se volvió a acoger la hipótesis francesa de la ausencia de control sobre las leyes y sobre las normas con fuerza de ley, circunstancia que perduró hasta el cambio constitucional de 1991. DUEÑAS RUIZ, Oscar José. *Control Constitucional*. Bogotá. Librería del Profesional. 1997, págs. 43 y s.s.

<sup>29</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid. Editorial Civitas. 1991. pág. 31

<sup>30</sup> CLAVERO, Bartolomé. *Los derechos y los Jueces*. Madrid. Editorial Civitas. 1988. p. 41-57. En Colombia al igual que en Francia los derechos del hombre debieron ser anexados al Código Civil para que tuvieran eficacia; por ello el Título III de la Constitución de 1886 en su artículo 52 dispuso, que el capítulo de los derechos humanos fuera vinculado al Código como título preliminar y que no podía ser reformado sino por acto reformativo de la Constitución. VALENCIA VILLA, Hernando. *El Inconstitucional*. Bogotá. Universidad de Los Andes. 1982, pág. 45.

Miguel Malagón  
Pinzón

Este Código se dividió en tres partes que están directamente relacionadas con la propiedad: la primera hace referencia a las personas en su característica de propietarias; el segundo trata sobre la propiedad propiamente dicha y el último estudia los actos jurídicos que permiten el tránsito de dominio de un ciudadano a otro, ya sea por acto entre vivos o por causa de muerte.<sup>31</sup>

El proceso de codificación, que arranca en Francia, responderá a un fenómeno de Intervención autoritaria del estado que enumera taxativamente las reglas jurídicas aplicables, sustrayéndolas de esta manera a la historia, o cerrando ahora aquellos caminos que durante siglos los juristas habían recorrido con desventura a la búsqueda de un derecho todavía practicable. Las respuestas eran ahora impartidas de manera más simple, rápida y (aparentemente) segura por una ley tendencialmente completa, orgánica y ordenada, explícitamente promulgada por la competente autoridad estatal.<sup>32</sup>

Adicionalmente la codificación buscará imponer la ideología burguesa, los planteamientos del liberalismo económico basados en el principio de igualdad que pretenderá crear un sujeto único de derecho, eliminando para ello las diferencias de clase y las diferencias religiosas, pero dejando vivas las referentes al sexo, al estado familiar, al estado mental, etc.

El derecho civil se basa en el sujeto único y traslada estas diferencias a la capacidad de actuar; es por esto que se esta-

blecerá que hay quienes como las mujeres, los menores, los dementes o los disipadores que necesitan de la ayuda de otro sujeto para poder desenvolverse. En este mismo sentido el derecho comercial creará los actos de comercio, conductas que objetivamente definirán quién debe ser considerado comerciante, y elimina de esta forma la antigua figura elitista del comerciante para intentar aparecer más imparcial. Por último, el derecho penal sustituirá las diferencias que se planteaban con relación a la clase social, mirándolas desde la víctima o el victimario; por ejemplo si uno u otro era noble o plebeyo, y las reemplazará por la igualdad de los delitos y de las penas, sin importar de qué agente provengan, ni quién las padece<sup>33</sup>, y que ahora serán vistas exclusivamente como unas circunstancias de hecho que se subsumen en una norma jurídica y que necesariamente tendrían unas consecuencias legales.

Surgirá, emanada de la preeminencia de la ley y de los códigos, la escuela de la exégesis que estableció que todo el derecho se encontraba en la ley y que en la interpretación del derecho debía buscarse la intención del legislador; cuando esta no se podía conocer, se tenía que acudir a una interpretación presunta que se apoyaba en la jurisprudencia y en los precedentes históricos.<sup>34</sup>

En materia de derecho administrativo, en 1808 florecerá la primera propuesta de creación de un Código, realizada por Carlos Juan Bonnin. Dicho planteamiento buscaba garantizar que la administración dejara de lado la arbitrariedad, pro-

<sup>31</sup> «La propiedad aparece como un poder absoluto sobre la cosa; la cosa casi se identifica con el fundo rústico, el viejo depósito de la riqueza, y representa bien la meta final del itinerario penosamente recorrido de la clase burguesa que, finalmente, alcanza el resultado siempre buscado y nunca plenamente conseguido de un acceso incondicionado a la propiedad libre de la tierra. GROSSI, Paolo. *Propiedad y Contrato*. en *El Estado Moderno en Europa*. Madrid. Editorial Trotta. 2004, pág. 130.

<sup>32</sup> CARONI, Pio. *Lecciones Catalanas sobre la Historia de la Codificación*. Madrid. Marcial Pons Ediciones. 1996, pág. 55.

<sup>33</sup> TARELO, Giovanni. *Cultura Jurídica y Política del Derecho*. México. Fondo de Cultura Económica. 1995, págs. 50-51.

<sup>34</sup> HERRERA JARAMILLO, Francisco José. *Filosofía del derecho*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 1994, págs. 85-86.



La Revolución Francesa y el Derecho Administrativo Francés.

La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial

pia del régimen absolutista, y se acogiera plenamente al principio de legalidad como garante del Estado de Derecho. Las materias que debía contener dicho Código eran los impuestos, el servicio militar, las obras públicas, la agricultura, el comercio, la industria. Esta ley administrativa tenía el propósito de preservar los derechos naturales del hombre en su relación a las cosas de interés común.

Estaba compuesto este Código por tres partes. En la primera parte describe la Organización administrativa desde el Ministerio del Interior hasta las municipalidades, así como los consejos territoriales, pasando por las prefecturas y sus subordinados. La segunda parte entraña los actos del estado civil, es decir, el matrimonio, el divorcio y los decesos e inhumaciones. La tercera parte es la más extensa: trata de las personas dentro del Estado, así como de las contribuciones, la conscripción, los socorros públicos, la agricultura, la industria y el comercio, además de las prisiones, los hospitales y los extranjeros. El resto del documento aborda las propiedades del Estado, la policía administrativa y el procedimiento administrativo.<sup>35</sup>

### **1.5 La División de Poderes, el Silogismo Jurídico y el Arbitrio Judicial**

El quinto punto es la separación de poderes de Montesquieu, doctrina que no tiene nada de original pues había sido

planteada primero por Aristóteles y después por Locke. Este último influyó de manera decisiva en la teoría de Montesquieu. El pensador anglosajón establece que hay tres poderes en el Estado, el legislativo que crea el derecho, el ejecutivo que da el respaldo de la fuerza a las decisiones del legislativo y por último el federativo que se encarga de dirigir las relaciones internacionales.<sup>36</sup>

No se hace ninguna referencia al poder judicial, porque para algunos autores esta competencia radicaba en el poder legislativo, siendo el principal representante de esta postura el filósofo italiano Norberto Bobbio, quien establece que

la función del juez imparcial es desarrollada en la sociedad política eminentemente por aquellos que hacen las leyes, porque un juez imparcial puede existir sólo en la medida en que existan leyes generales establecidas en modo constante y uniforme para todos. Por tanto el poder judicial no se distingue, no tiene una razón particular para distinguirse, respecto a la función de establecer quién está equivocado y quién tiene razón, del poder legislativo. Legisladores y jueces tienen la misma función: establecer el derecho, esto es las reglas de convivencia. Poco importa que los primeros lo establezcan en modo abstracto y los segundos en los casos concretos. La diferencia no es cualitativa. Cualitativa, en cambio, es la diferencia entre legisladores y

<sup>35</sup> GUERRERO, Omar. Estudio introductorio de los Principios de Administración Pública de Charles-Jean Bonnin. México. Fondo de Cultura económica. 2003, pág. 95.

<sup>36</sup> « El poder legislativo no puede nunca ser arbitrario, ya que ni siquiera el pueblo que lo establece tiene tal poder; no puede gobernar mediante decretos impremeditados (sic), ya que los hombres se unen para tener un derecho y unos jueces conocidos; no puede tomar la propiedad de los individuos sin el consentimiento de éstos, cosa que Locke interpreta como equivalente al voto de la mayoría; y no puede delegar su poder legislativo, ya que éste se encuentra de modo inalterable en las manos en que lo ha colocado la comunidad: En general, su poder es fiduciario, ya que el pueblo tiene el supremo poder de modificar el legislativo cuando actúa de modo contrario a la confianza en él depositada. El ejecutivo esta limitado además por una dependencia general del legislativo y porque su prerrogativa está restringida al derecho. Para seguridad de la libertad es importante que el poder legislativo y el ejecutivo no se encuentren en las mismas manos.» SABINE, George. Historia de la Teoría Política. México. Fondo de Cultura Económica. 1984, pág. 394.

jueces, de un lado, y ejecutores de otro.<sup>37</sup>

Para otros, la mayoría, el poder judicial hacía parte del ejecutivo<sup>38</sup>. La concepción del Estado de Locke estaba compuesta por la ley, los tribunales y la fuerza pública. El pensador francés retoma estas ideas y argumenta que el Estado se compone de tres poderes: el legislativo que crea la ley, el ejecutivo que se ocupa de las relaciones internacionales y de los asuntos internos y el judicial que dice el derecho. Esta concepción de la división de poderes llevó a establecer un sistema de límites funcionales entre ellos, de forma contraria al sistema de pesos y contrapesos que habían implementado los norteamericanos atendiendo a la estructuración de la República romana. La interpretación de los límites desarrolla que cada una de las ramas tiene que cumplir su función y no debe intervenir en las funciones de las otras; de igual manera también prescribe que un miembro de una de las ramas no puede intervenir bajo ninguna circunstancia en alguna de las otras dos ramas.<sup>39</sup>

En 1933 el profesor Eisenmann demostró que Montesquieu no formuló el principio de separación de poderes, sino que fueron autores como Carré de Marlberg y Jellinek quienes a comienzos del siglo XX le atribuyeron ese planteamiento al pensador galo<sup>40</sup>. En efecto él habló fue

de división de poderes y de coordinación entre los mismos. La primera idea expresa una visión que surge por oposición a la concentración del poder, fenómeno propio del absolutismo europeo, y con la segunda se crea un sistema mutuo de controles y ayudas entre los diferentes poderes. Como sostiene Bobbio "separar no significa nada preciso: representa simplemente un momento negativo. Si realmente los poderes estuvieran separados, el Estado no podría funcionar e iría al desastre como sostenía Hobbes".<sup>41</sup>

La teoría de Montesquieu buscaba darle prevalencia al estamento judicial, representado por los parlamentos, y compuesto por la nobleza que adquiría el oficio por compra. Estos eran los tribunales que se encargaban del registro de las disposiciones reales, como requisito para su aplicación y quienes ejercían el veto devolutivo sobre las ordenanzas reales<sup>42</sup>. Hay que anotar que Montesquieu fue presidente del parlamento de Burdeos<sup>43</sup> y buscaba un Estado en el que el poder judicial estuviera independiente del rey, situación que termina sucediendo y que determina que a los parlamentos se les asignen como cuerpos políticos la función de ser depositarios de las leyes, pues debían anunciarlas cuando las hacían y las tenían que recordar cuando eran olvidadas. Es palpable que la teoría de la división ocasionó que el poder real y el

<sup>37</sup> BOBBIO, Norberto. *Locke e il diritto naturale*. Turín. Giappichelli. 1963, pág. 267.

<sup>38</sup> TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Madrid. Alianza Editorial. 1982, p. 196 y también RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María. *Historia del Pensamiento Jurídico*. Vol. I. de Heráclito a la Revolución Francesa. Madrid. Universidad Complutense. 1992, pág. 218. Véase en Colombia a JULIO ESTRADA, Alexei.

<sup>39</sup> AGUILAR RIVERA, José Antonio. *En pos de la Quimera. Reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*. México. Fondo de Cultura económica. 2000, pág. 98.

<sup>40</sup> EISENMANN, Charles. *L'Esprit des Lois et la séparation des pouvoirs*. en *Mélanges R. Carré de Malberg*. Paris. Sirey. 1933, págs. 165-192.

<sup>41</sup> Citado por GARCÍA PASCUAL, Cristina. *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*. Valencia. Ediciones Alfons el Magnánim. 1996, pág. 49.

<sup>42</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. Op. Cit., pág. 20-43.

<sup>43</sup> VÉLEZ GARCÍA, Jorge. *Los dos sistemas del derecho Administrativo. Ensayo de derecho público comparado*. Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda. 1994, pág. 6.

La Revolución Francesa y el Derecho Administrativo Francés.

La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial

ministerial fueran puestos en cintura, pero se llegó a la conclusión de que los parlamentos, no obstante ser órganos judiciales, estaban desempeñando competencias del poder legislativo, razón por la cual se decretó su abolición en la sesión del 24 de Marzo de 1790, y su reemplazo por jueces ordinarios.<sup>44</sup>

En la Constitución de 1791 se determinó que los jueces serían elegidos popularmente; aquí nacerá la institución del jurado y surgirá la idea de los mecanismos alternos para solucionar los conflictos y en concreto del arbitraje y de la conciliación, ésta última como función que debía desempeñar una persona del común, actuando

como un juez de paz. En 1793 se reforma el modelo de elección del juez y se determina que ésta la haría el poder ejecutivo, escogiendo entre personas doctas en la materia, es decir de entre profesionales del derecho. De esta manera se le disminuye profundamente la independencia y la imparcialidad al estamento judicial, el que sólo en la Constitución de 1848 volverá a ser denominado poder judicial.<sup>45</sup>

En 1790 se expiden las leyes del 16 y 24 de agosto<sup>46</sup>, que buscaban quitarle poder a la nobleza de toga representada en los parlamentos y así poner fin a los enfrentamientos con la Corona<sup>47</sup>. Se establece en el código penal como delito

<sup>44</sup> FERNÁNDEZ-CARNICERO, Claro. Parlamentos y Poder Judicial. En Jornadas sobre el poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa. Madrid. Ministerio de Justicia. 1990, págs. 176-182.

<sup>45</sup> TOMAS y VALIENTE, Francisco. De la Administración de Justicia al Poder Judicial. en Jornadas sobre el poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa. Madrid. Ministerio de Justicia. 1990, pág. 15-23.

<sup>46</sup> VELLEJ pone de relieve que «lo que se denuncia al discutirse la Ley de 16 y 24 de agosto de 1790 no son las competencias jurisdiccionales de los Tribunales, sino la invasión de éstos sobre los otros poderes. Autorizado a revisar y rechazar las ordenanzas y edictos reales, el juez, dirá el diputado THOURET en la sesión de 24 de marzo de 1790, «se convirtió en el rival del poder administrativo, perturbando sus operaciones, paralizando sus movimientos e inquietando a sus agentes». De la misma manera LE CHAPELIER diría: «los Parlamentos eran peligrosos, no porque fuesen jueces, sino porque eran administradores y legisladores». Así pues, la cuestión no era impedir que los juzgasen, sino que legislasen y administrasen.» Citado por: CHINCHILLA, Op. Cit., pág. 30.

<sup>47</sup> En el siglo XVIII se presentaron varios enfrentamientos entre los parlamentos y el rey, el primero «tiene lugar en vida de Luis XV, cuyo ministro Maupeou llevó a cabo en 1771 una profunda reforma judicial que entrañaba la supresión de los parlamentos; la oposición nobiliaria a la medida hizo que, subido al trono Luis XVI, la reforma fuese de inmediato derogada, en 1774. El conflicto se reanudó de inmediato, sin embargo. El déficit crónico de la Hacienda real, agravada por los gastos de la guerra de independencia de los Estados Unidos, hacía perentoria una reforma tendiente a abolir la exención fiscal de nobleza y clero. Nombrado Turgot Inspector General de Finanzas, éste presentó al monarca un programa basado en la implantación de la llamada subvención territorial (impuesto directo que recaía sobre la propiedad rústica y que constituía una pieza fundamental de la doctrina fisiocrática). La oposición nobiliaria al proyecto determinó la destitución de Turgot (1776) y la llamada de Necker, que hizo frente al déficit mediante empréstitos que no hicieron sino empeorar la situación: con todo, la publicación en 1781 del *Compte rendu au Roi* (especie de presupuesto de gastos en los que se daba cuenta de la elevada cuantía de las pensiones concedidas por el Rey a los cortesanos) y el escándalo que ocasionó, produjeron la destitución de Necker. La política de empréstitos continuó, pero en 1786 el nuevo Inspector General, Calonne, se vió en la alternativa de declarar la bancarrota del Estado o retomar el proyecto de Turgot. Este fue nuevamente presentado a la llamada Asamblea de Notables, creada a tal fin como un órgano presuntamente <domesticable>, pero que volvió a rechazar el proyecto, exigiendo el cese de Calonne. Así lo hizo Luis XVI, nombrando para sustituirle al jefe de la oposición nobiliaria, el arzobispo Loménie de Brienne: este se percató de inmediato que el establecimiento de la subvención territorial era inevitable, y así lo propuso a la Asamblea de Notables, que sin embargo, mantuvo su actitud intransigente declarando, sorprendentemente, que <sólo los auténticos representantes de la Nación>- esto es, los Estados Generales- podían aprobar el nuevo impuesto. Presentado el proyecto más tarde al Parlamento de París, éste lo rechazó, exigiendo de manera explícita la convocatoria de los Estados Generales. El monarca y Brienne decidieron recurrir a medidas de fuerza: el Parlamento de París fue desterrado a Troyes, pero la revuelta de los restantes parlamentos les obligaron a ceder. El proyecto de la subvención territorial fue retirado y, en su lugar, Brienne presentó al Parlamento de París diversos proyectos de empréstitos. Pero el Parlamento, envalentonado, los rechazó también, exigiendo la convocatoria de Estados Generales para 1789. En un arranque de autoridad, el monarca exigió el registro de los proyectos, ordenó el arresto de varios magistrados y aprobó una reforma judicial, elaborada por Lamoignon, que privaba a los Parlamentos de sus atribuciones esenciales (mayo de 1788). La resistencia nobiliaria adquirió entonces tintes violentos. Los parlamentos se negaron a acatar las medidas, y en el Delfinado se celebró una asamblea en el castillo de Vizille que decidió convocar, sin autorización real, los Estados Generales de la provincia. Ante la revuelta generalizada, el monarca tuvo que capitular nuevamente y convocó los Estados Generales para el 1o. de Mayo de 1789.» SANTAMARIA PASTOR, Juan. Fundamentos, Op. Cit., págs. 125 -126.

Miguel Malagón  
Pinzón

la intromisión de los jueces en la acción administrativa. Los revolucionarios se dan cuenta de que tienen que neutralizar al poder judicial para poder sobrevivir, por ello sacan del control de los jueces las actividades administrativas<sup>48</sup>, circunstancia que origina el derecho administrativo, pues el Consejo de Estado, organismo creado por Napoleón para asesoría y consulta del gobierno, empezará a resolver las controversias, primero como jurisdicción retenida, proponiendo las soluciones al Jefe del Ejecutivo, tanto en materias contenciosas<sup>49</sup> como administrativas, y luego como jurisdicción independiente desde 1872<sup>50</sup>, creando por medio de su jurisprudencia el derecho administrativo, el cual tendrá la peculiaridad de ser exclusivamente el derecho de la administración.<sup>51</sup>

La desconfianza sobre los jueces llega a tal extremo que se les prohíbe interpretar la ley, para ello crean la Corte de Casación<sup>52</sup> como organismo encargado de controlar a los jueces. De igual manera se instituye el *référé législatif*<sup>53</sup> para absolver las dudas de los jueces, acerca de cómo se debía interpretar una ley. Esta situación era consecuencia además del ya nombrado recelo, del acogimiento de las teorías iusnaturalistas modernas, que intentaron convertir al derecho en una ciencia exacta, como las matemáticas, por ello se sustituyó la interpretación por la demostración como método científico que tenía como paradigma el silogismo jurídico.<sup>54</sup>

Esta teoría del silogismo se construyó para eliminar la figura del arbitrio judicial, que era la manera más utilizada por los jueces

<sup>48</sup> Con la ley de 6-7 y 11 de Septiembre de 1790 se reparte el control de la Administración entre los Tribunales de Distrito y la Administración activa (directorios de distrito y de departamento), el profesor SANTAMARIA citando a CHEVALLIER nos dice que se acoge esta proposición de PEZOUS al intervenir en la Asamblea y cuestionar: «¿por qué no volver la mirada a los administradores locales, que son elegidos igual que los jueces y que, además, resuelven con rapidez y sin gastos? Pezous demuestra la inanidad de las pretensiones en contra de la administración activa, puesto que su origen democrático le hace tan imparcial, tan independiente como los tribunales judiciales.» SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX Op. Cit., págs. 47-54.

<sup>49</sup> La sala de los asuntos contenciosos se creó en 1806, a propuesta del emperador Napoleón I. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. Democracia, Jueces y control de la Administración. Madrid. Editorial Civitas. 1997, pág. 35.

<sup>50</sup> DE LAUBEDERE, André. Manual de Derecho Administrativo. Bogotá. Editorial Temis. 1984, pág. 38.

<sup>51</sup> CASSESE, Sabino. Las bases del Derecho Administrativo. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. 1994, págs. 53-58.

<sup>52</sup> «Los constituyentes franceses se encontraron ya armados con una teoría de la casación que se había gestado a lo largo de todo el XVIII en el Consejo del Rey. El gran reglamento de 28 de Junio de 1738, obra de D' Aguesseau, fue la base de la teoría de la casación tal como se puede encontrar desarrollada por los juristas del XVIII. Por supuesto no es la formulación revolucionaria, pero se había ido limando una de interés posterior que giró fundamentalmente sobre dos argumentaciones: en primer lugar, el recurso de casación se fue justificando a través de la enumeración de lo que se llamaba <aperturas de Casación> y en segundo, teorizando sobre su carácter extraordinario; esto es, el Consejo, basándose en la idea de justicia retenida, fue delimitando el número de recursos admitidos circunscribiéndolo solamente a aquellas causas una infracción de ordenanza o de formas. Por supuesto el Consejo era el del Rey, por lo que continuó por otro lado funcionando según lo que hoy llamaríamos arbitrio, esto es, avocando procesos a la vez que consolidaba la teoría de la casación. El Rey, por su potestad, por el control de la justicia delegada, debía hacerlo en última instancia casando a través de su Consejo, anulando sentencias que contuvieran una infracción de ordenanza o de formas procesales, circunscribiendo su función a la revisión de la decisión, no a la reapertura de una investigación del fondo de los asuntos.» LORENTE SARIÑENA, Marta. Reflexiones sobre la Casación en una época revolucionaria. En Jornadas sobre el poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa. Madrid. Ministerio de Justicia. 1990, pág. 211.

<sup>53</sup> En este sentido, el artículo 12 de la Ley 16-24 de 1790 disponía que los tribunales «no podrán hacer reglamentos, sino que tendrán que dirigirse al cuerpo legislativo cada vez que crean necesario interpretar una ley o dar una nueva». Aquí se consagra el denominado *référé facultativo*. Posteriormente la ley 27 de noviembre - 1 de diciembre reguló el *référé obligatorio* en su artículo 21 estableciendo que si después de dos casaciones, el tercer tribunal juzgase de la misma manera que los dos anteriores, «la cuestión no podrá ser llevada más ante el Tribunal de Casación hasta que no haya sido sometida al Cuerpo legislativo quien emitirá un decreto declaratorio de la ley, al que el Tribunal de Casación tendrá necesariamente que ajustarse». BLANCO VALDES, Roberto. El Valor de la Constitución. Madrid. Alianza Editorial, 1998, pág. 263.

<sup>54</sup> BOBBIO, Norberto. Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna. El Modelo Iusnaturalista y el Modelo Hegeliano- Marxiano. Reimpresión México: Fondo de Cultura Económica, 1997, pág. 30 - 31.

La Revolución Francesa y el Derecho Administrativo Francés.

La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial

en el derecho común para resolver sus casos. La aplicación de la ley en los pleitos era la excepción, pues todos se fallaban según criterios de experiencia, de sentido común, de racionalidad, en pocas palabras se resolvían por arbitrio.

El arbitrio tuvo en el antiguo régimen, y concretamente en la monarquía absoluta, muchísima preponderancia en el derecho penal; allí se utilizaba para aplicar las penas extraordinarias, para apreciar o valorar las pruebas y para establecer los tipos penales extraordinarios, o mejor conocidos como los crímenes extraordinarios, como por ejemplo el de estupro<sup>55</sup>, que según prescribía una ley de Partidas,

el estupro de mujer virgen que fuera monja se castigaba con pérdida de la mitad de los bienes si el estuprador era <ome honrado>, y con azotes y cinco años de <destierro> en una isla si era <ome vil>. Pero en la práctica esta ley no se cumplía, usualmente se imponía la pena que el Derecho canónico señalaba a este delito, que era la de casarse con la estuprada o dotarla con una cantidad de dinero fijada por el juez; a esta pena alternativa se añadía por costumbre de los jueces castellanos, otra de privación de la libertad, para satisfacer con ella <la vindicta pública>.<sup>56</sup>

### 1.5.1 La discrecionalidad administrativa y el acto político

En los siglos XIX y XX el arbitrio ha logrado sobrevivir a la ideología de las luces, en el derecho administrativo. Cir-

cunstancia que tiene una explicación histórica que es debida a los escritos de Montesquieu, que le asignaron al juez el papel de ser "la boca del derecho", es decir, de ser el operador que aplica y no valora la ley, pues esta se pensaba que podía resolver todos los casos, inclusive los más difíciles. En materia administrativa los que aplicaban el arbitrio eran los funcionarios o agentes y no los jueces, hecho que le permitió a esta técnica sobrevivir y cambiar de nombre y llamarse discrecionalidad.<sup>57</sup>

La discrecionalidad tendrá origen en el principio de vinculación negativa de la administración a la ley, como ya se anotó. Pues aquí la actuación administrativa excede de la mera aplicación de la ley<sup>58</sup> y atiende a razones de oportunidad y conveniencia de mérito.

En un comienzo la discrecionalidad no tuvo control, la regla general fue la exclusión del control judicial. La administración se controlaba a sí misma, se le confiaron a la denominada administración activa los asuntos contencioso administrativos, que debía resolver el rey, los ministros y los administradores de departamento, a propuesta del Consejo de Estado o de los Consejos de Prefectura. Por esto se partía de la idea de que Juzgar a la administración era también administrar.<sup>59</sup>

El particular siempre debía alegar amparándose en un derecho adquirido, que no era oponible a la administración cuando ésta dictaba actos generales para satisfacer los intereses comunes en materias como la agricultura, la

<sup>55</sup> TOMAS y VALIENTE, Francisco. El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta. en Obras Completas. Tomo. I. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1997, pág. 462.

<sup>56</sup> Ibid, pág. 451.

<sup>57</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro. El Arbitrio Judicial. Barcelona. Ariel. 2000.

<sup>58</sup> MODENE, Franck. Apuntes de Derecho Administrativo Comparado. Bogotá. Universidad del Rosario. 2002, pág. 15.

<sup>59</sup> DE LAUBEDERE, André y Otros. DROIT Administratif. Paris. Libraire general de Droit et de Jurisprudence. 1996, pág. 307.

Miguel Malagón  
Pinzón

industria o el comercio, amparándose en unos actos de pura facultad, emanados de un poder discrecional que era concomitante "con su deber general de vigilancia y de protección hacia los administrados".<sup>60</sup>

Así las cosas el ámbito de la discrecionalidad se va a ir reduciendo con el nacimiento por exceso de poder, que en un comienzo no era un verdadero remedio que podían ejercer los afectados por las actuaciones de la administración, sino que operaba como una mera denuncia, que podía o no ser tenida en cuenta, y que cuando era aceptada sólo operaba para "depurar en interés de la Administración misma las irregularidades más chocantes de los administradores, los verdaderos escándalos".<sup>61</sup>

Las primeras causales de ejercicio del recurso por exceso de poder son la incompetencia y el vicio de forma. La primera se deriva de la ley de 7-14 de Octubre de 1790 que estipulaba que "las reclamaciones de incompetencia respecto de los cuerpos administrativos no son en ningún caso de la competencia de los tribunales y deben ser llevadas ante el rey, jefe de la administración general". Esta norma excluye la capacidad de la justicia ordinaria para resolver reclamaciones por falta de competencia y crea un medio de defensa, por la extralimitación de funciones del agente que creaba un acto administrativo, que se interponía ante el rey. La segunda, el vicio de forma, era una especie "de incompetencia, pues el autor del acto no habría podido ejercer válidamente sus poderes más que observan-

do las formas que, en esta hipótesis, no habían sido respetadas".<sup>62</sup>

La tercera causal del recurso fue la desviación de poder, que nació de una decisión del Emperador Napoleón III en su consejo del 25 de febrero de 1864, para resolver el caso *Lesbats*. Allí se dijo que "los prefectos solamente "en interés de policía o de servicio" pueden "reglamentar la entrada al establecimiento y la circulación en los patios dependientes de las estaciones del ferrocarril" y no para lograr la ejecución de un contrato entre una compañía de ferrocarril y un empresario de vehículos públicos".<sup>63</sup> Esta teoría se asimila al abuso del derecho en derecho civil y plantea tres hipótesis diferentes: la primera es cuando el acto administrativo es ajeno a todo interés público; la segunda cuando el acto administrativo se expide en interés público, pero no es aquel para el cual se confirieron al actor las facultades necesarias para su expedición, y la tercera se equipara con la desviación del procedimiento, por el que la administración, "para eludir ciertas formalidades o para suprimir ciertas garantías, recurre a un procedimiento reservado por la ley para fines diferentes a los perseguidos por la administración, disimulando el contenido real del acto bajo una falsa apariencia".<sup>64</sup>

Posteriormente se integrará el antiguo recurso por violación de la ley y de los derechos adquiridos, como una subclase del recurso por exceso de poder. Propiciando un cambio en la jurisprudencia del Consejo, en el sentido de que anteriormente por las tres primeras causales

<sup>60</sup> FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Arbitrariedad y Discrecionalidad. Madrid. Civitas. 1991, pág. 27.

<sup>61</sup> *Ibid.*, pág. 28.

<sup>62</sup> VEDEL, Georges. Derecho Administrativo. Madrid. Biblioteca Jurídica Aguilar. 1980, pág.460.

<sup>63</sup> BRAIBANT, Guy y otros. Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa. Bogotá. Ediciones Librería del profesional. 2000, pág. 18.

<sup>64</sup> *Ibid.*, pág. 19.

La Revolución  
Francesa y el  
Derecho  
Administrativo  
Francés.  
La invención  
de la teoría del  
acto político  
o de gobierno  
y su ausencia de  
control judicial

sólo era necesario probar un interés, mientras que si se alegaba la violación de la ley también debía demostrarse la existencia de un derecho adquirido para que la impugnación fuera válida.<sup>65</sup>

Con los fallos Casanova de marzo de 1901, Lot de diciembre de 1903, Asociación de propietarios y contribuyentes del barrio Croix-de-Seguey-Tivoli de diciembre de 1906, el Consejo de Estado permitió que para la cuarta causal, la violación de la ley, no fuera necesario demostrar un derecho adquirido sino que únicamente probando un interés indirecto, fuera admisible el recurso por exceso de poder.<sup>66</sup>

Este cambio jurisprudencial conllevará a una reducción sustancial de los actos o potestades discrecionales exentos del control judicial. Entonces la historia del recurso por exceso de poder, será la historia del derecho administrativo francés, la cual se verá completada con la implementación del recurso de plena jurisdicción a partir de la ley del 24 de mayo de 1872, que en su artículo 9 regulaba que "el Consejo de Estado establece soberanamente sobre los recursos en materia contenciosa administrativa ". Basándose en este texto el Consejo creará la protección de los derechos de los particulares, partiendo de su anulación y de su restablecimiento.<sup>67</sup>

No obstante este control sobre los actos discrecionales no será total, pues la exclusión del control judicial subsistirá en los denominados actos de gobierno,

que también surgen por creación jurisprudencial del Consejo de Estado en el año de 1822.

El nacimiento de los actos de gobierno se produce en la época de la restauración borbónica, cuando el Consejo estaba siendo sometido a críticas muy fuertes de parte de los monárquicos. Se ponía en entredicho su existencia como institución por ser de creación napoleónica<sup>68</sup>. Es así como se presenta el caso Laffitte, en el que la hermana de Napoleón, Paulina, le había vendido una renta de 670.000 francos que le habían asignado, al banquero Laffitte. Al subir nuevamente los borbones, expiden la ley de 12 de enero de 1816, por la que privan a toda la nobleza que tuviera vínculos con Napoleón de todos los bienes y rentas que se les hubieran asignado a título gratuito, y entre ellos, la renta de Paulina.<sup>69</sup> Ante esta situación el banquero demanda y el Consejo se inhibe de pronunciarse sobre el asunto, aduciendo que se trata de un acto de gobierno, que no tiene control judicial porque atiende a un móvil político. Se crea así una categoría distinta a la de acto administrativo, que sí tiene control jurisdiccional, que responderá a vestigios de la razón de Estado más que a expresiones del Estado de Derecho.

Será en 1875 cuando se revalúe esta doctrina en el caso Príncipe Napoleón. Allí se dispone que los actos de gobierno no responden a un móvil político, que no pueden ser un rezago de la razón de Estado. A partir de este momento los

<sup>65</sup> VEDEL, Op. Cit., pág. 461.

<sup>66</sup> BRAIBANT, Op. Cit., págs. 29-32, 48-50 y 59-61.

<sup>67</sup> ANDREADES, Stratis. *Le Contentieux Administratif des Etas Modernes*. Paris. Sirey. 1934, pág. 37 y s.s.

<sup>68</sup> «En esta etapa, el Consejo de Estado comienza a negarse sistemáticamente a conocer de aquellas reclamaciones relacionadas con problemas políticos derivados de la caída y extinción del régimen napoleónico y, más adelante, de los que se referían a los cambios y pugnas políticas que se sucedieron». GARRIDO, Nuria. *El Acto de Gobierno*. Barcelona. Cedecs Editorial. 1998, pág. 51.

<sup>69</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2002, pág. 147.

Miguel Malagón  
Pinzón

actos políticos se derivarán de un listado que establezca la jurisprudencia, y que básicamente contempla dos clases: la primera, referida a las relaciones entre el gobierno y el parlamento; allí se incluyen por ejemplo el estado de sitio, las decisiones tomadas por el ejecutivo de proponer o retirar un proyecto de ley. La segunda, los actos referentes a las relaciones del gobierno con un Estado Extranjero o con un organismo internacional; aquí se encuentran las relaciones internacionales de Francia y las operaciones y hechos de guerra.<sup>70</sup>

Hoy los actos políticos siguen teniendo plena vigencia en el derecho francés, pero la jurisprudencia ha ido extendiendo el ámbito del control a esas dos zonas que desde 1875 permanecen inmunes al control judicial. Así con respecto a los derivados de las relaciones del ejecutivo con el parlamento, se ha presentado un cambio al instaurarse la Justicia Constitucional, pues esta por ejemplo ha comenzado a ejercer un control sobre la materia de las elecciones legislativas y sobre el control de los escrutinios de orden nacional, forzando así al Consejo de Estado a ejercer un control de legalidad sobre estas mismas materias, para completar de esta forma el control constitucional. Hay un caso reciente en el que como

Consecuencia de la dimisión de un diputado surgió la cuestión de saber si el gobierno debía organizar o no una elección parcial. Esta decisión, que suponía una interpretación de las reglas constitucionales o legislativas en

la materia, fue objeto de un contencioso en el cual el Consejo de Estado admitió que podía pronunciarse sobre la legalidad de esta decisión de rechazo a organizar una elección, la cual constituye un típica decisión relativa a las relaciones entre el parlamento y el Gobierno.<sup>71</sup>

Otro caso es el concerniente a la declaración del estado de urgencia, que anteriormente estaba regulado y que debía hacerse en el Consejo de Ministros. A partir de una sentencia del Consejo Constitucional de 1985 esa declaratoria debe hacerse en el Parlamento, porque este "como principal garante de los derechos y libertades entenderá que la restricción generalizada de las condiciones de ejercicio de aquellos derechos cuando la salvaguarda del orden público se encuentra amenazada es justificable, pero siempre con la intervención legislativa".<sup>72</sup>

Con respecto a la segunda clase, a los actos provenientes de las relaciones exteriores se adaptó la teoría de los actos separables, determinándose que los actos que se han tomado en el campo de las relaciones internacionales o que se adoptan de la ejecución de un tratado "pueden ser examinados independientemente de los aspectos procesales internacionales del asunto, y pueden ser sometidos al control del juez nacional, del juez francés."<sup>73</sup> Aquí tenemos como ejemplo la negación de una extradición, que puede ser cuestionada por un gobierno foráneo ante el Consejo de Estado.<sup>74</sup>

<sup>70</sup> BRAIBANT, Op. Cit., págs. 12-15.

<sup>71</sup> COMBARNOUS, Michel. Progresos recientes del control jurisdiccional de la Administración en Francia. en *Historia y Perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina*. Bogotá. Editorial Temis. 1999, pág. 286.

<sup>72</sup> GARRIDO, Op. Cit., pág. 186.

<sup>73</sup> COMBARNOUS, Op. Cit., pág. 284.

<sup>74</sup> Ibid.



La Revolución Francesa y el Derecho Administrativo Francés.

La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial

## 1.6 Aplicación de los postulados de la Revolución Francesa

En 1791 se vota y se redacta la primera constitución. Allí se reguló que el rey sería "el Rey de los franceses, no por la gracia de Dios"<sup>75</sup>, sino por un juramento de fidelidad a la misma. El monarca tenía el derecho de veto suspensivo sobre los actos de la Asamblea legislativa por dos legislaturas. Se estableció que el parlamento era permanente, sólo él tenía la iniciativa legislativa y no podía ser disuelto<sup>76</sup>. Este sería elegido por voto censitario, en donde sólo podían votar los hombres que tuvieran propiedades.

Esta idea de que los electores fueran los propietarios, nació del pensamiento de los fisiócratas. Ellos criticaban el sistema económico de la Francia prerrevolucionaria en donde existían exenciones tributarias diseñadas de acuerdo a la segmentación de la sociedad en estamentos y en privilegios. Por eso propusieron que los propietarios eran los que debían pagar los impuestos, y por esto la tierra era el factor de base para poder participar en el sistema electoral. Esta concepción generó un gran cambio porque "reemplazaba la vieja separación de los estamentos por una división de clases, definidas por su lugar en el proceso de formación de la riqueza."<sup>77</sup>

Se excluyó a los pobres del sistema electoral, pues no cabían dentro de la concepción de la naciente democracia liberal burguesa. Es por eso que en 1792 se consideró que lo más apropiado debía ser sacar al populacho de París para evitar revueltas; con este propósito se les persuadió para que ingresaran a las filas del ejército francés.<sup>78</sup>

Las mujeres al igual que los pobres, también fueron apartadas del censo electoral, y además fueron perdiendo las conquistas jurídicas que habían alcanzado amparadas en el principio de igualdad. De tal suerte que fueron perdiendo su capacidad jurídica, no podían ser fiadoras, no podían intervenir como testigos, no podían desempeñar cargos públicos y también fueron excluidas de toda forma de asociación política. Por último con la llegada del Código Civil de Napoleón, se consagró la prohibición de indagar sobre la paternidad de los hijos, situación que había sido reemplazada con la denominada "Declaración de los derechos de las mujeres y ciudadanas", formulada por Olympe de Gouges, que en su artículo 11 decía que "uno de los derechos más preciados de las mujeres era la libertad de asegurarse de la paternidad de los padres y de la legitimidad de sus hijos"<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> GOUBERT, Pierre. Historia de Francia. Barcelona. Editorial Crítica. 1987, pág. 198.

<sup>76</sup> LEFEBVRE, George. La Revolución Francesa y el Imperio. México. Fondo de Cultura Económica. 1988, pág. 66.

<sup>77</sup> ROSANVALLON, Pierre. La Consagración del Ciudadano. Historia del sufragio universal en Francia. México. Instituto Mora. 1999, pág. 43.

<sup>78</sup> «Los alistamientos masivos logrados por Danton gracias a su magnífico número tricolor, estaban dirigidos a limar, despuntar, romper esa punta de lanza de una más que probable revolución social, que era la juventud plebeya de París. Así se lograba retirar a los elementos más peligrosos». GUILLEMIN, Henri. Los pobres a callar. Barcelona. Grijalbo Mondadori. 1997, pág. 77.

<sup>79</sup> GERHARD, Ute. La situación jurídica de la mujer en la sociedad burguesa del siglo XIX. Un análisis comparativo de Francia y Alemania. en Las Burguesías Europeas del siglo XIX. Sociedad civil, política y cultura. Valencia. Universitat de Valencia. 2000, pág. 355. En Hispanoamérica con la recepción del modelo de Estado liberal burgués también se somete a la mujer; como ejemplo de ello tenemos la «Casa de la Misericordia» creada en Caracas a fines del siglo XVIII con el propósito de corregir las costumbres de la mujer, allí se les enseñaba a hilar, tejer, beneficiar el algodón, etc. «La violencia de los castigos y el desenfreno de las pasiones debían reconducirse para construir el *homo economicus* y también la no menos mujer domestica(da), sujetos de la nueva sociedad burguesa, prototipos requeridos para la utopía del progreso y de la modernización.». GONZALEZ STPEHAN, Beatriz. Economías Fundacionales: Diseño del Cuerpo Ciudadano. Caracas. Revista de Investigaciones Literarias. Año 3. No. 5 1995, pág. 19.

### 1.7 Primera concepción Francesa sobre los Estados de Excepción

La interpretación francesa del sistema constitucional y administrativo no contempló los Estados de Excepción, los que representan el ejemplo más típico de acto político, para solucionar las situaciones de crisis. Aquí y siguiendo a Montesquieu se entendió que la República Romana había caído por el abuso incontrolado de estos poderes.

En Roma se previó la figura de la dictadura, consagrándola como una magistratura extraordinaria, prevista para tiempos de crisis, interna y externa, y con una duración máxima de seis meses. En vigencia de ésta se suspendían provisionalmente las garantías constitucionales, tales como el veto de los tribunos de la plebe, el poder de los cónsules y la apelación a la asamblea popular<sup>80</sup>. Existieron 76 dictaduras entre los años 501 al 201 a. C. Hacia fines de la República se presentó una degeneración, pues comenzaron a nombrarse dictadores sin período, de tiempo limitado, constituyendo lo que se denominó un dictador perpetuo<sup>81</sup> o soberano.

Las materias que determinaban el nombramiento del dictador en la República Romana eran, además de las ya mencionadas, las de celebrar una asamblea popular, la dirección de una investigación, la fijación de días festivos y la pintoresca ceremonia religiosa de clavar un clavo, el cual debía ser clavado por el *praetor maximus*, etc.<sup>82</sup>

La dictadura operó como un medio político de la aristocracia para dominar las exigencias plebeyas de democracia. Su declaración le correspondía a los Cónsules, una vez se hubiera decretado la situación de emergencia por parte del Senado.<sup>83</sup> Aunado a esto, las potestades del dictador no estaban sujetas a ningún control por parte de algún órgano colegiado, y adicionalmente podía adoptar las disposiciones que fueran necesarias para preservar la constitución.<sup>84</sup>

Montesquieu le atribuyó al último siglo de la República, es decir a la época comprendida desde Sila hasta Julio César, la degeneración más profunda de la dictadura, miremos

Las leyes de Roma habían dividido sabiamente el poder público en un gran número de magistraturas, que se sostenían, se moderaban y se detenían unas a otras, y como cada una de ellas tenía un poder limitado, todos los ciudadanos eran aptos para desempeñarlas; y el pueblo viendo desfilar uno tras otro a muchos personajes, no se acostumbraba a ninguno. Pero en este tiempo (en el de Sila) el sistema de la república cambió; los más poderosos obtuvieron del pueblo comisiones extraordinarias, lo que aniquiló la autoridad del pueblo y de los magistrados y puso los grandes negocios en mano de un solo o muy pocos individuos.<sup>85</sup>

El pensador bordelés argumenta que la dictadura se utilizó, en el período men-

<sup>80</sup> SCHMITT, Carl. La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Madrid. Alianza Editorial. 1985, pág. 33.

<sup>81</sup> FERNÁNDEZ DE BUJAN, Antonio. Derecho Público Romano y Recepción del Derecho Romano en Europa. Madrid. Editorial Civitas. 1999, pág. 97.

<sup>82</sup> SCHMITT, Op. Cit., pág. 34.

<sup>83</sup> AGUILAR RIVERA, José Antonio. En Pos de la Quimera. Op Cit., pág. 67.

<sup>84</sup> Ibid.

<sup>85</sup> MONTESQUIEU. Grandeza y Decadencia de los Romanos. Madrid. Espasa – Calpe. 1962, pág. 67.

La Revolución Francesa y el Derecho Administrativo Francés.

La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial

cionado, como un instrumento de manipulación sobre el pueblo, que precipitó la caída de la República y la instauración del Imperio. Pues personas como Pompeyo o César se dedicaron a colmar a la población de dádivas para fortalecer su poder autocrático. Es por esto que Montesquieu decía que

En Roma, hecha para engrandecerse, fue preciso reunir en las mismas personas los honores y el poder, lo que en momentos graves podía concentrar la admiración del pueblo en un solo ciudadano.

Cuando se conceden honores se sabe exactamente lo que se da; si a ellos se añade el poder, nadie puede decir a qué punto llegará su ejercicio.

Las preferencias excesivas dadas a un ciudadano en una república tienen siempre consecuencias: originan la envidia del pueblo o aumentan sin medida su amor.<sup>86</sup>

La época moderna, nos dice García Pelayo, también conoció un mecanismo para solucionar las situaciones de crisis. Esta institución nació en Inglaterra, durante la guerra de las dos Rosas y se llamó la ley marcial. Por medio de ella, se permitía al Condestable del Ejército enjuiciar a los soldados por medio de un proceso sumario, que se realizaba según unas reglas que él mismo fijaba. Más adelante en tiempos de Isabel I, se permitió que con la ley marcial se juzgaran a los delincuentes políticos, extensión normativa que duró hasta el siglo XVII.<sup>87</sup>

La obra de John Locke, artífice intelectual de la Gloriosa Revolución, dota al

poder ejecutivo de un llamado poder de prerrogativa, este constituye una potestad discrecional que se otorga al monarca para regular aquellas situaciones que el legislativo no puede prever, por ser circunstancias excepcionales. Este poder no es absoluto, porque se encuentra limitado por el *trust*, o encargo de confianza que el pueblo le otorga a los tres poderes del Estado para que obren de acuerdo con el bien público, el cual puede ser revocado si esto se incumple.<sup>88</sup>

Rousseau también desarrolló una teoría favorable a la dictadura, previendo de acuerdo con la Constitución, una concesión de potestades extraordinarias con el objeto de solucionar una necesidad apremiante. Él diferencia dos tipos de dictadura: la primera es aquella en la que las leyes se suspenden, mientras que en la segunda se apodera de manera general al poder ejecutivo, para que pueda operar y solventar la emergencia.<sup>89</sup> Así las cosas, tal como lo dice Schmitt, la primera se refiere a la dictadura propiamente dicha, pues implica una suspensión de la legislación, una interrupción de la voluntad general, que es la detentadora de la soberanía, mientras que la segunda configurará el llamado "Estado de Sitio", porque hay una transmisión de poderes al ejecutivo, pero no implica un cambio en la voluntad general.<sup>90</sup>

El pensamiento liberal de Montesquieu, no obstante estar muy influido por Locke, le tuvo mucho miedo al uso incontrolado de las circunstancias excepcionales; por esto sólo consagró como máxima medida la suspensión temporal

<sup>86</sup> Ibid., pág. 68.

<sup>87</sup> GARCÍA PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado. Madrid. Alianza Editorial. 1993, págs. 164-165.

<sup>88</sup> CHEVALIER, Jean Jacques. Las grandes Obras Políticas. Bogotá. Editorial Temis. 1997, págs. 90-91.

<sup>89</sup> SAINT-BONNET, François. L'Etat d'Exception. Paris. Presses Universitaires de France. 2001, págs. 274-277.

<sup>90</sup> SCHMITT, Op. Cit., págs. 165-166.

del *Habeas Corpus*, para poder hacer efectiva la detención de los agitadores sociales. En este punto el pensador galo también se aleja considerablemente de Locke, pues éste tenía previsto el denominado poder de Prerrogativa, privilegio de actuación discrecional con el que podía contar el poder ejecutivo para solventar las situaciones de excepción.<sup>91</sup>

También se condenaron a los Estados de Excepción, aquí siguiendo a Constant, porque implicaban la suspensión de los

derechos humanos, en la consecución del bien público. De tal suerte que no se podían permitir actos arbitrarios contra los derechos de los ciudadanos en aras de preservar el orden y la legalidad. Es decir que en este punto se entiende que la doctrina de Rousseau de la soberanía del pueblo, es contraproducente, porque a nombre del bienestar del pueblo se pueden cometer muchos desmanes, como fue el caso en el Régimen del Terror con Robespierre y el Comité de Salud Pública.<sup>92</sup>

### BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR RIVERA, José Antonio. En pos de la Quimera. Reflexione sobre el experimento constitucional atlántico. México. Fondo de Cultura económica. 2000.

ALVAREZ - CAPEROCHIPI, José Antonio. La Propiedad en la formación del Derecho Administrativo. Pamplona: s.e. 1983.

ANABITARTE, Héctor y SANZ, Ricardo Lorenzo. COPERNICO. Bogotá. Editora Cinco. 1985.

ANDERSON, Perry. Transiciones de la antigüedad al feudalismo. México. Siglo XXI Editores. 2002.

ANDREADES, Stratis. Le Contentieux Administratif des Etas Modernes. Paris. Sirey. 1934.

ARCINIEGAS, Germán. Biografía del Caribe. Barcelona. Círculo de Lectores. 1975.

\_\_\_\_\_. Con América nace la nueva historia. Bogotá. Tercer Mundo Editores. 1992.

BLANCO VALDES, Roberto. El Valor de la Constitución. Madrid. Alianza Editorial, 1998.

BOBBIO, Norberto. Locke e il diritto naturale. Turín. Giappichelli. 1963.

\_\_\_\_\_. Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna. El Modelo Iusnaturalista y el Modelo Hegeliano- Marxiano. Reimpresión México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

BRAIBANT, Guy Y otros. Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa. Bogotá. Ediciones Librería del profesional. 2000.

CARONI, Pio. Lecciones Catalanas sobre la Historia de la Codificación. Madrid. Marcial Pons Ediciones. 1996.

CASSESE, Sabino. Las bases del Derecho Administrativo. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. 1994.

<sup>91</sup> AGUILAR, Op. Cit., págs. 59-61.

<sup>92</sup> Ibid., págs. 62-63.

La Revolución  
Francesa y el  
Derecho  
Administrativo  
Francés.

La invención  
de la teoría del  
acto político  
o de gobierno  
y su ausencia de  
control judicial

- CLAVERO, Bartolomé. Los derechos y los Jueces. Madrid. Editorial Civitas. 1988.
- COMBARNOUS, Michel. Progresos recientes del control jurisdiccional de la Administración en Francia. en Historia y Perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina. Bogotá. Editorial Temis. 1999.
- CHEVALIER, Jean Jacques. Las grandes Obras Políticas. Bogotá. Editorial Temis. 1997.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen. Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del derecho administrativo, en Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios. Madrid: Editorial Civitas, 1992.
- DE LAUBEDERE, André y Otros. DROIT Administratif. Paris. Libraire general de Droit et de Jurisprudente. 1996.
- DE LAUBEDERE, André. Manual de Derecho Administrativo. Bogotá. Editorial Temis. 1984.
- DUEÑAS RUÍZ, Oscar José. Control Constitucional. Bogotá. Librería del Profesional. 1997.
- DUVERGER, Maurice. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. Barcelona: Ariel. 1962.
- EISENMANN, Charles. L' Esprit des Lois et la séparation des pouvoirs. en Mélanges R. Carré de Malberg. Paris. Sirey. 1933.
- FERNÁNDEZ DE BUJAN, Antonio. Derecho Público Romano y Recepción del Derecho Romano en Europa. Madrid. Editorial Civitas. 1999.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Arbitrariedad Y Discrecionalidad. Madrid. Civitas. 1991.
- FERNÁNDEZ-CARNICERO, Claro. Parlamentos y Poder Judicial. En Jornadas sobre el poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa. Madrid. Ministerio de Justicia. 1990.
- FINLEY, M. I. La Grecia antigua. Barcelona. Editorial Crítica. 2000.
- FIORAVANTI, Mauricio. Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones. Madrid. Editorial Trotta. 2000.
- FONTANA, Josep. Europa ante el Espejo. Barcelona. Editorial Crítica. 1994.
- FRIEDRICH, C. J., La Filosofía del Derecho. México: Fondo de Cultura Económica. 1997.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. Democracia, Jueces y control de la Administración. Madrid. Editorial Civitas. 1997.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Madrid. Editorial Civitas. 1991.
- \_\_\_\_\_. La Lengua de los derechos. La formación del derecho tras la Revolución Francesa. Madrid. Alianza Editorial. 1995.
- \_\_\_\_\_. Revolución Francesa y Administración Contemporánea. Madrid: Taurus Ediciones. 2da. Edición 1981.

GARCÍA PASCUAL, Cristina. Legitimidad Democrática y Poder Judicial. Valencia. Ediciones Alfons el Magnánim. 1996.

GARCÍA PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado. Madrid. Alianza Editorial. 1993.

GARRIDO, Nuria. El Acto de Gobierno. Barcelona. Cedecs Editorial. 1998.

GERHARD, Ute. La situación jurídica de la mujer en la sociedad burguesa del siglo XIX. Un análisis comparativo de Francia y Alemania. en Las Burguesías Europeas del siglo XIX. Sociedad civil, política y cultura. Valencia. Universitat de Valencia. 2000.

GIANNINI, Massimo Severo. El Poder Público. Estado y Administraciones Públicas. Madrid: Editorial Civitas S.A. 1991.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Madrid: Editora Nacional. 1984.

GONZÁLEZ STPEHAN, Beatriz. Economías Fundacionales: Diseño del Cuerpo Ciudadano. Caracas. Revista de Investigaciones Literarias. Año 3. No. 5 1995.

GOUBERT, Pierre. Historia de Francia. Barcelona. Editorial Crítica. 1987.

GROSSI, Paolo. Propiedad Y Contrato. en El Estado Moderno en Europa. Madrid. Editorial Trotta. 2004.

GUERRERO, Omar. Estudio introductorio de los Principios de Administración Pública de Charles-Jean Bonnin. México. Fondo de Cultura Económica. 2003.

GUILLEMIN, Henri. Los pobres a callar. Barcelona. Grijalbo Mondadori. 1997.

HABERLE, Peter. Libertad, Igualdad, Fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional. Madrid: Editorial Trotta. 1998.

HERRERA JARAMILLO, Francisco José. Filosofía del derecho. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 1994.

JAMES, C. R. L. Los Jacobinos Negros. México. Fondo de Cultura Económica. 2004. RIBEIRO Darcy. Las Américas y la Civilización. Caracas. Biblioteca Ayacucho. 1992.

LEFEBVRE, George. LA Revolución Francesa y el Imperio. México. Fondo de Cultura Económica. 1988.

LORENTE SARIÑENA, Marta. Reflexiones sobre la Casación en una época revolucionaria. En Jornadas sobre el poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa. Madrid. Ministerio de Justicia. 1990.

MARTIN SAINT – LEÓN, E. Historia de las Corporaciones de Oficio. Buenos Aires. Editorial Partenon. 1947.

MAUROIS, André. Historia de los Estados Unidos. Barcelona. Círculo de Lectores. 1972.

McILWAIN, Charles Howard. Constitucionalismo Antiguo y Moderno. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1991.

MODERNE, Franck. Apuntes de Derecho Administrativo Comparado. Bogotá. Universidad del Rosario. 2002.

La Revolución  
Francesa y el  
Derecho  
Administrativo  
Francés.  
La invención  
de la teoría del  
acto político  
o de gobierno  
y su ausencia de  
control judicial

- MONTESQUIEU. Grandeza y Decadencia de los Romanos. Madrid. Espasa – Calpe. 1962.
- NIETO GARCIA, Alejandro. El Arbitrio Judicial. Barcelona. Ariel. 2000.
- PABON, JESÚS. Franklin y Europa. Madrid. Sarpe. 1985.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. El Concepto del Derecho Administrativo. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. 1984.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María. Historia del Pensamiento Jurídico. Vol. I. de Heráclito a la Revolución Francesa. Madrid. Universidad Complutense. 1992.
- RODRÍGUEZ PIÑERES, Eduardo. Relaciones entre los poderes Judicial y Legislativo. En Por el Reinado del Derecho. Bogotá. Imprenta de la Luz. 1927
- ROSANVALLON, Pierre. La Consagración del Ciudadano. Historia del sufragio universal en Francia. México. Instituto Mora. 1999.
- SABINE, George. Historia de la Teoría Política. México. Fondo de Cultura Económica. 1984.
- SAINT-BONNET, François. L' Etat d' Exception. Paris. Presses Universitaires de France. 2001.
- SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo I. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. 1988.
- \_\_\_\_\_. Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX (1812-1845). Sevilla: Instituto García Oviedo. 1973.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2002.
- SCHMITT, Carl. La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Madrid. Alianza Editorial. 1985.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio. Los fundamentos históricos del derecho administrativo en Francia y Alemania. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Temas de Derecho Público No. 35, 1994.
- TARELO, Giovanni. Cultura Jurídica y Política del Derecho. México. Fondo de Cultura Económica. 1995.
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco. De la Administración de Justicia al Poder Judicial. en Jornadas sobre el poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa. Madrid. Ministerio de Justicia. 1990.
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco. El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta. en Obras Completas. Tomo. I. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1997.
- TREVELYAN, George Macaulay. La Revolución Inglesa 1688-1689. La Habana. Editorial Ciencias Sociales. 1975.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. Madrid. Alianza Editorial. 1982.
- VALENCIA VILLA, Hernando. El Inconstitucional. Bogotá. Universidad de Los Andes. 1982.

Miguel Malagón  
Pinzón

VANDELLI, Luciano. El poder local, su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones. Madrid. Ministerio de Administraciones Públicas. 1992. p. 33.

VEDEL, Georges. Derecho Administrativo. Madrid. Biblioteca Jurídica Aguilar. 1980. 460.

VELÁSQUEZ TURBAY, Camilo. Derecho Constitucional. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1998.

VÉLEZ GARCÍA, Jorge. Los dos sistemas del derecho Administrativo. Ensayo de derecho público comparado. Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda. 1994.

WEIL, Prosper. Derecho Administrativo. Madrid. Editorial Civitas. 1986.