

NI GÉNÉRALE, NI ABSOLUE

Hacia la especialidad de la responsabilidad de la Administración francesa (1799-1873)

Gabriel Ángel García Benito
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID: 0000-0002-5482-5687

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Nuevas dimensiones de la responsabilidad: formación y crisis de la justicia administrativa; 2.1. La Administración napoleónica: autorización para procesar y conflictos de competencias (1799-1814); 2.2. La crisis de la justicia administrativa: críticas y oposición a favor de los tribunales ordinarios (1814-1848); 3. El primer Tribunal de Conflictos: la nueva configuración de la Administración (1848-1851); 4. La emancipación de la responsabilidad de la Administración frente al *Code* (1852-1870); 5. Nueva república y consolidación de una dicotomía (*Arrêt Blanco* 1873); 6. Conclusión; Bibliografía; Fuentes; Obras consultadas.

1. Introducción¹

El alborear del Ochocientos trajo consigo la configuración de un nuevo poder y, junto a él, la elaboración de un derecho inconcebible desde la experiencia jurídica de las monarquías europeas premodernas². Como es de sobra conocido, el nacimiento del poder administrativo estuvo determinado espacial y temporalmente. Inició su andadura en el año 1799 gracias al inaugurado consulado de Francia bajo la dirección de Napoleón Bonaparte³. Rápidamente, su espacio inicial se expandió gracias a la exportación mediante las conquistas francesas por Europa, acompañadas de cartas constitucionales

1 Esta contribución se ha realizado en el marco del proyecto PID2024-160559NB-I00, titulado “Del *ius gentium* al derecho internacional: historia de la construcción del internacionalismo jurídico moderno (1815-1914)”, del que formo parte como miembro del equipo de trabajo y del grupo de investigación de la Universidad Autónoma de Madrid “Espacios jurídicos y estatalidades históricas” (EJES).

2 Mannori, “Justicia y Administración entre Antiguo y Nuevo Régimen”, pp. 125-146.

3 Como ha expresado Grégoire Bigot en el momento revolucionario previo al Consulado es difícil identificar una Administración conformada por una jerarquía que se identifique íntegramente en el poder ejecutivo, debido a su imposible deslinde del omnímodo poder legislativo (Bigot, “La forcé du gouvernement”, pp. 19-37).

que introdujeron sus modernos mecanismos, entre ellos, el *Conseil d'État*⁴. Sin embargo, la derrota del Emperador impidió la consolidación de administraciones homólogas a lo largo del continente. Es más, en los territorios dominados por la Monarquía Española la forma de gobierno adoptó una imagen corporativa y jurisdiccional en su constitucionalismo católico⁵, reflejada, por ejemplo, en la responsabilidad personal de sus agentes, contraria a una Administración en sentido moderno⁶. Será solamente a partir de la década de los cuarenta del siglo cuando en España arranque la configuración de un verdadero gobierno administrativo, gracias a una serie de reformas y, entre las que destaca, la creación de una justicia administrativa articulada a través de los consejos provinciales como tribunales de primera instancia y el Consejo Real (a partir de 1858 Consejo de Estado) a la cabeza⁷.

Una iluminadora historiografía sobre la Administración del siglo XIX, elaborada en parte por juristas dedicados al derecho administrativo, ha señalado la importante influencia francesa que se introdujo en la instalación de instituciones como el Consejo de Estado o los consejos provinciales⁸. Estos juristas,

4 Para la expansión de las constituciones bonapartistas, ver Cruz Villalón, “La Constitución de 1808 en perspectiva comparada”, pp. 83-93. Un ejemplo muy particular de la ruptura que protagonizaron las conquistas napoleónicas lo aportan las entidades italianas conquistadas por el Gran Corso. Bernardo Sordi dio buena cuenta del nacimiento de un lenguaje jurídico diferente gracias a la irrupción de las concepciones revolucionarias del poder (Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato*, pp. 72-85).

5 Ver Lorente Sariñena y Portillo Valdés (dirs.), *El momento gaditano*.

6 Lorente Sariñena y Garriga Acosta “Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la administración (1812-1845)”, pp. 215-272.

7 Para un recorrido entre las diferentes corrientes historiográficas sobre la formación de la Administración ver Luque Reina, “Otra historia de “lo contencioso-administrativo” en España”, pp. 93-113.

8 Sin ánimo de exhaustividad, existen una serie de obras en las que se incluye la comparación con Francia en la formación de las instituciones administrativas y, particularmente, de la justicia administrativa. Fue Luis Jordana de Pozas como consejero permanente de Estado quien analizó la influencia francesa en el Consejo de Estado español, realizando una historia de largo recorrido que se iniciaba en la polisidonia de la Monarquía Católica, pero que finalmente incidió sobre la influencia francesa en el Consejo Real creado en 1845 (Jordana de Pozas, *El Consejo de Estado español y las influencias francesas a lo largo de su evolución*). De forma más reciente, para Juan Ramón Fernández Torres los consejos provinciales fueron creados a imagen de los consejos de prefectura, particularmente, por la jurisdicción delegada (Fernández Torres, *Historia legal de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, p. 94-95). En un sentido parecido para la justicia administrativa, Chamocho Cantudo, “Los

influenciados por la búsqueda del origen de sus propias instituciones y derecho, utilizaron una literatura jurídica de impronta propagandística de un proyecto político-jurídico que buscó introducir en España el modelo de justicia administrativa presente en la Francia del momento (ya bajo la Monarquía de Julio)⁹. En efecto, esta historiografía ha concebido a Francia como un modelo en el que se podía identificar una noción de lo administrativo completamente constituida e incontestada, cuando no natural para el gobierno de un Estado moderno. En otras palabras: consideró que podía encontrar al otro lado de los Pirineos una estructura prácticamente inmodificable y reconocible durante todo el Ochocientos que podía proyectar sus características sobre las instituciones administrativas de la Monarquía española.

No obstante, la comparación con Francia no parece tener en cuenta las transformación que tuvo en el fondo la justicia administrativa y la formación

consejos provinciales”, pp. 397-426. Se debe citar también, teniendo en cuenta la existencia de textos más clásicos, García de Enterría Martínez-Carande y Borrajo Iniesta, “Estado, Administración y Derecho administrativo en España”, pp. 127-195. Más recientemente, Luis Medina trató de la formación del “Estado *administrativo*” como uno de los legados de la Revolución francesa y Napoleón Bonaparte lo que describe como “el asombroso desarrollo tanto de la administración en sentido objetivo (actividad) y subjetivo (organización) como de un régimen correspondiente de poderes y privilegios” (Medina Alcoz, *Historia del derecho administrativo español*, pp. 83-84). Para él, esta construcción de clara inspiración francesa comenzó en la obra legislativa de las Cortes de Cádiz, para terminar convirtiéndose en una realidad efectiva al final del reinado de Isabel II (*Ibid.*, pp. 85-94). Desde el ámbito también del derecho administrativo Flavio Quezada ha estudiado críticamente la recepción de la doctrina y jurisprudencia francesa, poniendo el acento en mitos como el *Arrêt Blanco*, pero su interés por la formación de la noción de servicio público en España se centra en momentos posteriores a la guerra civil (Quezada Rodríguez, *La noción de servicio público*).

9 Por ejemplo, Alejandro Nieto utilizó la discusión de la ley de ayuntamientos de 1840 para analizar la influencia francesa que los llamados moderados plasmaron en el debate y en la norma. Para Nieto, esta discusión reflejó una reforma del anterior sistema administrativo, en sus propias palabras: “el objetivo final de las reformas administrativas de este período era el establecimiento de un sistema administrativo nuevo” (Nieto García, *Los primeros pasos del Estado constitucional*, pp. 83-89). Aunque se adscribe a la novedad del sistema, en su pensamiento se mantiene la búsqueda de un origen en el que identifica la presencia en momentos anteriores a los años 40 del Ochocientos de una Administración o Estado (más claro en Nieto García, *Estudios históricos sobre Administración y derecho administrativo*, *passim*). En particular sobre la influencia francesa en la naciente justicia administrativa leer, Nieto García, “Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España”, pp. 40-50 y, concretamente, Nieto García, “Influencias extranjeras en la evolución de la ciencia española del Derecho administrativo”, pp. 43-68.

de la dicotomía público-privado durante el Ochocientos, analizándola como una evolución lineal que ya podía advertirse con el advenimiento del Consultado¹⁰. Según esta interpretación, entre la ley de 28 de pluvioso del año VIII –que inauguró los consejos de prefectura (tribunales de primera instancia de la justicia administrativa)– hasta el *Arrêt Blanco* (1873), la Administración se habría constituido desde el inicio como una realidad que, a través de sus privilegios y excepciones, habría conformado una nueva rama del Derecho, presentando desde el principio los rasgos de la dicotomía público-privado. Por ello, en estas páginas me propongo identificar algunos de los extremos que contestan dicha comparación desde la óptica que proporcionan las profundas transformaciones en materia de responsabilidad de los agentes y su correlativa abstracción hacia la Administración separadas de dos clases de mitos: el creado desde la comparación española y la propia mitificación francesa de su Administración. Estas transformaciones incidieron desde dos vértices: la configuración de las competencias y márgenes de la justicia administrativa frente a la ordinaria y la formulación de un cuerpo de derecho separado del resto, reflejando la conformación de un sistema de normas cerrado y autocompositivo. En definitiva, ambas supusieron una ruptura con las concepciones premoderna básica de oficiales personalmente responsables¹¹.

En cuanto al concepto de responsabilidad que se utiliza, podría advertirse que tiene un sentido lato, es decir, que incluye la amplitud de supuestos indemnizables por los daños que podían provocar los agentes de la Administración o la Administración en sí misma. No obstante, se limita solamente a aquellos que nacen de dos ámbitos de actuación administrativa: los *travaux publics* (obras públicas) y, los que terminarán denominándose, *faits des services*, es decir, los actos de los empleados en la ejecución de un servicio. El motivo es que se pretende no tanto realizar un análisis en profundidad de la noción de la responsabilidad de los agentes o de la Administración¹², sino dar

10 Para todas aquellas transformaciones que supusieron el advenimiento de un nuevo poder que tenía por centro el acto administrativo separado radicalmente de la justicia ordinaria ver Mannori y Sordi, “Science of Administration and Administrative Law”, pp. 238-240, aunque para una lectura en mayor profundidad, Mannori y Sordi, *Storia del diritto amministrativo*.

11 Para la responsabilidad de los oficiales desde el derecho común, ver Barrientos Grandon, “El oficio y su proyección en el lenguaje de las residencias. “Bueno, recto y limpio juez””, pp. 82-102.

12 Por ejemplo, se excluye del análisis la responsabilidad del Estado actuando como propietario particular, en tanto que los pleitos ante la jurisdicción ordinaria o adminis-

cuenta de la compleja formulación de un instituto (la responsabilidad) que configuró, en parte, la justicia administrativa y el derecho de la Administración. Como quiera que no comparto la tesis de la comparación ni la evolucionista de la Administración, pondré en relación la idea de responsabilidad que se utiliza con numerosas instituciones nacidas o resignificadas a partir del año VIII, como fueron la autorización para procesar agentes públicos y los conflictos de competencias entre la justicia ordinaria y la justicia administrativa.

Para este análisis utilizo una serie de fuentes impresas y conocidas, sobre todo, por la propia historiografía de la Administración francesa, que no se han puesto suficientemente de relieve en relación con la imagen española. Estas serán tanto obras sobre la Administración y la justicia administrativa como escritos críticos realizados durante la Restauración, a lo que añadiré *Précis* y tratados ya de momentos posteriores que permiten describir las instituciones y límites del aparato administrativo. Finalmente, completan las fuentes las compilaciones de resoluciones y sentencias emanadas del Consejo de Estado, el Tribunal de Casación y el Tribunal de Conflictos.

El análisis de las fuentes arroja un relato estructurado que parte de la creación napoleónica de la Administración y su justicia, hasta su crisis durante la Restauración y la Monarquía de Julio. Posteriormente, abordaré el estudio de la innovación republicana del Tribunal de Conflictos (1848-1851), para concluir con la formación del derecho exorbitante de la Administración durante el Segundo Imperio (1852-1870) y su consolidación reflejada en el famoso *Arrêt Blanco* (1873), a pesar de los importantes cambios sobrevenidos al inicio de la Tercera República.

El arranque desde la formulación napoleónica de la justicia administrativa no tiene solo que ver con el inicio de unas instituciones determinadas para dar comienzo a la justicia administrativa como algo diferente a la propia Administración, sino también la necesidad de evitar una lectura de la formación del *droit administratif* a través de los mitos que (en mi opinión) no aportaría una novedad para la contextualización de las transformaciones francesas¹³. Dichos mitos han podido servir bien a una corriente de tipo historicista que

trativa sobre las propiedades del Estado tenían excluida, incluso a finales del siglo XIX, la aplicación de la normativa administrativa e incluso de aquella jurisdicción (Laferrière, *Traite de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tomo II, p. 191).

13 Una reflexión crítica sobre los mitos de formación del *droit administratif* puede leerse en Bigot, *Ce droit qu'on dit administratif*.

durante la Tercera República evitó o rechazó las concepciones administrativas formuladas durante el Segundo Imperio, bien a aquellos que como Albert Venn Dicey utilizaron una imagen de la Administración francesa para afirmar la bondad de instituciones, por ejemplo, del *rule of law*¹⁴. Aunque es una repetición, tampoco podemos obviar la utilización de estos mitos en España para caracterizar a las instituciones de gobierno desplegadas en el siglo XIX y XX.

Pretendo, pues, evitar una lectura clásica para la que hacer una historia de la Administración francesa necesita iniciarse con la Revolución y, sobre todo, con la separación de los jueces de los agentes de la Administración mediante la importante ley de 16-24 de agosto de 1790 o el mucho menos reconocido decreto de 11-14 de octubre de 1791, que mantendrían de forma inalterada una protección de aquellos dependientes administrativos¹⁵. Y es que, a pesar de que durante la Revolución se produjo una profunda ruptura en cuanto a la formación de un poder que abandonó las formas jurisdiccionales¹⁶, no se buscó la formación de una Administración como la que devendría a partir del año VIII.

En líneas generales, la ruptura trajo consigo la idea de la separación de dos poderes (judicial y administrativo). El primero, encabezado por el Tribunal de Casación¹⁷, tenía prohibida la intromisión en la actividad de los agentes de la Administración gracias a una extensa actividad normativa de la Asamblea Nacional que llegaría hasta el año III de la Revolución (ley de 16-24 de octubre de 1790¹⁸, desarrollada en el decreto de 7-14 de octubre de 1790 y finalmente establecida por la Convención con el decreto de 16 de fructidor del

14 Esta comparación la podemos encontrar en su lección V y en su ampliación de 1908 en la que utilizó una extensa doctrina francesa (Dicey, *El derecho de la constitución*, pp. 191-222 y 341-393), principalmente hizo uso de los estudios de Alexis de Tocqueville, por lo que para Albert Venn Dicey la autorización para procesar operó en momentos posteriores a su abrogación (Domínguez Benito, “Historia de un manifiesto”, pp. 54-59). Recientemente, ha sido objeto de publicación monográfica la tesis de Javier Carlos Díaz Rico, en la que ha analizado el pensamiento de Albert Venn Dicey en relación con el *droit administratif* (Díaz Rico, *Albert Venn Dicey y la Escuela de Derecho de Oxford (1835-1922)*).

15 Chevalier, *L’elaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l’administration active*, p. 66.

16 Mannori, “Justicia y Administración entre...” cit., pp. 137-146.

17 Ver Halperin, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*.

18 Mannori y Sordi, *Storia del diritto...* cit., p. 242.

año III)¹⁹. El segundo, el administrativo, no contaba con una justicia propia (a causa de la desestimada propuesta de Thouret)²⁰, ni una jerarquía consolidada principalmente a causa de la instalación de asambleas administrativas electas, que impidió realizar un control directo y efectivo por el Rey y los ministros, quienes en un primer momento encabezaron el ejecutivo (teniendo en cuenta la dificultad para su deslinde del legislativo)²¹. Pese al componente electivo, el Comité de Salud Pública y después los termidorianos ensayaron fórmulas de control a través de delegados enviados a las autoridades territoriales revolucionarias²²; las cuales, sin embargo, no cristalizaron, dado que mantuvo la confusión entre el poder ejecutivo y el omnímodo poder legislativo revolucionario.

Si bien la Administración es un invento napoleónico, el Primer Cónsul se valió de ciertas pervivencias de utilidad; por ejemplo, la figura del posteriormente denominado “administrador-juez” –presente en la organización administrativa francesa hasta el *Arrêt Cadot*, 1889– resultó clave en la gestación de la justicia administrativa. A pesar de la prohibición de juzgar los actos de los agentes administrativos, durante la Revolución se instauró un sistema de reclamaciones frente a sus actos ante los superiores jerárquicos, cuyo propósito fue proteger a sus empleados públicos de cualquier injerencia jurisdiccional, evitando al mismo tiempo la creación de órganos con jurisdicción que recordaran a los antiguos intendentes. Bajo esta premisa, la concepción moderna de la Administración puede asimilarse al aparato de gobierno creado alrededor de la ley de 28 de pluvioso del año VIII (1799), encabezado por el Primer Cónsul asistido por su Consejo de Estado. A partir de aquel momento, el que llegaría a ser Emperador constituyó una estructura de autoridades dependientes de él, que responderían en abstracto ante una única justicia: la administrativa. Por ello, para iniciar el análisis de la construcción de la responsabilidad de la Administración se requiere partir de la obra jurídica bonapartista, puesto que permite identificar un momento fundacional institucional que transformó la noción de gobierno, la responsabilidad de sus agentes

19 Bigot, *L'Administration française*, Tomo I, pp. 30-53.

20 Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration*, pp. 239-240 y Mannori y Sordi, *Storia del diritto...* cit., pp. 239-240.

21 Bigot, *L'Administration française...* cit., Tomo I, pp. 51.

22 *Ibid.*, pp. 82-89. A mayor abundamiento, fue el momento de hipertrofia de las entidades administrativas revolucionarias por la enorme cantidad de funcionarios y empleados públicos que se adscribieron a ellas (Rosanvallon, *L'État français de 1789 à nos jours*, p. 55)

y sus relaciones con los particulares, especialmente, cuando eran dañados en sus derechos por su actuación.

2. Nuevas dimensiones de la responsabilidad: formación y crisis de la justicia administrativa

Para la creación del novísimo poder administrativo²³, fueron necesarios diversos mecanismos articulados en torno al Consejo de Estado. Específicamente, la resolución de los conflictos de competencias entre la justicia ordinaria y administrativa y la autorización para procesar empleados públicos permitieron construir los elementos (orgánicos y competenciales) de la Administración a través de la inmunización progresiva de sus agentes, es decir, mediante un sistema de irresponsabilidad por sus actos. Pese a las deficiencias en el sistema que denunció posteriormente Jean-Guillaume Locré (secretario general del Consejo de Estado²⁴) para con particulares y empleados públicos²⁵, la verdad es que resultó ser un éxito en cuanto que conformó una moderna Administración, separada completamente de la justicia ordinaria. No obstante, no fueron las únicas novedades relevantes para el mundo jurídico. La discusión y elaboración del *Code* de 1804²⁶ instauró un nuevo régimen de responsabilidad (artículos 1382 y 1386). Este marco, aunque de redacción lacónica según Jean-Louis Halpérin, fundamentó la responsabilidad de los individuos revestidos de autoridad para sus actos propios (falta, negligencia o imprudencia) y, además, de quienes estaban bajo su custodia (padres respecto de sus hijos, comitentes respecto de *preposés*, etc.)²⁷. En estos artículos, la culpa se sacralizó como el principio de responsabilidad y única causa del deber de indemnización por daño, es decir, instaló durante todo el Ochocientos el denominado sistema de responsabilidad *aquiliana*, que sería exportado

23 Mannori, “Justicia y Administración entre...” cit., pp. 137-146.

24 Halpérin, “Locré, Jean-Guillaume”, p. 671.

25 Locré, *Quelques vues sur le Conseil d'État*. También vertió críticas mientras ocupó la secretaría general, como la falta de seguridad en la tramitación de los recursos contra actuaciones de la Administración a causa de la imposibilidad de interponer los recursos ante el propio Consejo, ya que los particulares se debían dirigir al ministro correspondiente (Locré, *La législation et la jurisprudence française*, p. 170.)

26 El Código se caracterizó por la adopción de un sujeto único de derecho, el padre de familia, y la abstracción del derecho de propiedad, frente a las múltiples formas de dominio premodernas (Halpérin, *Le Code Civil*, pp. 55-59).

27 Halpérin, *Le Code...* cit., pp. 65-67.

junto al modelo del *Code*, propio de la sociedad posrevolucionaria y de su individualismo jurídico²⁸, siendo fundamental en los momentos posteriores de crisis de la justicia administrativa, porque permitió a la justicia ordinaria contestar a las conquistas administrativas napoleónicas.

2.1. La Administración napoleónica: autorización para procesar y conflictos de competencias (1799-1814)

La nueva planta del aparato administrativo nacido de la ley de 28 de pluvioso del año VIII siguió la máxima de Roederer (administrar es función de uno solo y juzgar de varios), por lo que creó una jerarquía a cuya cabeza se encontraba el Primer Cónsul, en cada provincia un prefecto y así sucesivamente hasta alcanzar al último empleado²⁹; todo ello con una idea de actuación administrativa bajo las máximas de unidad y rapidez³⁰. Junto a ella, para juzgar sus actos se instituyó la justicia administrativa en los consejos de prefectura, que estuvieron conformados por el prefecto en calidad de presidente y por unos consejeros con el mismo carácter de amovilidad y sujeción jerárquica que el resto de empleados públicos, pero con funciones consultivas y jurisdiccionales (de atribución, es decir, las enunciadas en la norma)³¹. Sus primitivas competencias recogidas en el artículo 4 de la ley de 28 de pluvioso del año VIII se fueron ampliando casuísticamente, gracias a los instrumentos ideados (autorización para procesar y conflictos de competencias³²), sobre las

28 Cazzeta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico* (1865-1914), pp. 30-32 y 44-46.

29 Sobre estudios dedicados a la construcción de la jerarquía administrativa para el momento napoleónico, leer el clásico Chevalier, *L'elaboration historique...* cit., pp. 89-102. Y más reciente, desde una perspectiva crítica, Rosanvallon, *L'État en France...* cit., pp. 111-116.

30 Para Portiez de l'Oise la jerarquía fue el único medio de gobierno posible para garantizar la ejecución de las normas y, por ello, cada departamento, debía repetir la estructura que irradiaba el Emperador, es decir, cada unidad administrativa debía tener a su cabeza un único sujeto, para identificar perfectamente las responsabilidades, frente a la administración colegiada revolucionaria (Portiez de l'Oise, *Cours de législation administrative*, p. 36).

31 Bigot, *L'Administration française...* cit., Tomo I, p. 294. Si bien, ya durante sus primeros años de vida le fueron otorgadas atribuciones por vía reglamentaria (Bigot, *L'autorité administrative...* cit., p. 48).

32 Sobre la configuración de la autorización para procesar en España y su comparación con Francia, leer Solla, *La discreta práctica de la disciplina*, pp. 268-335.

más variadas cuestiones, autoridades y dependientes³³, introduciéndolas en el ámbito de la Administración.

Como es bien sabido, la autorización para procesar empleados públicos se concibió como un mecanismo destinado a impedir que la justicia ordinaria persiguiera libremente a los empleados públicos³⁴. A diferencia del mundo revolucionario, ahora la justicia administrativa –parte de la propia Administración– resolvería los litigios que generaran sus actos. Simultáneamente, esta prerrogativa permitió la construcción de una jerarquía, imprimiendo a los empleados públicos (es decir, a aquellos a los que se extendía tal condición) los ideales de orden y autoridad del Emperador³⁵. Según Merlin de la Douai, la puesta en planta de la garantía encontró una serie de elementos problemáticos derivados del artículo 75 de la Constitución de 22 de frimario del año VIII (“Les agents du Gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu’en vertu d’une décision du Conseil d’État: en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires”³⁶). Siguiendo su *Repertoire Universel et raisonné de jurispru-*

33 Los consejos de prefectura podían conocer de las cuestiones contenciosas derivadas de reducciones o descargas de la cuota de contribuciones directas, litigios entre contratistas de obras públicas y la Administración por ejecución de sus encargos, reclamaciones de daños, indemnizaciones por terrenos utilizados para la construcción de caminos, canales y obras públicas, todo lo relacionado con las grandes vías de comunicación, las demandas de comunas, pueblos, aldeas (autorizados para litigar) y el contencioso de los dominios nacionales (Duvergier, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-D’État*, Tomo I, pp. 356-361).

34 La fuerte novedad de este mecanismo la encontramos en autores contemporáneos a su instalación. Para Philippe-Antoine Merlin de la Douai, la autorización para procesar fue un instrumento típicamente napoleónico, puesto que en momentos anteriores la Asamblea Nacional no había podido crear ninguna norma de carácter general que protegiera a los agentes públicos (Merlin de la Douai, *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tomo V, pp. 472-473). En cambio, para Locré la autorización estuvo ya presente en las Constituciones de 1791 y del año III (Locré, *Quelques vues...* cit., pp. 30-31). Sin embargo, para ambos, la autorización no se emparentaba con ninguna institución propia del Antiguo Régimen, como las avocaciones; para la construcción de dicha genealogía tendremos que esperar a Alexis de Tocqueville, cuya construcción reflejó una crítica a este instrumento que continuó aplicándose inalteradamente durante la Restauración y Monarquía de Julio (Tocqueville, *La Democracia en América*, pp. 176-179 y Tocqueville, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, pp. 104-110).

35 Bigot, *L’autorité judiciaire...* cit., p. 61.

36 “Los agentes del Gobierno, exceptuando a los ministros, no podrán ser procesados

dence, identificó como términos especialmente conflictivos *agent du gouvernement* y *fais relatifs à leurs fonctions*. Precisamente, sobre estos dos pilares se erigió el poder administrativo, desglosándose en dos ejes fundamentales: uno orgánico (quiénes integrarían la Administración y cuáles serían las características de los *agents du gouvernement*) y otro material (referente a las funciones de la nueva Administración y la forma de sus actos).

Por un lado, respecto a la noción de *agent du gouvernement*, el Consejo de Estado y el Tribunal de Casación³⁷ adoptaron una interpretación marcadamente expansiva que abrazó desde directores generales hasta miembros de fábricas de iglesias³⁸. Bajo esta categoría colocaron a todos aquellos bajo dependencia directa de las órdenes del Emperador. La noción necesitó expulsar a determinados sujetos que pretendieron también estar garantizados (abogados, secretarios y alguaciles de juzgados)³⁹, pero que no estaban subordinados directamente al gobierno, sino a la justicia ordinaria. Sin embargo, como ha señalado Grégoire Bigot, al descender a la escala inferior de los agentes administrativos resulta difuso el criterio seguido por el Consejo de Estado sin

por hechos relativos a sus funciones sino en virtud de una decisión del Consejo de Estado; en tal caso, el procedimiento tendrá lugar ante los tribunales ordinarios [Traducción propia]” (Duvergier, *Collection complète des lois...* cit., Tomo XII, p. 28).

37 Hay que tener en cuenta que este estudio no se completa sin una investigación de archivo que tenga en cuenta aquellas autorizaciones que fenecían en los prefectos y directores generales de determinadas administraciones por delegación a través de decretos imperiales (Merlin de la Douai, *Répertoire universel...* cit., p. 473). De estas delegaciones dio cuenta Bigot, *L'autorité judiciaire...* cit., p. 63.

38 Por ejemplo, el Tribunal de Turín en un *arrêt de apelation*, de 29 de prairial del año X, ante la exigencia de responsabilidad hacia los administradores de un hospital, realizó una interpretación de normativa revolucionaria y decretos de los cónsules que le permitió asimilar los hospitales con las entidades municipales, introduciéndolos en la jerarquía administrativa y, en consecuencia, declaró nulas las actuaciones, en tanto consideró necesaria la solicitud de la autorización para procesar (Sirey, *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de Droit public*, II Serie, 1802-1803, p. 566). En otro asunto, el Tribunal de Casación en el *Arrêt de cassation Dupin c. Hoton*, de 9 de diciembre de 1808, declaró nula la sentencia inferior que responsabilizó a los miembros de la fábrica de la Iglesia del municipio de Lanne, en tanto que el tribunal inferior no solicitó la preceptiva autorización (Sirey, *Recueil général...* cit., I Serie, 1809, p. 401).

39 Esta exclusión se incluyó en el recopilado por Merlin de la Douai, *Arrêt de Cassation*, de 26 de diciembre de 1807 (Merlin de la Douai, *Répertoire universel...* cit., Tomo V, p. 477).

un estudio en profundidad, pero permitió asegurar un espacio de actuación en los asuntos más sensibles, intención que se manifiesta más nítida en los conflictos de competencias⁴⁰.

En la práctica, los *fais relatifs à leurs fonctions* mantuvieron una vinculación estrecha con la figura del funcionario y no tanto con la moderna categoría de acto administrativo. Así, la garantía se extendió a cualquier actuación que presentara una mínima conexión con la condición de *agent du gouvernement*⁴¹. En consecuencia, la autorización para procesar se convirtió en una garantía extensiva que amparó a los *agens du gouvernement* más allá de los estrictos actos de la Administración –o al menos bajo la concepción que estos tendrían posteriormente–. Este fenómeno supuso una ruptura radical con la noción del oficio premoderno que se sumó a la quiebra ya operada por la Asamblea Nacional, habida cuenta de que se contravinieron las concepciones tradicionales de la responsabilidad, que otorgaban la posibilidad de someter a los oficiales a procesos jurisdiccionales para reclamar una responsabilidad de carácter personal⁴².

El segundo de los pilares, la resolución de los conflictos de competencias no estuvo completamente deslindado de la autorización para procesar hasta la publicación de la *Ordonnance Royale* de 1 de junio de 1828. No obstante, tuvo una entidad propia durante todo el momento napoleónico, incluso cuando su atribución al Consejo de Estado no estuvo contemplada en la Consti-

40 Atendiendo a las obras sobre la Administración que se publicaron en este momento, no podemos considerar perfectamente diferenciados ambos procedimientos, en tanto que la falta de autorización (como identificaron Portiez de l'Oise y Charles-Jean Baptiste Bonin) no derivaba en la nulidad de las actuaciones –solo se diferenciarán ambas vías a través de la jurisprudencia y se plasmará por primera vez en la *Ordonnance Royale* de 1 de junio de 1828– sino en el deber del prefecto de elevar el conflicto de competencias para que consultara el Consejo de Estado (Portiez de l'Oise, *Cours de législation...* cit., p. 88 y Bonnin, *Principes d'Administration publique*, p. 89).

41 Por ejemplo, Merlin de la Douai se valió de un *arrêt de cassation* que tuvo por objeto el conflicto entre dos tenientes de aduanas, Hamonière y Pasquier. Hamonière presentó un informe ante sus superiores en el que calumnió a Pasquier para que fuera separado del servicio. Este último, para lograr una reparación ante el éxito del informe, acudió a los tribunales ordinarios. Cuando el asunto alcanzó al Tribunal de Casación, anuló la sentencia del tribunal de policía por falta de competencia, que no había solicitado la previa autorización. La razón estribó en que el teniente no hubiera realizado tal injuria si no hubiera disfrutado de su condición de *agent du gouvernement* (Merlin de la Douai, *Répertoire universel...* cit., Tomo V, pp. 474-475).

42 Lorente, “Justicia desconstitucionalizada”, pp. 284-285.

tución del año VIII. Fue el posterior decreto de 5 de nivoso del año VIII el que instruyó al Consejo de Estado sobre su deber de consultar los conflictos entre los tribunales ordinarios y la Administración⁴³. Aunque vagamente organizado en el posterior decreto de 13 de brumario del año X, únicamente las autoridades administrativas podían entablar tal competencia, iniciando los procesos que terminaron delimitando sus propias atribuciones.

A través de los conflictos de competencia, asuntos de especial sensibilidad tales como los litigios originados por los bienes de los emigrados, rentas y deudas “públicas” o los bienes nacionales quedaron bajo la esfera competencial de la Administración y de su justicia⁴⁴. Se materializó entonces la observación de Portiez de l’Oise: “*Il n’en est pas moins constant que chaque homme a une tendance naturelle à agrandir son domaine*”⁴⁵. En efecto, la justicia administrativa operó mediante una progresiva asunción de competencias, fruto de una interpretación sumamente abierta de las atribuciones de la ley de 28 de pluvioso del año VIII. Esta dinámica de desbordamiento a través de una hermenéutica favorecedora de la Administración tuvo un importante arraigo debido a que el Consejo de Estado permitió entablar conflictos incluso en asuntos que ya contaban con fuerza de cosa juzgada por el Tribunal de Casación⁴⁶.

43 Duvergier, *Collection complète des lois...* cit., Tomo XII, p. 54.

44 Por ejemplo, en materia de bienes nacionales, para extender la jurisdicción de la Administración, el Consejo de Estado comenzó a categorizar las ventas de bienes nacionales como un acto administrativo, entre los que se incluían cuestiones como la transmisión del bien, por lo que se impedía a los particulares acudir a los tribunales ordinarios, no solamente cuando reclamaban contra la Administración, sino también cuando se producían controversias entre los mismos particulares por razón de dichos bienes. Esto se puede observar en asuntos como el *Arrêt de conflit Benoît c. Godard*, de 5 de fructidor del año X (Sirey, *Recueil général...*, cit., II Serie, 1800-1801, p. 592). Para los emigrados el Consejo de Estado emitió un *avis* (sancionado por el Emperador) el 18 de fructidor del año IX por el que declaró de competencia de la justicia administrativa todos los litigios que pendieran o nacieran sobre bienes de los emigrados, en tanto, que tenían por origen un acto de la Administración (Sirey, *Recueil général...* cit., II Serie, 1805-1806, pp. 47). Por último, entre los asuntos que Grégoire Bigot identificó como los más destacados conflictos que resolvió el Consejo de Estado para la conformación de la Administración, se encontraron aquellos que tenían por objeto una deuda, prescindiendo de su origen (desde la comuna a las autoridades centrales), los cuales fueron incluidos dentro del acervo competencial de la justicia administrativa y prohibido su conocimiento expresamente a los tribunales (Bigot, *L'autorité judiciaire...* cit., p. 59).

45 “No hay nada más constante que la tendencia natural de cada hombre de agrandar su dominio [Traducción propia]” (Protiez de l’Oise, *Cours de législation...* cit., p. 86).

46 Bigot, *L'autorité judiciaire...* cit., pp. 89-90.

Merecen una especial atención los conflictos derivados de la responsabilidad por *travaux publics* (obras públicas), en los que el Consejo de Estado desplegó una argumentación verdaderamente expansiva, que se verá contestada junto al sistema de justicia administrativa durante la Restauración. En este momento, el Consejo de Estado se permitió incluso no sustentar algunos conflictos en la ley de 28 de pluvioso del año VIII⁴⁷, aunque redirigió sus resoluciones al artículo 4. De esta manera, comenzó a concebir los *cahiers de charges* (instrumentos de la Administración que contenían las especificaciones de la relación entre el contratista y la Administración para una determinada construcción) como actos administrativos y, por lo tanto, los litigios que tuvieron por sujeto a un contratista fueron derivados a la justicia administrativa⁴⁸. Es preciso resaltar que los *travaux publics* colisionaban con los contornos de la propiedad definidos en el *Code*, materia reservada a los jueces ordinarios, por lo que el Consejo de Estado ejerció una intensa labor de ensanchamiento jurisdiccional que, una vez desvanecida su preeminencia junto con el Imperio, devino en un verdadero espacio de pugna entre ambos órdenes de justicia⁴⁹.

Estos dos instrumentos fueron utilizados por las autoridades administrativas y el Consejo de Estado al menos hasta 1870 (momento en que desapareció la autorización para procesar) para configurar la Administración frente a las justicias ordinarias. Tanto la inmunización de los *agens du gouvernement* como los conflictos de competencias arrojaron una consecuencia común, que se plasmó en la formación de la Administración en Francia: se inauguró un

47 En el *Arrêt des Consuls*, de 9 de fructidor del año X, el Consejo de Estado resolvió que la responsabilidad de un contratista (a causa de depositar materiales de construcción en la calle) tenía por centro sus deberes con la Administración y, por lo tanto, la competencia debía ser de la jurisdicción administrativa (Sirey, *Recueil général...* cit., II Serie, 1801-1802, p. 269).

48 En el *Arrêt de conflit*, de 10 de febrero de 1808, en el que los contratistas solamente fueron llamados como garantes de las reparaciones de un transportista de mercancías que había sufrido un accidente contra un puente sobre el río Sena (cerca de *Jardin des plantes* y *Arsenal*), el Consejo de Estado concluyó la oportuna jurisdicción de la justicia administrativa (Sirey, *Recueil général...* cit., II Serie, 1805-1806, p. 270).

49 En las ponencias sobre el proyecto de *Code*, Portalis negó que el *Code* estuviera modificando las competencias de los jueces ordinarios, sino que las materias sobre las que recaía ya eran propias de aquellos órganos jurisdiccionales (Portalis, “Discours prononcé par le C. Portalis, Orateur du gouvernement”, pp. 6-7 y 30-31).

aparato que bien podría definirse con potestades exorbitantes⁵⁰. Sin embargo, fue la resolución constante de competencias y de autorizaciones para procesar por las que se alcanzaría el objetivo que expuso Locré: crear una distinción entre la justicia ordinaria y la administrativa. Esta última debía equilibrar los intereses de particulares y del Estado, lo que permitiría prevalecer en caso necesario al común (es decir, el estatal) a través de la formación de un derecho mixto compuesto por reglas de derecho público y de privado⁵¹.

2.2. La crisis de la justicia administrativa: críticas y oposición a favor de los tribunales ordinarios (1814-1848)

El fin del Imperio y la Restauración de la Monarquía no supusieron el abandono de las instituciones napoleónicas, por más que Luis XVIII hubiera otorgado una Carta a los franceses en la que no se enunciaran. Las *Ordonnances Royales* de 29 de junio de 1814 y 23 de agosto de 1815 reordenaron el Consejo de Estado atendiendo solamente a la novedad de la figura ministerial⁵², pero mantuvieron en líneas generales lo constituido por el Emperador. En particular, el nuevo comité de lo contencioso sucedió a la comisión anterior sin mayores cambios, manteniendo la forma de deliberar, de expresar sus resoluciones y la necesaria sanción regia para que obtuvieran fuerza de sentencia (justicia retenida)⁵³. En palabras del Vicomte de Chateaubriand: la Monarquía tomaba de la Revolución a sus hombres prácticos y aquellos instrumentos de su interés⁵⁴.

Con todo, el cambio de signo de Francia y el surgimiento de un limitado parlamentarismo impactaron en la legitimidad de la justicia administrativa

50 Bigot, *L'autorité judiciaire...* cit., pp. 79-80.

51 Locré, *La législation et la jurisprudence française...* cit., p. 170.

52 Duvergier *Collection complète des lois...*, cit., Tomo XIX, 1814, pp. 122 y 123. No fueron solamente estas las ordenanzas por las que se organizó el Consejo de Estado durante la Restauración, siendo necesario añadir aquellas como la *Ordonnance Royale* de 26 de agosto de 1824. Para todo ello, ver Pacteau, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIXe siècle*.

53 Artículo 9 de la *Ordonnance Royale* de 29 de junio de 1814 (Duvergier, *Collection complète des lois...* cit., Tomo XIX, 1814, p. 123).

54 M. Le vicomte de Chateaubriand, *De la Monarchie selon la Charte*, p. 281. Incluso las depuraciones afectaron solamente a las autoridades con perfiles mayormente políticos, mientras que se conservaron los técnicos, según Pierre Rosanvallon (Rosanvallon, *L'État en France...* cit., pp. 75-76).

y del propio Consejo de Estado. Entonces comenzaron a articularse una serie de críticas que desembocaron en la mayor crisis de la Administración del Ochocientos francés, gracias a la discusión sobre el presupuesto del Consejo de Estado⁵⁵. Según Cormenin, a partir de 1815 la oposición nació del antagonismo del Consejo de Estado con la Carta, cuya interpretación anglófila como pacto, sumada a la idea de gobierno representativo, convertían en incompatibles al régimen de la Restauración con las instituciones napoleónicas⁵⁶. En esta misma línea Berenguer subrayó la amovilidad de los consejeros, la cual se traducían en desprotección de los derechos de los particulares⁵⁷. Estas cesuras se completaron con la denuncia de la usurpación sistemática de la justicia ordinaria, fruto de la hipertrofia administrativa imperial⁵⁸.

La crítica del modelo napoleónico descendió del Consejo de Estado hasta cuestionar por completo la justicia administrativa. Macarel reflejó este sentir al señalar que los consejos de prefectura, aunque beneficiosos para el gobierno, necesitaban ofrecer garantías suficientes para los intereses particulares frente a “*l'exagération possible de l'intérêt général*”⁵⁹. Este puso el foco en aquellas características ausentes en los consejos de prefectura en comparación con la justicia ordinaria: (i) dependencia jerárquica de los consejeros dentro de la Administración, (ii) participación del prefecto con voto de calidad, (iii) falta de recurso directo para los particulares, (iv) inexistencia de procedimiento reglado y (v) ausencia de dignidades de magistrados para los consejeros⁶⁰.

En este clima de contestación, destacó la posición de Jean-Baptiste Sirey, quien sostuvo que el poder reglamentario del Rey hallaba su límite en el infranqueable artículo 14 de la Carta; por lo tanto, cualquier *ordonnance royale* que excediera dicho marco carecería de fuerza obligatoria⁶¹. Esta tesis golpeó

55 Ver Lorente Sariñena, “Un día en la vida del centauro liberal (libertad de los modernos vs. jurisdicción administrativa en la restauración francesa, 1814-1830)”, pp. 15-40.

56 Cormenin, *Du Conseil d'État*, p. 45.

57 Berenguer, *De la justice criminelle en France*, pp. 63-66. Esta misma tesis no solamente era respaldada por aquellos contrarios al Consejo de Estado, sino también por muchos de sus defensores, como Henrion de Pansey, quien sería después presidente del Tribunal de Casación (Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*).

58 Pansey, *De l'autorité...* cit., pp. 497-499.

59 “La posible exageración del interés general [Traducción propia]” (Macarel, *Des tribunaux administratifs*, p. 48).

60 *Ibid.*, pp. 48-49.

61 Sirey, *Du Conseil d'État selon la Charte constitutionnelle*, p. 113.

directamente el núcleo de la facultad jurisdiccional del Consejo de Estado. Apoyándose en el discurso alrededor de la Carta, en su flexibilidad y, sobre todo, en sus silencios, el Tribunal de Casación comenzó a imponer a partir de 1819 límites al poder reglamentario de la Corona y sus ministros y, en general, a la Administración, estableciendo la primacía de la Carta sobre las normas reglamentarias⁶². Es bien cierto que el Tribunal no invalidó de plano ciertas normas imperiales incompatibles con el texto de la Carta⁶³, pero inauguró un control jurisdiccional –inimaginable desde el advenimiento de la Administración– que sirvió de base para la resistencia contra los excesos de Carlos X. En particular, el abuso de los conflictos de competencia por los prefectos, para blindar los fraudes electorales frente a las justicias ordinarias (en principio competentes para conocer de los asuntos relacionados con las listas electorales) tras la disolución de la Cámara de Diputados en 1827, precipitó una reacción jurisdiccional que cristalizó en la *Ordonnance Royale* de 1 de junio de 1828, la cual reguló completamente por primera vez estas controversias y las desgajó definitivamente de la autorización para procesar⁶⁴.

Esta norma, inalterada durante la centuria, encomendó únicamente a los prefectos la facultad de elevar los conflictos. De tal forma, se mantuvo la preeminencia administrativa, aunque la *Ordonnance Royale* limitó algunos supuestos en los que tradicionalmente los prefectos entablaron conflictos como la falta de autorización, que ahora devenía en nulidad de las actuaciones del tribunal ordinario, o aquellos asuntos en los que recaían sentencias definitivas⁶⁵. Pese a los límites, los particulares todavía tenían vedado cualquier recurso contra las resoluciones de los conflictos, por lo que sus derechos (pendientes en un litigio) quedaron al albur de unos órganos que no poseían las mismas garantías que la justicia ordinaria⁶⁶.

La *Ordonnance Royale* no apaciguó a los tribunales. La jurisprudencia del Tribunal de Casación permitió a los tribunales ordinarios erigirse en custodios de la separación de poderes⁶⁷. Un hito en este sentido lo marcó el pro-

62 *Arrêt de Cassation Lecabec c. Letenaff* (Sirey, *Recueil général...* cit., I Serie, 1819, p. 357).

63 Bigot, *L'autorité judiciaire...* cit., pp. 183-184.

64 Sirey, *Recueil général...* cit., II Serie, 1828, pp. 323-324.

65 *Ordonnance royale 1^o juin 1828* (Sirey, *Recueil général...* cit., II Serie, 1828, pp. 323-324).

66 Cormenin, *Du Conseil d'État...* cit., pp. 130-140 y Macarel, *Des tribunaux...* cit., pp. 45-50.

67 Bigot, *L'autorité judiciaire...* cit., pp. 186-187.

nunciamiento de la *Cour Royale de Nancy*, que rechazó la ejecución de una *ordonnance royale* por considerar que excedía la potestad reglamentaria del monarca y avocó hacia los tribunales la facultad de inejecutar cualquier acto administrativo, *arrêt*, reglamento u *ordonnance* contrario a las leyes⁶⁸. Esta doctrina desembocó en la Revolución de julio de 1830. En este contexto, Carlos X dictó una *ordonnance royale* restrictiva de la libertad de imprenta, ante la que el Tribunal de Comercio de París se sumó a la revolución iniciada 2 días antes (26 de julio) declarándola contraria a la Carta⁶⁹.

El triunfo revolucionario y el ascenso de Luis Felipe de Orleans trajeron consigo una nueva Carta y una reforma de la justicia administrativa⁷⁰, esta última inspirada en los informes de la comisión presidida primero por Benjamin Constant y, tras su fallecimiento, por el Duque de la Brogile. Las *Ordonnances Royales* de 2 de febrero y 12 de marzo de 1831 y, finalmente, una reforma de 18 de septiembre de 1839 introdujeron garantías para los particulares: el comité de lo contencioso del Consejo de Estado ya no sería presidido por el ministro de justicia, sino por el vicepresidente del propio órgano y, aunque las sentencias tenían que ser votadas por la asamblea general, los consejeros que consultaron el acto devenido contencioso eran expulsados de la discusión y votación del proyecto de sentencia⁷¹. A la vez, también se instalaron garantías para el proceso, como las audiencias públicas, observaciones orales de los abogados, conclusiones del ministerio público, además de la lectura pública de las sentencias y un sistema de recursos e incidentes procesales⁷². Sin embargo, la reforma no estuvo exenta de continuidades como la consagración del sistema de justicia retenida en el Rey mediante la ley orgánica del Consejo de Estado (1845).

Simultáneamente a la crisis de la justicia administrativa, también la autorización para procesar sufrió un severo desgaste. Para los liberales este mecanismo era contrario a todas las libertades y garantías de los individuos

68 *Cour de cassation Avoués de Saint-Mihiel c- le ministère public* (Sirey, *Recueil général...* cit., I Serie, 1829, pp.172-174).

69 *Arrêt de Tribunal de commerce de Paris Lapelouche et Chatelain c. Laguionie* de 28 de julio de 1830 (Sirey, *Recueil général...* cit., II Serie, 1830, pp. 223-224).

70 Para una relación de la historiografía sobre el liberalismo doctrinal francés, ver López Herraiz, “En torno a la obra de Pierre Rosanvallon y el liberalismo doctrinario francés: un autor y un tema para la historiografía del constitucionalismo”, pp. 865-885.

71 Foucart, *Précis...* cit., pp. 285-285.

72 *Ibid.*, pp. 288-291.

contenidas en la Carta⁷³. Henrion de Pansey denunció que la autorización no solo inmunizaba al funcionario, sino que paralizaba cualquier instrucción penal⁷⁴. En este debate, la frontera revolucionaria de 1830 no frenó las críticas a la irresponsabilidad de los agentes, lo que tuvo su reflejo en la publicación de artículos como los de Bannister (1833 y 1834) en los que describió en términos muy positivos la figura de los empleados públicos ingleses y su sistema de responsabilidad personal en el ejercicio de sus funciones⁷⁵. Y es que, a pesar de la aplicación de la autorización para procesar, en Francia siguió interesando la responsabilidad personal, puesto que no se había logrado la abstracción hacia un nuevo sujeto: la Administración.

Durante la Monarquía de Julio comenzó a formularse la teoría de la personalidad estatal, lo que comenzaría a desplazar la responsabilidad personal. Se consideró al Estado una de las “*personnes morales de droit public*”⁷⁶, tras la que autoridades y empleados administrativos tendieron a desaparecer, toda vez que carecían de toda personalidad propia en el ejercicio de sus funciones⁷⁷. El debate entablado entre las justicias fue entonces situar a aquella nueva persona dentro del Derecho (es decir, sometida a principios comunes) o si el Estado era el mismo sistema⁷⁸ y, por lo tanto, estaba desligado de las normas comunes. En el ámbito de los conflictos de competencias sobre *travaux publics* fue en el que se manifestó con mayor énfasis el debate, puesto que los *travaux publics* dieron lugar a una continua fuente de conflictos cuyo objeto, además, era la responsabilidad de empleados de la Administración y

73 Lorente Sariñena, “Un día en la vida liberal...”, cit., pp. 34-35. Por ejemplo, Benjamin Constant publicó una crítica a la responsabilidad de los ministros y de los agentes administrativos, preocupado por garantizar las libertades de los modernos (Constant, *De la responsabilité des ministres*). En este mismo sentido, pero desplazado en mayor medida hacia los agentes de la Administración, Cormenin, *De la responsabilité des agents du gouvernement*.

74 Pansey, *De l'autorité...* cit., pp. 532-533.

75 Bannister, “Quelques usages de l'Angleterre, relativement à la nomination aux emplois publics”, pp. 674-679 y Bannister, “De la responsabilité des Fonctionnaires publics en Angleterre”, pp. 129-143.

76 Foucart, *Précis de droit public et administratif*, p. 40. Foucart consideró que eran personas morales de derecho público tanto el Estado como el resto de entidades territoriales (departamentos y comunas) y administraciones especiales (hospicios, fábricas, corporaciones religiosas, etc.).

77 *Ibid.*, p. 40.

78 Guglielmi, *La notion d'administration publique*, pp. 143-144.

contratistas. El Consejo de Estado continuó utilizando los *cahiers des charges* para la contratación como actos administrativos, en tanto que, sujetos a la aprobación del ministro de obras públicas y a las órdenes de todo el aparato administrativo, impedían el conocimiento de la justicia ordinaria⁷⁹. Así, esta construcción la hizo depender de todas aquellas normas revolucionarias (como la ley de 16-24 de agosto de 1790) que ahora servían para defender la independencia de la Administración frente a la intervención de la justicia ordinaria.

El Consejo de Estado inició con aquella separación una cesura también con las normas del *Code*. Los particulares, en sus demandas de responsabilidad, trataron de someter a las autoridades o al Estado al régimen que imponían los artículos 1382-1384; sin embargo, el Consejo, en un silencio elocuente ante tales pretensiones, planteó que el Estado no podía ser sometido al *Code*⁸⁰. Por su parte, el Tribunal de Casación, en asuntos como el *Arrêt Depeyre* (cuyos hechos giraron alrededor de un accidente contra un carro del servicio postal), afirmó su competencia para ordenar la reparación e indemnización por un acto de la Administración, lo cual no violaba ningún límite de la justicia ordinaria, en tanto que no conocía acerca de reglamentos o formas de ejecución. Su fin era afirmar su competencia en asuntos de responsabilidad por los daños ocasionados por la Administración, pero sometiendo al Estado a los principios del *Code*, fundamento principal de la responsabilidad por falta, negligencia o imprudencia de sus agentes⁸¹.

En respuesta, el Consejo de Estado aplicó una doctrina enunciada previamente en el *Arrêt de conflit Dupart c. Perrin* (1844): *l'État débiteur*. El Consejo, para garantizar la especialidad de las relaciones del Estado, en particular de aquellas que correspondían a la Administración, afirmó que los tribunales ordinarios no podían crear deudas contra el Estado que afectaran a los presupuestos⁸², reservando tal facultad a la Administración. El Consejo creó así una especie de título preconstituido por el que el particular se convertía en

79 *Arrêt de Conflit Brunet c. Morandière et l'État*, 26 de abril de 1847 (Sirey, *Recueil général...* cit., II Serie, 1847, pp. 493-495) y *Arrêt de Conflit Sauphar c. le Ministre des travaux publics et autres*, 24 de julio de 1847 (*Ibid.*, pp.668-669).

80 Bigot, *L'autorité judiciaire...* cit., pp. 327-329.

81 *Arrêt de cassation L'administration des Postes c. Depeyre*, 1 de abril de 1845 (Sirey, *Recueil général...* cit., II Serie, 1845, p.364).

82 *Arrêt de conflit Dupart c. Perrin*, 8 de agosto de 1844 (Sirey, *Recueil général...* cit., II Serie, 1845, pp. 58-59).

acreedor del Estado si sufría un daño ilegítimo⁸³. Esta doctrina fue limitada también por el propio Consejo de Estado que no la utilizó para la importante materia de los *travaux publics*.

Una de las manifestaciones más evidentes de la crisis de la justicia administrativa devino por las diversas formas de degradación de la propiedad que se conocieron alrededor de los *travaux publics*, las cuales propiciaron a los tribunales ordinarios un medio de aplicación del *Code*⁸⁴. Para ello, extendieron los supuestos de expropiación, en tanto que la ley de 8 de marzo de 1810 otorgaba la competencia para conocer de los litigios expropiatorios a la jurisdicción ordinaria⁸⁵. El Tribunal de Casación fue el primero en aplicarla para los supuestos en que una obra pública causara daños o enriqueciera al gobierno en detrimento de la propiedad de los particulares⁸⁶. Esta teoría, que se denominó de expropiación indirecta, fue incontestada en aquel momento por el Consejo de Estado, lo que aprovechó el Tribunal de Casación para generalizarla alrededor del año 1838, cuando concluyó que cualquier elemento esencial de la propiedad comprendida en el artículo 544 del Código debía ser indemnizado cuando sufriera daños⁸⁷, desconociendo el catálogo de competencias de la justicia administrativa (ley de 28 de pluvioso del año VIII). Al generalizarse esta competencia, la justicia administrativa quedó reducida en una de sus competencias centrales frente a unos tribunales ordinarios y la aplicación directa del *Code* a la Administración (es decir, a su noción de responsabilidad), aunque con cierta abstracción del sujeto Administración junto con la consiguiente mayor irresponsabilidad de sus agentes.

83 Bigot, *L'autorité judiciaire...* cit., pp. 334-335.

84 Por ejemplo, el Tribunal Civil de Nantes trató de subsumir en el artículo 545 del Código los daños que sufrió una propietaria por las obras públicas en la calle donde se situaba su propiedad. El daño correspondía a una disminución de las posibilidades de disfrutarla. Por ello, el tribunal consideró que se debía una indemnización por la protección de la propiedad de la Carta de 1814 y el artículo 545 del Código (Sirey, *Recueil général...* cit., I Serie, 1826, p. 268).

85 Lacchè, *L'espropriazione per pubblica utilità*.

86 Sirey, *Recueil général...* cit., I Serie, 1826, p. 268.

87 *Arrêt de cassation Préfet de l'Oise c. Poillet*, de 23 de abril de 1838 y *Commune de Moulins c. Lhoir*, 30 de abril de 1838 (Sirey, *Recueil général...* cit., I Serie, 1838, pp. 453-458).

3. El primer Tribunal de Conflictos: la nueva configuración de la Administración (1848-1851)

El período iniciado en 1848 merece una especial consideración debido, sobre todo, a que la Constitución del segundo régimen republicano creó una nueva institución: el Tribunal de Conflictos. Situado en la intersección de las autoridades judicial y administrativa del poder ejecutivo⁸⁸, se compuso por igual número de miembros del Tribunal de Casación y del Consejo de Estado, bajo la presidencia del ministro de justicia. Su misión exclusiva fue resolver los conflictos de atribución entre la autoridad judicial y la administrativa ante la inexistencia de un monarca que fuera considerado fuente de toda jurisdicción en el Reino⁸⁹. Sin embargo, su capacidad y, sobre todo, la incipiente conflictividad entre autoridades se limitó por la persistencia de ciertos instrumentos previos, como la *Ordonnance Royale* de 1 de junio de 1828. Al mantenerse la facultad exclusiva de los prefectos para elevar los conflictos, subsistió una inercia favorable a la Administración. Incluso la propia composición mixta a la que se sumó el ministro permitió, en la práctica, que los fallos del tribunal utilizaran resoluciones y doctrina del Consejo de Estado de la Monarquía de Julio en detrimento de la posición de la justicia ordinaria⁹⁰.

Desde su instalación, el Tribunal de Conflictos incidió en los dos aspectos fundamentales de la responsabilidad: los *travaux publics* y *faits des services*. En efecto, el Tribunal amplió el espacio de la jurisdicción administrativa y sustrajo a la Administración de la aplicación de las normas generales en los *travaux publics*, para lo cual desplazó la óptica tradicional de la justicia ordinaria, para quien el objeto del litigio era el daño. El Tribunal de Conflictos cambió el criterio, determinando la competencia a través de la calificación de la obra como pública y no por el daño, el cual se presumía sin necesidad de culpa de contratistas o empleados, es decir, prescindió de la responsabilidad *aquiliana* del *Code*. El cambio de criterio perfiló por primera vez una responsabilidad objetiva, no solo por ser imputable al Estado, sino porque una vez acreditado, debía ser resarcido por el Estado⁹¹.

88 Durante todo el segundo período republicano y también posteriormente, el poder ejecutivo se dividió entre las autoridades administrativa y judicial, incluso Paul Pradier-Fodéré lo consideró la división que seguía el ideal de Montesquieu (Pradier-Fodéré, *Précis de droit administratif*, pp. 2-3).

89 Bigot, *L'autorité judiciaire...* cit. p. 340.

90 *Ibid.*, pp. 355-356.

91 Esta transformación se puede observar en diferentes *arrêts*, como *Arrêt Séjourne c. Ville de Marseille* (Sirey, *Recueil général...* cit., II Serie, 1850, pp. 430-431)

Esta construcción jurídica desarticuló la doctrina de la expropiación indirecta. Apoyándose en la amplitud del artículo 4 de la ley de 28 de pluvioso del año VIII, el Tribunal de Conflictos incluyó bajo la competencia administrativa cualquier tipo de daño derivado no solo de la obra en sí misma, sino de su ejecución (por ejemplo, la extracción de materiales)⁹². Todo ello se vinculó con la idea de acto administrativo y, por lo tanto, con la ya clásica prohibición de conocer de los asuntos administrativos a los tribunales ordinarios⁹³. Una dificultad añadida fue la utilización de contratistas por la Administración, en tanto que en ocasiones los daños eran causados por falta del personal de estos. Para el Tribunal, la competencia de la justicia administrativa se vinculó a la ejecución de la obra pública y el accidente⁹⁴. El Tribunal, al ligar las obras públicas y, sobre todo, la responsabilidad con el acto administrativo, consumó la separación absoluta de las jurisdicciones, a lo que añadió que la jurisdicción administrativa ya no debía realizar un análisis subjetivo de la actuación que causó el daño, sino simplemente determinar el carácter público de la obra (procedente de un acto administrativo) para derivar la correspondiente indemnización.

El Tribunal puso al servicio de la justicia administrativa la elasticidad que tradicionalmente se imprimió sobre el artículo 4 de la ley de 28 de pluvioso del año VIII para atribuirle definitivamente la responsabilidad de sus empleados. La clave residió en distinguir entre la responsabilidad de la Administración y la personal de los funcionarios, reservada a la justicia ordinaria⁹⁵. En el deslinde todavía jugó un papel central la autorización para procesar: su denegación implicaba que el acto del funcionario quedaba enmarcado en el sujeto que era esa *personne morale de droit public*, el Estado, en tanto en cuanto la actuación del funcionario tornaba en un acto administrativo inalcanzable para la justicia ordinaria por la separación de poderes⁹⁶.

92 *Arrêt Micé c. Chèvre et Saubona* de 30 de noviembre de 1850 (Sirey, *Recueil général...* cit., II Serie, 1851, p. 303).

93 *Arrêt Leflon et Poulain* de 8 de mayo de 1850 (Sirey, *Recueil général...* cit., II Serie, 1850, p. 558).

94 Un ejemplo en el que el Tribunal concedió el conocimiento a la justicia administrativa fue el *Arrêt Rougier c. Ville de Marseille*, 17 de abril de 1851 (Sirey, *Recueil général...* cit., II Serie, 1851, p. 578), por el contrario, solo tres años antes permitió a los tribunales ordinarios seguir conociendo de un asunto similar en el *Arrêt Boyer c. Ville de Marseille*, de 23 de junio de 1848 (Sirey, *Recueil général...* cit., II Serie, 1848, p. 765).

95 Bigot, *L'autorité judiciaire...* cit., p. 363.

96 Así se presentó en el *Arrêt Manoury c. l'administration des postes*, de 20 de mayo

El Tribunal de Conflictos no fue más allá, en tanto que mantuvo la aplicación directa de la responsabilidad derivada de los artículos 1382 y 1384 del *Code* frente al Estado. Además, para reforzar la aplicación ordinaria de la responsabilidad, expulsó la doctrina de *l'État débiteur*⁹⁷, aquella que excluía principalmente a la justicia ordinaria y los principios de derecho común del ámbito de la Administración. En definitiva, la Administración se consagró como un centro de imputación de responsabilidades a través de un esfuerzo de abstracción desde las diferentes instancias del gobierno (desde las comunas, los departamentos y los establecimientos públicos), identificando al Estado como *personne moral de droit public*⁹⁸. Sin embargo, todavía no se encontraba un derecho administrativo estanco, en los términos que lo describió Albert Venn Dicey, habida cuenta de que a la altura de 1852 la Administración se sometía al mismo régimen de responsabilidad que el resto de la sociedad. La verdadera fractura que acabó en la independencia normativa plena de la Administración comenzó a partir del final del régimen republicano por las concretas circunstancias que impuso el golpe de Estado de Napoleón III.

4. La emancipación de la responsabilidad de la Administración frente al *Code* (1852-1870)

Aunque los tiempos constitucionales y la construcción de la estatalidad no siempre coincidan⁹⁹, el golpe de Estado de Napoleón III resultó determinante en la construcción de la Administración y su derecho. En el plano

de 1850. Los empleados de servicios postales, una vez protegidos por la autorización para procesar, ya no eran responsables personalmente, sino el Estado y, por lo mismo, los tribunales ordinarios no podían conocer dado que el acto del que se derivaba la responsabilidad era efectivamente administrativo (Sirey, *Recueil général...* cit., II Serie, 1850, pp. 618-619).

⁹⁷ Un ejemplo claro está presente en el *Arrêt Cailliau et autres c. l'Administration des postes*, de 7 de abril de 1851, en el que también se solicitó la responsabilidad de empleados del servicio postal, pero al denegar la autorización para procesar se comprendió que estaban en el ejercicio de sus facultades administrativas. Por ello, el Tribunal rechazó la aplicación de *l'État Débiteur* como se pedía por el prefecto y aplicó el artículo 1384 del Código porque el director era un simple comitente del Estado y, en consecuencia, el Estado devino en verdadero responsable de los actos del anterior (Sirey, *Recueil général...* cit., II Serie, 1851, p. 583).

⁹⁸ Guglielmi, *La notion d'administration...* cit., pp. 154-170.

⁹⁹ Lorente Sariñena, "Justicia desconstitucionalizada...", cit., pp. 243-286.

institucional, una de las consecuencias fue que la recuperación de una cabeza monárquica permitió al nuevo Emperador suspender el Tribunal de Conflictos, cuya existencia carecía de sentido si de él emanaba la totalidad de la jurisdicción. Además, mediante el Decreto de 25 de enero de 1852 se reorganizó el Consejo de Estado, que recuperó la atribución de dirimir competencias, a la vez que se volvió a la idea de la justicia retenida. No obstante, se produjeron cambios fundamentales para independizar a la comisión que actuaba como tribunal de lo contencioso frente al resto del instituto, impidiendo a sus miembros intervenir en las votaciones de la asamblea general del Consejo de Estado¹⁰⁰. Por el contrario, los consejos de prefectura permanecieron inalterados, esto es sujetos a los preceptos de la ley de 28 de pluvioso del año VIII.

Según Rodolphe Dareste, la justicia administrativa se había constituido durante este periodo como un sistema garante para los particulares, siendo la posibilidad de recurso ante el Consejo de Estado el eje central de la protección¹⁰¹. En sintonía con esto, Léon Aucoc afirmó que la jurisdicción administrativa era la única capaz de salvaguardar los derechos de los individuos frente a la Administración, precisamente por su carácter independiente frente a los demás poderes y fundamentalmente frente a la Administración activa¹⁰². Ambos autores utilizaron argumentos historicistas destinados a compensar la ausencia de legitimación electoral, naturalizando tanto la jurisdicción administrativa como los cuerpos que la componían. Y es que, para estos autores, las instituciones y constituciones imperiales romanas ya anticiparon algo parecido al Consejo de Estado¹⁰³, aunque subrayaron que la creación de autoridades revolucionarias tales como los directores de Departamento y los ministros constituyeron una especie de justicia administrativa, segregada de la ordinaria por la ley de 16 de fructidor del año III, para alcanzar su fisonomía definitiva con la Constitución de 22 de frimario y la ley de 28 de pluvioso del año VIII¹⁰⁴.

100 Durante este momento hay un fuerte desarrollo de la justicia administrativa, aunque limitado por el mantenimiento de ciertas instituciones como el ministro-juez (Bigot, *Ce droit qu'on dit...* cit., pp. 268-280).

101 Dareste, *La justice administrative en France*, pp. 189-190.

102 Aucoc, *La juridiction administrative et les préjugés*, pp. 7-10.

103 A ellas remontó Léon Aucoc su historia sobre el Consejo de Estado al igual que Rodolphe Dareste (*Ibid.*, p. 22 y Dareste, *La justice administrative...* cit., pp. 1-158).

104 Dareste, *La justice administrative...* cit., pp. 161-171.

Dichos argumentos conformaron parte de los mitos fundacionales de la Administración francesa¹⁰⁵, con el objetivo preciso de indicar que el cuadrienio (1848-1852) supuso una alteración impropia del orden natural de la Administración, especialmente por la creación del Tribunal de Conflictos, tal como sostuvo el presidente del Consejo de Estado (Pierre Jules Baroche) en su informe al Emperador¹⁰⁶. Sin embargo, la nueva situación imperial no estuvo exenta de críticas. Rodolphe Daresté consideró especialmente grave la ausencia de responsabilidad ministerial y administrativa. En particular, advirtió el riesgo derivado de la irresponsabilidad política de los ministros, cuya desaparición debilitó el sistema, aunque no garantizara *per se* la reparación de los daños a los individuos¹⁰⁷. Por otro lado, la prensa, sometida a autorización administrativa, dejó de ser un contrapeso para denunciar los abusos de los funcionarios¹⁰⁸. Esta preocupación por la irresponsabilidad tuvo como centro la pervivencia de la autorización para procesar, cuyos únicos límites, según Rodolphe Daresté, desaparecieron.

Ante esta apariencia de irresponsabilidad general y de inoperancia de límites a la Administración, el Consejo de Estado, en palabras de Rodolphe Daresté, se convirtió en la verdadera garantía. Fue en este momento cuando su jurisprudencia creó el recurso por *excès de pouvoir* que permitió anular cualquier acto administrativo, incluidos los ministeriales, si contravenían una norma de rango legal¹⁰⁹. Simultáneamente, el Consejo trazó una nueva aportación a la responsabilidad de la Administración, transformándola definitivamente en el centro de imputación ante la ausencia de cualquier otro. Esta transformación se acompañó de la superación de la aplicación de los principios del *Code*, sobre todo, del artículo 1384, tanto para la responsabi-

105 Bigot, *Ce droit qu'on dit...* cit., pp. 51-69.

106 En aquella memoria sobre la actividad del Consejo de Estado, el informe preliminar lo realizó el célebre jurista Boulatignier y en la comisión participó el propio Léon Aucoc. En él, vincularon la función del Consejo de Estado y la recuperación de la competencia para dirimir los conflictos entre tribunales ordinarios y la Administración con el principio de separación de poderes, llegando a determinar que la única ruptura se produjo en 1848 (Baroche, *Compte Général des Travaux du Conseil d'État*, pp. XXV-XXVII).

107 Fue la Constitución de 1852 la que declaró responsables a los ministros únicamente ante el Emperador, impidiendo el control por parte del cuerpo legislativo (Daresté, *La juridiction administrative...* cit., pp. 518-519).

108 *Ibid.*, pp. 518-519.

109 Bigot, *L'administration française...* cit., Tomo I, pp. 329-330.

lidad por *travaux publics* como por *faits des services*¹¹⁰. Aunque todavía su influencia podía verse en la obra de los “publicistas” Rodolphe Dareste y Léon Aucoc –quienes utilizaron la estructura del *Code* al tratar la responsabilidad de la Administración–, la ruptura entre el derecho privado y el público quedó plasmada por Rodolphe Dareste:

“[...] ces rapports, ces droits et ces obligations ne peuvent être réglés selon les principes et les dispositions du seul droit civil, et comme ils le sont de particulier à particulier. Notamment, en ce qui touche la responsabilité de l’État en cas de faute, de négligence ou d’erreur commise par un agent de l’administration, cette responsabilité n’est ni générale ni absolue ; elle se modifie suivant la nature et les nécessités de chaque service, et dès lors l’administration seule peut en apprécier les conditions et la mesure¹¹¹”.

Dareste comenzó así una reflexión sobre la personalidad del Estado (inseparable de los debates previos)¹¹². Para él, el Estado podía ser responsable tanto por la inmunización de los funcionarios a causa de la autorización para procesar como por la asunción de competencias cada vez mayores ejecutadas directamente o a través de contratistas. En consecuencia, se debía reconocer su responsabilidad a través de un proceso ante la jurisdicción administrativa, como garantía de derechos. No obstante, Dareste localizó una excepción fundamental: los actos de gobierno, que estaban revestidos de irresponsabilidad al implicar el ejercicio de la soberanía para satisfacer el interés general o la seguridad pública¹¹³, lo que reflejó también la separación con el régimen de responsabilidad entre particulares que no conocía excepciones. Todo ello no fue incoherente con la concepción de la justicia administrativa como garantía de derechos, puesto que en ella no se enfrentaban intereses iguales, sino que se naturalizaba una preeminencia de la Administración que siempre pudo exigir

110 En concreto, para la responsabilidad derivada de los *travaux publics*, Aucoc, *Conférences sur l’Administration*, p. 52.

111 “Estas relaciones, derechos y obligaciones no pueden ser solamente regulados según los principios y las disposiciones del derecho civil, ni de la misma manera en que lo son entre particulares. Especialmente, en lo que respecta a la responsabilidad del Estado en caso de falta, negligencia o error cometido por un agente de la administración, esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; se modifica según la naturaleza y las necesidades de cada servicio y, por consiguiente, solo la administración puede apreciar sus condiciones y su medida [Traducción propia]” (Dareste, *La justice administrative...* cit., p. 533).

112 Guglielmi, *La notion d’administration...* cit., pp. 143-145.

113 Dareste, *La juridiction administrative...* cit., pp. 527-529.

un sacrificio superior a los particulares en virtud del interés público¹¹⁴. En todos aquellos casos que no entrañasen ejercicio de soberanía, la Administración potencialmente era responsable, aunque no absoluta ni generalmente. Y es que, inutilizado el *Code*, fue la justicia administrativa la que determinó casuísticamente la responsabilidad de la Administración¹¹⁵.

En efecto, el Consejo de Estado, buscando superar la tesis de la expropiación indirecta impuesta por los tribunales ordinarios al ámbito de los *travaux publics*, procedió a interesarse por el daño gracias a la aportación realizada anteriormente por el Tribunal de Conflictos: según el Consejo de Estado, el daño debía ser directo y material, causado por la Administración o por un contratista¹¹⁶. Lo primero (directo) significó que debía ser consecuencia de un acto administrativo y, por lo tanto, de la ejecución de las obras, entre los que figuraron la propia ejecución y los que derivaran de ella (estos últimos solamente en los casos en que no hubiera intervenido un contratista)¹¹⁷. Lo segundo (material) sirvió al Consejo de Estado para inutilizar definitivamente a los tribunales ordinarios al considerar indemnizable todo daño que produjera una disminución del valor o privación del disfrute de la propiedad, pero no vinculado por el artículo 544 del *Code*¹¹⁸.

La objetivación de la responsabilidad creada por el Tribunal de Conflictos fue utilizada por el Consejo de Estado para separar la responsabilidad del Estado en materia de *travaux publics* definitivamente de los límites del *Code*

114 Bigot, *L'administration française...* cit., Tomo I, p. 328.

115 Esta construcción jurisprudencial que desplazó la aplicación del Código contó con críticas como la de Albert Christophle, para quien el Consejo de Estado estaba sometiendo la responsabilidad a una profunda arbitrariedad (Christophle, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, p. 175).

116 Aucoc, *Conférences...* cit., tomo III, p. 261 y Christophle, *Traité théorique...* cit., p. 173.

117 La variedad de sentencias y de supuestos, tanto de responsabilidad directa o subsidiaria del Estado como de irresponsabilidad en el caso de obras públicas cuando interviene un contratista, fue recopilada por Aucoc, *Conférences...*, cit., tomo III, pp. 264-267. Entre las diferentes resoluciones del Consejo de Estado podemos destacar *Arrêt Cluzel c. Ville de Paris* de 21 de marzo de 1861 (*Recueil général de arrêts du Conseil d'État*, Paris, Près le Pont-Neuf, 1861, pp. 216-218), *Arrêt Auvray*, de 26 de febrero de 1863 (*Recueil général des arrêts...* cit., 1863, pp. 204-209) o el *Arrêt Gougeon*, 23 de julio de 1857, (*Recueil général des arrêts...* cit., 1857, pp. 579-581). En el último, el Consejo de Estado rechazó la responsabilidad del Estado, pero no negó que el Estado debía hacerse cargo de los daños producidos por obras públicas, en particular por la construcción de vías férreas.

118 Aucoc, *Conférences...* cit., p. 279.

con respecto a la propiedad privada. Sin embargo, Léon Aucoc subrayó que muchos de los daños no provenían de la obra en sí, sino de la actuación de los empleados públicos, a quienes el artículo 4 de la ley de 28 de pluvioso del año VIII no les daba cobertura necesariamente. Para el publicista, la Revolución habría salvado tal vacío con la ley de 7-11 de septiembre de 1790, que confirió la competencia en aquellas controversias a la Administración, lo que después se habría completado con la doctrina de *l'État débiteur*¹¹⁹. Más allá de estas construcciones doctrinales, el Consejo de Estado realizó una interpretación expansiva, casi exorbitante del derecho de la Administración frente a las restricciones que podían operar para el resto de sujetos¹²⁰.

Igualmente laboriosa fue la superación del *Code* para *faits des services*. Durante el período imperial se desarrollaron conceptos como *service public* en relación con la separación de poderes y la autoridad administrativa¹²¹, enunciados explícitamente en el *Arrêt de conflit Rotschild* de 6 de diciembre de 1855. El conflicto fue originado por la reclamación de M. Rotschild, ciudadano de Londres, ante los tribunales ordinarios para reparar el daño sufrido por la pérdida de una carta –cuyo contenido eran diamantes– por los empleados del servicio postal (concretamente contra un empleado y el director del servicio). La cuestión de competencia entre el prefecto del Sena y los tribunales ordinarios llegó al Consejo de Estado, que se detuvo en primer lugar en la autorización para procesar¹²², siendo el mecanismo que servía para entregar de forma residual los asuntos a los tribunales (solamente en el caso de que fuera concedida)¹²³. La autorización se entendió como la institución para po-

119 *Ibid.*, pp. 402-403.

120 Bigot, *Ce droit qu'on dit...*, cit., pp. 38-39.

121 El concepto de *service public* se puso al servicio de la Administración, permitiendo ampliar los dominios de lo administrativo gracias a la fuerte separación de poderes francesa. No obstante, esta construcción formó parte del acervo imperial de transformaciones administrativas, por lo que no es posible retrotraerla a momentos anteriores, sin incurrir en una lectura a través de la mitología posteriormente elaborada para salvar el gobierno de Napoleón III (*Ibid.*, pp. 25-51).

122 Según un *Précis* del momento, la autorización todavía se concebía como una garantía para los *agents du gouvernement*, en tanto que no actuaban por sí mismos, sino en nombre del Estado, por lo que necesitaban protección por su carácter amovible (Pradier-Fodéré, *Précis...* cit., pp. 59-60). Según se desprende de esta lectura, aunque la lógica de la autorización para procesar se mantuviera desde su enunciación en el año VIII, se adaptó a las nuevas situaciones de la Administración.

123 Sirey, *Recueil général...* cit. II Serie, 1856, p. 509.

ner en planta el principio de separación de poderes, sirviendo a la construcción del concepto de acto administrativo durante el Segundo Imperio¹²⁴.

Según el Consejo de Estado, el principio de separación de poderes obligó a la Administración a reglar y garantizar su propia actuación, es decir, a instituir unas normas claras sobre las relaciones entre el Estado, sus agentes y los particulares¹²⁵. Esto supuso un cambio radical: la separación de poderes ya no fue una separación pasiva de esferas de atribución entre autoridades, requería una actividad de la Administración como es que configurara su propio derecho, toda vez que su consecuencia directa fue la inaplicación de los artículos 1382-1384 del *Code*. Solo así se concibió que la responsabilidad por la falta, negligencia o error de los *agens du gouvernement* no fuera ni general ni absoluta, sino sometida a las necesidades del servicio¹²⁶. En definitiva, el binomio autorización para procesar y separación de poderes, que durante el Ochocientos había servido para justificar la posición de los tribunales ordinarios y la justicia administrativa, se convirtió, durante el Segundo Imperio, en el cimiento de la especialidad del derecho de la Administración.

A estos elementos se sumó la ya anunciada noción de *service public*¹²⁷, término que fue utilizado por el Consejo de Estado bajo una profunda indeterminación que le servía para expandir continuamente los poderes exorbitantes de la Administración¹²⁸. Desde el *service public*, el Consejo de Estado resolvió el *Arrêt Rotschild*, que determinó la inaplicación de cualesquiera preceptos del derecho privado para todo lo atinente al *servie public*, regulado exclusivamente por normas administrativas y la jurisprudencia elaborada por el propio Consejo de Estado. Sin embargo, tanto el *Arrêt Rotschild* como el Segundo Imperio padecieron lo que Thierry Lentz ha denominado “*la modernité inachevée*”¹²⁹. El Consejo de Estado mantuvo la utilización de la teoría de *l'État débiteur* para asegurar la competencia de la justicia administrativa frente a la amenaza de los tribunales ordinarios, como demostraría el Tribunal de Casación en su *Arrêt de cassation l'administration des postes et Acher*

124 Bigot, *L'autorité judiciaire...* cit., p. 486-487.

125 Sirey, *Recueil général...* cit., II Serie, 1856, pp. 507-509.

126 Sirey, *Recueil général...* cit., II Serie, 1856, p. 509. La separación de poderes fue llevada a cotas superiores, cuando el Consejo de Estado, seis años después, declaró en el *Arrêt Dekeister*, de 6 de agosto de 1861, que se trataba de un principio constitucional.

127 Para un estudio comparado de la noción de *service public*, Quezada Rodríguez, *La noción de servicio...* cit.

128 Bigot, *Ce droit qu'on dit...* cit., p. 36.

129 Lenz, *Napoléon III. La modernité inachevée*.

c. *Brun*, de 1861, en el que se consideró de nuevo competente –frente a la jurisprudencia administrativa– para reparar a los particulares que se consideraran dañados por una actuación de la Administración con inobservancia de las normas administrativas, salvando, eso sí, el reproche de la posible interpretación de los actos administrativos¹³⁰.

Estos cambios gestados durante el Segundo Imperio se situaron en el seno de un Derecho estatalista, configurado tras el fin de la Revolución¹³¹. Si la propiedad vino definida en el *Code*, y se constituyó como el pilar central de la sociedad “burguesa” del Ochocientos, no es menos cierto que su realización y protección se encomendó a la formación de entidades estatales. Así, las transformaciones del Segundo Imperio permitieron desplazar la aplicación del *Code* a la vez que concebían la responsabilidad de la Administración como una garantía frente al cierre de otras vías. El Consejo de Estado, apoyado en las conquistas del Tribunal de Conflictos, ideó un sistema de responsabilidad de la Administración sometido a un derecho de la Administración de construcción jurisprudencial que se sirvió de normas dispersas para acabar formando un todo gracias a la justicia administrativa. La crítica de Albert Venn Dicey solamente fue efectiva a partir de este momento, siendo imposible retrotraerla sin realizar una proyección de lógicas irreconciliables con las expresiones jurídico-institucionales anteriores al Segundo Imperio. Aunque a finales del Ochocientos se compusiera un discurso historicista de este estilo, este tuvo un fin determinado para justificar el régimen administrativo bajo la Tercera República. De igual forma, el salto que supuso el Segundo Imperio diluye la asunción de un modelo francés como elemento estático informador de las reformas administrativas europeas, el cual no puede observarse salvo desde un punto de vista posterior, si es que se busca una separación entre Administración, justicia administrativa y su propio derecho del resto de relaciones ordenadas por el Derecho. A todo ello hay que sumar una consideración dinámica de la dicotomía que nace en aquel siglo entre el derecho público y el privado, la cual, aunque la Administración se convirtió en un poder incontestado a partir del año VIII, estuvo sometida, en parte, a las disputas entre los tribunales¹³².

130 Sirey, *Recueil général...* cit., II Serie, 1855, pp. 265-268.

131 Fioravanti, *Los derechos fundamentales*, pp. 102-106.

132 Mannori, “Justicia y Administración entre...” cit., pp. 137-146.

5. Nueva república y consolidación de una dicotomía (*Arrêt Blanco* 1873)

La justicia administrativa enfrentó una nueva crisis. La derrota francesa en Sedán y Metz ante los ejércitos alemanes y la captura del Emperador en la campaña propició un golpe de Estado a partir del 4 de septiembre de 1870, que disolvió la Asamblea Nacional, instalándose un gobierno provisional (*Gouvernement de la Defense National*) para hacer frente a la invasión y a la Comuna revolucionaria¹³³. El nuevo gobierno, opuesto al legado del Segundo Imperio, decretó el 19 de septiembre la abrogación de la autorización para procesar a los empleados públicos¹³⁴, toda vez que el artículo 1º del Decreto derogó definitivamente el artículo 75 de la Constitución del año VIII¹³⁵.

Terminada la guerra y conformada la Tercera República, el fantasma de la autorización para procesar resurgió durante los debates que dieron lugar a la ley de 24 de mayo de 1872 sobre reorganización del Consejo de Estado (que había sido disuelto también en 1870). La controversia giró en torno al artículo 8, sobre atribuciones del Consejo de Estado (*"toutes les attributions qui étaient conférées à l'ancien Conseil d'État par les lois ou règlements qui n'ont pas été abrogés"*¹³⁶), que hizo temer al diputado Randot la posibilidad de que se reanudara la práctica de la autorización para procesar¹³⁷, a lo que Batbi, miembro de la comisión redactora de la ley, respondió aclarando que únicamente evitaba las posibles derogaciones tacitas revolucionarias, manteniendo solamente derogaciones expresamente realizadas por el *Gouvernement de la Defense National*, como fue la relativa a la autorización para procesar¹³⁸. En

133 Furet, *La Révolution 1770-1880 : De Turgot à Jules Ferry*, pp. 477-489.

134 Según Jean-Louis Mestre, esta disposición tuvo como principal referente el artículo 30 de la Constitución de 1869 por el que se introdujo en el título sobre la garantía de los españoles la prohibición de someter los juicios contra los empleados públicos a ninguna autorización previa (Mestre, "Les juridictions judiciaires et la garantie des fonctionnaires", p. 79); siguiendo a Jean-Louis Mestre, también pudo adoptar ciertas influencias prusianas, donde se abolió el 13 de febrero de 1854, o de la Constitución Belga de 1831 o de los Estados italianos para los que solamente se utilizó en la jurisdicción penal (Mestre, "La Connaissance des droits administratifs étrangers en France entre 1815 et 1869", p. 722).

135 Duvergier, *Collection complète des lois...* cit., tomo LXX, 1870, p. 335.

136 "Todas las atribuciones que estaban conferidas al antiguo Consejo de Estado por las leyes o reglamentos que no han sido derogados [Traducción propia]" (Sirey, *Recueil général...* cit. 1872, p.212).

137 *Ibid.*, p. 212.

138 *Ibid.*, p. 212.

la misma norma se introdujo otra novedad traída por la Tercera República: el Tribunal de Conflictos (artículos 25-28). Jules Dufaure, a la sazón presidente del Consejo de Estado y ministro de justicia, afirmó que el Consejo de Estado poseía las mismas competencias que le dio el artículo 52 de la Constitución del año VIII, había obtenido jurisdicción delegada, excluyéndolo así de la resolución de conflictos de competencias que pasaron al nuevo Tribunal¹³⁹.

En el informe del presidente comenzó a gestarse la lógica que dará lugar a algunos de los mitos fundacionales de la Administración francesa. Para él, las funciones del Consejo de Estado no se cimentaron en el período napoleónico, sino en la ley revolucionaria de 7-14 de octubre de 1790¹⁴⁰. La idea fructificó gracias a los publicistas como Édouard Laferrière (vicepresidente del Consejo de Estado), quienes construyeron la nueva fisonomía del derecho público, en el que no había sitio para una prerrogativa tan esencial como fue la autorización para procesar. En este escenario, la responsabilidad de la Administración fue especialmente relevante para la construcción de los mitos que tendrían por centro el célebre *Arrêt Blanco* del Tribunal de Conflictos (1873)¹⁴¹, en el que suelen fijarse los orígenes de la especialidad del derecho administrativo, la separación entre actos de soberanía y de gestión y la noción de *service public*¹⁴². Sin embargo, esta resolución funcionó más como una síntesis de la jurisprudencia previa del Consejo de Estado, desarrollada durante el Segundo Imperio¹⁴³.

El litigio del *Arrêt Blanco* versó sobre la competencia para conocer de la demanda en *dommage-intérêts* (reclamación de indemnización por daños) de M. Blanco, cuya hija fue atropellada por un vagón de una fábrica de taba-

139 Dufaure, *Compte général des travaux du Conseil d'État*, pp. XXVI-XXVII y Sirey, *Recueil général...* cit., 1872, p. 213.

140 Dufaure, *Compte général...* cit., p. XXVII

141 Bigot, *Ce droit qu'on dit...* cit., pp. 4-11.

142 Para ello ver Chevalier, Jacques, *Le service public*, pp. 9-17, también el célebre estudio de Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, pp. 61-63. Más actualmente para la aproximación a la responsabilidad de la Administración Belrhali, *Responsabilité administrative*, pp. 40-48. Es de gran utilidad el estudio de Jean Rivero sobre Hauriou en el que, tratando la convención del *Arrêt Blanco* como cesura entre dos épocas del derecho público francés, realizó un recorrido por los estudios clásicos sobre la famosa resolución del Tribunal de Conflictos (Rivero, *Hauriou et l'avènement de la notion de service public*, pp. 461-471).

Bigot, *Ce droit qu'on dit...* cit., pp. 26-28.

143 *Ibid.*, pp. 26-28.

co perteneciente a la Administración. En el proceso, el *commissaire du gouvernement*, René David, presentó unas conclusiones con las que el Tribunal construyó su fallo. El *commissaire* pretendía superar simultáneamente la tesis del Tribunal de Casación de aplicación del artículo 1384 del Código –la responsabilidad del Estado equiparada a la de cualquier otro individuo como comitente de sus agentes– y la de *l'État débiteur* del Consejo de Estado, para lo cual desvinculó a la jurisdicción administrativa de cualquier momento imperial. De esta forma, prescindió de la utilización de las tradicionales normas como la Constitución del año VIII para el Consejo de Estado o la ley de 28 de pluvioso del año VIII para los consejos de prefectura, afirmando que la Asamblea Nacional habría dado forma a la justicia administrativa con las leyes de 16-24 de agosto de 1790 y las de 7-11 de septiembre y 7-14 de octubre del mismo año, las cuales, según el *commissaire* habrían instituido una primera instancia de lo contencioso de la Administración en los directores de departamento y distrito¹⁴⁴, como antes que él ya había expuesto ante el Emperador Pierre Jules Baroche cuando ocupó la presidencia del Consejo de Estado. A la par, el Consejo de Estado habría obtenido carácter de tribunal con la ley de 27 de abril-25 de mayo de 1791 por la que podía anular los actos de los agentes¹⁴⁵. Esta genealogía revolucionaria le sirvió para reafirmar la indiscutible competencia de la jurisdicción administrativa para conocer de las reclamaciones en *dommages-intérêts* contra la Administración.

Tras fijar la competencia, David se centró en la normativa aplicable, determinando que la personalidad del Estado era incomparable con cualquier otro sujeto y, por ende, ajena a las disposiciones del *Code*. La novedad residió en la obligatoriedad de los servicios que prestaba, en su objeto, el interés común, y en la magnitud del aparato burocrático (tanto por la cantidad de actividades como por el número de empleados y funcionarios públicos)¹⁴⁶. La conclusión, análoga a la ya obtenida durante el Imperio, fue que la responsabilidad no podía ser ni general ni absoluta, dado que la Administración se debía someter a reglas especiales dependiendo de cada servicio. De este modo, la justicia administrativa se presentó como la única capacitada para conocer un derecho no codificado, sino procedente casi en exclusiva de una profunda construcción jurisprudencial¹⁴⁷.

144 Sirey, *Recueil général...* cit., 1873, p. 155.

145 *Ibid.*, p. 155.

146 *Ibid.*, p. 156.

147 *Ibid.*, p. 156-157.

El Tribunal de Conflictos resolvió el asunto pendiente con su famoso fallo:

“[...] la responsabilité qui peut incomber à l'État, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier; Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés”¹⁴⁸.

Esta resolución, que se introdujo tanto en la competencia como en el fondo, marcó la jurisprudencia que seguirían los tribunales hasta el siglo XX. Según Grégoire Bigot, la decisión tuvo una importante deriva política, en tanto que la aplicación de los artículos del *Code* hubiera limitado el ejercicio de una serie de actos vinculados directamente al ejercicio de soberanía por el Estado¹⁴⁹. Asimismo, el debate doctrinal dejó de referirse a la jurisdicción competente y a la personalidad del Estado para centrarse en la normativa aplicable¹⁵⁰. Así, por ejemplo, Édouard Laferrière, defendió en su *Traité de la juridiction administrative et de recours contentieux* la especialidad de la responsabilidad de la Administración: “La responsabilité pécuniaire de l'administration n'est pas soumise aux mêmes règles que celle des particuliers. Les articles 1382 et 1384 du Code Civil ne lui sont pas textuellement applicables”¹⁵¹. Laferrière añadió al discurso historicista una perspectiva que hacía remontarse a los debates de la elaboración del *Code*, afirmando que sus redactores concibie-

148 “[...] la responsabilidad que puede incumbir al Estado, por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en el servicio público, no puede regirse por los principios que están establecidos en el Código Civil, para las relaciones de particular a particular; que esta responsabilidad no es ni general, ni absoluta; que tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados [Traducción propia]” (Sirey, *Recueil général* ..., cit., 1873, p. 157).

149 Bigot, “La responsabilité de l'administration en France”, p. 13.

150 Aunque excede de nuestra cronología, dentro de este debate todavía a finales de la centuria podemos encontrar a Maurice Hauriou quien se encontraba posicionado junto a la postura del Tribunal de Conflictos (Hauriou, “Les actions en indemnité contre l'État”, pp. 51-65).

151 “La responsabilidad pecuniaria de la administración no está sometida a las mismas reglas que aquella de los particulares. Los artículos 1382 y 1384 del Código Civil no le son textualmente aplicables [la traducción es propia]” Laferrière, *Traité de la juridiction*..., Tomo II, cit. p. 155.

ron como sujeto de la norma al “*homme, c’est le citoyen, le personne privée, individuelle ou collective*”¹⁵². Su intención fue subrayar la separación entre un derecho privado, guiado por el *Code*, y el derecho público, que tendría por objeto las relaciones entre el Estado y los particulares, entre las que destacaba la responsabilidad del primero frente a los segundos. Para él, el *Code* rigió desde su origen las relaciones entre particulares, quedando el Estado excluido, salvo mención expresa¹⁵³, a lo que sumó el carácter absoluto otorgado tanto por la jurisprudencia revolucionaria como por la del Consejo de Estado en relación con la separación entre las responsabilidades de particulares y de la Administración¹⁵⁴. Todo ello obvió las circunstancias en las que se desarrolló la actividad del Consejo de Estado, relacionada con la construcción de un nuevo poder desprendido de las nociones de gobierno de las monarquías premodernas, lo que no incidió inicialmente en la formación de un cuerpo de derecho separado. A lo que se añade que, Laferrière tampoco tomó en cuenta la imposición del *Code* por la jurisdicción ordinaria a la Administración, lo que continuó el primer Tribunal de Conflictos en lo que respecta a las *faits des services*. Para apuntalar la especialidad, Laferrière refundió y confundió lo que de general podía tener la concreta responsabilidad que recaía en torno a los *travaux publics*, que se convirtió en el primer apartado sobre responsabilidad de su *Traité*¹⁵⁵, afirmando la competencia de la justicia administrativa, Laferrière pudo sostener que la responsabilidad, salvo la derivada de los *travaux publics*, solamente podía reclamarse cuando mediara falta, error o negligencia del agente de la Administración (dentro, por supuesto, de un determinado límite que era la noción de *faute lourde* del funcionario¹⁵⁶).

Con todo, la responsabilidad por *travaux publics* siguió actuando como un laboratorio del derecho especial en virtud de la expulsión de todo aquello que el Consejo de Estado consideró parte del *Code* o del Código de Comercio. En líneas muy generales, el Consejo de Estado consideró parte del derecho de la Administración solamente aquello que traía causa de un acto administrativo (por ejemplo, una expropiación). En el *Arrêt Chamboredon* (11 de mayo de 1883), el Consejo de Estado determinó que la reparación de los daños se

152 “El hombre, este es el ciudadano, la persona privada, individual o colectiva [Traducción propia]” (Laferrière, *Traité de la juridiction...* Tomo I, pp. 676-677).

153 *Ibid.*, p. 678.

154 *Ibid.*, p. 678.

155 Laferrière, *Traité de la juridiction...* cit., Tomo II, pp. 156-158.

156 *Ibid.*, p. 155.

derivó de un acto de expropiación y, por lo tanto, fue inaplicable el concepto de daño a la propiedad que la compañía férrea quería utilizar para obtener un resarcimiento¹⁵⁷. Además, este ámbito permitió a los publicistas distinguir entre actos de *puissance publique* (generalmente irresponsables por ser actos que entrañaban la utilización de la soberanía) y de gestión. Por ejemplo, entre los primeros se encontraban aquellos que le otorgaban a la Administración la titularidad de un terreno o servidumbre, frente a un acto de gestión, que sería la ejecución de la obra propiamente dicha, de la que emanaba la responsabilidad¹⁵⁸. La enorme diferencia en las relaciones a través de los *travaux publics* y las nacidas de los litigios entre particulares por la propiedad permitió calificar al dominio de la Administración como un derecho ajeno a la propiedad particular por la facultad extraordinaria de expropiación (acto de *puissance public*) y porque el *travaux public* tenía por objeto la satisfacción del interés común¹⁵⁹.

En definitiva, la actividad del Tribunal de Conflictos, del Consejo de Estado y de los publicistas consolidó la singular responsabilidad de la Administración. Esta se insertó en un amplio derecho público que se separó jurisdiccional y normativamente del derecho privado. De tal manera, que la propia construcción de la responsabilidad, carente de un código para la Administración, se legitimó utilizando como punto de partida la normativa revolucionaria, que terminó insertándose y configurando la dicotomía público-privado.

6. Conclusión

Durante todo el Ochocientos, la Administración francesa, erigida sobre las ideas puestas en planta durante el Consulado y el Primer Imperio, experimentó transformaciones tan profundas que normas fundacionales como la ley de 28 de pluvioso del año VIII devinieron irreconocibles para sus propios redactores. La configuración jurisprudencial y doctrinal de la Administración y su derecho devinieron en una realidad distinta a mediados de la centuria, lo que se manifiesta en la responsabilidad de la Administración: el tránsito desde inmunización de los empleados públicos producida por la autorización para procesar, hasta el deber de indemnización por los actos de gestión, se forjó a

¹⁵⁷ *Recueil d'arrêts...* cit., 1883, pp. 479-484.

¹⁵⁸ Michoud, "De la responsabilité de l'État a raison des fautes de ses agents", cit., pp. 273-274.

¹⁵⁹ Laferrière, *Traité de la juridiction...* Tomo II, cit., pp. 156-157.

través de profundas crisis y del cuestionamiento del poder administrativo. La irresponsabilidad de los empleados y de la Administración respecto de algunos actos y la necesidad de incurrir en culpa (salvo para los *travaux publics*) no se disiparía hasta finales del siglo debido a la cuestión social, la noción de riesgo introducida por el *Arrêt Camen* (1895) y el *Arrêt Tomaso-Greco* (1905) que superó la irresponsabilidad por actos de *puissance publique*¹⁶⁰.

El recorrido realizado fue largo y difícil, dado que fue el resultado de la formulación de la justicia administrativa y de la autorización para procesar, su cuestionamiento durante la Restauración y crisis posteriores, lo que reveló ciertas debilidades del poder administrativo aprovechadas por los tribunales ordinarios en una contienda frente a las pretensiones de Luis XVIII y Carlos X de expandir el poder reglamentario de la Carta (1814). Esta disputa afectó directamente a la justicia administrativa, reduciendo su campo de actuación en asuntos que imponían un deber de indemnización de la Administración, sujeta entonces a los artículos 1382-1384 del *Code*. Esta pugna obligó al Consejo de Estado a reaccionar mediante la formación de instrumentos como el acto administrativo o la teoría de *l'État débiteur*. Ambos se sirvieron para apuntalar una concepción de la separación de poderes (a través de la relectura de normativa revolucionaria), cuyo fin, parcialmente, fue impedir el conocimiento de los tribunales ordinarios de los asuntos sobre responsabilidad de la Administración y convertir al Estado en el centro de imputación de los actos dañosos para los particulares. Sobre todo, tras la creación del primer Tribunal de Conflictos, se perfiló una responsabilidad administrativa que comenzó a distanciarse del derecho privado en cuanto que se objetivó (es decir, se prescindió de la culpa) la derivada de los *travaux publics*, pero a la vez el Tribunal impidió que se configurase un derecho público como un sistema cerrado y separado en tanto que mantuvo la aplicación de los artículos del *Code* para convertir a la Administración en responsable de los actos de sus agentes cometidos por falta, error o negligencia.

Entonces, fue durante el Segundo Imperio cuando se impulsó la especialidad del derecho administrativo desde la responsabilidad de la Administración. La supresión de mecanismos de control eficaces de la Administración (como la responsabilidad ministerial o la prensa) espoleó al Consejo de Estado para configurar un sistema de responsabilidad que, a pesar de con-

160 Para el *Arrêt Camen* ver *Recueil d'arrêts...* cit., 1895, pp. 509-514 y para el *Arrêt Tomaso-Greco*, ver Tessier, *La responsabilité de la puissance publique*, p. 142.

servar ciertos elementos de garantía de los funcionarios (autorización para procesar) y doctrina previa (*État debiteur*), innovó al convertir al Estado en el centro de imputación de una responsabilidad regulada por las normas y jurisprudencia administrativa, lo que llevó a terminar con la separación absoluta entre el derecho privado y el público. Finalmente, este acervo jurisprudencial y doctrinal fue trasladado, tras 1870, al *Arrêt Blanco* de 1873, mediante el cual el Tribunal de Conflictos, a la vez que mantuvo la culpa como causa del deber de indemnizar, desechó definitivamente la aplicación del derecho privado de los actos de gestión que, sin embargo, constituyeron la verdadera actividad de la Administración que se relacionaba con los particulares.

Solo a partir de la formulación doctrinal y jurisprudencial del Segundo Imperio cobraron sentido las críticas de Albert Venn Dicey sobre un sistema normativo completamente diferenciado que regulaba las relaciones entre el Estado con sus agentes y los particulares. Algo similar puede decirse de la tradicional comparación española entre las instituciones administrativas instaladas en 1845 con el poder administrativo francés de 1799. Esta permite observar una oscuridad en nuestros propios planteamientos sobre la formación de la Administración del Ochocientos que fue denunciada por Francisco Tomás y Valiente, cuando se cuestionó aquello que no conocíamos del Estado “liberal”¹⁶¹. Por aquel entonces, la Administración que operaba bajo la Monarquía de Julio no contaba con el adjetivo de exorbitante, ya que la configuración de un derecho separado fue el resultado de la resistencia contra unos tribunales ordinarios que en aquel momento se encontraban en el apogeo de su enfrentamiento con el poder administrativo y, concretamente, contra su justicia, en el que muy particularmente impusieron a la Administración el régimen de responsabilidad común (artículos 1382-1384 del *Code*). Solo a partir del Segundo Imperio y a través de este proceso conflictivo es que podemos hablar de una responsabilidad administrativa propiamente dicha, llegando a consolidarse en el comienzo del último cuarto de la centuria, que no fue *ni générale ni absolue*, sino determinada casuísticamente por la justicia administrativa, terminando por constituir la dicotomía entre derecho público y privado en constante conflicto durante el Ochocientos.

¹⁶¹ Tomás y Valiente, “Lo que no sabemos acerca del Estado liberal (1808-1868)”, pp. 137-146.

Bibliografía

Fuentes

- Aucoc, Léon, *La juridiction administrative et les préjugés*, París, Typographie E. Panckouke, 1864.
- *Conférences sur l'Administration et le droit administratif faites à l'École des ponts et chaussées*, tomo II, París, Libraire des corps des ponts et chaussées et des mines, 1870.
- Bannister, “Quelques usages de l'Angleterre, relativement à la nomination aux emplois publics”, *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, I (1833), pp. 674-679
- “De la responsabilité des Fonctionnaires publics en Angleterre, et des dangers et inconvénients auxquels ils sont exposés”, *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, II (1834), pp. 129-143
- Baroche, Pierre Jules, *Compte Général des Travaux du Conseil d'État depuis le 25 janvier 1852 jusqu'au 31 décembre 1860*, París, Imprimerie Impériale, 1862.
- Berenguer, Alphonse, *De la justice criminelle en France d'après les lois permanentes, les lois d'exception et les doctrines es tribunaux*, París, Imprimerie de C.F. Patris, 1818.
- Bonnin, Charles-Jean, *Principes d'Administration publique*, 2^a Ed., París, Chez Clament, 1809.
- Chateaubriand, *De la Monarchie selon la Charte*, París, Imprimerie de le Normant, 1816.
- Christophle, Albert, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, tomo II, París, A. Maresq Ainé, 1862.
- Constant, Benjamin, *De la responsabilité des ministres*, París : H. Nicolle, 1815.
- Cormenin, *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction sous notre monarchie constitutionnelle*, París, Imprimerie de M. Hérisant Le Douz, 1818.
- *De la responsabilité des agens du gouvernement, et des garanties des citoyens contre les décisions des ministres et du Conseil d'État*, París, Baudouin Frères, 1828.
- Dareste, Rodolphe, *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration*, 1^a Ed., París, Auguste Durand, 1862 [1861].
- Dicey, Albert Venn, *El derecho de la constitución*, Reedición [Traducción de Héctor Domínguez Benito], Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- Dufaure, Jules, *Compte général des travaux du Conseil d'État*, París, Imprimerie nationale, 1878.

- Duvergier, *Collection complète des lois décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-D'État*, París, Chez A. Guyot et scribe.
- Foucart, Emile Victor, *Précis de droit public et administratif, suivi d'une bibliographie indiquant les ouvrages sur le droit administratif*, París, Videcoq Père et Fils, 1841.
- Hauriou, Maurice, "Les actions en indemnité contre l'État", pp. 51-65.
- Loché, Jean-Guillaume, *La législation et la jurisprudence française*, en Sirey, Jean-Baptiste, *Recueil général des lois et des arrêts*, Tomo IX, 2ª Parte, París, Quai de l'Horloge, 1809.
- *Quelques vues sur le Conseil d'État*, París, Chez Gosselin, 1831.
- Macarel, Louis Antoine, *Des tribunaux administratifs, ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, París, 1828.
- Merlin de la Douai, Phillipe-Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Tomo V, 4ª Ed., París : Chez Garnery, 1812.
- Michoud, Léon, "De la responsabilité de l'État a raison des fautes de ses agents", *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, III (1895), pp. 251-285.
- Pansey, Henrion de, *De l'autorité judiciaire en France*, París, Chez Théophile Barrois Père, 1818.
- Portalís, "Discursos prononcé par le C. Portalís, Orateur du gouvernement, *Sur le projet de loi relatif à la publication, aux effets et à l'application des lois en général*, Séance du 23 frimaire an 10", *Corps législatif, Conseil d'Etat, Extrait du registre des délibérations des consuls de la república*, París, Imprimerie nationale, 1801.
- Portiez de l'Oise, *Cours de législation administrative*, Tomo II, París, Chez Garnery, 1808.
- Pradier-Fodéré, Paul, *Précis de droit administratif*, París, A. Marescq Ainé, 1862.
- Portalís, "Discours prononcé par le C. Portalís, Orateur du gouvernement », *Sur le projet de loi relatif à la publication, aux effets et à l'application des lois en général*, Séance du 23 frimaire an 10, París, Imprimerie nationale, an X.
- Recueil d'arrêts du Conseil d'État*, París, Rue d'Anjou-Dauphine.
- Sirey, Jean-Baptiste, *Du Coneil d'Etat selon la Charte constitutionnelle*, París, Cour d u Harlay, 1818.
- Sirey, Jean-Baptiste, *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, Bureaux de l'administration du recueil, París.
- Tessier, George, *La responsabilité de la puissance publique*, París, Paul Dupont, 1906.
- Tocqueville, Alexis de, *La Democracia en América*, Reedición, tomo I, Madrid, Alianza, 2017
- *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Reedición, Madrid, Alianza, 2018.

Obras consultadas

- Barrientos Grandon, Javier, “El oficio y su proyección en el lenguaje de las residencias. “Bueno, recto y limpio juez””, en Andújar, Francisco y Ponce, Pilar (coords.), *Debates sobre la corrupción en el mundo ibérico, siglos XVI-XVIII*, Madrid, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2818, pp. 83-102.
- Belrhali, Hafida, *Responsabilité administrative*, 2ª Ed., París, Lextenso, 2017.
- Bigot, Grégoire, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration*, París, LGDJ, 1999.
- “La responsabilité de l'administration en France. Histoire et théorie”, *Jus politicum*, 8 (2012), pp. 1-17.
 - *L'Administration française. Politique, droit et société (1789-1870)*, Tomo I, 2ª Ed., París, LexisNexis, 2014.
 - *L'Administration française. Politique, droit et société (1870-1944)*, Tomo II, 2ª Ed., París, LexisNexis, 2014.
 - ““La force du gouvernement”: Écritures et réécritures constitutionnelles de l'Administration (1789-1799)”, *Annales Historiques de la Révolution française*, 3 (2017), pp. 19-37.
 - *Ce droit qu'on dit administratif*, 2ª Ed., París, PUF, 2020.
- Cazzeta, Giovanni, *Responsabilità aquiliana frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milán, Giuffrè, 1991.
- Chamochó Cantudo, Miguel Ángel, “Los consejos provinciales: atribuciones contenciosas, procedimiento y sistema de recursos”, en Chamochó Cantudo, Miguel Ángel (dir.), *El nacimiento de la justicia administrativa provincial. De los consejos de prefectura a los consejos provinciales*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 397-426.
- Chapus, René, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, París, Editions La Mémoire du Droit, 2010.
- Chevalier, Jacques, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970.
- *Le service public*, París, Presses universitaires de France, 1987.
- Cruz Villalón, Pedro, “La Constitución de 1808 en perspectiva comparada”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrice Furió Ceriol*, 58/59 (2007), pp. 83-93.
- Díaz Rico, Javier Carlos, *Albert Venn Dicey y la Escuela de Derecho de Oxford (1835-1922)*, Madrid, Dykinson, 2025.
- Domínguez Benito, Héctor, “Historia de un manifiesto. Una introducción al derecho de la constitución de Albert Venn Dicey”, en Dicey, Alber Venn, *El derecho de la constitución*, Reedición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 9-77.

- Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 7ª Ed., [Traducción de Manuel Martínez Neira], Madrid, Trotta, 2016.
- Fernández Torres, Juan Ramón, *Historia legal de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Iustel, 2007.
- Furet, François, *La Révolution 1770-1880 : De Turgot à Jules Ferry*, París, Hachette, 1988.
- García de Enterría Martínez-Carande, Eduardo y Borrajo Inieta, Ignacio, “Estado, Administración y Derecho administrativo en España”, en Bogdandy, Armin von y Mir Puigpelat, Oriol (aut.), *El derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 127-195.
- Guglielmi, Gille J., *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française*, París, LDPJ, 1991.
- Halperin, Jean-Louis, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987.
- Halpérin, Jean-Louis, *Le Code Civil*, París, Dalloz, 1996.
- “Locré, Jean-Guillaume”, en Arabeyre, Patrick, Halpérin, Jean-Louis y Krynen, Jacques (dirs.), *Dictionnaire historique des juristes françaises XIIe-XXe siècle*, 2ª Ed, París, PUF, 2015, p. 671.
- Jordana de Pozas, Luis, *El Consejo de Estado español y las influencias francesas a lo largo de su evolución*, Madrid, Consejo de Estado, 1953.
- Lacchè, Luigi, *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento*, Milán, Giuffrè Editore, 1995.
- Lenz, Thierry, *Napoléon III. La modernité inachevée*, París, Perrin/Bibliothèque Nationale de France, 2022.
- López Herraiz, Pedro Luis, “En torno a la obra de Pierre Rosanvallon y el liberalismo doctrinario francés: un autor y un tema para la historiografía del constitucionalismo”, *Anuario de historia del derecho español*, 86 (2016), pp. 865-885.
- Lorente, Marta, “Justicia desconstitucionalizada, España, 1834-1868”, en Lorente Sariñena (dir.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Cuadernos de derecho judicial (num. 6), 2006, pp.243-286.
- “Un día en la vida del centauro liberal (libertad de los modernos vs. jurisdicción administrativa en la restauración francesa, 1814-1830)”, *Historia y política: ideas, procesos y movimientos sociales*, 22 (2009), pp. 15-40.
- Lorente Sariñena, Marta y Garriga Acosta, Carlos Antonio, “Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la administración (1812-1845): Una propuesta de revisión”, en Portillo Valdés, José María y Iñurritegui Rodríguez, José María (eds.), *Constitución en España: orígenes y destinos*, Madrid, CEPyC, 1998, pp. 215-272.

- Lorente Sariñena, Marta y Portillo Valdés, José María (dirs.), *El momento gaditano. La constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*, Madrid, Congreso de los diputados, 2011.
- Luque Reina, Antonio, “Otra historia de “lo contencioso-administrativo” en España: alteridad y discontinuidad entre la monarquía católica y el Estado administrativo (1812-1845)”, *Revista de Derecho Público: teoría y método*, 1.6 (2022), pp. 93-113.
- Mannori, Luca, “Justicia y Administración entre Antiguo y Nuevo Régimen”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15 (2007), pp. 125-146.
- Mannori, Luca y Sordi, Bernardo, *Storia del diritto amministrativo*, 2ª Ed., Milán, Editori Laterza, 2003.
- “Science of Administration and Administrative Law”, en Pattaro, Enrico; Canale, Damiano; Grossi, Paolo; Hofmann, Hasso y Riley, Patric (eds.) *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, Dordrecht, Springer, 2009, pp. 225-261.
- Medina Alcoz, Luis, *Historia del derecho administrativo español*, Madrid, Marcial Pons, 2022.
- Mestre, Jean-Louis, “La Connaissance des droits administratifs étrangers en France entre 1815 et 1869”, *Annuaire européen d’administration*, 8 (1985), pp. 711-729.
- “Les juridictions judiciaires et la garantie des fonctionnaires”, *Revue de la Recherche juridique*, 1 (1990), pp. 77-92.
- Nieto García, Alejandro, “Influencias extranjeras en la evolución de la ciencia española del Derecho administrativo”, *Anales de la Facultad de Derecho de La Laguna*, 3, 1 (1965), pp. 43-68.
- “Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España”, *Revista de Administración Pública*, 50 (1966), pp. 27-50.
- *Estudios históricos sobre Administración y derecho administrativo*, Madrid, INAP, 1986.
- *Los primeros pasos del Estado constitucional*, Barcelona, Ariel, 1996.
- Pacteau, Bernard, *Le Conseil d’État et la fondation de la justice administrative française au XIXe siècle*, París, PUF, 2002.
- Quezada Rodríguez, Flavio, *La noción de servicio público. Historia comparada de su formación en el Derecho chileno, español y francés*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Pons, 2024.
- Rivero, Jean, *Hauriou et l’avènement de la notion de service public*, pp. 461-471.
- Solla, Julia, *La discreta práctica de la disciplina. La Construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España 1834-1870*, Madrid, Dykinson, 2011.

- Rosanvallon, Pierre, *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, París, Editions du Seuil, 1990.
- Sordi, Bernardo, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogía storica*, Bologna, Il Mulino, 2020.
- Tomás y Valiente, Francisco, “Lo que no sabemos acerca del Estado liberal (1808-1868)”, en VV.AA., *Antiguo Régimen y liberalismo: homenaje a Miguel Artola*, Vol. I, Madrid, Alianza, 1994, pp. 137-146.

