



HAL
open science

Protección de las libertades fundamentales mediante el procedimiento de référé-liberté

Olivier Le Bot

► **To cite this version:**

Olivier Le Bot. Protección de las libertades fundamentales mediante el procedimiento de référé-liberté.
Law. Aix Marseille University, 2006. Español. NNT : . tel-04223224

HAL Id: tel-04223224

<https://hal.science/tel-04223224>

Submitted on 29 Sep 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Protección de las libertades fundamentales

mediante el procedimiento

de référé-liberté

Olivier LE BOT

PhD

Aix-Marseille university

ADVERTENCIA : esta versión es una traducción automática, en inglés, del doctorado presentado en 2006 en la Universidad de Aix-Marsella.

Tabla de abreviaturas

IEAP	Anuario Europeo de Administración Pública
AJFP	Actualidad jurídica - función pública
AJJC	Anuario Internacional de Justicia Constitucional
Asno.	Reunión
AJDA	Actualidad jurídica - Derecho administrativo
ODA	Archivos de filosofía jurídica
BJCL	Boletín jurídico para las autoridades locales
BJDCP	Boletín Jurídico sobre Contratos Públicos
BJDU	Bulletin juridique de droit de l'urbanisme
Toros.	Boletín de sentencias del Tribunal de Casación
CAA	Tribunal Administrativo de Apelación
Ccass	Tribunal de Casación
CC	Consejo Constitucional
CE	Consejo de Estado
Chron.	Crónica
Civ.	Sala de lo Civil del Tribunal de Casación
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
Coll. ter	Administración local - Intercomunalidad
Com.	Sala de lo Mercantil del Tribunal de Casación
Concl.	Conclusiones
Contras.	Considere
Constr. urb.	Construcción y urbanismo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz (sólo en francés)
Com. electr.	Comunicación y comercio electrónico
CRDF	Derechos fundamentales Documentos de investigación
D.P.	Recueil Dalloz
Dr. Adm.	Derecho administrativo
DH	Semanario Dalloz
DP	Periódico Dalloz
Dr. Soc.	Derecho laboral
EDCE	Estudios y documentos del Consejo de Estado
GAJA	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 13 ^{ème} ed, Dalloz, 2001 (M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS)
GDCC	Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 12 ^{ème} ed., Dalloz, 2003 (L. FAVOREU, L. PHILIP)
GP	Gaceta del Palacio

JCP G	Juris-classeur périodique (Semaine juridique), edición general
JCP A	Juris-classeur périodique (Semaine juridique), Edición Administraciones y entes locales
Jcl.	Jurisclasseur
JO	Diario Oficial
Lebon T.	Cuadros anuales del Recueil <i>Lebon</i>
LPA	Pequeños carteles
Ord.	Pida
RA	Revisión administrativa
Rec.	Compendio de decisiones del Consejo Constitucional
RDI	Revista de Derecho inmobiliario
RDSS	Revista de Derecho Sanitario y Social
RDP	Revista de Derecho Público y Ciencia Política
REDP	Revista Europea de Derecho Público
RFAP	Revista francesa de administración pública
RFDA	Revista Francesa de Derecho Administrativo
RFDC	Revista Francesa de Derecho Constitucional
RGCT	Revista general de colectividades territoriales
RGDM	Revisión general del derecho médico
RIDC	Revista Internacional de Derecho Comparado
RJDA	Revisión de la jurisprudencia de Derecho mercantil
RJE	Revista de Derecho Ambiental
RRJ	Revisión de la investigación jurídica - Prospectiva jurídica
RTDCiv	Revista trimestral de derecho civil
RTDE	Revista trimestral de Derecho europeo
RTDH	Revisión trimestral de los derechos humanos
RUDH	Examen Universal de los Derechos Humanos
S.	Sirey
SC	Resúmenes comentados
Sector.	Sección
Soc.	Sala de lo Social del Tribunal de Casación
TA	Tribunal administrativo
TC	Tribunal de Conflictos
TGI	Tribunal Supremo

Introducción

*"En las complejas relaciones que se desarrollan entre la Administración y los ciudadanos hay lugar para el conflicto. En este sentido, el Estado de Derecho es aquel que no deja su resolución a las intervenciones del más fuerte o del más ingenioso. Es el Estado el que establece procedimientos destinados a llevar esos conflictos a una conclusión que no sólo responda a las exigencias de la legalidad, sino que tenga también las virtudes de la sencillez, la rapidez y la eficacia"*¹.

1. "En el ámbito de la protección de los derechos fundamentales por los tribunales administrativos, la historia distinguirá quizás dos épocas: la antigua y la nueva, es decir, antes y después de la reforma del procedimiento administrativo sumario (...)"². La idea de una división histórica a la que se refiere el Presidente Vandermeeren tiene su origen en el artículo 6 de la Ley de 30 de junio de 2000, que introdujo la siguiente disposición en el Código de Justicia Administrativa :⁴

"Artículo L 521-2. Previa petición justificada por la urgencia del asunto, el juez de medidas provisionales podrá ordenar las medidas necesarias para salvaguardar una libertad fundamental que haya sido violada de forma grave y manifiestamente ilegal por una persona jurídica de derecho público o un organismo de derecho privado encargado de la gestión de un servicio público, en el ejercicio de sus competencias. El juez de medidas provisionales se pronunciará en un plazo de cuarenta y ocho horas".

Con esta disposición, el legislador introdujo un procedimiento original y totalmente nuevo para proteger las libertades fundamentales frente a los actos y actuaciones de las autoridades públicas. Este recurso jurídico, que denominaremos *référé-liberté* o *référé-liberté fondamentale*⁵ está en vigor desde el 1^{er} de enero de 2001, fecha en la que entraron en vigor simultáneamente las disposiciones del Código de Justicia Administrativa y las de la Ley de 30 de

1 F. DELPEREE, "Contrôle juridictionnel et nouvelles protections", *AEAP* 1983/VI, p. 255.

2 R. VANDERMEEREN, "La réforme du référé administratif", en *Regards critiques sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1999 et 2000* (G. LEBRETON dir.), L'Harmattan, 2002, p. 143.

3 Ley n° 2000-597 de 30 de junio de 2000 *sobre el procedimiento sumario ante los tribunales administrativos*, DO 1^{er} de julio de 2000, p. 9948. Esta ley fue completada por el decreto de aplicación n° 2000-1115 de 22 de noviembre de 2000, DO 23 de noviembre de 2000, p. 18611. El gran número de comentarios dedicados a esta reforma atestigua su extrema importancia. Sobre el proyecto de ley, véase M.-C. ROUAULT, "Le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives : un pas vers l'institution d'un véritable juge administratif de l'urgence", *LPA* 3 de agosto de 1999, n° 153, pp. 9-18; O. DUGRIP, "Le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives : la réforme des procédures d'urgence", *JCP G* 1999, Act, pp. 2281-2283; S. DEYGAS, "La loi sur les référés administratifs. Une réforme attendue et redoutée", *Procédures* 1999, chron. n° 8; F. THIRIEZ, "Le projet de loi relatif aux procédures d'urgence devant le juge administratif des référés", *LPA* 21 avril 1999, n° 79, pp. 4-7; J.-M. FEVRIER, "Un projet de loi sur les procédures d'urgence", *Dr. adm.* 1999, comm. n° 203; S. DEYGAS, "De nouveaux pouvoirs pour le juge des référés administratifs", *Procédures* 2000, comm. n° 193. ID, "Publication du décret d'application sur les référés administratifs", *Procédures* 2001, chron. n° 1. Sobre la ley en sí, véase M. FOULETIER, "La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", *RFDA* 2000, pp. 963-983; B. PACTEAU, "Vu de l'intérieur : loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire", *RFDA* 2000, pp. 959-962; C. BOITEAU, "Le référé devant les juridictions administratives", *JCP G* 2001, Act. n° 2, pp. 53-55; M.-C. ROUAULT, "La loi du 30 juin 2000 : un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif", *D.* 2001, pp. 398-403; S. DEYGAS, "Publications du décret d'application sur les référés administratifs", *Procédures* 2001, chron. n° 1; J.-R. ETCHEGARAY, "La réforme des procédures d'urgence : le nouveau juge des référés administratifs est-il arrivé ?", *Constr. urb.* 2001, chron. n° 1; I. MONTEILLET, "La réforme des pouvoirs du juge administratif face à l'urgence", *GP* 2000, 1, pp. 1517-1521; R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, pp. 706-721; C. MORLOT-DEHAN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *LPA* 4 de septiembre de 2000, n° 176, pp. 4-11; X. BRAUD, "Commentaire partiel de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", *RJE* 2000, pp. 575-594; Y. MARCHAND, "Le nouveau référé administratif: un danger pour l'intérêt général", *RGCT* 2000, pp. 89-91; C. CLEMENT, "Le juge administratif des référés : un véritable juge de l'urgence après la loi du 30 juin 2000", *LPA* 10 de agosto de 2000, n° 159, pp. 6-11; P. BOULISSET, "Commentaire de la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", *Annales des loyers* 2000, pp. 12-27; J.-M. FAVRET, "Les procédures d'urgence devant le juge administratif après la loi du 30 juin 2000", *Dr. adm.* 2000, chron. n° 11.

4 Sustituyendo a los textos dispersos que regían el procedimiento contencioso administrativo antes de su adopción, el Código de Justicia Administrativa reúne en un conjunto claro y ordenado las normas generales de procedimiento aplicables a los tribunales administrativos de derecho común. La parte legislativa fue promulgada por la Orden 2000-387 de 4 de mayo de 2000 y la parte reglamentaria por los Decretos 2000-388 y 389 de la misma fecha. Esta orden fue ratificada por el artículo 31 de la ley n° 2003-591 de 2 de julio de 2003 que habilita al Gobierno a simplificar la ley (*JO* 3 de julio de 2003, p. 11192). Para una presentación del nuevo código, véase R. CHAPUS, "Lecture du code de justice administrative", *RFDA* 2000, pp. 929-939, y J. ARRIGHI DE CASANOVA, "Le code de justice administrative", *AJDA* 2000, pp. 639-643.

5 Véase el artículo 34.

junio de 2006 . Tras exponer las razones de su creación y las etapas que la componen, conviene examinar la contribución, el papel y las características del procedimiento previsto en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa.

I. Motivos de su adopción

2. ¿Por qué, a finales del siglo XX^e, contamos con un procedimiento rápido de protección de las libertades? ¿Por qué se creó este procedimiento, y precisamente en ese momento?
3. En primer lugar, hay que señalar que la creación del procedimiento *référé-liberté* no era una *obligación del legislador*. En efecto, ninguna norma supralegislativa obliga a las autoridades francesas a instaurar un procedimiento de urgencia específicamente dedicado a salvaguardar las libertades. Como señala el Sr. Andriantsimbazovina, "ningún texto o principio de Derecho nacional exige el establecimiento de un medio específico de protección de los derechos fundamentales garantizados por el Derecho internacional y europeo. Del mismo modo, en Derecho internacional y europeo, ni los textos ni la jurisprudencia de los órganos de protección establecen tal exigencia"⁷. Si bien el Consejo Constitucional ha establecido el derecho a un recurso judicial efectivo como norma de valor constitucional⁸, no ha impuesto en modo alguno la introducción de un recurso específico en caso de vulneración de una libertad. Además, tal como se concibe en la jurisprudencia constitucional, la posibilidad de ejercer un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional no se limita únicamente a los derechos y libertades constitucionales, sino que afecta a todas las normas jurídicas sin hacer distinción alguna en función de su naturaleza o valor jurídico. La situación en los instrumentos internacionales y europeos es diferente en este punto, ya que el derecho a un recurso está expresamente previsto en caso de violación de los derechos y libertades protegidos por estos textos. Tomando como modelo el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁹ y el artículo 2.3.a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰, el artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que "Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo ante una instancia nacional, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales". Los órganos de protección del Pacto Internacional y del Convenio Europeo reconocen que los Estados contratantes gozan de cierto grado de discrecionalidad en cuanto a la forma en que cumplen sus obligaciones a este respecto¹¹. En particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que el artículo 13 del Convenio Europeo "no llega a exigir (...) una forma particular de recurso"¹². Los órganos del Consejo de Europa no han añadido ni propugnado nada a este respecto. El 13 de septiembre de 1989, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó una resolución sobre la tutela judicial provisional contra actos administrativos. Este texto, que en cualquier caso no es vinculante, no establece la exigencia de instituir un procedimiento específicamente dedicado a la protección de las

6 Inicialmente estaba previsto que la ley sobre los procedimientos sumarios ante los tribunales administrativos entrara en vigor con el decreto de aplicación "y a más tardar al expirar un plazo de seis meses a partir de su publicación" (artículo 21 del proyecto de ley 269). No se había estudiado su articulación con el Código en curso de elaboración. Tras la publicación, el 4 de mayo de 2000, de la Ordenanza sobre el Código de Justicia Administrativa, se planteó la cuestión de la coordinación entre ambos textos. La comisión mixta, reunida el 7 de junio de 2000, decidió integrar las disposiciones del proyecto de ley en el nuevo código. En consecuencia, codificó las disposiciones relativas al procedimiento sumario y cambió la numeración del Código de Justicia Administrativa. Esta elección condujo lógicamente a una coincidencia en la fecha de aplicación de los dos textos, que se han vuelto indisolubles. Así pues, el artículo 30 de la ley de 30 de junio de 2000 preveía su entrada en vigor "el mismo día que la orden n° 2000-387 de 4 de mayo de 2000 relativa a la parte dispositiva del Código de justicia administrativa", es decir, el 1^{er} de enero de 2001.

7 J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, "L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de "fondamentalité"", *RFD* 2002, p. 133.

8 Véase el apartado 18.

9 "Toda persona tiene derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces o tribunales nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley".

10 "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen... a garantizar a toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados, la concesión de un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales".

11 véase P. MERTENS, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, Bruselas, ediciones de la Universidad de Bruselas, 1973, 161 p.

12 TEDH, 27 de septiembre de 1999, *Smith y Grady c/ Reino Unido*, Rec. 1999-6, §135. Véase también A. DRZEMCZEWSKI y C. GIAKOPOPOULOS, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (L. PETITTI dir.), 2^{ème} ed, Economica, 1999, p. 467.

libertades¹³ como hace, por ejemplo, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴. Por último, por lo que se refiere al Derecho comunitario, ni los Tratados ni el Derecho derivado han exigido a los Estados miembros que establezcan procedimientos de urgencia específicos para la protección de los derechos y libertades calificados de fundamentales por el Tribunal de Justicia.

El Derecho comunitario y europeo tampoco ha ejercido *presión alguna para la creación* de dicho procedimiento¹⁵. En la medida en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no tiene en cuenta la existencia de un procedimiento de urgencia al analizar la razonabilidad del plazo¹⁶, las condenas dictadas sobre esta base¹⁷ no exigían en modo alguno la mejora de estos procedimientos. Por otra parte, dado que los mecanismos tradicionales de procedimiento sumario y suspendido se ajustan al Convenio Europeo, que es la norma mínima¹⁸, el Tribunal Europeo no exigió ninguna mejora en este punto. En efecto, como señaló el profesor Sermet, "es poco probable que el Convenio tenga alguna incidencia (...) cuando el contencioso administrativo ofrece garantías procesales superiores"¹⁹. Por último, el Derecho comunitario no ha fomentado, ni a través de sus textos ni de su jurisprudencia, la creación del procedimiento *référé-liberté*.

Por lo tanto, el legislador decidió crear este procedimiento sin ningún imperativo estrictamente jurídico. Por otra parte, el informe del grupo de trabajo que preparó la reforma del procedimiento sumario no menciona en absoluto la influencia que pudieron tener determinadas fuentes supralegislativas. No desempeñaron un papel directo en la creación del procedimiento sumario²⁰. Las razones que llevaron a la introducción de este

13 Resolución n° R (89) 8 de 13 de septiembre de 1989. El texto de la resolución puede consultarse en el sitio web del Consejo de Europa (www.coe.int). También se reproduce íntegramente en M. LEROY, *Contentieux administratif*, 2^{ème} ed, Bruylant, 2000, pp. 675-676.

14 El artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que "Toda persona tiene derecho a un *recurso sencillo y rápido* o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

15 Y ello a pesar de que tuvieron una influencia decisiva en el desarrollo del procedimiento contencioso administrativo en los años noventa. Por lo que se refiere al Derecho europeo, las principales innovaciones procesales se refieren a la aplicación del apartado 1 del artículo 6 del Convenio y, en menor medida, del artículo 13 (véase, en particular, S. GUINCHARD, "Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire", en *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, pp. 1135-1211; L. SERMET, *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français*, Bruylant, 1996, 450 p.). El Derecho comunitario también ha fomentado la modernización del contencioso administrativo, en particular en el ámbito de los procedimientos de urgencia. Las Directivas "Recursos", al obligar a los Estados miembros a organizar recursos "eficaces y rápidos" en beneficio de los licitadores que se consideren ilegalmente excluidos de un procedimiento de contratación pública (Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, *relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras*, 3^{ème} considerando, DOCE L 395 de 30 de diciembre de 1989, p. 33), son directamente responsables de la creación, en Derecho francés, del procedimiento de remisión precontractual. Por otra parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas contribuyó al desarrollo de los poderes de urgencia del juez administrativo al afirmar que el juez interno no puede verse impedido por su Derecho nacional de suspender el acto estatal presuntamente incompatible con el Derecho comunitario (SIJCE de 19 de junio de 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, *Rec. p. I-1990*, p. 2494) y permitiéndole conceder la suspensión de la ejecución de un acto nacional adoptado sobre la base de un acto comunitario cuya validez se impugna (IJCE, 21 de febrero de 1991, *Zuckerfabrik*, aff. C 143/88 y C-92/89, *Rec. p. I-1991*, p. 415). Cf. J. Cavallini, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, Bruylant, 1995, 527 p.; J. Schwarzze (ed.), *Le droit administratif sous l'influence de l'Europe. Une étude sur la convergence des ordres juridiques nationaux dans l'Union européenne*, Bruylant, 1996, en particular el informe francés de J.-F. FLAUSS, pp. 81-85; G. MARCOU, "Intégration juridique et logiques nationales", en *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergences* (G. MARCOU dir.), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1995, pp. 11-62; C. DEBOUY, "Intégration communautaire et pratique procédurale du juge administratif français", *JCP G* 1992, I, 3616; J.-F. FLAUSS, "L'influence du droit communautaire sur le droit administratif français", *LPA* 9 de enero de 1995, n° 4, pp. 4-16 (1^{ère} parte), y 16 de enero de 1995, n° 7, pp. 4-17 (2^{nde} parte); B. LE BAUT-FERRARESE, "Le droit communautaire à la recherche d'un juge administratif français de l'urgence", en *Référé et droit communautaire*, Les cahiers du CRDE n° 1, abril de 1999, Université Jean Moulin Lyon III, pp. 39-72.

16 Los retrasos en los procedimientos sobre el fondo se penalizarán sobre la base del apartado 1 del artículo 6, a pesar de la concesión de un anticipo (TEDH, 19 de marzo de 2002, *Goubert y Labbe contra Francia*, n° 49622/99) o de una suspensión de la ejecución (TEDH, 16 de abril de 2002, *Ouendeno contra Francia*, n° 49622/99).

17 La lentitud de la justicia administrativa ha llevado a Francia a ser condenada en numerosas ocasiones por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por rebasar el plazo razonable de enjuiciamiento. La primera fue la sentencia de 24 de octubre de 1989, *H. c. Francia*, serie A, n° 162. Véase J.-M. Lemoyne de Forges, "La lenteur de la justice administrative et les droits de l'homme", *Administration* 1990, n° 46, pp. 120-122.

18 Estos mecanismos iban incluso más allá de la norma mínima resultante del Convenio. Cf. S. PERDU, *Le déroulement du procès administratif à l'épreuve des droits européen, constitutionnel et judiciaire*, thèse Pau, 2002, pp. 57-72.

19 L. SERMET, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français*, thèse Aix-en-Provence 1994, p. 477.

20 No obstante, han desempeñado un papel *indirecto en el fomento* de la difusión de las ideas del Estado de Derecho, la eficacia de la sanción judicial y la garantía concreta y efectiva de las libertades. Véase el apartado 18.

procedimiento no son estrictamente, ni siquiera principalmente, jurídicas.

4. Si el Conseil d'Etat y el legislador deseaban esta reforma, era sobre todo para responder a una necesidad de protección judicial expresada por los justiciables en los casos en que los poderes públicos atentan gravemente contra las libertades. Esta necesidad se sentía desde hacía mucho tiempo, pero no se había encontrado ninguna solución. La razón por la que este procedimiento vio la luz en 2000 y no antes fue que aún no se reunían las condiciones para su introducción. La evolución de los años ochenta y noventa hizo *posible y más urgente la creación de un procedimiento de urgencia para salvaguardar las libertades*. La creación de tal recurso jurídico respondía a una necesidad. A finales del siglo XX^e se daban las condiciones para su advenimiento.

A. Una necesidad insatisfecha de protección judicial

5. A menudo se afirma que el sistema référé-liberté se creó para poner fin al desvío de los contenciosos administrativos relativos a las libertades por los tribunales. En realidad, éste sólo era un objetivo secundario para los autores de la reforma de 30 de junio de 2000. De hecho, el objetivo primordial de la introducción de este procedimiento era responder a las necesidades expresadas por los litigantes en materia de protección urgente de las libertades. Las expectativas eran elevadas, como lo demuestra el número anormalmente elevado de casos remitidos a los tribunales por agresión con lesiones. Al remediar las deficiencias del procedimiento contencioso administrativo en este punto, la référé-liberté pretendía sin duda actuar sobre este fenómeno y contribuir a ponerle fin. Sin embargo, se trataba de un *efecto* de la reforma y no de su *finalidad misma*.

Durante más de un siglo, las insuficiencias del contencioso administrativo en materia de protección urgente de las libertades habían llevado a los litigantes a recurrir a los tribunales sobre la base distorsionada de la vía de hecho. Se trataba de un ámbito contencioso del que los tribunales administrativos eran incapaces de ocuparse, y de una deficiencia importante que era necesario subsanar.

1. La impotencia de la justicia administrativa

6. Los litigios en materia de libertades públicas son especialmente sensibles al paso del tiempo. Muy a menudo, el acto o la acción de una autoridad pública agotará, en un plazo muy breve, sus efectos o tendrá un efecto duradero e irreversible sobre la situación del demandante. Este tipo de litigios requiere, por tanto, una respuesta judicial inmediata que, por mucho que se empeñe y quiera, el juez del fondo claramente no puede proporcionar. No sólo el recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa no tiene efectos suspensivos²¹, sino que las normas procesales que rigen la instrucción y la resolución de los litigios hacen imposible que un tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto en un plazo inferior a un año²². A pesar de

21 Como señalaba el profesor Rivero a su célebre Hurón, "la sabiduría del legislador no ha querido conceder efectos suspensivos al recurso; no corresponde, pues, al juez detener el brazo de la Administración cuando está ejecutando; es después del hecho cuando interviene su temida censura" (J. RIVERO, "Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir", *D.* 1962, chron. p. 37). En efecto, para dar a la administración la seguridad jurídica indispensable a su acción, el juez reconoce un privilegio fundamental: el privilegio de la prejudicialidad, que presume la legalidad de sus decisiones. Salvo en algunos casos específicos, la remisión al juez no suspende los efectos de la decisión impugnada. A pesar de la interposición de un recurso, la decisión sigue teniendo efectos sobre la situación del constituyente. En ciertos casos, esta regla puede volverse "formidable para los ciudadanos" (R.-G. Schwartzberg, *L'autorité de chose décidée*, LGDJ, 1969, p. 91) y "privarles de sus derechos esenciales si la decisión impugnada produce todos sus efectos antes de ser anulada" (O. Dugrip, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, Les grandes thèses du droit français, 1991, p. 14).

22 Sin embargo, ha habido casos excepcionales en los que los tribunales administrativos han actuado con gran rapidez cuando las libertades estaban en juego. Por ejemplo, durante la campaña electoral para las elecciones legislativas de 1993, el Conseil d'Etat examinó en dos días la legalidad de una decisión del Conseil supérieur de l'audiovisuel que prohibía a un partido político difundir un mensaje televisivo (CE, Secc., 26 de marzo de 1993, *Parti des travailleurs*, *Lebon* p. 87; véase también, para una intervención en 48 horas en un contencioso electoral: CE, 28 de mayo de 1979, *Ministre de l'Intérieur c/ R.U.C.*, *Lebon* p. 243). En la sentencia *Galdéano*, el Conseil se pronunció el 26 de septiembre de 1984, tras una vista contradictoria y un intercambio de escritos de las partes, sobre la solicitud presentada por un nacional español contra un decreto de 23 de agosto de 1984 por el que se concedía su extradición a las autoridades españolas (CE, Ass., 26 de septiembre de 1984, *Galdéano*, *Lebon* p. 308). Comentando la decisión *Galdéano*, el Presidente Genevois declaró que "Es un buen ejemplo de lo que podría ser un procedimiento de 'référé-liberté' en materia de libertades públicas" (B. Genevois, *Intervention au*

los esfuerzos históricos del Consejo de Estado por garantizar que la administración cumpla la ley²³ y de su determinación de censurar las decisiones que vulneran ilegalmente las libertades²⁴, la intervención del tribunal de primera instancia en este ámbito casi siempre es tardía y, por tanto, ineficaz²⁵. La lentitud de la propia justicia administrativa, analizada y criticada en numerosas ocasiones²⁶, no tiene la culpa de estas situaciones. De hecho, aunque las decisiones se dictaran con mayor celeridad, seguiría siendo necesaria una intervención judicial inmediata en los casos de vulneración grave de las libertades. Incluso si el juez pudiera pronunciarse en plazos razonables, éstos seguirían siendo demasiado largos en tales situaciones. La necesidad de intervención se mide en días, no en años ni siquiera en meses. Cuando se vulnera gravemente una libertad, "es con extrema urgencia que, al igual que los servicios de urgencia, la justicia administrativa debe poder intervenir (...)"²⁷. En tales casos, los tribunales deben disponer de procedimientos de urgencia que les permitan acudir muy rápidamente en ayuda de los justiciables.

7. En este punto, la situación del procedimiento contencioso administrativo era especialmente insatisfactoria, ya que el tribunal administrativo no disponía ni del procedimiento adaptado a una intervención rápida ni de las competencias para reaccionar enérgicamente ante una infracción. A falta de un mecanismo específico de protección urgente de las libertades por el tribunal administrativo, había que recurrir a los mecanismos tradicionales de suspensión de la ejecución y de procedimiento sumario. Estos dos procedimientos, que constituían el "talón de Aquiles del contencioso administrativo"²⁸, no podían producir un resultado satisfactorio para el ciudadano víctima de una vulneración de sus libertades.

En primer lugar, la suspensión otorgaba al tribunal la facultad de suspender la ejecución de una resolución contra la que se hubiera interpuesto un recurso sobre el fondo a la espera de que el tribunal que conociera del recurso principal se pronunciara sobre dicho recurso. Tal como fue concebido por el legislador y aplicado por los tribunales, este procedimiento tenía tres limitaciones. En primer lugar, la solicitud de suspensión sólo podía formularse contra una resolución administrativa ejecutiva, lo que excluía de su ámbito de aplicación las solicitudes

débat, en *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, colloque des 21 et 22 janvier 1988, LGDJ Montchrestien, 1988, p. 451).

23 Como ha señalado Prosper Weil, "el juez administrativo ha utilizado su libertad de acción en relación con el derecho civil, no para restringir al individuo en favor de la acción administrativa, sino para limitar y controlar esta última con el fin de proteger al ciudadano frente a la autoridad" (P. WEIL, "Les techniques de protection des libertés publiques en droit français", en *Mélanges Marcel Bridel*, Imprimeries réunies S.A., 1968, p. 622). A fuerza de audacia calculada y de progresos medidos, el Conseil d'Etat ha conseguido que la administración se someta a la ley y se oponga al respeto de las libertades.

24 Su historia está jalonada de importantes sentencias en las que el juez administrativo establece los principios que protegen las libertades y anula los actos administrativos que los contravienen. La famosa sentencia *Benjamin* es sin duda uno de los ejemplos más emblemáticos de esta jurisprudencia. En esta decisión, el Conseil estableció el requisito de que la violación de las libertades debe ser lo menos grave posible en relación con el objetivo de salvaguardar el orden público. El asunto se refería a la decisión del alcalde de Nevers de prohibir a René Benjamin dar una conferencia en su municipio. Las controvertidas opiniones políticas del conferenciante habían llevado al ejecutivo local, asustado ante la perspectiva de manifestaciones, a prohibir el acto. Esta decisión fue anulada por constituir una vulneración excesiva de la libertad de reunión. En opinión del Consejo, la posibilidad de disturbios alegada por el alcalde de Nevers "no era tan grave como para no poder, sin prohibir la conferencia, mantener el orden mediante la promulgación de las medidas policiales que estaba obligado a adoptar" (CE, 19 de mayo de 1933, *Benjamin, Lebon* p. 541, *G.A.J.A* n° 49).

25 En el asunto *Benjamin* antes citado, el demandante obtuvo efectivamente la anulación de la decisión por la que el alcalde de Nevers le había prohibido ilegalmente celebrar una conferencia en su municipio. Sin embargo, no obtuvo esta decisión favorable hasta el 19 de mayo de 1933, aunque la conferencia prevista debía celebrarse el 11 de marzo de 1930, es decir, tres años antes. Además de la satisfacción moral y puramente platónica que debió sentir el orador impedido, sólo recibió una compensación económica, que le fue concedida por una resolución del Conseil d'Etat de 3 de abril de 1936 (CE, Secc., 3 de abril de 1936, *Syndicat d'initiative de Nevers et Benjamin, Lebon* p. 453). La violación de la libertad de reunión fue sancionada y los daños indemnizados, pero la libertad no se ejerció.

26 El fenómeno es tan antiguo que casi se funde con la historia de la justicia administrativa. A principios del siglo pasado, Gaston Jèze denunciaba su insoportable "ataxia locomotriz" (G. JEZE, nota bajo CE, 2 de junio de 1911, *De Pressensé*, RDP 1911, p. 695). Debido a la lentitud de los procedimientos administrativos, "la sanción contenciosa de la arbitrariedad llega demasiado tarde para ser eficaz" (C. GABOLDE, "Les nouveaux pouvoirs d'urgence du juge administratif et le sursis à exécution", *D.* 1953, cron. p. 189). "El recurso se convierte en una especie de última instancia, la anulación en una sanción de principio y el oficio de juez en una confesión de impotencia" (O. VALLET, "¿La fin du droit public?", *RA* 1992, n° 265, p. 6). Los autores no han cesado de denunciar esta lentitud. Véase, en particular, G. LIET-VEAUX, "La justice administrative au ralenti", *D.* 1948, chron. pp. 133-136; J. RIVERO, "Sur la réforme du contentieux administratif", *D.* 1951, chron. pp. 163-168, especial p. 163; H. OBERDORFF, *L'exécution par l'administration des décisions du juge administratif*, tesis París II, 1981, pp. 135-155; M. JOLIOT, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, tesis París II, 1975, pp. 152-165; G. BRAIBANT, "Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir", *EDCE* 1961, pp. 53-65; J. GEORGEL, "Le juge et la montre", *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, pp. 115-124; D. LOCHAK, "Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire?", *Pouvoirs* n° 46, 1988, p. 53.

27 D. Chabanol, *Le juge administratif*, LGDJ, coll. Systèmes, 1993, p. 74-75.

28 P. Delvolve, *Le droit administratif*, 3^{ème} ed, Dalloz, serie Connaissance du droit, 2002, p. 127.

contra las resoluciones negativas²⁹ y los actos materiales de la administración³⁰. En segundo lugar, el juez adoptó una interpretación restrictiva de las dos condiciones para conceder una suspensión, reduciendo al extremo las posibilidades de utilizar este procedimiento. En palabras del Presidente Gazier, la suspensión no era más que un "indulto"³¹. El concepto de "motivo grave de tal naturaleza que justifique la anulación del acto impugnado" se asimiló al de motivo fundado, lo que significaba que la suspensión sólo podía concederse en los casos en que la anulación pareciera segura y tras un examen en profundidad del recurso. El concepto de perjuicio difícilmente reparable se asimiló al de consecuencias difícilmente reversibles en la práctica y no susceptibles de indemnización pecuniaria. Como señaló la Sra. Lochak, "ni el despido de un funcionario público que se encuentra sin medios de subsistencia, ni la prohibición de una reunión cuya anulación varios años más tarde ya no tendrá ningún interés son, a los ojos del Conseil d'Etat, de tal naturaleza que 'entrañen consecuencias difícilmente reparables' que justifiquen una suspensión de la ejecución"³². En tercer lugar, las normas de procedimiento carecían de especificidad en comparación con el procedimiento de derecho común. La suspensión sólo podía ser concedida por una sala de jueces tras una audiencia escrita y una vista celebrada en condiciones ordinarias, lo que significaba que la duración media del procedimiento era de seis meses. "Si realmente hay una emergencia, el daño ya estará hecho hace tiempo. Y si, mientras tanto, la decisión ya ha producido todos sus efectos, ya no habrá ninguna razón para dictar una suspensión, lo que obviamente representa un fuerte incentivo para que la administración practique una política de hechos consumados continuando rápidamente la ejecución de sus decisiones que han sido recurridas"³³. Habida cuenta de esta triple insuficiencia, la suspensión no podía garantizar una protección efectiva de las libertades frente a las autoridades. Como señaló la Sra. Joliot, "ya sea por la rareza de su utilización o por la ineficacia con la que puede aplicarse, la suspensión de la ejecución es perfectamente inadecuada para una verdadera protección de los derechos y libertades de los ciudadanos"³⁴.

En cuanto al procedimiento sumario, permitía a un solo juez dictar medidas cautelares y provisionales al término de un procedimiento simplificado³⁵. El artículo R. 130 del Código de los Tribunales Administrativos y de los Tribunales Administrativos de Apelación facultaba al presidente del tribunal o a su delegado a adoptar "todas las medidas útiles" en caso de urgencia, pero no podía ni "perjudicar la pretensión principal" ni, sobre todo, "obstaculizar la ejecución de cualquier decisión administrativa". Estas dos condiciones restrictivas han limitado el alcance de la facultad del juez de medidas provisionales para dictar medidas cautelares, que sólo ha tenido aplicaciones notables en relación con la comunicación de decisiones administrativas o el desalojo de ocupantes ilegales de bienes públicos. Sus escasas facultades no le han permitido suspender la ejecución de una decisión administrativa ni "dictar medidas cautelares en situaciones excepcionales en las que su actuación vulnera gravemente las libertades fundamentales de los ciudadanos"³⁶.

8. De este modo, la jurisdicción contencioso-administrativa fue incapaz de reaccionar con rapidez ante conductas flagrantemente irregulares de los poderes públicos que atentaban gravemente contra las libertades. Las deficiencias que afectaban a la suspensión de la ejecución y a los procedimientos sumarios comprometían irremediabilmente la eficacia práctica de estos procedimientos y condenaban a la jurisdicción contencioso-administrativa a la impotencia en casos de grave vulneración de las libertades. Para remediar la insuficiencia crónica de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de procedimientos de urgencia, el legislador

29 CE, Ass., 23 de enero de 1970, *Ministre d'Etat chargé des affaires sociales c/ Amoros, Lebon* p. 51, RDP 1970, pp. 1036-1042, nota M. WALINE.

30 Véase, por ejemplo, la declaración de inadmisibilidad de una solicitud de suspensión de la ejecución de obras de construcción: CE, 1^{er} mars 1972, *Sieur Lorenzi c/ SCI Saint-François, Lebon* T. p. 1192.

31 Citado por O. DUGRIP, "Les procédures d'urgence : l'économie générale de la réforme", *RFD* 2002, p. 246.

32 D. LOCHAK, *La justice administrative*, 3^{ème} éd, Montchrestien, coll. Clefs politiques, 1998, p. 107.

33 D. LOCHAK, "Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire?", *Pouvoirs* n° 46, 1988, p. 53.

34 M. Joliot, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, tesis París II, 1975, p. 151. En particular, el Conseil d'Etat se negó a considerar la suspensión de la ejecución como una "garantía del ejercicio de las libertades públicas" en el sentido del artículo 34 de la Constitución. Dictaminó que las disposiciones que regulan la suspensión de la ejecución "no afectan ni a las normas relativas a las garantías fundamentales concedidas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas ni a ninguna de las normas y principios fundamentales que entran en el ámbito de aplicación de la ley en virtud del artículo 34 de la Constitución" (CE, 8 de octubre de 1971, *SA Librairie François Maspero, Lebon* p. 589). En su dictamen contrario a esta sentencia, el Comisario del Gobierno Vught afirmó que "probablemente no haya mejor ejemplo de estas garantías concedidas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas que la facultad otorgada al jefe de l'excess de pouvoir de ordenar la suspensión de la ejecución de las decisiones que se le remitan. Cualesquiera que sean los efectos de una decisión de anulación dictada en un recurso por exceso de poder y por importantes que sean en la práctica las virtudes preventivas o normativas de su jurisprudencia, nada puede sustituir a la suspensión de la ejecución en este punto y para el ejercicio cotidiano de las libertades públicas. (...). Para que estas libertades tengan un contenido real en determinados casos, no basta con poder obtener una posible anulación. Es necesario también que el juez pueda, cuando se reúnan las condiciones previstas por la ley, paralizar inmediatamente la acción administrativa" (conclusiones inéditas, citadas *en cron.* D. LABETOUILLE y P. CABANES *AJDA* 1971, I, p. 647). Imperturbable ante este argumento, el Conseil d'Etat se negó a considerar la suspensión como un instrumento de protección de las libertades.

35 Véase P.-L. FRIER, "Un inconnu : le vrai référé administratif", *AJDA* 1980, pp. 67-76.

36 E. GUIGOU, *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3737.

introdujo, a partir de 1976, un gran número de procedimientos unipersonales, ad hoc y yuxtapuestos, que se apartaban del derecho común en materia de suspensión de la ejecución para facilitar y acelerar su pronunciamiento. Dos de estos procedimientos podrían haber sido instrumentos de protección rápida y eficaz de las libertades: por una parte, la "déféré-liberté", que era el objetivo mismo del procedimiento³⁷, y, por otra, el procedimiento de suspensión provisional que, si bien no perseguía este objetivo por sí solo, podía contribuir a él³⁸. Estas disposiciones servían de base para una intervención extremadamente rápida de los tribunales administrativos³⁹. Dicho esto, presentaban características que limitaban considerablemente la posibilidad de utilizarlas para garantizar una protección satisfactoria de las libertades. No sólo se trasladaron a estos procedimientos dos deficiencias de la suspensión de la ejecución: la prohibición de dictar medidas cautelares y la imposibilidad de impugnar el mero comportamiento de la administración. Además, el procedimiento *déféré-liberté* no estaba abierto a los particulares y sólo podía ser ejercido por el prefecto contra los actos de las autoridades locales, con exclusión de las decisiones adoptadas por los órganos del Estado⁴⁰.

9. Con un arsenal jurisdiccional limitado para oponerse a los actos y actuaciones de las autoridades públicas que atentan gravemente contra las libertades, los tribunales administrativos no pudieron ofrecer a los justiciables la protección rápida y eficaz a la que aspiraban. En estas condiciones, declaró el profesor Mathiot, "nos vemos casi reducidos a desear que la autoridad administrativa cometa uno de estos atentados graves contra la propiedad o las libertades públicas (...)", atribuyendo a los tribunales la competencia sobre la base de la "voie de fait" (de facto)⁴¹. Menoscabando el principio de separación de los poderes administrativo y judicial, que prohíbe a los tribunales intervenir en un litigio en el que estén implicados los poderes públicos, la injerencia de facto permite excepcionalmente a los tribunales civiles conocer de asuntos relativos a la actuación administrativa y dictar órdenes conminatorias para impedir o hacer cesar una violación de una libertad fundamental o de un derecho de propiedad⁴². Como señaló el Sr. Bénoit, "en tales casos, no cabe duda de que el recurso a los tribunales ofrece mayores ventajas a los particulares que el recurso a los tribunales

37 El artículo 3 de la Ley de 2 de marzo de 1982 permitía al Prefecto solicitar la suspensión de la ejecución de los actos de las autoridades locales "susceptibles de comprometer el ejercicio de una libertad pública o individual", debiendo el Presidente del Tribunal Administrativo o su delegado pronunciarse en un plazo de 48 horas. Este procedimiento solía denominarse "sursis accéléré", "sursis à grande vitesse" o "sursis de quarante-huit heures", para destacar la naturaleza del procedimiento y la rapidez con la que podía intervenir el juez (sobre las distintas denominaciones, véase R. ETIEN, "Le sursis de quarante-huit heures", *RDP* 1988, pp. 743-761, especial p. 747). Dado que la Ley de 30 de junio de 2000 suprimió el sistema de suspensión de la ejecución rompiendo la partición que hasta entonces lo separaba del procedimiento sumario, estas expresiones ya no pueden utilizarse en la medida en que se refieren a una naturaleza que el procedimiento ya no tiene. Por consiguiente, deben sustituirse por la expresión "déféré-liberté", que hace hincapié en el titular del recurso y en la finalidad del procedimiento. Esta expresión se utilizó durante los trabajos parlamentarios y tras la adopción de la Ley de 30 de junio de 2000. Véase en particular S. SUTOUR, *JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p. 865; D. LABETOUILLE, "La genèse de la loi du 30 juin 2000", en *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque du 6 décembre 2000 (P. WACHSMANN dir.), Strasbourg, PUS, 2002, p. 24; J.-M. MAILLOTT, note sous TA Montpellier, ord. 25 avril 2003, *Préfet des Pyrénées-Orientales*, *LPA* 5 avril 2004, n° 68, pp. 3-5.

38 Introducido por la Ley de 8 de febrero de 1995, este procedimiento tenía por objeto, según M. Gohin, "proteger a los ciudadanos de la tentación que pueden tener los poderes públicos de aprovecharse de sus prerrogativas: el efecto no suspensivo del control jurisdiccional y, por tanto, la oponibilidad de la decisión administrativa a las libertades fundamentales en particular" (O. GOHIN, *Contentieux administratif*, 3^{ème} ed., Litec, coll. Manuels, 2002, p. 311). Este procedimiento de "pre-suspensión", codificado en el artículo L. 10 del Código de los Tribunales Administrativos y de los Tribunales Administrativos de Apelación, permitía al presidente del tribunal administrativo, cuando una decisión administrativa era objeto de una solicitud de suspensión, dictar un auto suspendiendo provisionalmente la ejecución de dicha decisión. La ley exigía que la solicitud incluyera un argumento serio y que la ejecución de la decisión pudiera tener "consecuencias irreversibles". La orden de suspensión era efectiva hasta que el tribunal se pronunciara sobre la suspensión o, como máximo, hasta que transcurrieran tres meses. Sobre este procedimiento, véase N. NGUYEN, "L'article L. 10 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel : redondance ou nouveauté par rapport au sursis à exécution?", *Procédures* 1996, chron. n° 3; J.-P. MARTIN, "La suspension provisoire : premières réflexions sur un presque rien", *Dr. adm.* 1996, chron. n° 8; J. GOURDOU, "La nouvelle procédure de suspension provisoire des actes susceptibles de sursis à exécution. Premières applications de l'article L. 10 du code des tribunaux administratifs et des cours administratifs d'appel", *RFDA* 1996, pp. 991-1011.

39 El procedimiento *déféré-liberté*, que permite tomar una decisión muy rápidamente, ha resultado eficaz en las raras ocasiones en que los prefectos han remitido tales solicitudes al tribunal administrativo (véanse los §§ 270 y 535 *infra*). En cuanto al *pré-sursis*, ha dado lugar a algunas aplicaciones dignas de mención debido a la rapidez con la que interviene el juez. Por ejemplo, en un asunto relativo a la anulación de un partido de fútbol entre el Olympique de Marseille y el Lille Olympique Sporting Club, el presidente del tribunal administrativo de Marsella suspendió un partido que debía celebrarse esa misma tarde a las 11 horas de un sábado (TA Marseille, ord. 18 de enero de 1997, *RFDA* 1998, pp. 759-766, nota de J.-P. NEGRIN; *LPA* 13 de agosto de 1997, n° 97, nota de J.-P. BARALLE: suspensión provisional de la decisión por la que el comité central de la Copa de Francia había fijado la fecha y el lugar del encuentro deportivo). En cambio, no ha dado lugar a ninguna aplicación significativa en el ámbito de las libertades.

40 De hecho, el procedimiento *déféré-liberté* se utilizaba poco, con una media de diez demandas al año para el conjunto de los tribunales administrativos (véase R. ETIEN, *op. cit.*, p. 760).

41 A. MATHIOT, Note sous CE, 28 décembre 1949, *Société des automobiles Berliet*, S. 1951, 3, p. 6.

42 Véanse los §§ 324-325 *infra*.

administrativos"⁴³. En consecuencia, los justiciables no han esperado a sufrir efectivamente tal perjuicio para recurrir a la jurisdicción civil alegando una agresión de hecho. Ante la incapacidad de la jurisdicción contencioso-administrativa para garantizar una protección rápida y eficaz de sus libertades, las víctimas de los abusos del poder público se han dirigido, cada vez en mayor número, a la jurisdicción civil para solicitar medidas cautelares sobre la base indebida de una intromisión ilegítima⁴⁴. La huida de los contenciosos administrativos hacia los tribunales parece ser la consecuencia de la impotencia de los tribunales administrativos y el signo de la inadecuación de sus procedimientos en este ámbito.

2. El recurso del procedimiento sumario

10. Para los litigantes que buscan una justicia rápida y eficaz, el procedimiento civil sumario resulta innegablemente atractivo. Durante mucho tiempo, las amplias prerrogativas y un procedimiento organizado para tener en cuenta la urgencia han permitido al tribunal intervenir eficazmente para proteger los intereses del demandante. En palabras de M. Lacabarats, el procedimiento civil sumario encarna, "tanto para las partes como para el juez, el ideal de una justicia rápida y eficaz, despojada de su formalismo y de la complejidad de sus mecanismos"⁴⁵. En particular, en caso de agresión, dispone de los poderes más amplios en materia de administración. En estas condiciones, la eficacia del juez del procedimiento civil sumario contrastaba con la impotencia del juez administrativo en este ámbito⁴⁶. La distorsión existente entre el procedimiento contencioso administrativo y el derecho judicial privado no podía quedar sin influencia en el comportamiento de los litigantes. En caso de violación administrativa de las libertades, "la prontitud con la que el juez civil de medidas cautelares puede responder ha llevado a veces a los litigantes a intentar una especie de abuso procesal (...)"⁴⁷. Seducidos por la amplitud de los poderes del juez de medidas provisionales civiles y por la rapidez con la que podía intervenir, los litigantes en busca de eficacia intentaron que los tribunales judiciales conocieran de los contenciosos administrativos, escudándose en la teoría de la "voie de fait". Haciendo caso omiso de la norma de separación de los órdenes jurisdiccionales, los litigantes adquirieron así la costumbre de "interponer sus recursos allí donde la ley no los ha colocado"⁴⁸. Con el único objetivo de obtener una resolución rápida de sus reclamaciones, los litigantes demandaron a organismos públicos basándose en conductas de facto, a pesar de que claramente no se habían cumplido las condiciones requeridas⁴⁹. Como consecuencia de este "efecto de arrastre, de la banalización de las conductas de hecho y, sobre todo, del deseo de poner fin inmediatamente a las irregularidades más graves, los jueces de la jurisdicción sumaria se vieron presionados a intervenir en los sectores más diversos"⁵⁰.
11. El juez civil de los procedimientos sumarios no dudó en prestar oídos comprensivos a estas recriminaciones y declararse competente para satisfacerlas, aunque ello supusiera salirse del marco habitualmente establecido para la agresión. Se ocupaba de casos que claramente no eran de su competencia, calificando de "lesiones" comportamientos relativamente alejados de la definición dada por el Tribunal de Conflictos y el propio Tribunal de Casación⁵¹. Sobre esta base, los magistrados judiciales se han aventurado de hecho a censurar

43 F.-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 432.

44 El juge des conflits reconoció muy pronto que la autoridad judicial tenía derecho a impedir un asalto de hecho mediante un juicio sumario (TC, 28 de enero de 1899, *Maire de Périgueux*, citado por M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} éd., Larose, 1901, p. 253).

45 A. LACABARATS, "Le référé", en *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, colloque des 11 et 12 décembre 1997, La documentation française, 1998, p. 214. El apartado 1^{er} del artículo 485 del nuevo Código de Procedimiento Civil establece que el demandante debe citar a su oponente para que comparezca "en una audiencia celebrada a tal efecto en los días y a la hora habituales para los procedimientos sumarios". Si la demanda es tan urgente que no puede esperar a la siguiente audiencia del procedimiento sumario, el segundo apartado prevé un procedimiento sumario acelerado conocido como procedimiento "hora por hora", por el que el juez puede permitir que su oponente sea citado a la hora especificada, incluso en días festivos, ya sea en la audiencia o en su domicilio con las puertas abiertas.

46 Véase F. HAMON y H. MAISL, "L'urgence et la protection des libertés contre l'administration", *D.* 1982, chron. n° VII, pp. 49-54; J. RIVERO, "Dualité de juridictions et protection des libertés", *RFDA* 1990, pp. 734-738, especial p. 737.

47 H. LE FOYER DE COSTIL, "Le vol d'aigle du juge des référés", en *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 344.

48 J.-H. STAHL, "Le juge administratif, garantie de l'administration?", *AJDA* 1999, número especial Puissance publique ou impuissance publique? p. 58.

49 Como señaló M. Abraham, había una razón sencilla por la que los litigantes invocaban indebidamente las vías de hecho: "Al preferir (y erróneamente) dirigirse al juez civil de medidas cautelares, el demandante no muestra ninguna desconfianza particular hacia el juez administrativo: busca al juez de urgencia, y sólo puede encontrarlo en el sistema judicial" (R. ABRAHAM, "L'avenir de la voie de fait et le référé administratif", en *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 12).

50 J. NORMAND, "Le juge judiciaire, gardien non exclusif des libertés. Le cas des étrangers", *RTDciv* 1996, p. 238.

51 A este respecto, el profesor Chapus denunció el "extravío judicial", los "excesos desordenados" y "el uso

medidas dictadas por la administración en el ejercicio de sus competencias, como el despido de un agregado municipal en ausencia de toda consulta al consejo de disciplina⁵², un traslado en interés del servicio ordenado contra un inspector de policía que había incumplido su obligación de reserva⁵³, una decisión de tala de árboles en el marco legal de la prevención de incendios forestales⁵⁴, una decisión de expulsión de un ciudadano extranjero⁵⁵ o de suspensión del servicio telefónico de una compañía que no ha pagado sus facturas⁵⁶. Los tribunales también han aceptado la competencia en ausencia de vulneración de una libertad fundamental, aceptando, por ejemplo, conocer de asuntos relativos a la continuación de las obras del puente de la Île de Ré⁵⁷, el descenso de un club de fútbol a la división inferior⁵⁸ o la negativa a devolver una licencia de caza a su titular⁵⁹. Esta concepción excesivamente amplia del ámbito de las vías de hecho llevó al tribunal civil a "asumir progresivamente todas las materias reservadas al tribunal administrativo"⁶⁰. A costa de una interpretación excesivamente flexible y distendida del ámbito de las vías de hecho, los tribunales civiles acabaron aceptando conocer de cualquier vulneración ilícita de los derechos y libertades de los ciudadanos.

12. Sin embargo, los tribunales de primera instancia se equivocaron al declararse competentes, como demuestra el gran número de casos en los que se planteó con éxito el conflicto positivo de atribución. De hecho, cuando se planteaba un asunto ante los tribunales, la autoridad prefectural solicitaba el arbitraje del Tribunal des Conflicts y, en casi todos los casos, el juez de reparto confirmaba la orden de conflicto, lo que revela una concepción distorsionada de la vía de hecho por parte de los tribunales civiles. Desde el principio, el concepto de "voie de fait" se ha considerado como una excepción que requiere una interpretación estricta. El Tribunal de Conflicts ha asegurado sistemáticamente que los funcionarios judiciales no pueden escapar a los límites que se les imponen en este ámbito⁶¹. Sin embargo, a pesar de una línea jurisprudencial firme (estrictamente conforme con la definición clásica del concepto), el Tribunal de Conflicts nunca ha conseguido realmente poner fin a las invocaciones abusivas de las vías de hecho por parte de los litigantes, ni a las incursiones intempestivas de la autoridad judicial en la esfera administrativa. La necesidad de tutela judicial era demasiado grande para que estos enérgicos recordatorios fueran suficientes para modificar los comportamientos sin remediar las deficiencias del procedimiento contencioso administrativo. El fenómeno era muy antiguo y en realidad nunca había cesado.

3. Un viejo problema

13. A principios del siglo XX^e, los particulares ya recurrían a los tribunales civiles en litigios administrativos para poner fin a los abusos de las instituciones de la Tercera República^e en su lucha contra las congregaciones religiosas. En la decisión de 1902 del Tribunal des conflits, *Société immobilière de Saint-Just*, la autoridad administrativa había precintado un edificio privado tras ordenar su desalojo. La sociedad propietaria del edificio solicitó al juez civil medidas cautelares para ordenar la retirada del precinto alegando que se trataba de un caso fortuito. Al plantearse el litigio, el tribunal renunció a su competencia y remitió el caso al tribunal

fácilmente abusivo que hacen de él muchos magistrados judiciales, a los que el Tribunal de Conflicts, llamado con demasiada frecuencia, apenas es capaz de volver a meter en vereda" (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} éd., Montchrestien, 2000, n° 1087).

52 CA Aix-en-Provence, 1^{er} diciembre 1987, *Piselli*, *AJDA* 1988, p. 550.

53 TC, 4 de julio de 1991, *Gaudino, Lebon* p. 468, *AJDA* 1991, p. 697, chron. C. MAUGÛE Y R. SCHWARTZ

54 TC, 25 de enero de 1993, *SCI Oasis, Lebon* p. 389; *D.* 1994, SC. p. 109, obs. D. MAILLARD DESGREES DU LOU.

55 TC, 20 de junio de 1994, *Madaci et Youbi, Lebon* p. 603, *D.* 1995, p. 193, nota P. DIDIER; *LPA* 20 de mayo de 1996, n° 61, pp. 7-11, nota L. GROS.

56 TC, 15 de abril de 1991, *Préfet de la région Lorraine, Lebon* p. 463.

57 TC, 25 de enero de 1988, *Prefecto de la Charente-Maritime, RFD* 1990, p. 191, nota de M. LAROQUE.

58 TC, 13 de enero de 1992, *Association nouvelle des Girondins de Bordeaux, Lebon* p. 473.

59 TC, 24 de febrero de 1992, *Préfet de la Gironde, Lebon* p. 477.

60 J.-Y. PLOUVIN, "Au secours, le juge civil des référés arrive! (ou de la réduction du juge administratif par le juge judiciaire des référés)", *GP* 4 marzo 1989, 1, p. 105.

61 En derecho, a falta de normas jurídicas que la respalden, la práctica heterodoxa de los tribunales no podía defenderse seriamente en la medida en que ignoraba el principio de separación, que tiene una base legislativa y fundamentos constitucionales (véase *infra*, § 538). La actitud de los órganos jurisdiccionales, que estaba en el origen de las perturbaciones en el reparto de competencias, no podía justificarse, en particular, por la comodidad que suponía para los litigantes la intervención del tribunal civil de medidas provisionales. Las consideraciones de pura conveniencia no pueden prevalecer sobre las normas jurídicas y conducir por ese solo motivo a su inaplicación. Los principios que rigen el reparto de competencias entre las dos instancias justifican la perseverancia con la que el Tribunal des conflits sancionó los excesos de competencia del órgano jurisdiccional.

administrativo. Como la administración había actuado "en el ámbito de sus competencias", los tribunales no podían conocer válidamente del caso⁶². Condenada a recurrir a los tribunales administrativos para poner fin a la vulneración de los derechos de propiedad, la empresa demandante vio desaparecer con esta decisión toda esperanza de poner fin rápidamente a la situación. En sus conclusiones, el propio Comisario del Gobierno Romieu deploró la insuficiencia de las competencias del juez administrativo y la inadecuación de sus procedimientos. El ilustre Conseiller d'Etat declaró que "el tribunal administrativo no está equipado para proteger útilmente los derechos privados que serían violados flagrantemente por los abusos de los actos ejecutivos de la autoridad pública; en esta materia, no dispone de jueces locales de primera instancia; no dispone del procedimiento sumario, y la lentitud de su intervención puede a menudo hacer ilusoria su eficacia"⁶³. El juez administrativo carecía de facultades para intervenir rápida y eficazmente con el fin de proteger los derechos individuales⁶⁴. Comentando esta misma decisión, Hauriou declaró: "La desgracia no es que exista un tribunal administrativo, ni que sea competente en estos asuntos; la desgracia es que este tribunal (...) está insuficientemente equipado, y que, en particular, no existe un procedimiento sumario ante él en tales ocasiones"⁶⁵. Basándose en los abusos cometidos por la administración en la lucha contra el clero, en particular en materia de expulsión de los miembros de la Congregación, el Maestro de Toulouse preconiza ya en 1903 "la institución de una especie de procedimiento sumario"⁶⁶: "Debe existir un juez de procedimiento sumario que, en 48 horas, o al menos en 8 días, pueda dictar una orden"⁶⁷. El recurso al procedimiento sumario se limitaría "a los casos de desposesión temporal de bienes y de violación de domicilio"⁶⁸.

14. A mediados del siglo XX^e, la cuestión se planteó exactamente en los mismos términos. En la inmediata posguerra, se trataba de requisiciones efectuadas en condiciones gravemente irregulares por las autoridades de Liberación. Como la justicia administrativa seguía siendo incapaz de ayudar a las víctimas de una desposesión arbitraria, los litigantes recurrieron de nuevo a los tribunales. Como señala M. Liet-Veaux, "Privados del procedimiento sumario administrativo, los ciudadanos han recurrido necesariamente a los tribunales, en nombre de la acción de hecho"⁶⁹. La remisión a los tribunales por este motivo "permite actuar mediante el procedimiento sumario, desgraciadamente prácticamente desconocido en el derecho administrativo, que garantiza una protección rápida y práctica de los derechos fundamentales del individuo"⁷⁰. En otras palabras, "si los particulares han acudido voluntariamente a los tribunales, es porque éstos disponen de medios ultrarrápidos para satisfacer sus necesidades"⁷¹. También en este caso, los mismos males llevan a recomendar los mismos remedios. Los autores proponen que se dote a la jurisdicción contencioso-administrativa de medios de rapidez y eficacia comparables a los de que disponen los tribunales en caso de agresión. En caso de violación de las libertades públicas, el tribunal administrativo "debe poder aplicar procedimientos acelerados del tipo de los disponibles para los litigantes ante los tribunales", como declaró el Decano Vedel en⁷².
15. Ante las persistentes deficiencias de la justicia administrativa en este ámbito, los litigantes volvieron a recurrir a los tribunales civiles a partir de mediados de los años ochenta. El recurso abusivo a las vías de hecho, sobre todo en los casos de ciudadanos extranjeros, puso de manifiesto una vez más la necesidad de disponer de un procedimiento rápido y eficaz en caso de violación grave de las libertades. La instauración de un mecanismo inspirado en el procedimiento civil sumario es, una vez más, la solución ideal. El Sr. Abraham afirma que "lo que los tribunales administrativos necesitan (...) hoy en día (porque es necesario para las personas sujetas a su jurisdicción) es un procedimiento sumario completamente reorganizado sobre nuevas bases"⁷³. "¿Son los

62 TC, 2 de diciembre de 1902, *Lebon* p. 713, concl. ROMIEU; *GAJA* núm. 11; *D.* 1903, 3, p. 41, concl. ROMIEU; *S.* 1904, 3, p. 17, concl. ROMIEU, nota M. HAURIOU, publicado en *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits* vol. I, publicado por La Mémoire du Droit, 2000, pp. 84-103. 1, publicado por La Mémoire du Droit, 2000, pp. 84-109.

63 ROMIEU, op. cit., *D.* 1903, p. 41.

64 Con la expresión derechos individuales, Hauriou designa, desde el punto de vista de la legislación positiva, "las facultades esenciales cuyo libre ejercicio se garantiza al individuo, tanto frente al Estado como frente a los demás hombres" (M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 3^{ème} ed., Larose, 1897, p. 163).

65 M. HAURIOU, nota supra, p. 108.

66 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 5^{ème} ed, Larose, 1903, p. XIX. Jacquelin expresó sus reservas sobre esta propuesta, señalando la falta de independencia e imparcialidad del tribunal administrativo (R. JACQUELIN, "L'évolution de la procédure administrative" (2nde partie), *RDP* 1903, t. XX, p. 17).

67 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 5^{ème} ed, Larose, 1903, p. XX.

68 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 5^{ème} ed. 1903, Larose, p. XXI.

69 G. LIET-VEAUX, *RA* 1954, p. 613.

70 A. MESTRE, nota bajo CE, 17 de febrero de 1947, *Cons. Perrin*, *S.* 1948, 3, p. 2.

71 C. GABOLDE, "Pour un véritable référé administratif", *D.* 1949, chron. n° XLI, p. 174.

72 G. VEDEL, "De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires)", *JCP G* 1948, I, 682, §17. Véase también F. GAZIER, "L'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'Etat en matière de réquisitions", *EDCE* 1948, pp. 67-72; y A. MATHIOT, nota supra.

73 R. Abraham, artículo citado anteriormente, p. 12.

tribunales administrativos congénitamente incapaces de hacer frente a las urgencias? Estamos convencidos de lo contrario. ¿Están menos preocupados por la protección de las libertades fundamentales que sus homólogos judiciales? Han demostrado que no. Lo que queda por hacer es dotarles de los medios necesarios para intervenir eficazmente cuando el tiempo apremia"⁷⁴. Hace décadas que se reclama esta reforma. Se hizo posible, e incluso más urgente, en los años ochenta.

B. Las condiciones adecuadas para su creación

16. El problema de la capacidad de los tribunales administrativos para intervenir rápida y eficazmente en casos de violación grave de las libertades por parte de las autoridades públicas es antiguo. Los medios para remediarlo son bien conocidos. Sin embargo, no se ha puesto nada en marcha. Si el problema es tan antiguo y el procedimiento *référé-liberté* no se instauró hasta el año 2000, se debe necesariamente a que otros factores influyeron en la introducción de este procedimiento. A las expectativas muy fuertes expresadas por los litigantes en favor de un procedimiento de este tipo, se añadieron en los años ochenta y noventa una serie de factores que, en mayor o menor medida, justificaron, fomentaron o hicieron posible su creación.

1. Un contexto favorable

17. La presión sobre la jurisdicción contencioso-administrativa es muy fuerte. Cada vez más desfasados con respecto a las expectativas sociales y la evolución del derecho, los tribunales administrativos se ven cada vez más cuestionados, lo que hace necesario introducir un procedimiento acelerado para proteger las libertades.
18. Como ha observado el Presidente Stirn, "las exigencias de garantías de los derechos fundamentales aumentan, bajo el efecto combinado de la jurisprudencia constitucional, del Derecho internacional y, más ampliamente, de las preocupaciones de nuestro tiempo, orientadas hacia el debate contencioso y la protección del individuo"⁷⁵. Esta mayor exigencia de eficacia de la ley y de los procedimientos⁷⁶ se debe principalmente a las mayores expectativas sociales. En todos los ámbitos, y en particular en el de las libertades, "crece la demanda social de eficacia real y rápida de la decisión del juez"⁷⁷. Como señala el profesor Melleray, "el Benjamín del siglo XXI^e ya no acepta que se le indemnice seis años después por no haber podido dar una conferencia ilegalmente prohibida por el alcalde de Nevers. Quiere que un juez de urgencia le permita expresarse (...)"⁷⁸. En segundo lugar, el individualismo - o la "exaltación del individuo"⁷⁹ - conduce a una reorientación del derecho en la materia y da una nueva dimensión a la relación entre los poderes públicos y los particulares⁸⁰. Todas las grandes reformas del derecho administrativo y del procedimiento contencioso administrativo de finales del siglo XX^e se inscriben en este movimiento de individualización del derecho y de reequilibrio de las relaciones entre la administración y los ciudadanos⁸¹. Se hace hincapié en la protección de los derechos e intereses legítimos del individuo. En tercer lugar, la consagración del derecho al juez, en el nivel más alto de la jerarquía de las normas, implica para los justiciables el derecho a una decisión judicial efectiva. Este reconocimiento implica que el juez debe poder intervenir a tiempo y disponer de los poderes necesarios para garantizar el Estado de Derecho y la protección de los justiciables⁸².

74 R. Abraham, artículo citado anteriormente, p. 13.

75 B. STIRN, "Le Conseil d'Etat et les libertés", en *La liberté dans tous ses états. Liber amicorum en honor de Jacques Georget*, Apogée, 1998, p. 222.

76 La eficacia de estos últimos está condicionada por la eficacia de los primeros. Véase *Procédure(s) et effectivité des droits* (D. D'AMBRA, F. BENOIT-ROHMER y C. GREWE eds.), Bruylant Nemesis, coll. Droit et justice, n° 49, 2003, en particular M.-A. FRISON-ROCHE, "La procédure et l'effectivité des droits substantiels", pp. 1-23. Véase también W. BARANES y M.-A. FRISON-ROCHE, "Le souci de l'effectivité du droit", *D.* 1996, chron. pp. 301-303.

77 M.-A. LATOURNERIE, "Réflexions sur l'évolution de la juridiction administrative française", *RFDA* 2000, p. 926.

78 F. MELLERAY, "L'exorbitance du droit du contentieux administratif", en *L'exorbitance du droit administratif en question*, coloquio de los días 11 y 12 de diciembre de 2003, Poitiers, LGDJ, 2004, pp. 308-309.

79 M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Domat Montchrestien, 1945, p. 15.

80 Véase Y. MADIOT, "De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain", en *Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, pp. 353-365; C. RAUX, *La construction du sujet de droit : recherches sur la nature et les formes de l'individualisme juridique*, tesis Universidad de Borgoña, 2004, 447 p.

81 Véase C. DEBOUY, "Le droit administratif: tendances récentes", *LPA* 5 de diciembre de 1997, n° 146, pp. 4-12.

82 Véase S. Guinchard et al, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, 3^a ed., Dalloz, coll. Précis, 2005, pp. 391-482; *Le droit au juge dans l'Union européenne* (J. RIDEAU dir.), LGDJ, 1998, especial J. RIDEAU, "Le droit au juge :

Esta evolución refleja un enriquecimiento del concepto de Estado de Derecho⁸³. En su sentido formal, el Estado de Derecho se refería a una determinada estructuración del ordenamiento jurídico que implicaba el respeto de la jerarquía normativa por parte de los órganos del poder público⁸⁴. En cambio, el significado sustantivo del Estado de Derecho hace hincapié en su contenido. Ya "no evoca simplemente la existencia de un orden jurídico jerarquizado, sino también un conjunto de derechos y libertades; presuponiendo un cierto 'estado de derecho', tiende a adquirir un carácter 'sustantivo', que lo aproxima a la protección británica del Estado *de Derecho*"⁸⁵. En todos los sistemas jurídicos, el papel del juez está cambiando. En particular, esta evolución se refleja en "el desarrollo de procedimientos que permiten establecer en el seno de la sociedad un foro que controla eficazmente la actuación de los poderes públicos o privados, a la luz de los valores que el colectivo considera constitutivos de la vida democrática"⁸⁶. Ello conduce a dotar a los jueces de facultades y procedimientos que deben permitirles no sólo oponerse a los actos administrativos ilegales, sino también defender eficazmente las libertades frente a la arbitrariedad de los gobernantes. Desde esta perspectiva, "el juez aparece como la piedra angular y la condición para alcanzar el Estado de Derecho: la jerarquía de las normas sólo se hace efectiva si es sancionada por los tribunales; y los derechos fundamentales sólo están realmente garantizados si hay un juez que asegure su protección"⁸⁷. Como también señala la Sra. Zoller, "un Estado de Derecho (...) requiere un poder judicial fuerte e independiente, capaz de enfrentarse a otros poderes y de oponerse a sus abusos respetando los derechos humanos

conquête et instrument de l'Etat de droit", pp. 3-7, J.-F. RENUCCI, "Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'homme", pp. 131-140, T.-S. RENOUX, "La constitutionnalisation du droit au juge en France", pp. 109-118 y F. CHEVALLIER, "Le droit au juge devant les juridictions administratives", pp. 181-190; G. COHEN-JONATHAN, "Le droit au juge", en *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, pp. 471-504; P. TERNEYRE, "Le droit constitutionnel au juge et ses limites", *LPA* 4 de diciembre de 1991, n° 145, pp. 4-14; T.-S. RENOUX, "Le droit au recours juridictionnel en droit constitutionnel français", en *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. 1, Bruylant, 1992, pp. 307-324; *ID.*, "Le droit au recours juridictionnel", *JCP G* 1993, I, 3675; M. BRANDAC, "L'action en justice, droit fondamental", *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1995, pp. 1-17; R. VANDERMEEREN, "Permanence et actualité du droit au juge", *AJDA* 2005, pp. 1102-1107.

83 Sobre el tema del Estado de Derecho, véase, entre la abundante bibliografía, : E.-W. BOCKENFORDE, "Naissance et développement de la notion d'Etat de droit", en *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique*, Bruylant, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2000, pp. 127-147; L. HEUSCHLING, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Dalloz, coll. NBT, 2002, 739 p.; A. VIALA, "La notion d'Etat de droit : l'histoire d'un défi à la science juridique", *REDP* printemps 2000, vol. 13, n° 1, pp. 678-89, n° 1, pp. 673-693; J. CHEVALLIER, "L'Etat de droit", *RDP* 1988, pp. 313-380; *ID.*, *L'Etat de droit*, 3^{ème} éd., Montchrestien, coll. Clefs, 1999, 160 p.; O. PFERSMANN, "Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'Etat de droit", en *Figures de l'Etat de droit* (O. JOUANJAN ed.), PUS, 2001, pp. 53-78; S. GOYARD-FABRE, "L'Etat de droit. Problématiques et problèmes", *Cahiers de philosophie politique et juridique* 1993, n° 24, L'Etat de droit (M. TROPER ed.), pp. 9-21.

84 Sometida a la ley, debe actuar conforme a normas preestablecidas. Desde el punto de vista de los principios, el sometimiento de la administración a la ley se basaba no en consideraciones extrajurídicas -que como tales no eran oponibles a los poderes públicos- sino en el propio derecho positivo, a través de la teoría de la autolimitación. Desarrollada por Carré de Malberg, esta teoría pretendía ser eficaz porque era consustancial a la personalidad jurídica del Estado. En su *Contribution à la théorie générale de l'Etat, el autor afirmaba* que "la teoría moderna del Estado está impregnada de la idea de que el poder de dominación del Estado, siendo un poder de naturaleza jurídica, es por ese mismo hecho un poder sometido al derecho, y por lo tanto también necesariamente un poder limitado" (R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat (1920-1922)*, t. 1, Bibliothèque Dalloz, reeditado en 2003, p. 229). Ciertamente, "la idea esencial que subyace a esta doctrina es que el Estado sólo puede ser obligado, vinculado o limitado en virtud de su propia voluntad" (*op. cit.*, p. 231). Pero desde el momento en que el Estado tiene Constitución y personalidad jurídica, se convierte en institucional, porque todos sus órganos están sometidos a la organización constitucional del Estado. La jerarquía de los órganos y de las normas completa esta limitación y encierra al poder ejecutivo en el sistema jurídico: la administración no dispone de ningún poder autónomo susceptible de debilitar su sumisión al derecho positivo (*op. cit.*, pp. 232-233). El Estado soberano adopta así la forma de un poder sometido y subyugado al derecho, hasta el punto de que se ha podido hablar del "milagro" del derecho administrativo. En efecto, M. Weil afirma que "nacido de un milagro, el derecho administrativo sólo sobrevive por un prodigio que se renueva cada día. No sólo ninguna fuerza puede obligar materialmente a la Administración a someterse al imperio de la ley y a la sentencia del juez, sino que el Estado puede, al menos en teoría, poner fin, cuando lo desee, a la autolimitación que ha aceptado" (P. WEIL y D. POUYAUD, *Le droit administratif*, 20^{ème} éd., PUF, QSJ, 2003, p. 5).

85 J. CHEVALLIER, obra antes citada, p. 71. Esta evolución es particularmente clara en Alemania, donde la consagración explícita del concepto de "Estado de Derecho" en la Ley Fundamental de 23 de mayo de 1949 (artículo 28) fue acompañada de una ampliación de las perspectivas. "En adelante, el concepto es a la vez formal y material: formal en la medida en que el Estado de Derecho sigue siendo un Estado cuyos órganos tienen competencias bien definidas, material en la medida en que estas competencias deben ejercerse respetando normas superiores. En efecto, para que la ley no sea burlada por los gobernantes, no basta con que apliquen las normas relativas a la organización de los poderes, sino que sus decisiones no deben contradecir las reglas esenciales de un Estado liberal y democrático. Entre estas normas, las más importantes son sin duda los derechos fundamentales (Grundrechte)" (M. FROMONT, "Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne", en *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éditions Cujas, 1975, p. 49; véase también, del mismo autor, "République fédérale d'Allemagne: l'Etat de droit", *RDP* 1984, pp. 1203-1226).

86 J. LENOBLE, "Crise du juge et transformation nécessaire du droit", en *La crise du juge* (J. LENOBLE dir.), LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1990, p. 145.

87 J. Chevallier, *op. cit.*, p. 134.

y las libertades fundamentales"⁸⁸. Esta evolución ha llevado a redefinir el papel del juez administrativo. Éste ya no es simplemente el controlador de la administración y el guardián del derecho objetivo; también debe convertirse en el protector del individuo y el defensor de las situaciones jurídicas subjetivas. Se trata de un fenómeno general en Europa. Como ha observado el Sr. Fromont, "los principales países de Europa consideran cada vez más que la justicia administrativa debe ser ante todo un instrumento de defensa de los ciudadanos frente a las actuaciones de las autoridades administrativas"⁸⁹.

19. La posición del juez administrativo parecía cada vez más desfasada con respecto a estas exigencias, hasta el punto de que su legitimidad se vio fuertemente cuestionada: "la imagen moderada que el derecho administrativo francés, reforzado por su singular historia y la gran obra jurisprudencial llevada a cabo por el Conseil d'Etat, no desdeñaba dar de sí mismo hacia el exterior, se vio bastante empañada por la notoria insuficiencia de sus procedimientos de urgencia susceptibles de apoyar eficazmente a los ciudadanos en su lucha permanente contra los abusos de poder"⁹⁰. La justicia administrativa se encontró marginada en el ámbito de la protección de las libertades; su propia utilidad quedó en entredicho por las lecciones de eficacia que le dio el juez civil de los procedimientos sumarios en su propio ámbito. En palabras del profesor Gaudemet, "esta ofensiva del juez civil de medidas cautelares en varios casos contribuye a dar crédito a la sensación de que el procedimiento administrativo es artificial, o incluso inútil; el tribunal administrativo está implícitamente condenado porque está privado de los atributos de juez, tal como los ejerce el tribunal judicial"⁹¹. Los tribunales administrativos necesitaban urgentemente un procedimiento rápido para salvaguardar las libertades. Tanto más cuanto que el Consejo Constitucional había reconocido la misma capacidad de los dos niveles jurisdiccionales para garantizar eficazmente los derechos de las personas⁹².

Para que el juez administrativo pudiera reaccionar eficazmente en caso de violación de las libertades, aún debía "dotarse de los medios para remediar eficazmente la situación, facultándole para hacer, en este ámbito, lo que se abstiene de hacer en otros ámbitos"⁹³. A partir de la segunda mitad de los años ochenta se multiplicaron las propuestas de instauración de un procedimiento de urgencia destinado específicamente a proteger las libertades. Se contemplaron dos enfoques. La primera solución consistía en basarse en lo que ya existía - el procedimiento *déféré-liberté* - e introducir las mejoras necesarias ampliando el ámbito de los peticionarios y el alcance de los actos recurribles. Sylvie Hubac e Yves Robineau afirmaron que "un juez protector de las libertades públicas debe (...) poder pronunciarse, mediante una medida provisional, en un plazo máximo de algunos días"⁹⁴. Recordando que la Ley de 2 de marzo de 1982 "introdujo un procedimiento de suspensión de la ejecución en un plazo de cuarenta y ocho horas, que ha dado plena satisfacción", sugirieron "ampliar este recurso jurídico, cuando estén en juego las libertades públicas, a demandantes distintos del Prefecto y a casos distintos de los que impliquen a autoridades descentralizadas"⁹⁵. La segunda opción consistía en establecer un procedimiento totalmente nuevo para proteger las libertades públicas. Para ello, el Sr. Lachaume sugirió "establecer un procedimiento sumario que permita al tribunal administrativo, ante una decisión administrativa ilegal que afecte a la aplicación de un derecho fundamental,

88 E. ZOLLER, "La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaines et française", *RIDC* 2001/3, p. 560.

89 M. FROMONT, "La justice administrative en Europe : Convergences", en *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 207.

90 F. Moderne, "Vers une culture de l'urgence dans le contentieux administratif", *D.* 2001, p. 3283. Para una presentación de las causas y manifestaciones de la erosión de la legitimidad del juez administrativo, véase D. Lochak, "Quelle légitimité pour le juge administratif?", en *Droit et politique* (CURAPP dir.), PUF, 1993, pp. 141-151, especial pp. 142-146.

91 Y. Gaudemet, "Crise du juge et contentieux administratif en droit français", en *La crise du juge* (J. Lenoble ed.), LGDJ, coll. La pensée juridique, 1990, p. 100. Véase también P.-L. FRIER, *L'urgence*, LGDJ, coll. BDP, t. 150, 1987, p. 324.

92 Véase CC, n° 89-261 DC, 28 de julio de 1989, *Rec.* p. 81. Con el fin de ofrecer a los extranjeros sin permiso de residencia garantías jurídicas efectivas, el legislador quiso introducir un procedimiento de urgencia específico ante los tribunales. Se preveía que una persona sujeta a una orden de expulsión pudiera someter el asunto al presidente del tribunal de grande instance en un plazo de 24 horas, debiendo éste pronunciarse en la forma aplicable a los procedimientos sumarios en un plazo de 48 horas. El Consejo Constitucional declaró contraria a la Constitución la remisión a los tribunales de un litigio relativo a la anulación de decisiones adoptadas por una autoridad administrativa en el ejercicio de sus prerrogativas de poder público. Para justificar la derogación del principio fundamental reconocido por las leyes de la República, el Gobierno alegó que la buena administración de la justicia exigía que "el ejercicio de un recurso adecuado asegure la garantía efectiva de los derechos de las personas afectadas". El Consejo Constitucional rechazó este argumento, afirmando que este requisito "puede ser cumplido tanto por los tribunales judiciales como por los administrativos" (párrafo 29).

93 J. RIVERO, "Dualité de juridictions et protection des libertés", *RFDA* 1990, p. 737.

94 S. Hubac e Y. ROBINEAU, "Droit administratif: vues de l'intérieur", *Pouvoirs* n° 46, 1988, p. 124.

95 *Ibid.* Véase en el mismo sentido J.-Y. PLOUVIN, "Au secours, le juge civil des référés arrive! (ou de la réduction du juge administratif par le juge judiciaire des référés)", *GP* 4 de marzo de 1989, 1, p. 106; B. DELAUNEY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, coll. BDP, t. 172, 1993, p. 804; M. CAZO, *Le juge des référés dans le contentieux administratif*, thèse Rennes I, 1998, p. 324.

suspenderla, o impedir su aplicación, con carácter de urgencia y, si es posible, "en una fecha fija"⁹⁶. El Sr. Costa afirmó a continuación que "debería introducirse una 'référé liberté' ante todos los tribunales llamados a pronunciarse (...)"⁹⁷.

2. Una posible creación

20. Dos series de innovaciones prepararon e hicieron posible el advenimiento del procedimiento *référé-liberté*. Sin la introducción de estos procedimientos tan innovadores en el derecho contencioso administrativo, el procedimiento previsto en el artículo L. 521-2 nunca habría visto la luz en su forma actual ni se habría concebido de la manera en que se hizo.
21. La primera serie de innovaciones se refiere a la introducción, a principios de los años noventa, de dos procedimientos de urgencia unipersonales completamente nuevos: por una parte, el procedimiento de impugnación de las órdenes de expulsión, en virtud de la Ley de 10 de enero de 1990⁹⁸, y, por otra, el procedimiento sumario relativo a los contratos, en virtud de la Ley de 4 de enero de 1992⁹⁹. En el caso de las órdenes de expulsión, el juez que conoce del asunto debe pronunciarse en un plazo de 48 horas a partir del registro de la demanda. En este asunto de gran envergadura, en el que participaron todos los miembros de la jurisdicción contencioso-administrativa, "se puso de manifiesto que un juez que resuelve solo puede funcionar; que la introducción de audiencias orales puede funcionar; que la introducción de procedimientos contradictorios a través de audiencias orales puede funcionar; y que plazos muy cortos para asuntos delicados pueden ser cumplidos por el juez"¹⁰⁰. El procedimiento *référé-précontractuel* también ha tenido un profundo efecto en el procedimiento contencioso administrativo, debido a la rapidez con la que puede intervenir el juez y, sobre todo, a la amplitud de sus poderes. Según la ley, el juez puede "ordenar", "suspender", "anular" o "cancelar"¹⁰¹. Estas prerrogativas son considerables y a veces superan las que nuestra ley concede al juez en el procedimiento principal. En palabras de Roland Drago, "nunca habría sido concebible que un día se confirieran tales poderes al juez administrativo"¹⁰². El autor prosigue: "En los demás Estados de la Unión, los contratos en cuestión son competencia de los tribunales y, por lo que respecta a éstos, no hay nada de particular en los poderes que se les confieren en aplicación de las directivas. En Francia, estos contratos son competencia de los tribunales administrativos, por lo que el alcance teórico de la reforma es tan importante, con consecuencias insospechadas"¹⁰³. Cada uno a su manera, estos dos procedimientos han contribuido a la emergencia de una cultura de la urgencia en los tribunales administrativos y han demostrado su capacidad para asumir competencias a veces muy importantes en plazos extremadamente cortos. De este modo, estos procedimientos han eliminado dos obstáculos a la instauración de un procedimiento autónomo de extrema urgencia que otorgue amplios poderes a un juez único.
22. La segunda gran innovación que condujo a la creación del artículo L. 521-2 fue la Ley de 8 de febrero de 1995, que otorgó al tribunal administrativo un poder de apremio para hacer cumplir sus decisiones. Con este poder de mando sin precedentes, el tribunal administrativo tuvo la oportunidad de restablecer los derechos de un demandante que había sido víctima de un acto ilegal. Por primera vez en su historia, el juez podía dictar órdenes directamente a la autoridad administrativa, prescribiendo las consecuencias que debía extraer de una anulación contenciosa. Según el Presidente Labetoulle, esta "innovación fundamental" fue la inspiración

96 J.-F. LACHAUME, "Droits fondamentaux et droit administratif", *AJDA* 1998, número especial, p. 104.

97 J.-P. COSTA, "Le juge et les libertés", *Pouvoirs* n° 84, 1998, p. 86.

98 Este procedimiento está codificado actualmente en el artículo L. 776-1 del Código de Justicia Administrativa, que reproduce el artículo 22 bis de la Orden de 2 de noviembre de 1945 relativa a la entrada y residencia de extranjeros en Francia.

99 Procedimiento codificado en el artículo L. 551-1 del Código de Justicia Administrativa.

100 D. LABETOULLE, "La genèse de la loi du 30 juin 2000", *op. cit.* p. 16. Según M. Denizet, "Les reconduites à la frontière ont bouleversé la culture traditionnelle du juge administratif tout en démontrant que celui-ci, pourvu qu'on le dote de moyens suffisants, savait s'adapter au changement" (J.-P. DENIZET, "Les reconduites à la frontière", *LPA* n° 52, número especial L'urgence, mode d'emploi, colloque de la Conférence nationale des présidents de juridictions administratives, Poitiers, 15 de septiembre de 2000, p. 14).

101 El tribunal puede ordenar a la parte responsable del incumplimiento que cumpla sus obligaciones. Puede suspender la adjudicación del contrato o la ejecución de las decisiones conexas. También puede anular estas decisiones. Por último, la ley le autoriza a modificar directamente el contrato "suprimiendo las cláusulas o prescripciones destinadas a figurar en el contrato". A título ilustrativo, véase C. BERGEAL, "Référé en matière de passation des contrats et marchés", *Jel. Justice administrative*, fasc. 55 (11, 2001), n° 66-74; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1664.

102 R. DRAGO, "Un nouveau juge administratif", en Jean Foyer, *auteur et législateur. Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 460.

103 Ibid.

directa del sistema référé-liberté¹⁰⁴. Sin este texto, añadió, "el requerimiento sumario sin duda no habría sido posible"¹⁰⁵. Con esta importante innovación, se eliminó el último obstáculo a la creación de un référé-liberté.

23. Sin embargo, ni las alarmas vinculadas a la fuga de los contenciosos administrativos hacia los tribunales ni el contexto favorable a la creación de este procedimiento habían llevado a los poderes públicos a replantearse el sistema existente. Lo que faltaba era un electroschock para afirmar una verdadera voluntad de instaurar un procedimiento rápido de protección de las libertades. Al cristalizar las tensiones en torno a la aplicación de este procedimiento, un caso de polizones fue el desencadenante.

II. Las etapas de su adopción

A. El hecho desencadenante: la sentencia de 12 de mayo de 1997

24. En la noche del 8 al 9 de agosto de 1996, el carguero *Félix* hizo escala en el puerto de Honfleur, en Normandía. El capitán del buque informó a la policía de que dos polizones de nacionalidad marroquí, los Sres. Ben Salem y Taznaret, se encontraban a bordo sin los documentos necesarios para entrar en Francia. En la mañana del 9 de agosto, los servicios de control de inmigración decidieron denegar la entrada a estas dos personas, de conformidad con las disposiciones de la Orden de 2 de noviembre de 1945 relativa a las condiciones de entrada y residencia de extranjeros en Francia. Sin embargo, a continuación se apartaron de las disposiciones de este decreto, cuyo artículo 35^c estipula que los extranjeros que lleguen a Francia por ferrocarril, mar o aire y que no estén autorizados a entrar en territorio francés serán retenidos, durante el tiempo estrictamente necesario para su salida, en una zona de espera designada por el prefecto dentro de los límites de la estación, puerto o aeropuerto. Aparentemente por razones prácticas, las autoridades optaron - obviamente de forma irregular - por retener a los dos polizones a bordo del *Félix*¹⁰⁶. Se estableció vigilancia en el muelle para impedir cualquier intento de desembarco hasta la salida del buque, prevista para la noche del 10 de agosto. El armador, acompañado por los Sres. Ben Salem y Taznaret, interpuso entonces una demanda ante el juez de medidas provisionales del Tribunal de Gran Instancia de París para que ordenara a las autoridades poner fin a la retención de las personas a bordo y colocarlas en una zona de espera. El Prefecto de Policía presenta una objeción a la jurisdicción. El juez de medidas provisionales se pronuncia el mismo día, reconociendo la existencia de un abuso de autoridad. Basó su decisión en el artículo 136 del Código de Procedimiento Penal, que atribuye a los tribunales la competencia exclusiva "en todos los casos de atentado contra la libertad individual"¹⁰⁷. Por consiguiente, el juez rechazó la impugnación de su competencia presentada por el Prefecto y suspendió el procedimiento hasta que el Tribunal des Conflits se pronunciara. Nueve meses más tarde, el Tribunal de Conflictos resolvió la cuestión de competencia a favor del tribunal administrativo¹⁰⁸.

104 D. LABETOUILLE, "Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 1999, número especial Puissance publique ou impuissance publique? p. 80.

105 Ibid.

106 Tal medida es ilegal porque priva al extranjero de las garantías que se le conceden cuando se le coloca en una zona de espera. Al ejecutar una decisión de denegación de entrada a un extranjero que llega por vía aérea, ferroviaria o marítima, las autoridades están obligadas a colocar a la persona en una zona de espera con exclusión de todos los demás métodos.

107 TGI París, auto de 9 de agosto de 1996, *GP* 1997, 2, pp. 395-396. El juez declaró que, al negarse a cumplir las exigencias del artículo 35 *quater* instituyendo un procedimiento de control específico para los extranjeros llegados por vía marítima, "la autoridad administrativa (...) cometió un acto que no puede vincularse al ejercicio de una competencia que le pertenece". En numerosas ocasiones, tanto antes como después de que la ley de 6 de julio de 1992 impusiera la creación de zonas de espera, los jueces de medidas provisionales de la región de París se habían pronunciado en el mismo sentido. Véase TGI París, 25 de marzo de 1992, *Level* (D. 1993, p. 47, nota de M. DESGREES DU LOU; *GP* 1992, 1, p. 438, nota de P. BERTIN), TGI Créteil, ord. 31 de marzo de 1992 (*GP* 1992, 1, p. 441) y, manteniendo esta solución en el nuevo estado de la ley, TGI París, ord. 29 de junio de 1994, *Mwinyi* (*GP* 1994, 2, p. 587, nota S. PETIT), TGI París, ord. 15 de febrero de 1995, *Osas y Ojo* (*GP* 1995, 2, p. 489).

108 TC, 12 de mayo de 1997, *Préfet de police de Paris c/ Tribunal de grande instance de Paris*, affaire Ben Salem et Taznaret, dite "des Marocains d'Honfleur", *Lebon* p. 528. Esta decisión ha suscitado numerosos comentarios. Véase *AJDA* 1997, pp. 575-584, chron. D. CHAUVAUX y T. GIRARDOT; *RFDA* 1997, pp. 512-524, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA; *GP* 1997, 2, pp. 737-745, informe P. SARGOS, obs. S. PETIT; *JCP G* 1997, II, 22861, informe de P. SARGOS; *D.* 1997, pp. 567-571, nota de A. LEGRAND; *JCP G* 1997, I, 4066, esp. 499-500, crónica. B. MATHIEU y M. VERPEAUX; *JCP G* 1997, I, 4072, chron. J. PETIT; *LPA* 24 de diciembre de 1997, n° 154, pp. 19-25, nota C. MAMONTOFF; *LPA* 19 de enero de 1998, n° 8, pp. 15-19, nota de J.-P. MARKUS; *GP* 1997, 1, pp. 386-396, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA, nota de S. PETIT.

Para afirmar que sólo correspondía a los tribunales administrativos conocer del asunto, el Tribunal des conflits desestimó sucesivamente dos motivos de competencia judicial. En primer lugar, el Tribunal des conflits afirma que las disposiciones del artículo 136 del Código de Procedimiento Penal "no pueden interpretarse en el sentido de que autorizan a los tribunales a obstaculizar la ejecución de las decisiones adoptadas por la administración fuera de los casos de agresión"¹⁰⁹. En segundo lugar, señala que las medidas impugnadas en el presente asunto no son de esta naturaleza; "no son insusceptibles de estar vinculadas a la facultad de ejecutar las decisiones de denegación de entrada en el territorio francés que el legislador ha conferido a la administración". En efecto, como señaló el juez distribuidor, "de las disposiciones del artículo 5 de la Orden (...) de 2 de noviembre de 1945 se desprende claramente que el legislador ha conferido en principio a las autoridades la facultad de ejecutar las decisiones de expulsión o denegación de entrada que deben adoptar en virtud de la Ley de policía de extranjería". En estas circunstancias, y "aun suponiendo que fueran ilegales, las medidas adoptadas en este caso contra los Sres. Ben Salem y Taznaret no eran manifiestamente insusceptibles de estar vinculadas a un poder perteneciente a la administración". La solución adoptada por el Tribunal des conflits no era en sí misma innovadora: se inscribía en la línea de la jurisprudencia del Tribunal que, desde 1994¹¹⁰, supedita la calificación de agresión a la condición de que la administración haya actuado manifiestamente sin ninguna autoridad legal¹¹¹.

25. Sin embargo, esta decisión no pasó desapercibida. Dictada bajo la presidencia del Ministro de Justicia, fue seguida de la dimisión de un miembro del Tribunal de Conflictos y provocó una crisis de legitimidad en la jurisdicción administrativa.

La primera razón de la inusitada atención prestada a este caso, incluso en la prensa generalista¹¹², es que fue necesaria la intervención del propio Ministro de Justicia para deshacer el empate. La cuestión de la competencia se sometió por primera vez al Tribunal des Conflits en su reunión del 13 de enero de 1997, "que dio lugar a un empate en la votación y a la necesidad de que el Ministro de Justicia la presidiera"¹¹³. Aunque esta intervención está prevista por la ley en caso de empate, no deja de ser excepcional¹¹⁴.

A continuación, en un hecho sin precedentes, la decisión fue seguida de la dimisión de un miembro del Tribunal, el Consejero Ponente Sargos, magistrado de la Cour de cassation. En su informe, había llegado a la conclusión de que los tribunales eran competentes y tenía la intención de dimitir debido a una norma de reparto considerada excesivamente favorable a la competencia de los tribunales administrativos, e incluso a los intereses de la administración.

Por último, pero no por ello menos importante, la sentencia "conmocionó a los círculos jurídicos al poner ostensiblemente en duda la capacidad del tribunal administrativo para tratar adecuadamente los litigios de urgencia en los que estaban en juego los derechos fundamentales de la persona"¹¹⁵. En principio, la resolución de una

Ver también J.-C. RICCI, "Feu sur la voie de fait?", *RRJ* 1998/1, pp. 9-11; J. NORMAND, "Le juge judiciaire, juridiction d'exception des atteintes portées par les autorités administratives à la liberté individuelle", *RTD civ* 1998, pp. 181-191; S. GUERARD, "L'article 136 du code de procédure pénale : réflexions à partir de deux décisions récentes du Tribunal des conflits", *RRJ* 1999/1, pp. 219-235.

109 En opinión del Tribunal, "la facultad de dictar medidas cautelares contra la Administración, que permite privar de fuerza ejecutiva a sus decisiones, es (...) de la misma naturaleza que la facultad de anular o reformar las decisiones adoptadas por la Administración en el ejercicio de sus prerrogativas como poder público". Sin embargo, en virtud de un principio constitucional, esta potestad es "competencia exclusiva del tribunal administrativo, con excepción de las materias reservadas por naturaleza a la autoridad judicial". Así, una decisión que entra en el ámbito de aplicación del artículo 136 del Código de Procedimiento Penal - es decir, que atenta contra la libertad personal - es, sin embargo, competencia del tribunal administrativo cuando ha sido adoptada por una autoridad administrativa que actúa en el ejercicio de prerrogativas públicas. Esta disposición no autoriza a los órganos jurisdiccionales a dirigir requerimientos a la administración y obstaculizar así la ejecución de sus decisiones, salvo en caso de agresión.

110 TC, 20 de junio de 1994, *Madaci y Youbi*, supra.

111 Tradicionalmente, este requisito sólo se aplicaba a los actos de violencia por falta de ley, y no a los actos de violencia por falta de procedimiento. Sin embargo, el Tribunal des conflits volvió rápidamente a su jurisprudencia anterior, limitando el requisito de que la administración haya cometido una infracción fuera del ejercicio de sus competencias a los actos cometidos por falta de procedimiento (véase *infra*, § 325).

112 Véanse las ediciones de *Le Monde de los días* 14, 16 y 24 de mayo de 1997.

113 P. Sargos, informe antes citado, *GP* 1997, p. 737.

114 Sólo una decena de asuntos han llevado a este último a ejercer sus funciones de juez de reparto. La decisión de 12 de mayo de 1997 también plantea incidentalmente la cuestión de la presidencia del Tribunal des conflits por una autoridad política. El Tribunal des conflits es una institución de naturaleza genuinamente judicial y, por lo tanto, debe incluir todas las garantías inherentes a ese estatus. Como afirmó M. Braconnier, "es difícil imaginar que las decisiones con implicaciones directas sobre los derechos de las personas puedan seguir adoptándose a través de la voz preponderante del Guardián de los Sellos, miembro del Gobierno" (S. BRACONNIER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruylant, 1997, p. 192). En la sentencia *Bulut contra Austria*, el Tribunal Europeo desarrolló el concepto de "aliado objetivo", susceptible de violar el principio de igualdad de armas y que caracteriza al Ministro de Justicia cuando preside el Tribunal de Conflictos (TEDH, 22 de febrero de 1996, *Bulut contra Austria*, *RTDH* 1996, p. 627, nota de MARTENS, citada por S. BRACONNIER, *op. cit.*, p. 192).

115 F. Moderne, "Le référé-liberté devant le juge administratif", en *Le nouveau juge administratif des référés*.

cuestión de competencia no debería afectar a la garantía de los derechos del litigante. Pero en este caso, reconocer la competencia del tribunal administrativo equivalía a admitir la total ineficacia de las vías procesales a disposición de los demandantes y la ausencia de protección judicial de sus derechos y libertades. A falta de decisión previa, los demandantes no tenían derecho a interponer un recurso directamente ante el tribunal administrativo. Para interponer un recurso, primero debían obtener una decisión de la administración y, en su caso, esperar una decisión denegatoria implícita tras un periodo de cuatro meses¹¹⁶. Además, contra la resolución denegatoria sólo podía interponerse válidamente un recurso por ultra vires. Una solicitud de suspensión de la ejecución o de suspensión provisional, en virtud de la jurisprudencia *Amorós*, habría sido declarada inadmisibile. En cuanto al procedimiento sumario, aunque otorgaba al juez administrativo la facultad de dictar medidas cautelares, no podía utilizarse para impedir la ejecución de una decisión administrativa. Por lo tanto, el único recurso disponible contra esta decisión era un recurso por ultra vires. Sin embargo, los plazos de respeto del procedimiento contradictorio y la obligación de pronunciarse como órgano colegiado excluían la posibilidad de que el tribunal anulara la medida en un futuro próximo. A falta de un procedimiento adecuado, "la administración pudo así eludir impunemente la ley que impone la detención en zona de espera de los extranjeros que tienen prohibida la entrada en territorio francés". El vacío jurídico existente en materia de procedimientos de urgencia se hizo entonces patente y amenazó la credibilidad misma de la justicia administrativa en un ámbito tan sensible como el de las libertades"¹¹⁷.

26. La decisión desencadenó una crisis de legitimidad de los tribunales administrativos debido a su incapacidad para defender eficazmente las libertades. Al criticarse su eficacia y, por tanto, su utilidad para los justiciables, se atacó la existencia misma de la justicia administrativa. Inmediatamente después de la decisión del Tribunal des conflits, magistrados del poder judicial pidieron su desaparición pura y simple¹¹⁸. El Palais-Royal era consciente del "riesgo de desestabilización"¹¹⁹ que la crisis abierta por la decisión del 12 de mayo de 1997¹²⁰ entrañaba para la justicia administrativa. Para que la crisis no se agrave y amenace la existencia misma de la justicia administrativa, es urgente poner remedio al problema de la incapacidad del juez administrativo para poner fin rápidamente a los actos administrativos que atentan gravemente contra las libertades. La crisis sólo podrá contenerse mediante una intervención legislativa que otorgue al juez administrativo prerrogativas que le permitan garantizar enérgicamente las libertades de las personas amenazadas por el poder público.

En los días siguientes a la decisión del Tribunal de Conflictos se hicieron propuestas en este sentido. En respuesta a los ataques de los magistrados judiciales, Solon - seudónimo que oculta la identidad de un Conseiller d'Etat - se propuso redefinir los términos del debate. Mientras que para este último la cuestión se refiere a la existencia misma de la justicia administrativa, Solon afirma que "la verdadera cuestión es saber si el juez administrativo está dotado de herramientas tan poderosas como el juez judicial para acudir al rescate urgente de una libertad ilegalmente amenazada por la administración". Afirma que "se ha hecho mucho en este sentido en los últimos años", pero que "hay que ir más lejos"¹²¹. El Sr. Arrighi de Casanova apela al legislador en sus conclusiones sobre la sentencia de 12 de mayo de 1997, afirmando que "si los procedimientos aplicables por el tribunal competente en virtud de los principios fundamentales que rigen la doble jurisdicción no son suficientemente convenientes, corresponde a las autoridades públicas considerar su adaptación"¹²². Algunos jueces se mostraron de acuerdo con el análisis de los miembros del Conseil d'Etat sobre la necesidad de introducir un procedimiento rápido y eficaz en este ámbito¹²³.

Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000, coloquio antes citado, p. 133.

116 En la época de los hechos, la ley fijaba un plazo de cuatro meses para dictar una resolución denegatoria implícita (norma resultante del artículo 3 de la ley de 17 de julio de 1900, reafirmada y generalizada por la ley de 7 de junio de 1956 y el decreto de 11 de enero de 1965). Este plazo se redujo a dos meses por la ley de 12 de abril de 2000 (véase el artículo R. 421-2 del Código de Justicia Administrativa).

117 P. WACHSMANN, "Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration?", en *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, coloquio antes citado, p. 97.

118 La Asociación Profesional de la Magistratura pidió que se estudiara "la desaparición de las dos órdenes de competencia, una curiosidad en el paisaje judicial europeo" (*Le Monde* 16 de mayo de 1997).

119 P. Wachsmann, "Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration", *op. cit.* p. 106.

120 En la época en que surgió la polémica, el etnólogo Bruno Latour había sido autorizado a realizar una etnografía del Consejo de Estado. Excepcionalmente, durante varios meses, se le concedió un salvoconducto que le permitía circular libremente dentro de la institución. El resultado de esta observación y análisis es un libro titulado *La fabrique du droit*, publicado por La Découverte. En él, Bruno Latour relata los acontecimientos de mayo de 1997, describiendo con todo detalle cómo se vivió desde dentro la crisis desencadenada por la decisión del Tribunal des conflits, así como la estrategia puesta en marcha por el Conseil d'Etat para contenerla (véase B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La Découverte, 2002, pp. 44-55).

121 SOLON, "Un émoi à côté de la plaque", *Le Monde*, 24 de mayo de 1997, p. 19.

122 J. ARRIGHI DE CASANOVA, conclusión citada anteriormente, *RFD-A* 1997, p. 523.

123 Véase, en este sentido, S. PÉTTI, *op. cit.* *GP* 1997, 1, p. 745: "Esperemos que la voluntad expresada a menudo por los jueces de los tribunales administrativos de asumir la defensa de las libertades individuales en su ámbito de competencia se vea acompañada de medios jurídicos, técnicos y procesales a la altura de la exigencia expresada. Está en juego la garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos".

Ante la falta de reacción de los poderes públicos, el Conseil d'Etat tomó la iniciativa de una reforma que supervisará hasta su finalización. Un grupo de trabajo creado en el seno del Consejo, a iniciativa de su vicepresidente, se encargó de estudiar posibles mejoras¹²⁴.

B. La propuesta del grupo de trabajo: la alternativa entre dos variantes de medidas cautelares

27. El procedimiento référé-liberté y, más en general, la reforma de 30 de junio de 2000 son ante todo obra del Conseil d'Etat y de su grupo de trabajo. Es cierto que el procedimiento sumario entra en el ámbito de aplicación de la ley¹²⁵ y que fue a través de un texto legislativo formal como se introdujo en el derecho positivo tras su debate, enmiendas parlamentarias y adopción por ambas asambleas. Sin embargo, al igual que las anteriores reformas del procedimiento contencioso administrativo, la ley sobre el procedimiento sumario es una vuelta al derecho en forma de trampantojo¹²⁶. Como afirma el Sr. Pacteau, "la Ley de 30 de junio de 2000 es el prototipo de las grandes reformas del contencioso administrativo en las que el Conseil d'Etat tuvo tanto que ver con la idea como con la iniciativa, que preparó y condujo hasta su adopción con éxito por el Parlamento (...)"¹²⁷. Aunque el Conseil d'Etat no pretende ser el creador de la ley¹²⁸, no cabe duda de que es "a la vez el inspirador y el artífice"¹²⁹. Aprovechando la función de propuesta que le confiere el artículo

¹²⁴ Si bien la crisis del 12 de mayo se refería esencialmente a la falta de protección urgente de las libertades por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, el Conseil d'Etat decidió emprender una reforma más profunda destinada a remediar todas las deficiencias de sus procedimientos de urgencia. Por carta de 31 de octubre de 1997 (véase *RFDA* 2000, p. 954), el Vicepresidente del Conseil d'Etat encargó a un grupo de trabajo que "identificara los casos en los que, en el estado actual de la ley y de la jurisprudencia, la jurisdicción contencioso-administrativa no podía responder satisfactoriamente a las necesidades de los justiciables". A continuación, se le encargó que propusiera medidas de reforma para simplificar la ley y hacerla más eficaz. El grupo de trabajo, creado por orden de 7 de noviembre de 1997 (véase *RFDA* 2000, pp. 954-955), estaba compuesto por ocho miembros del Conseil d'Etat, cuatro jueces de los tribunales inferiores y dos profesores universitarios (René Chapus y Bernard Pacteau). Al término de sus trabajos, el grupo de trabajo redactó un informe y elaboró anteproyectos de textos que reflejaban sus propuestas y las variantes examinadas (véase *RFDA* 2000, pp. 941-958).

¹²⁵ Dos fundamentos han sido esgrimidos por los comentaristas para justificar la competencia del Parlamento. El primero se basa en el artículo 34 de la Constitución, que atribuye al legislador la responsabilidad de determinar las garantías fundamentales para el ejercicio de las libertades públicas. Aunque el concepto de libertad fundamental no coincide exactamente con el de libertad pública, existen sin embargo muchos ámbitos en los que ambos conceptos coinciden. Por consiguiente, la référé-liberté se refiere, al menos en parte, a la garantía de las libertades públicas. El profesor Chapus ha añadido un segundo fundamento de la competencia legislativa: el respeto de los derechos de la defensa tal como resultan de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República (R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, n° 1536).

¹²⁶ Como ha señalado M. Gaudemet, "la mayoría de los grandes textos que han transformado el contencioso administrativo en los últimos años tienen su origen en la voluntad y la iniciativa del Conseil d'Etat" (Y. Gaudemet, "Remarques sur l'évolution des sources du droit du contentieux administratif", en *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 338). Notablemente, "siempre es de hecho el Conseil d'Etat, sobre la base de su práctica y conocimiento del contencioso y porque ha construido el derecho del contencioso, el que está en el origen de las nuevas soluciones y el que es, en gran medida al menos, el redactor" (*op. cit.*, p. 339). Su posición en el seno de los poderes públicos, su experiencia del contencioso y también la autoridad de la que ahora goza le confieren un amplio dominio formal de toda la normativa en la materia. Como resume M. Melleray, "es siempre el Conseil d'Etat quien decide, y detrás de los textos formalmente legislativos, hay que ver generalmente la mano del Palais-Royal" (F. MELLERAY, "L'exorbitance du droit du contentieux administratif", en *L'exorbitance du droit administratif en question*, coloquio de 11 y 12 de diciembre de 2003, Poitiers, LGDJ, 2004, p. 294). Véase también B. PACTEAU, "Procédure administrative contentieuse, retour à la loi, et après?", *RFDA* 1996, pp. 5-9.

¹²⁷ B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^{ème} éd, PUF, coll. Droit fondamental, 2002, n° 262.

¹²⁸ El Presidente Labetoulle se esforzó en señalar la disociación institucional entre el Consejo de Estado y el grupo de trabajo que funcionaba en su seno: "Contrariamente a lo que a veces se ha dicho o escrito, no hubo intervención orgánica del Consejo de Estado como tal. El grupo de trabajo funcionaba en el seno del Consejo de Estado con la participación de personalidades externas. El trabajo del grupo de trabajo iba directamente del grupo de trabajo a la mesa de Madame Guigou. No hubo deliberación por parte del Consejo de Estado; el Consejo de Estado no adoptó posición alguna. El Consejo de Estado, como tal, sólo tuvo conocimiento del texto cuando el Gobierno le presentó un proyecto de ley a título consultivo" (D. Labetoulle, "La genèse de la loi du 30 juin 2000", en *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, coloquio antes citado, p. 17). Ciertamente, esta disociación no es artificial. Sin embargo, hay que relativizarla, dado que el grupo de trabajo estaba compuesto esencialmente por miembros del Conseil d'Etat.

¹²⁹ I. LEGRAND y L. JANICOT, Nota bajo CE, Secc. 28 febrero 2001, *Casanovas, AJDA* 2001, p. 973. Como señala el Presidente Vandermeeren, "según una práctica que ha afectado, en los últimos años, a todos los textos, reglamentarios o

L. 112-3 del Código de Justicia Administrativa¹³⁰, el Conseil d'Etat, en el marco de su grupo de trabajo, ha elaborado un "anteproyecto de ley"¹³¹ que propondrá al legislador para su adopción.

28. En el seno del grupo de trabajo, fue desde el punto de vista del poder de requerimiento que la *référé-liberté* pasó a primer plano. La ausencia de tal poder se presentó como una carencia; su reconocimiento en favor del juez de urgencia como una solución. Así pues, fue a partir de la idea del requerimiento judicial como nació el procedimiento de medidas cautelares.

El punto de partida del grupo de trabajo es la constatación de que la limitación de las facultades del juez de medidas cautelares para dictar órdenes de cesación representa una grave deficiencia en la protección que los tribunales administrativos dispensan a los justiciables sometidos a su jurisdicción. "En los casos de conductas materiales, de comportamientos administrativos irregulares, de omisiones o incluso de decisiones puramente negativas -casos todos ellos para los que el mecanismo de la suspensión de la ejecución resulta inadecuado-, la ausencia de facultades adecuadas en materia de medidas cautelares priva a los justiciables de una intervención útil y eficaz, con carácter de urgencia, del juez administrativo"¹³². Para remediar estas deficiencias, parecía esencial "acompañar la renovación de la suspensión de la ejecución con un aumento de los poderes de requerimiento confiados al juez administrativo en casos urgentes"¹³³. El objetivo es permitir al juez administrativo "intervenir eficazmente en situaciones en las que no hay decisiones administrativas fácilmente identificables en juego, es decir, en situaciones en las que la simple suspensión de la ejecución de una decisión administrativa no basta para garantizar los derechos de los justiciables". Esta "medida cautelar" permitiría al tribunal administrativo ordenar a todas las partes implicadas, incluidas las autoridades administrativas, que adopten todas las medidas cautelares necesarias"¹³⁴. Debido a la amplitud de estas prerrogativas, "pareció necesario encuadrar este poder de requerimiento y limitarlo a los casos de actuación administrativa grave y manifiestamente ilegal: para que el juez, resolviendo en procedimiento sumario, es decir, solo y en caso de urgencia, intervenga haciendo uso de poderes exorbitantes del derecho común, la ilegalidad cometida debe caracterizarse por su gravedad y obviedad"¹³⁵.

29. La cuestión del alcance de este procedimiento fue objeto de un amplio debate en el seno del Grupo de Trabajo. De acuerdo con el método definido por el Grupo de Trabajo en el momento de su creación, que consiste no en decidir sino en clarificar opciones y presentar opciones, se consideraron dos variantes de procedimiento sumario: por una parte, la protección de las libertades fundamentales y, por otra, la "muy gran urgencia". El proyecto de ley, basado en una concepción extensiva del ámbito de aplicación de la ley, prevé así dos sistemas alternativos en el artículo 3136 :

Variante 1: "En caso de violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental por parte de la Administración, el juez de medidas provisionales, previa solicitud al efecto justificada por la urgencia del asunto, podrá ordenar todas las medidas de salvaguardia necesarias".

Variante 2: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior [relativo al procedimiento de suspensión cautelar], el juez de medidas cautelares podrá ordenar, en caso de urgencia y a instancia simple que será admisible

legislativos, que modifican el derecho de lo contencioso administrativo, la reforma de los procedimientos de urgencia fue iniciada por el Consejo de Estado, que la propuso y preparó antes de que fuera adoptada por el Gobierno y votada por el Parlamento" (R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, p. 708).

130 "El Conseil d'Etat podrá, por propia iniciativa, señalar a la atención de los poderes públicos las reformas legislativas, reglamentarias o administrativas que considere de interés general" (antiguo artículo 24 de la Orden n° 45-1708 de 31 de julio de 1945).

131 La expresión fue utilizada por el propio grupo de trabajo (véase, en particular, el apéndice n° 8 del informe, *RFDA* 2000, p. 958). Posteriormente volvió a utilizarse (véase, por ejemplo, L. TOUVET, concl. sobre CE, Secc. 18 de enero de 2001, *Commune de Venelles*, *RFDA* 2001, p. 383). Este anteproyecto de ley corresponde a lo que M. Henry califica de "anteproyectos" de ley (O. HENRY, *La fonction de proposition du Conseil d'Etat*, Tesis Montpellier I, 2000, p. 249). Como señala el autor, "en principio, el Conseil d'Etat se abstiene de redactar él mismo un proyecto de ley, artículo por artículo, para no inmiscuirse, de forma que se considere excesiva, en la tarea que corresponde al Parlamento. Sin embargo, esta incursión en el proceso legislativo puede producirse a veces cuando, al término de un estudio, el grupo de trabajo encargado de llevarlo a cabo considera oportuno proponer un texto fuente (que reúne todas las propuestas en un anteproyecto de ley, que puede -y está destinado a- ser retomado tal cual)" (*ibid.*; véanse los ejemplos citados en las pp. 249-251).

132 Informe, p. 944.

133 Informe, p. 947.

134 *Ibid.*

135 *Ibid.*

136 Apéndice 4 del informe del grupo de trabajo, *RFDA* 2000, p. 955.

incluso en ausencia de resolución administrativa previa, cualquier medida que no sea susceptible de impugnación sería y que esté justificada por la necesidad de proteger el ejercicio de un derecho o libertad cuestionado por un acto o comportamiento de la autoridad administrativa. A petición de cualquier interesado, podrá ser revocada en cualquier momento".

Según el Presidente Labetoulle, la alternativa era la siguiente: "o bien un ámbito de aplicación muy amplio, pero en el que los poderes del juez de medidas provisionales habrían sido naturalmente menos marcados, o bien, por el contrario, un ámbito de aplicación más restringido y unos poderes más fuertes"¹³⁷. La primera opción, limitada únicamente a la protección de las libertades fundamentales, permitiría al tribunal ordenar cualquier medida de salvaguardia. La segunda, relativa a todos los derechos y libertades, sólo autorizaría al juez a ordenar una medida en ausencia de impugnación grave. La mayoría del grupo de trabajo expresó una clara preferencia por la primera solución. Cuatro consideraciones fueron determinantes en esta elección¹³⁸. En primer lugar, la posibilidad de violación de una libertad fundamental parecía corresponder a las situaciones en las que la intervención urgente del juez de medidas provisionales, dotado de poderes muy amplios, estaba más justificada. Luego, en la mayoría de los casos, la intervención del juez de medidas cautelares corresponderá a situaciones derivadas de decisiones administrativas, respecto de las cuales la suspensión cautelar, eventualmente acompañada de la aplicación de la potestad de requerimiento resultante de la Ley de 8 de febrero de 1995, bastará para restablecer los derechos de las partes en el procedimiento. Por otra parte, la ampliación del ámbito de aplicación de este procedimiento podría llevar a la mayor parte de los contenciosos administrativos a la órbita del procedimiento sumario, en detrimento de las garantías de calidad que ofrecen las sentencias dictadas sobre el fondo por una sala colegiada tras una audiencia escrita. Por último, el grupo de trabajo temía que una ampliación demasiado amplia de las competencias del juez de medidas provisionales diera lugar a un número excesivo de remisiones que desbordaría la capacidad de los tribunales administrativos para tratarlas.

El informe del grupo de trabajo se presentó al Ministro de Justicia en mayo de 1998. En él se presentaban las dos formas de requerimiento sumario.

C. La decisión del Gobierno: la elección de medidas cautelares (référé-liberté)

30. El Gobierno empezó por consultar a las organizaciones profesionales de jueces y abogados. A continuación, organizó reuniones interministeriales para armonizar los puntos de vista de todas las administraciones centrales. De las dos variantes de medidas cautelares propuestas por el grupo de trabajo, el Gobierno optó por la fórmula estricta: la de una medida cautelar "ampliada en sus posibilidades pero circunscrita en su alcance"¹³⁹. El artículo 4 del proyecto de ley recoge la fórmula propuesta por el grupo de trabajo, con un cambio de redacción. El Gobierno añade también un segundo apartado, que reconoce el derecho del prefecto a actuar en el marco de este procedimiento:

"Cuando una libertad fundamental haya sido vulnerada de forma grave y manifiestamente ilegal por la Administración, el juez de medidas provisionales, previa solicitud al efecto justificada por la urgencia del asunto, podrá ordenar cuantas medidas sean necesarias para salvaguardar dicha libertad".

Esta solicitud podrá ser formulada por el representante del Estado si la infracción a que se refiere el apartado anterior es causada por una entidad local o una institución pública local".

El proyecto de ley 269 *sobre el procedimiento sumario ante los tribunales administrativos* fue aprobado por el Consejo de Ministros el 17 de marzo de 1999 y presentado al Senado el mismo día.

D. Mejoras parlamentarias

31. En general, la fase legislativa se caracterizó por un amplio consenso parlamentario que trascendió las divisiones

¹³⁷ D. Labetoulle, "La genèse de la loi du 30 juin 2000", *op. cit.* p. 20.

¹³⁸ Cf. Informe del citado grupo de trabajo, *RFDA* 2000, p. 948.

¹³⁹ B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} ed, PUF, colección Droit fondamental, 2005, n° 278. Véase V. Tardy, "Le projet de réforme de la procédure de référé", *LPA* 11 de diciembre de 1998, n° 148, pp. 7-13.

políticas. Aunque se adoptó tras la reunión de la comisión mixta, en general el texto sólo suscitó desacuerdos relativamente menores entre el Senado y la Asamblea Nacional, que dejaron intacta la estructura del proyecto gubernamental. Por lo que se refiere al conjunto del proyecto, "sólo el nuevo régimen *de référé-liberté* planteaba verdaderas dificultades"¹⁴⁰. Éstas se referían a la cuestión de los recursos, la legitimación del prefecto y la competencia del tribunal en materia de injerencias de hecho.

Finalmente, el texto fue adoptado por el Parlamento en quince meses. "Este largo proceso de redacción parece interminable para un texto sobre cuyo principio había consenso, y cuyo contenido parecía a primera vista esencialmente técnico"¹⁴¹. Sin embargo, se trata de "un plazo *razonable*, sobre todo si se recuerda (además de la congestión de las Cámaras del Parlamento) la dificultad de adoptar varias otras grandes reformas jurídicas administrativas, especialmente las contenciosas, en los últimos veinte años (...)"¹⁴².

El texto final fue adoptado por amplia mayoría por ambas asambleas, por el Senado el 21 de junio de 2000¹⁴³ y por la Asamblea Nacional el 22 de junio de 2000¹⁴⁴. La ley fue promulgada por el Presidente de la República el 30 de junio de 2000, sin que fuera sometida al Consejo Constitucional: "es difícil imaginar por quién, con qué fundamento o con qué posibilidades de éxito podría haber sido presentada"¹⁴⁵. Pocos autores han examinado esta cuestión. No obstante, la Sra. Rouault expresó algunas reservas. La autora expresó sus dudas sobre la constitucionalidad de la *référé-liberté*, alegando que "la Constitución hace del tribunal el guardián de la libertad individual y del derecho de propiedad, lo que justifica su competencia en caso de violación de estas libertades. Si bien el Consejo Constitucional ha reconocido la capacidad del legislador para crear bloques de competencias, cabe preguntarse si es coherente con los principios constitucionales transferir esta competencia específica a los tribunales administrativos"¹⁴⁶. En realidad, sin embargo, la demanda de inconstitucionalidad carecía de fundamento. Por una parte, el tribunal administrativo goza de una reserva constitucional de competencia para controlar los actos adoptados por las autoridades administrativas en el ejercicio de sus prerrogativas como poderes públicos. Si bien este principio debe conciliarse con el principio, de igual valor, que sitúa la libertad individual y la propiedad privada bajo la protección de la autoridad judicial, el Consejo Constitucional considera que se trata de una competencia *privilegiada* del tribunal judicial, y en modo alguno de una competencia exclusiva¹⁴⁷. En segundo lugar, la ley no "transfiere" en modo alguno los litigios de los tribunales a los tribunales administrativos. Su único objetivo es reforzar los poderes de urgencia del tribunal administrativo sin modificar el reparto de competencias entre los dos niveles jurisdiccionales. En cualquier caso, los redactores del anteproyecto de ley se habían prevenido contra cualquier riesgo evitando toda referencia expresa a la libertad individual y al derecho de propiedad en el texto sometido a las asambleas.

III. Líneas de investigación

32. Este procedimiento, cuyas características generales se esbozarán en primer lugar abordando la cuestión de su denominación, ha sido aclamado por académicos y litigantes. Es necesario reflexionar sobre la aportación, el lugar y las características de este recurso jurídico.

A. La fórmula elegida y el nombre del procedimiento

33. Como señala el profesor Pacteau, las medidas cautelares se incluyeron en el artículo L. 521-2 del Código de

140 R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, p. 708 (subrayado). En segunda lectura, la mitad de las enmiendas propuestas por la Comisión Jurídica del Senado, es decir, cinco enmiendas de diez, se referían únicamente al procedimiento sumario (R. GARREC, Informe del Senado n° 210, pp. 12-13). En la comisión mixta, dos de los puntos aún en debate se referían específicamente a este procedimiento (Informe AN n° 2460, y Sénat n° 396).

141 M. FOULETIER, "La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", *RFDA* 2000, p. 964.

142 B. PACTEAU, "Vu de l'intérieur : loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire", *RFDA* 2000, p. 959 (subrayado).

143 *JO déb. Sénat*, CR séance 21 juin 2000, p. 4226.

144 *JO déb. AN*, sesión CR 22 de junio de 2000, p. 5808.

145 B. PACTEAU, "Vu de l'intérieur : loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire", *RFDA* 2000, p. 959.

146 M.-C. ROUAULT, "Le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives : un pas vers l'institution d'un véritable juge administratif de l'urgence", *LPA* 3 de agosto de 1999, n° 153, p. 15.

147 Véase *el* artículo 119.

Justicia Administrativa "en términos a la vez fuertes y encauzados": "cada palabra tiene peso y estaba destinada a encauzar y finalizar con precisión" la competencia del juez de medidas cautelares¹⁴⁸. Formalmente, el artículo L. 521-2 reúne en una fórmula única las competencias del juez y las condiciones de concesión de las medidas cautelares. Los términos utilizados son deliberadamente amplios y en algunos aspectos indeterminados, con el fin de dotar a este recurso jurídico de una gran flexibilidad. La fórmula es una síntesis de varios procedimientos que existían con anterioridad en el derecho contencioso administrativo y en el derecho judicial privado¹⁴⁹.

34. Como suele ocurrir, el legislador se ha abstenido de dar un nombre a este procedimiento. A falta de una denominación oficial, los juristas han propuesto varias fórmulas. Existen no menos de cinco expresiones: *référé-liberté*, *référé-liberté fondamentale*, *référé-injonction*, *référé-sauvegarde* y, por último, *référé-sauvegarde d'une liberté fondamentale*. Si bien todos estos términos tienen en común que sitúan en primer plano la naturaleza del procedimiento - una medida cautelar -, cada uno de ellos destaca a continuación un aspecto diferente del procedimiento. Los dos primeros términos se centran en *el objeto del procedimiento*: las libertades (fundamentales). El tercero hace hincapié en *el poder conferido* al juez en caso de violación de una libertad o, más bien, en uno de sus poderes, el más emblemático: el poder de requerimiento. Los dos últimos términos destacan la *finalidad* de este procedimiento: proteger y salvaguardar las libertades. Mientras que el primer término no es discutible, como tiende a demostrar su utilización en todas las fórmulas propuestas, el segundo debe discutirse, sobre todo teniendo en cuenta las divergencias expresadas al respecto.

Dada su naturaleza, el procedimiento establecido en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa constituye una *medida cautelar*. "En términos generales, una medida cautelar es una solicitud al tribunal de una resolución inmediata y provisional"¹⁵⁰. Tanto en el derecho judicial privado como en el contencioso administrativo, estos procedimientos responden a la necesidad de tratar rápidamente una cuestión que llevaría demasiado tiempo examinar con arreglo al procedimiento judicial normal. En concreto, para los litigantes, los procedimientos sumarios "ofrecen la ventaja de ahorrar tiempo"¹⁵¹; "proporcionan una respuesta inmediata a una situación de crisis"¹⁵². La rapidez es, pues, la esencia del procedimiento sumario¹⁵³. Habida cuenta de las condiciones en las que interviene el tribunal administrativo sobre la base de esta disposición, el procedimiento incoado por el artículo L. 521-2 pertenece indiscutiblemente a la categoría de los procedimientos sumarios. Más

148 B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} éd, PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 278.

149 El artículo L. 521-2 toma prestadas algunas de sus expresiones de estos procedimientos. Sus palabras iniciales ("Requerido a tal efecto") son una reproducción literal del artículo L. 10 del Código de Tribunales Administrativos y Tribunales Administrativos de Apelación. La exigencia de una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental recuerda la jurisprudencia sobre la agresión de hecho. La referencia a "una persona jurídica de derecho público o un organismo de derecho privado encargado de la gestión de un servicio público" se toma inmediatamente de la Ley de 8 de febrero de 1995. En cuanto a los poderes del juez - "ordenar todas las medidas necesarias" - sólo podemos destacar la similitud entre esta redacción y la del artículo 484 del nuevo Código de Procedimiento Civil, que confiere al juez de medidas provisionales civiles "el poder de ordenar inmediatamente las medidas necesarias".

150 R. JACQUELIN, "L'évolution de la procédure administrative", *RDJ* 1903, 2^{nde} parte p. 14. En Francia, la primera institución que puede asimilarse a un verdadero procedimiento sumario fue instaurada por un Real Edicto de 22 de enero de 1865 que organizaba el procedimiento Châtelet. Inspirado en la práctica del teniente civil del Châtelet de París, este procedimiento reunía dos de las características esenciales que constituyen la esencia misma del procedimiento sumario: un procedimiento simplificado, aplicado en casos de urgencia. Posteriormente se codificó en los artículos 806 a 811 del Código de Procedimiento Civil de 1806. El procedimiento sumario se transpuso al contencioso administrativo gracias a la práctica del Conseil de préfecture de la Seine. El procedimiento se consagró entonces en la ley de 22 de julio de 1889, pero sólo en beneficio de los Consejos de Prefectura. No fue hasta el artículo 34 del decreto de 31 de julio de 1945, que pasó desapercibido en su momento, cuando se concedió al Conseil d'Etat esta misma prerrogativa; hasta entonces, sólo había tenido la facultad de suspender la ejecución en virtud del artículo 3 del decreto de 22 de julio de 1806. Sobre los orígenes históricos del procedimiento sumario ante los tribunales judiciales y administrativos, véase respectivamente Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, tesis de Estrasburgo, 1993, pp. XIII-XXV; C. GABOLDE, "Pour un véritable référé administratif", *D.* 1949, chron. p. 172, y J. GOURDOU, "Juge des référés. Organisation. Dispositions générales", *Jel. Justice administrative*, fasc. 50 (5, 2002), p. 2. Véase también O. GERARD, *Des origines des référés et des principes de compétence en cas d'urgence en droit français*, tesis, París, 1886, 232 p.

151 F. COURIVAUD, *Des référés. Principes de compétence et de procédure*, Imprimerie Blais et Roy, 1900, p. 11.

152 A. LACABARATS, "Le référé", en *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, colloque des 11 et 12 décembre 1997, La documentation française, 1998, p. 213.

153 El Primer Presidente Estoup afirma que la doctrina clásica, "con razón, ha considerado la rapidez del procedimiento como un rasgo distintivo de los procedimientos sumarios" (P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, 2^{ème} ed, Litec, 1998, p. 28). Aunque este criterio se ha desvanecido, debido a la existencia en el derecho procesal moderno de numerosos procedimientos caracterizados también por la celeridad, "no obstante, sigue formando parte de la esencia del procedimiento sumario, habiendo justificado su creación y ordenado su organización" (*ibid.*).

concretamente, se trata de un procedimiento sumario *urgente*¹⁵⁴ y, utilizando el título de la Ley de 30 de junio de 2000, de un procedimiento sumario "ante la jurisdicción contencioso-administrativa"¹⁵⁵.

Aparte de su naturaleza, ¿cuál es la característica más significativa del procedimiento establecido en el artículo L. 521-2? ¿Es su objeto o su finalidad? ¿Es el poder de requerimiento confiado al juez administrativo?

Las formulaciones referidas a la finalidad del procedimiento no han prosperado. La expresión "référé-sauvegarde", propuesta inicialmente por el profesor Chapus¹⁵⁶, ha sido poco utilizada. Esto puede explicarse por el carácter insuficientemente evocador del término. No indica qué es lo que se salvaguarda. Sin embargo, como ha señalado el profesor Gohin, "parece preferible precisar lo que se salvaguarda, sobre todo cuando se trata de la esencia del asunto"¹⁵⁷. Además, esta expresión es utilizada a veces por los especialistas en derecho judicial privado para designar el procedimiento sumario previsto en el apartado 1 del artículo 809 del nuevo Código de procedimiento civil, en virtud del cual las víctimas de una agresión demandan a la administración ante el juez civil en procedimiento sumario¹⁵⁸. El profesor Pacteau, basándose también en la finalidad del procedimiento, ha propuesto la fórmula más completa de "procedimiento sumario para salvaguardar una libertad fundamental"¹⁵⁹. Esta fórmula tiene el mérito de indicar a la vez el objeto y la finalidad del procedimiento. Sin embargo, su falta de concisión ha impedido que se generalice.

El término "medida cautelar" subraya uno de los poderes otorgados al juez en el marco de este procedimiento. Esta expresión prevaleció durante los trabajos preparatorios y sigue siendo de uso bastante común en la práctica de los tribunales administrativos. La elección de esta expresión era perfectamente concebible durante la fase preparatoria de la reforma. Cuando el grupo de trabajo previó dos variantes en cuanto al alcance de este procedimiento, su característica principal era el poder de requerimiento concedido al juez. Ahora que el Gobierno y, posteriormente, el Parlamento han optado por la fórmula de aplicación estricto, el uso de esta fórmula ya no está justificado y debe abandonarse. El juez al que se refiere el artículo L. 521-2 no sólo no es el único juez de medidas cautelares facultado para dictar mandamientos judiciales¹⁶⁰, sino que también puede dictar medidas distintas de los mandamientos judiciales¹⁶¹. El juez contemplado en el artículo L. 521-2 no sólo es juez de medidas cautelares y no es el único juez de medidas cautelares. A falta de una correlación estricta y exclusiva entre el poder de requerimiento conferido al juez y el procedimiento previsto en el artículo L. 521-2, el término "requerimiento" debe descartarse.¹⁶²

154 La aplicación del artículo L. 521-2 está condicionada a la urgencia. Al igual que la medida cautelar del artículo L. 521-1, que sustituye al procedimiento de suspensión de la ejecución, y la medida cautelar del artículo L. 521-3, que sucede a la antigua medida cautelar del artículo 130 del Código de Tribunales Administrativos y Tribunales Administrativos de Apelación, el pronunciamiento de una medida está supeditado a la urgencia de la intervención judicial.

155 A primera vista, esta expresión puede parecer preferible a la comúnmente aceptada de "procedimiento administrativo sumario". En efecto, como señaló el profesor Drago en 1953, existen procedimientos sumarios puramente administrativos cuya finalidad es que la autoridad administrativa adopte medidas provisionales en caso de urgencia (R. DRAGO, "La procédure de référé devant le Conseil d'Etat", *RDP* 1953, pp. 297-316, especial pp. 304-305). Tales procedimientos siguen existiendo hoy en día en el derecho francés, en particular el artículo 79 del Código de Minas, modificado por la ley de 15 de julio de 1994, que confiere a la autoridad administrativa la facultad de prescribir cualquier medida necesaria para garantizar la protección del medio ambiente, incluso durante la duración de las obras. Estos procedimientos son claramente distintos de los procedimientos sumarios aplicables "ante los tribunales administrativos", constituyendo estos últimos, tanto antes como después de la reforma de 30 de junio de 2000, auténticos procedimientos jurisdiccionales. Por esta razón, el profesor Drago consideraba "muy discutible" utilizar la expresión procedimientos sumarios "administrativos" para designar los procedimientos vigentes ante el Consejo de Estado y los Consejos de Prefectura (*op. cit.*, p. 305). Hoy en día, sin embargo, ya no existe ningún riesgo de confusión entre los procedimientos sumarios organizados ante la autoridad administrativa y los procedimientos ante los tribunales administrativos. Nadie piensa hoy en un procedimiento puramente administrativo, desarrollado ante un organismo público, cuando se habla de medidas cautelares administrativas. Dado que la expresión se utiliza habitualmente en la doctrina sin que surja la menor ambigüedad, debemos aceptar la validez de su uso en relación con los procedimientos sumarios organizados ante los tribunales administrativos.

156 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 9^{ème} ed, Montchrestien, 2001, n° 1534-1535; *ID*, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} ed, Montchrestien, 2000, n° 1087.

157 O. GOHIN, *Contentieux administratif*, 3^{ème} ed, Litec, 2002, p. 311, nota n° 145.

158 Véase, por ejemplo, A. CROZIO, "Décisions récentes en matière de mesures conservatoires et voies d'exécution", *LPA* 13 de abril de 1988, n° 40, p. 5.

159 B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} éd, PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 278.

160 Sobre la base del artículo L. 521-3, el juez del procedimiento sumario podrá, por ejemplo, ordenar a la autoridad pública que divulgue documentos administrativos. El juez de suspensión cautelar en virtud del artículo L. 521-1 puede acompañar la medida de suspensión con una orden de ejecución (véase § 480 *infra*). En virtud del artículo L. 551-1 del Código de Justicia Administrativa, el juez de medidas cautelares contractuales puede ordenar a una entidad pública que cumpla sus obligaciones (véase el § 487 *infra*). Del mismo modo, el presidente de la sala de lo contencioso-administrativo puede dictar medidas cautelares en los procedimientos sumarios audiovisuales (véase el artículo 529).

161 En lugar de dictar una orden de cesación, puede, en ciertos casos, preferir dictar una orden de suspensión (véanse los §§ 479-480 *infra*).

162 También hay que señalar que este término ya se utiliza habitualmente en el lenguaje del Palais para describir el

No cabe duda de que los términos más satisfactorios para describir este procedimiento son los que ponen de relieve su *finalidad*, es decir, las libertades fundamentales. Por lo tanto, es preferible referirse al procedimiento del artículo L. 521-2 como "référé-liberté(s) fondamentale(s)" o el más conciso "référé-liberté(s)" utilizado en la exposición de motivos del proyecto de ley¹⁶³. Estas dos expresiones han sido ampliamente aceptadas en el Consejo de Estado¹⁶⁴ y en los círculos académicos¹⁶⁵. El término "référé liberté" se ha consagrado en textos relativos a la organización de la asistencia jurídica¹⁶⁶ y en la propia jurisprudencia administrativa¹⁶⁷.

B. Un procedimiento popular

35. Numerosos parlamentarios, jueces administrativos y universitarios han destacado el carácter innovador, incluso revolucionario, del procedimiento sumario¹⁶⁸. La doctrina también ha destacado la originalidad del

procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 809 del nuevo Código de Procedimiento Civil.

163 Podría objetarse, con René Chapus (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 9^{ème} ed., Montchrestien, 2001, n^o 1534), que el término "référé-liberté" ya se utiliza en la doctrina penal para el procedimiento de suspensión de la detención preventiva (artículo 187-1 del Código de Procedimiento Penal). Sin embargo, si bien puede ocurrir que los procedimientos jurisdiccionales administrativos se confundan con los procedimientos civiles, no existe tal riesgo en el caso de los procedimientos de prisión preventiva que, por definición, no afectan a personas jurídicas ni, por consiguiente, a organismos públicos.

164 Véase B. STIRN, "Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat: concurrence ou complémentarité?", en *Mélanges Paul Sabourin*, Bruylant, 2001, p. 377; G. BACHELIER, "Le référé-liberté", *RFDA* 2002, pp. 261-268; M. GUYOMAR y P. COLLIN, *AJDA* 2001, chron. p. 153, pp. 1054-1059; R. DENOIX DE SAINT MARC, "allocution d'ouverture" du colloque *Le juge administratif et les libertés publiques*, *RFDA* 2003, p. 1048; D. CHAUVAUX, concl sur CE, Sect. 28 de febrero de 2001, *Philippart et Lesage*, *RFDA* 2001, pp. 390-398; F. LAMY, concl. sobre CE, Sect. LAMY, concl. sobre CE, Sect. 25 de abril de 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c/ Commune de Baden*, *RFDA* 2001, pp. 849-854; I. DE SILVA, conclusiones sobre la CE, secc. 30 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tiba*, *RFDA* 2002, pp. 324-335; P. FOMBEUR, conclusiones sobre la CE, secc. 28 de febrero de 2001, *Casanovas*, *RFDA* 2001, pp. 399-406; L. TOUVET, conclusiones sobre la CE, secc. 19 de enero de 2001, *Commune de Venelles*, *RFDA* 2001, pp. 378-388.

165 Véase, por ejemplo, L. FAVOREU, "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *D.* 2001, pp. 1739-1744; B. FAURE, "Juge administratif statuant urgence. FAURE, "Juge administratif statuant en urgence. Référé-liberté", *Jcl. Justice administrative*, fasc. 51 (11, 2002); J. TREMEAU, "Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété", *AJDA* 2003, pp. 653-658; N. JACQUINOT, "La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ?", *AJDA* 2003, pp. 658-666; A. BOURREL y J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2003, 112 p.; M.-C. ROUAULT, "La loi du 30 juin 2000 : un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif", *D.* 2001, pp. 398-403; F. MODERNE, "Vers une culture de l'urgence dans le contentieux administratif ?", *D.* 2001, Point de vue, pp. 3283-3285; P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. systèmes Droit, 2003, 198 p.; O. DUGRIP, "Les procédures d'urgence : l'économie générale de la réforme", *RFDA* 2002, pp. 245-249; C. DEBOUY, "La suspension des décisions en matière d'urbanisme par la procédure du référé administratif", *CJEG* n^o 584, 2002, pp. 65-83; O. GOHIN, *Contentieux administratif*, 3^{ème} éd., Litec, coll. Manuels, 2002, 479 p.; H. MOUTOUH, "La voie de fait dans le projet de loi relatif au juge administratif des référés : la "folle du logis" enfin domestiquée ?", *D.* 1999, dernière act, pp. 1-2; L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2003, 347 p.; G. DRAGO, "Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens", *Dr. adm.* 2004, Etude n^o 11, pp. 7-11; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 121; L. GAY, "Propriété et logement. Réflexions à partir de la mise en œuvre du référé-liberté", *RFDC* 2003, pp. 309-333 (1^{ère} parte) y 527-546 (2^{nde} parte). Tras rechazar inicialmente esta fórmula (véase *más arriba*), M. Chapus afirmó posteriormente que el artículo L. 521-2 merecía "su denominación habitual de 'référé-liberté' (...)" (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n^o 1534).

166 Véase el artículo 1^{er}, IV, 2^o del decreto n^o 2004-1025, de 29 de septiembre de 2004, por el que se modifica el decreto n^o 91-1266, de 19 de diciembre de 1991, por el que se aplica la ley n^o 91-647, de 10 de julio de 1991, relativa a la justicia gratuita (*DO* 30 de septiembre de 2004, p. 16809).

167 Véase CE, ord. 18 de octubre de 2006, *Djabrailova, Lebon* p. 431, *AJDA* 2006, pp. 2352-2356, nota M. GAUTIER. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat, que resuelve en virtud del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, se denomina "juez administrativo de medidas provisionales".

168 "La innovación es la 'référé-liberté'", declaró Jean-Jacques Hyest en el Senado (*JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3742), mientras que el ponente del proyecto de ley presentó este procedimiento como "una innovación importante" de la reforma (R. GARREC, Informe del Senado n^o 380, pp. 22, 29 y 49). En una audiencia de la Comisión de lo Jurídico del Senado, el Presidente Labetoulle declaró que se trataba de "la disposición más innovadora" del proyecto de ley ("Audition de M. Daniel Labetoulle par la Commission des Lois du Sénat", 26 de mayo de 1999, p. 2, www.senat.fr). Los miembros de la doctrina académica también vieron en la référé-liberté una "innovación absoluta" (J. GOURDOU, "Juge des référés. Organisation. Dispositions générales", *Jcl. Justice administrative*, fasc. 50 (5, 2002), p. 3), "una innovación espectacular" (G. COHEN-JONATHAN, "Le droit au juge", en *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 490) o "una innovación absoluta" (R. CHAPUS, *op. cit.*, n^o 1534). Este procedimiento se presentó como la "gran innovación" de la ley de 30 de junio de 2000 (J. VUITTON y X. VUITTON, *Les référés*, Litec, Pratique professionnelle, 2003, p. 312), "su innovación más notable" (B. FAURE, *op. cit.*, n^o 2), el "procedimiento más innovador de la reforma" (A. BOURREL y J.

procedimiento¹⁶⁹, considerándolo "la principal contribución (a la vez la más innovadora y la más prometedora) de la Ley de 30 de junio de 2000"¹⁷⁰, "uno de los principales elementos de la reforma de los procedimientos administrativos sumarios"¹⁷¹, "la innovación más importante y ya la más famosa introducida por la Ley de 30 de junio de 2000"¹⁷². Fue presentado por un Ministro de Justicia como "el más emblemático"¹⁷³ de los procedimientos introducidos por la Ley de 30 de junio de 2000. La *référé-liberté* es aclamada como "la verdadera 'estrella' de esta reforma"¹⁷⁴. Representa "un superprocedimiento que concede una superprotección a las libertades fundamentales afectadas"¹⁷⁵. Se han utilizado todos los superlativos para describirla. "Si consideramos que el legislador establece una gradación de potestades jurisdiccionales en función de la extensión de la urgencia y de la calidad de los derechos a proteger, la solicitud sumaria de medidas cautelares encarna el punto último en la protección de los derechos de los solicitantes"¹⁷⁶. Ha recibido los más altos honores, culminando con su coronación por el profesor Chapus como el "rey de los procedimientos sumarios"¹⁷⁷.

Sin embargo, el mayor homenaje a este procedimiento vino de los propios demandantes. Como había anunciado el Presidente Vandermeeren, los litigantes han promovido el procedimiento de medidas provisionales "al rango de 'estrella' de los litigios, destinado a ocupar un lugar privilegiado"¹⁷⁸. Es cierto que las medidas cautelares son un procedimiento especialmente atractivo. Sus ventajas se derivan, en primer lugar, de la flexibilidad con la que pueden activarse, ya que no están sujetas a la existencia de una decisión administrativa ni a un recurso sobre el fondo. También es atractivo porque el juez dispone de un plazo muy breve de 48 horas para pronunciarse, y por el alcance de sus poderes, ya que puede ordenar "todas" las medidas necesarias. Por último, su atractivo se deriva del ámbito de que se trata, el de las "libertades fundamentales", expresión cuya invocación basta por sí sola para dar alcance al recurso. El demandante, sensible al carácter moral de una condena dictada sobre esta base, y que "puede dejarse seducir por la magia de las palabras"¹⁷⁹, puede pretender lo que le parece una sanción un tanto solemne o ejemplarizante de una conducta administrativa. Por estas razones, el atractivo de la *référé-liberté* es real. A su vez, los litigantes han sucumbido a los encantos de este procedimiento y han instado al juez a intervenir en las circunstancias más diversas. Han recurrido al juez de medidas provisionales con frecuencia y en numerosas ocasiones¹⁸⁰.

C. La filosofía de la medida cautelar

GOURDOU, *op. cit.*, p. 55), "la mayor innovación" en materia de medidas cautelares de urgencia (J.-L. PISSALOUX, "Quelques réflexions dubitatives sur les nouvelles procédures de référé administratif", *Dr. adm.* 2001, chron. n° 18, 1^{ère} part, p. 7). Algunos han llegado a hablar de "La révolution du référé liberté" (M. FOULETIER, "La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", *RFDA* 2000, p. 971).

169 "Es sin duda aquí donde la Ley de 30 de junio de 2000 (...) ha producido su obra más original", declaró el Presidente Vandermeeren (R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, p. 712). Los Sres. Debbasch y Ricci afirmaron que, de todos los procedimientos sumarios, el del artículo L. 521-2 es indiscutiblemente "el más original" (C. DEBBASCH y J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2001, n° 556).

170 B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} éd, PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 278.

171 R. VANDERMEEREN, *D.* 2002, SC *contentieux administratif*, p. 2227.

172 J.-C. Ricci, "Chronique du contentieux administratif", *RGCT* 2001, p. 965.

173 D. Perben, Discurso de clausura del coloquio Le juge administratif et les libertés publiques, *RFDA* 2003, p. 1123.

174 J.-R. ETCHEGARAY, "La réforme des procédures d'urgence : le nouveau juge des référés administratifs est-il arrivé ?", *Contr-urb* 2001, chron. n° 1, p. 6.

175 L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2003, p. 30.

176 M. FOULETIER, "La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", *RFDA* 2000, p. 971.

177 R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, n° 1514.

178 R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, p. 712.

179 G. Bachelier, "Le référé-liberté", *RFDA* 2002, p. 268.

180 En general, el atractivo es una característica de todos los procedimientos destinados a proteger las libertades. En Alemania, por ejemplo, "la idea inicial de que el recurso de inconstitucionalidad debía ser un remedio jurídico extraordinario al que recurrir únicamente como último recurso para proteger los derechos fundamentales se vio inmediatamente superada por los acontecimientos. (...) De 1951 a 1999: 127.171 recursos en la lista (...) (A. DITTMANN, "Le recours constitutionnel en droit allemand", *CCC* n° 10, 2001, p. 77). Como observa M. Dittmann, "este instrumento no se utiliza únicamente en casos de violación grave de los derechos fundamentales que requieren un recurso del tribunal constitucional como último recurso (...) (op. cit., pp. 77-78). En Colombia, cada año se interponen varios miles de *acciones de tutela*, cerca de 4.000 sólo en 1998 (A.-C. SEPULVEDA, "La protection des droits fondamentaux en Amérique latine", V^e Congrès de l'AFDC, Toulouse, 6, 7 y 8 de junio de 2002, Taller n° 6, p. 4).

fundamental

36. ¿Está perfectamente justificada la moda del procedimiento sumario, tanto desde el punto de vista de la doctrina jurídica como desde el punto de vista contencioso? En primer lugar, las solicitudes presentadas sobre la base del artículo L. 521-2 son casi siempre rechazadas. Por término medio, sólo una de cada diez solicitudes de medidas cautelares prospera. En nueve de cada diez casos, no se cumplen las condiciones que justifican la intervención del juez, lo que refleja la frecuente utilización de este procedimiento fuera de los casos para los que fue concebido. En segundo lugar, los honores que ahora se conceden al procedimiento *référé-liberté* recuerdan a los que en otra época se concedían al *recours pour excès de pouvoir*, que, desde el punto de vista de la protección práctica que ofrecía al litigante, no estaban en absoluto justificados. En efecto, en 1929, Gaston Jèze no dudaba en calificar el *recours pour excès de pouvoir* de "la más maravillosa creación de los juristas, el arma más eficaz, práctica y económica del mundo para la defensa de las libertades"¹⁸¹. En la misma línea, Pierre-Henri Teitgen señalaba en 1958 que "la opinión unánime de juristas y políticos de todo el mundo es que no hay mejor sistema para garantizar las libertades individuales que el recurso al Conseil d'Etat francés por motivos de *ultra vires*"¹⁸². Sin embargo, son bien conocidas las graves deficiencias e insuficiencias del *recours pour excès* en aquella época, en particular debido a la lentitud del juez y a su falta de poder para dictar medidas cautelares. En el ámbito de las libertades, la intervención del juez de l'*excès de pouvoir* era muy a menudo tardía y, desde un punto de vista *práctico*, completamente inútil para el demandante¹⁸³.

A la luz de estos factores, ¿cómo entender la contribución real del procedimiento *référé-liberté*? Más allá del simbolismo de su introducción¹⁸⁴, ¿qué ofrece realmente este procedimiento en términos de protección de los litigantes?

37. Con una media de 150 decisiones al año dictadas por el Conseil d'Etat en virtud del artículo L. 521-2, la jurisprudencia relativa a las medidas cautelares es considerable y ofrece una base de trabajo apreciable para el estudio de este procedimiento. El análisis de la jurisprudencia se basará en todas las resoluciones dictadas por el Tribunal supremo de lo contencioso-administrativo entre el 1 de enero de 2001 y el 31 de julio de 2007: como tribunal colegiado o unipersonal, como juez de primera y última instancia, en apelación o en casación. En principio, las resoluciones dictadas por los tribunales administrativos quedarán excluidas del ámbito del estudio, ya que no expresan el estado de la jurisprudencia y siempre están sujetas a una posible desautorización por parte del Consejo de Estado.

Además, para poner en perspectiva los resultados obtenidos, el enfoque se orientará hacia sistemas jurídicos extranjeros. En respuesta a la invitación formulada por el Presidente René Cassin¹⁸⁵, el estudio se enriquecerá con elementos comparativos procedentes de más allá de nuestras fronteras¹⁸⁶. Según Jürgen Schwarze, "el

181 G. JEZE, "Rapport à l'Institut international de droit public", *Annuaire de l'Institut*, 1929, p. 162.

182 P.-H. Teitgen, "Intervention au débat", en *Travaux préparatoires de la Constitution du 4 octobre 1958. Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel*, La documentation française, 1960, p. 77.

183 Véase en particular J. Rivero, "Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir", *D.* 1962, chron. pp. 37-40, esp. pp. 38-39; *ID.*, "Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits", en *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Sirey, 1963, t. II, pp. 813-836.

184 Como observó la Sra. Fombeur, el Conseil d'Etat deseaba que este procedimiento "demostrara que el juez judicial no tenía el monopolio de la defensa rápida y eficaz de las libertades" (P. FOMBEUR, concl. sobre CE, Secc., 28 de febrero de 2001, *Casanovas*, *RFDA* 2001, p. 403).

185 "(R. Cassin, "Droits de l'homme et méthode comparative", *RIDC* 1968/3, p. 492).

186 Ya no es necesario demostrar las ventajas del enfoque comparativo en el ámbito de la investigación jurídica. Presentado como "el método de la ciencia jurídica del futuro" por R. von Iehring (citado en P. MOUZOURAKI, *L'efficacité des décisions du juge de la légalité administrative dans le droit français et allemand*, LGDJ, coll. BDP, t. 205, 1999, p. 1), según M. Muir Watt, la comparación es "una fuente de cuestionamiento, reflexión y apertura" (H. MUIR-WATT, "La fonction subversive du droit comparé", *RIDC* 2000/3, p. 503). Ofrece "la ventaja de un mejor conocimiento del derecho nacional, gracias a los reflejos que suscitan las normas vigentes en los derechos extranjeros: el juego de espejos permite vislumbrar ciertos aspectos particulares de un objeto que una mirada directa no habría revelado" (R. CASSIN, *op. cit.*, p. 543). Como por una especie de efecto reflejo, ligado al retorno comparativo sobre uno mismo, el conocimiento del Derecho extranjero favorece una mejor comprensión de las soluciones del Derecho nacional. En este sentido, "el derecho comparado es (...) el instrumento más poderoso para describir el derecho nacional" (O. PFERSMANN, "Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit", en *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, Société de législation comparée, 2001, p. 133). Sobre las ventajas y técnicas del derecho comparado, véase también A.-J. VAN DER HELM y V.-M. MEYER, *Comparer en droit*, CERDIC, 1991, 213 p.; R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991, 175 p.; P. HASSENTEUFEL, "Deux ou trois choses que je sais d'elle. Remarque à propos d'expériences de comparaisons européennes", en *Les méthodes au concret. Démarches, formes de l'expérience et terrains d'investigation en science politique* (CURAPP dir.), PUF, 2000, pp. 105-124; K. ZWEIGERT, "Méthodologie du droit comparé", en *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 1, Librairie Dalloz & Sirey, 1960, pp. 579-596; J. BELL, "La comparaison en droit public", *Mélanges en l'honneur de*

Derecho comparado puede describirse como una comparación de diferentes ordenamientos jurídicos, un proceso que puede referirse tanto a ordenamientos jurídicos completos, en su espíritu y estilo ("macrocomparación"), como a determinadas soluciones propuestas por los ordenamientos jurídicos considerados ("microcomparación")¹⁸⁷. Por lo que respecta al estudio del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, la empresa se limitará a una microcomparación centrada esencialmente en el concepto de libertades fundamentales y en los procedimientos de urgencia destinados exclusivamente a proteger dichas libertades.

Desde una perspectiva estrictamente positivista, esta investigación hará del Derecho positivo el objeto primario y último del estudio emprendido. Las afirmaciones doctrinales serán sistemáticamente sometidas a un análisis crítico y, sobre todo, confrontadas con la realidad del Derecho positivo. Esta precaución parece tanto más necesaria cuanto que a menudo ocurre en este campo, y parece que más que en otras disciplinas jurídicas, que los autores dan una visión distorsionada de las normas aplicables, una visión distorsionada de la realidad del Derecho, describiéndolo no como es sino como les gustaría que fuera¹⁸⁸.

38. El Conseil d'Etat considera que en la arquitectura de los recursos abiertos a los particulares contra los actos y actuaciones de las autoridades públicas, el lugar del procedimiento del artículo L. 521-2 no debe definirse de forma aislada, sino que debe considerarse en relación con el del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa. El Conseil d'Etat ha querido destacar la especificidad del procedimiento de référé-liberté en relación con el procedimiento de référé-suspension. Consagra la idea de que la finalidad de los dos procedimientos sumarios es responder a situaciones diferentes de maneras diferentes¹⁸⁹. El procedimiento del artículo L. 521-2 confiere al tribunal amplios poderes para poner remedio muy rápidamente a situaciones inaceptables; el procedimiento del artículo L. 521-1 confiere al tribunal la facultad de suspender la ejecución de una decisión cuya legalidad es dudosa y que puede causar perjuicios. Se establece así una clara distinción, dentro del procedimiento de medidas provisionales de urgencia, entre el procedimiento "de derecho común"¹⁹⁰ del artículo L. 521-1 y el procedimiento "excepcional"¹⁹¹ o "especial"¹⁹² del artículo L. 521-2.

Denis Tallon, *Société de législation comparée*, 1999, pp. 33-44; I. SZABO, "Le droit comparé et les droits de l'homme", en *Miscellanea W.J. Ganshof Van der Meersch*, t. 2, LGDJ, 1972, pp. 925-941; G. MARTY, "Droits de l'homme et droit comparé", en René Cassin, *Amicorum discipulorumque liber*, t. 4 *Méthodologie des droits de l'homme*, Pédone, 1972, pp. 259-270.

187 J. Schwarze, *Droit administratif européen*, t. 1, Bruylant, 1994, p. 90.

188 Véase F. SUDRE, "Droits intangibles et/ou droits fondamentaux: y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme", en *Liber amicorum Marc-André Eissen*, LGDJ Bruylant, 1995, pp. 381-398, esp. pp. 381-382.

189 De forma muy explícita, afirma "que al distinguir entre los dos procedimientos previstos en los artículos L. 521-1 y L. 521-2, el legislador ha querido responder a situaciones diferentes; que las condiciones a las que está sujeta la aplicación de estas disposiciones no son las mismas, ni tampoco los poderes de que dispone el juez de medidas provisionales" (CE, ord. 28 de febrero de 2003, *Commune de Pertuis*, *Lebon* p. 68; CE, 16 de junio de 2003, *Hug-Kalinkova et autres*, *Lebon* T. p. 931; CE, ord. 29 de octubre de 2003, *Société EURL 'Il était une fouace'*, n° 261304; CE, ord. 4 de febrero de 2004, *Commune d'Yvrac*, *Lebon* T. p. 828; CE, ord. 6 de febrero de 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, no. 264169; CE, ord. 9 de agosto de 2004, *Yılmaz*, *Lebon* T. p. 816; CE, 23 de enero de 2004, *Koffi*, *Lebon* T. p. 827; CE, ord. 9 marzo 2007, *Gniot et Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 302182, mencionada en el *recueil Lebon*; CE, ord. 6 abril 2007, *Commune de Saint Gaudens*, n° 304361, mencionada en el *recueil Lebon*).

190 R. GARREC, Informe del Senado n° 380, p. 22. La expresión también es utilizada por Isabelle de Silva (I. DE SILVA, concl. on CE, Sect., 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFDA 2002, p. 325).

191 CE, ord. 15 de marzo de 2002, *Delaplace*, *Lebon* p. 105; CE, ord. 29 de marzo de 2002, *Bonny*, *Lebon* p. 119.

192 El juez de medidas provisionales se refiere a "la protección jurisdiccional especial prevista por el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa" (CE, ord. 23 de marzo de 2001, *Société Lidl*, *Lebon* p. 154; CE, ord. 27 de marzo de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, *Lebon* p. 158; CE, ord. 23 julio 2003, *Ducastel et autres*, n° 258678; CE, ord. 29 abril 2004, *Département du Var*, n° 266902); "el procedimiento particular del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa" (CE, Secc, 30 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *Lebon* p. 523; CE, ord. 5 de marzo de 2002, *Fikry*, *Lebon* T. p. 872; CE, ord. 10 de febrero de 2003, *Société d'exploitation AOM-Air-liberté*, núm. 254029; CE, ord. 21 de marzo de 2003, *Société le grand café Thomas*, núm. 255248); "el procedimiento de protección especial instituido por el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa" (CE, ord. 9 de agosto de 2001, *Medrinal*, *Lebon* T. p. 1127; CE, ord. 27 de enero de 2003, *Amraoui*, núm. 253601; CE, ord. 13 de julio de 2005, *Société Combé Chavat 2*, n° 282220); "el procedimiento de protección especial instituido por el artículo L. 521-2" (CE, 21 de noviembre de 2001, *Zhary*, *Lebon* T. p. 1125); "el procedimiento de protección especial instituido por el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa" (CE, ord. 20 de enero de 2005, *Commune de Saint-Cyprien*, *Lebon* T. p. 1022; CE, ord. 1^{er} mars 2006, *Ministre délégué aux collectivités territoriales c/ Commune de Salies-du-Salat*, n° 290417, mencionada en el *recueil Lebon*); "la procédure particulière de l'article L. 521-2" (CE, ord. 19 de noviembre de 2001, *Commune de Escueillens et Saint-Just de Bellengard*, n° 240174); "la procédure particulière organisée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative" (CE, ord. 10 de enero de 2002, *Massal*, n° 241746); "la procédure particulière de référé organisée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative" (CE, ord. 25 de abril de 2002, *Société Saria Industries*, *Lebon* p. 155); "la procédure particulière prévue par l'article L. 521-2 précité" (CE, ord. 4 de diciembre de 2002, *Lagbouri*, no. 252164); "cette procédure particulière de référé" (CE, ord. 13 de mayo de 2002, *Centre hospitalier de Valence c/ Nouri*, no. 246551); "la protection particulière instituée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative" (CE, ord. 9 de agosto de 2001, *Aït-Taleb*, *Lebon* T. p. 1128; CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, *Lebon* p. 551); "el procedimiento de

El hecho de que la solicitud sumaria de medidas provisionales se califique de recurso jurídico excepcional o especial se debe a la gravedad de las situaciones en las que se utiliza y a la originalidad de su mecanismo procesal. Por una parte, las medidas cautelares están concebidas para situaciones que pueden calificarse de graves. No sólo debe estar en juego una libertad fundamental, lo que excluye la utilización de este procedimiento para sancionar meras ilegalidades. Además, la ley exige que la infracción sea grave y manifiestamente ilegal, y que el solicitante pueda demostrar la urgencia de obtener una medida de salvaguardia en un plazo muy breve. En segundo lugar, el carácter excepcional del procedimiento de référé-liberté se debe a la singularidad del mecanismo procesal instituido. Con el fin de ofrecer a los usuarios de este procedimiento una tutela judicial rápida y eficaz, el legislador se ha apartado ampliamente de las normas habituales del procedimiento contencioso administrativo. Estas dos dimensiones del carácter excepcional del procedimiento référé-liberté están estrechamente vinculadas: la gravedad de la situación justifica la amplitud de la protección ofrecida al litigante y, por tanto, el apartamiento de las normas tradicionales; a la inversa, el carácter excepcional de este procedimiento justifica limitar estrictamente su aplicación a situaciones particulares que lo requieran de forma evidente¹⁹³.

Estos dos aspectos se combinan en la finalidad de este recurso jurídico, que es poner *fin muy rápidamente a las situaciones más graves*. La preocupación por tratar únicamente las situaciones más excepcionales explica y justifica el carácter draconiano de las condiciones que rigen su utilización. La voluntad de sancionar muy rápidamente estas infracciones fundamenta el carácter excepcional de las normas procesales. Así pues, las normas procesales se caracterizan por un alto grado de flexibilidad, mientras que las normas sustantivas se caracterizan por un alto grado de rigor. En este sutil equilibrio entre el rigor de las condiciones de incoación y el liberalismo del procedimiento se resume la filosofía de la référé-liberté. El recurso introducido por el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa está concebido para aplicarse a situaciones excepcionales. Mediante un mecanismo procesal excepcional, garantiza a la víctima de una infracción una protección judicial rápida y eficaz de sus libertades fundamentales.

Parte I: Un procedimiento concebido para situaciones excepcionales

Segunda parte: Protección jurídica rápida y eficaz

protección especial de las libertades fundamentales" (CE, ord. 29 de octubre de 2004, *Ben Habbab*, n° 273612); "el procedimiento sumario especial previsto por el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa" (CE, ord. 21 de febrero de 2003, *Maillois, Lebon T.* p. 914).

193 Para los Sres. Guyomar y Collin, "la contrapartida de la amplitud de la protección conferida por este procedimiento reside en el carácter estricto de las condiciones a las que se somete el acceso" (M. GUYOMAR y P. COLLIN, chron. sous CE, Sect., 30 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, *AJDA* 2001, p. 1056).

Parte I

*Un procedimiento concebido para
situaciones excepcionales*

39. En palabras del Presidente Vandermeeren, las condiciones de aplicación del procedimiento *référé-liberté* "caracterizan una situación especial"¹⁹⁴. En virtud de lo dispuesto en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, este procedimiento está concebido para aplicarse a situaciones de emergencia en las que la administración, en el ejercicio de sus competencias, vulnera de forma grave y manifiestamente ilegal una libertad fundamental. Los términos de la ley hacen del procedimiento de medidas cautelares un procedimiento exigente, diseñado para responder a "situaciones extremas"¹⁹⁵. Los casos en los que puede intervenir el juez de medidas cautelares están estrictamente limitados por esta disposición. Sujeto a condiciones restrictivas, el procedimiento sumario previsto en el artículo L. 521-2 está "concebido para casos fortuitamente inhabituales en los que el ejercicio de una libertad fundamental se ve cuestionado, de manera a la vez grave y manifiestamente ilegal, por un acto administrativo o por un acto de la administración"¹⁹⁶.

Al presentar las medidas a los diputados, el Ministro de Justicia señaló las carencias tradicionales de los procedimientos de urgencia, ya que el juez de medidas cautelares sólo puede dictar requerimientos a la administración "en *situaciones excepcionales* en las que su actuación atente gravemente contra las libertades fundamentales de los ciudadanos"¹⁹⁷. En palabras del Sr. Colcombet, este procedimiento sólo puede utilizarse en caso de "actos graves que requieran una respuesta especialmente rápida"¹⁹⁸. Por consiguiente, tal y como afirmaron Guyomar y Collin en el ámbito del derecho de inmigración - aunque el punto es más general - el uso del procedimiento *référé-liberté* debe reservarse a "las situaciones más inaceptables"¹⁹⁹.

40. El hecho de que este procedimiento se limite a situaciones excepcionales se refleja en las estrictas condiciones en las que puede utilizarse. De hecho, el procedimiento de medidas provisionales implica un alto nivel de exigencia, que algunos solicitantes pueden encontrar difícil de comprender, pero que resulta de la propia redacción del artículo L. 521-2. Los requisitos relativos a la existencia de una libertad fundamental, a una violación grave y manifiestamente ilícita de dicha libertad y a la urgencia son exigentes y no pueden trivializarse. Así pues, el carácter excepcional de la disposición se deriva del propio texto; no debe nada al rigor mostrado por el Conseil d'Etat en su aplicación.

La aplicación del artículo L. 521-2 está sujeta a una serie de condiciones acumulativas "cada una de las cuales tiene por objeto hacer del procedimiento de medidas provisionales un procedimiento subsidiario (...) porque es más difícil de aplicar que el procedimiento de suspensión cautelar"²⁰⁰. En efecto, la solicitud sumaria de medidas provisionales es un procedimiento subsidiario, no en el sentido de exigir el agotamiento previo e infructuoso de las demás vías de recurso de que dispone el solicitante, sino en el sentido de que este procedimiento sólo puede iniciarse válidamente en presencia de circunstancias raras y excepcionales. El juez de medidas provisionales subraya tranquilamente el carácter más exigente del procedimiento de medidas provisionales en comparación con el procedimiento de suspensión cautelar, poniendo en perspectiva las condiciones de aplicación de cada procedimiento. En la sentencia *Tliba* de 30 de octubre de 2001, el Conseil d'Etat afirmó solemnemente, tras citar las disposiciones de los artículos L. 521-1 y L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, que "a diferencia de una solicitud de suspensión formulada sobre la base del artículo L. 521-1 de dicho Código, que puede ser estimada si se acredita la urgencia y la existencia de serias dudas sobre la legalidad de la decisión impugnada, una solicitud formulada con arreglo al procedimiento especial del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa exige, para ser estimada, que se acredite no sólo la urgencia, sino también la grave vulneración de la libertad fundamental invocada y la ilegalidad manifiesta de dicha vulneración"²⁰¹. Las sentencias posteriores del juez de medidas provisionales han subrayado regularmente el mayor rigor del procedimiento de medidas provisionales en comparación con el procedimiento de suspensión, citando sucesivamente el texto de cada uno de los dos artículos²⁰², o repitiendo la fórmula utilizada por el Conseil d'Etat en la sentencia *Tliba* de 30 de octubre de 2001²⁰³. La puesta en perspectiva de los dos procedimientos responde a un objetivo concreto: demostrar que

194 R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, p. 712.

195 F. THIRIEZ, "Le projet de loi relatif aux procédures d'urgence devant le juge administratif des référés", *LPA* 21 de abril de 1999, n° 79, p. 4.

196 D. Chauvaux, conclusión sobre CE, Secc. 28 de febrero de 2001, *Philippart et Lesage*, p. 391.

197 E. GUIGOU, *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3737. Énfasis añadido.

198 F. COLCOMBET, Informe AN n° 2002, p. 42.

199 M. Guyomar y P. Collin, op. cit. p. 1058.

200 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes droit, 2003, p. 110.

201 CE, Secc. 30 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523.

202 CE, ord. 15 de marzo de 2002, *Delaplace, Lebon* p. 105; CE, 16 de junio de 2003, *Hug-Kalinkova et autres, Lebon* T. p. 931; CE, ord. 4 de febrero de 2004, *Commune d'Yvrac, Lebon* T. p. 828; CE, ord. 6 de febrero de 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, n° 264169; CE, ord. 9 de agosto de 2004, *Yilmaz*, n° 270860; CE, 23 de enero de 2004, *Koffi, Lebon* T. p. 827.

203 Véase CE, ord. 5 marzo 2002, *Fikry, Lebon* T. p. 872; CE, ord. 27 enero 2003, *Kartboub*, n° 253603; CE, ord. 25

sólo el procedimiento référé-liberté está sometido al requisito de la violación grave de una libertad fundamental²⁰⁴, y que la apreciación de la legalidad²⁰⁵ y de la urgencia²⁰⁶ es más estricta. No sólo las condiciones del artículo L. 521-2, que tienen su contrapartida en el artículo L. 521-1, están concebidas de manera restrictiva, sino que además este procedimiento está sujeto a requisitos -presencia de una libertad fundamental, vulneración grave de esa libertad- que no se exigen a los procedimientos de suspensión cautelar. Por lo tanto, se invita expresamente a los solicitantes a recurrir sobre la base del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa si no cumplen las condiciones establecidas en el artículo L. 521-2, en ausencia de pruebas de una vulneración grave de una libertad fundamental²⁰⁷, de una urgencia extrema²⁰⁸ o de una ilegalidad manifiesta²⁰⁹.

41. Así pues, queda muy claro que los particulares sólo pueden recurrir a este procedimiento en situaciones excepcionales. Por una parte, el artículo L. 521-2 sólo puede invocarse útilmente si en el litigio entre el demandante y la autoridad pública está en juego una libertad fundamental. Por otra parte, la ley exige, además de la urgencia, que la administración cometa una violación grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental en el ejercicio de sus competencias. Estas últimas condiciones son estrictas y el juez administrativo las aplica con el máximo rigor en los procedimientos sumarios.

abril 2002, *Labhini*, n° 245547; CE, ord. 6 junio 2003, *Benmessaoud*, n° 257429. En el auto *Labhini* antes citado, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat declaró, tras reafirmar el tenor de la sentencia *Tliba*, "que el recurso interpuesto por el Sr. *Labhini*, que por otra parte interpuso un recurso distinto ante el tribunal administrativo basado en el artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa, debe apreciarse a la luz de estos principios".

²⁰⁴ CE, ord. 5 marzo 2002, *Fikry*, *Lebon T.* p. 872; CE, ord. 15 de marzo de 2002, *Delaplace*, *Lebon* p. 105; CE, ord. 27 de enero de 2003, *Kartboub*, n° 253603; CE, ord. 6 de junio de 2003, *Benmessaoud*, n° 257429; CE, ord. 28 de junio de 2004, *Bernat*, n° 269141. La redacción de las decisiones *Kartboub* y *Bernat* es particularmente explícita a este respecto. En el primer auto, el juez de medidas provisionales precisa que "si una resolución denegatoria de una solicitud de reagrupación familiar, que no impide directamente que los miembros de una familia continúen viviendo juntos, puede ser objeto de una solicitud de suspensión por el juez de medidas provisionales en las condiciones, relativas en particular a la urgencia, previstas en el artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa, no constituye una violación grave por parte de la autoridad administrativa de la libertad de vivir en familia en el sentido y para la aplicación del artículo L. 521-2 del mismo Código". En la decisión *Bernat*, el juez indicó "que la posibilidad para el juez de medidas provisionales de aplicar los poderes previstos por el procedimiento excepcional - distinto del artículo L. 521-1 - del artículo L. 521-2 está sometida en particular a la condición de que se produzca una violación manifiestamente ilegal de una libertad fundamental".

²⁰⁵ CE, Secc. 30 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *Lebon* p. 523; CE, ord. 25 de abril de 2002, *Labhini*, n° 245547.

²⁰⁶ CE, ord. 28 febrero 2003, *Commune de Pertuis*, *Lebon* p. 68.

²⁰⁷ En el auto *Fikry* antes citado, el juez de medidas provisionales, tras concluir que la violación de una libertad fundamental no era grave, invitó al demandante a presentar una demanda sobre la base del artículo L. 521-1, que no está sujeto a tal requisito: el demandante "puede, si lo cree fundado, solicitar al juez de l'excess de pouvoir la anulación de una denegación de expedición de recibo de su solicitud o de una denegación implícita de expedición de este permiso de residencia; (...) el procedimiento de medidas provisionales organizado por el artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa, que permite, si se cumplen las condiciones, suspender la ejecución de estas decisiones y ordenar a la autoridad administrativa que adopte las medidas provisionales adecuadas". Véase también, invitando al demandante a iniciar una suspensión sumaria en ausencia de pruebas de una violación de una libertad fundamental: CE, secc. 18 de enero de 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles*, *Lebon* p. 18; CE, ord. 15 de marzo de 2002, *Delaplace*, *Lebon* p. 105; CE, ord. 27 de junio de 2002, *Centre hospitalier général de Troyes*, *Lebon* p. 228; CE, ord. 6 de junio de 2003, *Benmessaoud*, n° 257429; CE, ord. 28 de junio de 2004, *Bernat*, n° 269141. En esta última decisión, el juez precisó que la desestimación de las conclusiones presentadas "sobre la base, improcedente en este caso, del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa" debido al hecho de que estaba en juego una libertad fundamental, "no impide [al demandante], si cree tener motivos, presentar una nueva demanda de medidas provisionales ante el tribunal administrativo, esta vez sobre la base de las disposiciones del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa".

²⁰⁸ Véase § 294 *infra* y las decisiones citadas.

²⁰⁹ CE, ord. 29 octubre 2004, *Ben Habbab*, n° 273612. En esta decisión, el juez dictaminó que no había necesidad de pronunciarse, ya que en el curso del procedimiento, la administración había expedido al demandante el visado que solicitaba. No obstante, señaló al demandante que su recurso no se había interpuesto sobre una base adecuada a su situación. A falta de ilegalidad manifiesta, debería haber impugnado la denegación de visado por la vía de la suspensión sumaria. Si la administración no le hubiera dado satisfacción antes de la decisión del tribunal, su recurso en virtud del artículo L. 521-2 habría sido desestimado.

Título I

La impugnación de una "libertad fundamental"

42. La finalidad exclusiva del procedimiento establecido en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa es salvaguardar las "libertades fundamentales". En consecuencia, la presencia de tales libertades es un requisito previo esencial para la intervención del juez. La demanda debe desestimarse cuando la decisión impugnada por esta vía "no cuestiona ninguna libertad fundamental y, por tanto, no entra en el ámbito de aplicación del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa"²¹⁰. Como se subrayó durante los trabajos preparatorios, el concepto de libertad fundamental está en el "corazón"²¹¹ de las medidas cautelares. Como noción central del artículo L. 521-2, delimita el ámbito de aplicación y, como tal, constituye un medio de orden público²¹².
43. La elección de este concepto de libertad fundamental causó revuelo cuando se adoptó la Ley de 30 de junio de 2000, y aún más cuando entró en vigor. El entusiasmo con que fue acogido puede sorprender si lo comparamos con la relativa indiferencia que rodea a los conceptos utilizados en otros procedimientos de protección de las libertades en Francia²¹³.

210 CE, ord. 9 febrero 2001, *Philippart et Lesage*, núm. 230112. El mismo requisito se aplica naturalmente al procedimiento por agresión de hecho: la intervención judicial está supeditada a la presencia de una libertad fundamental que debe mencionarse expresamente en la decisión (TC, 25 enero 1988, *Fondation Consteau, Lebon*, p. 484; TC, 15 de abril de 1991, *Préfet de la région Moselle, AJDA* 1991, p. 463; Civ 1^{ère}, 5 de febrero de 1991, *Bull. civ. I*, n° 56; Civ 1^{ère}, 22 de octubre de 1991, *Bull. civ. I*, n° 281).

211 S. SUTOUR, *JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p. 865.

212 En consecuencia, por una parte, la cuestión de la existencia de una libertad fundamental puede discutirse en cualquier fase del procedimiento, incluso por primera vez ante el tribunal de apelación. Así, en el asunto *Tliba*, la administración autónoma no había cuestionado, al parecer, el carácter de libertad fundamental del derecho al respeto de la vida familiar durante el procedimiento en primera instancia. Ante el juez de apelación, el Ministro pudo expresar útilmente sus reservas sobre la admisibilidad de este derecho en el procedimiento del artículo L. 521-2 (véase I. DE SILVA, concl. sobre CE, Secc. 30 octubre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFDA 2002, p. 326). En la medida en que este motivo se refiere al ámbito de aplicación de la ley, también se deduce que el juez administrativo en el procedimiento sumario está obligado, en su caso, a plantear de oficio la cuestión de la existencia de una libertad fundamental. Así, en el auto *Bunel* de 8 de septiembre de 2005, el demandante alegó que sólo se había vulnerado el derecho a la salud. El juez de medidas provisionales se negó a considerar que se tratara de una libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2, pero declaró "que, sin embargo, el consentimiento libre e informado del paciente a los cuidados médicos que recibe y el derecho de toda persona al respeto de su libertad personal (...) entran en el ámbito de aplicación de las disposiciones de este artículo" (CE, auto de 8 de septiembre de 2005, *Ministerio de Justicia contra Bunel*, *Lebon* p. 388). Como estas libertades no habían sido invocadas por el demandante en ninguna fase del procedimiento, el juez planteó de oficio su existencia.

213 No se ha realizado ninguna investigación importante sobre el concepto de libertad fundamental en el contexto de la agresión, ni sobre el concepto de libertad pública o individual en el contexto de la *déféré-liberté*. Los autores se contentan, en el mejor de los casos, con dar una lista indicativa de las libertades afectadas. Esto es comprensible en el caso de la *déféré-liberté*, un procedimiento relativamente confidencial cuyo uso se limita a unas pocas decisiones al año. En cambio, el caso de la agresión es más desconcertante en la medida en que su ámbito de aplicación se define utilizando una expresión estrictamente idéntica a la utilizada para el artículo L. 521-2. ¿Por qué un concepto suscita curiosidad, reflexión y entusiasmo en un caso, y total indiferencia en el otro? ¿Cómo explicar la diferencia de tratamiento entre la noción de libertad fundamental en el sentido de procedimiento sumario y la noción de libertad fundamental en el sentido de agresión? Es difícil dar una respuesta categórica o remotamente segura a esta pregunta. No obstante, parece que hay dos factores que pueden explicar esta disparidad.

La primera razón parece residir en la prominencia que se dio al concepto de libertad fundamental cuando apareció en cada uno de estos dos procedimientos. Cuando se estableció en el contexto de la agresión con lesiones, el concepto de libertad fundamental era aún poco utilizado. Su significado, por lo tanto, no podía realmente definirse o discutirse en relación con otras referencias. En cambio, cuando el legislador adoptó el concepto en 2000, se había difundido ampliamente en el ámbito jurídico -e incluso fuera de él- hasta el punto de justificar una reforma de la enseñanza del derecho de las libertades en la universidad. A partir del curso 1999-2000, la asignatura de Libertades Públicas, obligatoria en el tercer curso de los estudios de Derecho desde 1962, se convirtió oficialmente en una asignatura de "derecho de las libertades fundamentales" por decreto ministerial (orden de 13 de febrero de 1993, cuya entrada en vigor fue aplazada, pero que fue confirmada por la orden de 30 de abril de 1997, publicada en el *Diario Oficial* de 4 de mayo de 1997, p. 6766). Esta denominación también fue

44. En otros países, el alcance de los procedimientos de protección de las libertades suele estar claramente definido por las disposiciones que los regulan. En la práctica, se dan tres situaciones. En primer lugar, la protección se reserva expresamente a determinados derechos y libertades constitucionales²¹⁴. En algunos ordenamientos jurídicos, el procedimiento abarca todos los derechos y libertades reconocidos por la Constitución²¹⁵. En el tercer caso, el ámbito de protección se extiende más allá de los derechos y libertades garantizados por la Constitución²¹⁶.
45. El derecho francés, por el contrario, no contiene un "catálogo" ordenado²¹⁷ de derechos y libertades en ningún nivel de la jerarquía normativa. Los intentos de definir las libertades "en forma de codificación o de

elegida para la prueba de presentación-debate del examen de acceso a los centros regionales de formación profesional para abogados, cuyo programa fue fijado por orden del Ministro de Justicia de 29 de enero de 1998 (*JO de 21 de enero de 1998*, p. 1553).

La segunda explicación es específica del procedimiento *référé-liberté*. Radica en las grandes expectativas que ha suscitado la aparición de este procedimiento en el derecho francés: las expectativas de los litigantes que buscan un juez administrativo de urgencia realmente eficaz en los casos de violación de las libertades; las expectativas de un tribunal administrativo que busca legitimidad en un ámbito tan sensible; y, por último, las expectativas de una comunidad académica entusiasta, que ve en el procedimiento sumario la posibilidad de un conocimiento refinado de su materia. Todas estas expectativas han contribuido a centrar la atención de los observadores en el procedimiento previsto en el artículo L. 521-2. Al suscitar tanta atención, es natural que este procedimiento suscite interrogantes sobre las condiciones de su aplicación y, en particular, sobre el concepto de libertad fundamental que determina su alcance.

214 En España, el artículo 53-2 de la Constitución establece que el recurso de *amparo* sólo garantiza la protección de los derechos y libertades establecidos en los artículos 14 a 30 de la Constitución. En Alemania, el artículo 93.1.4.a) de la Ley Fundamental establece que el *Verfassungsbeschwerde* (recurso de inconstitucionalidad) puede utilizarse para proteger los *Grundrechte* (derechos fundamentales) establecidos en el Título 1^{er} y para proteger los derechos establecidos en otras seis disposiciones de dicho texto. En Chile, el artículo 20 de la Constitución establece que la acción de protección sólo puede interponerse respecto de un número limitado de derechos y libertades constitucionales, cuya lista es restrictiva. En Colombia, en virtud del artículo 86 de la Constitución, la *acción de tutela* tiene por objeto la protección de los "derechos constitucionales fundamentales" enunciados en el capítulo I (artículos 11 a 41).

215 En Venezuela, el *amparo instituido* por el artículo 49 de la Constitución es un instrumento para proteger absolutamente todos los derechos y garantías consagrados en la Constitución. Esta disposición se encuentra en el Capítulo I, que contiene las "Disposiciones Generales" del Título III, referido a los "Deberes, Derechos y Garantías Institucionales". Además, el artículo 1^{er} de la Ley Orgánica de *Amparo* abre expresamente esta vía legal para la protección de los derechos y "garantías" constitucionales (véase R.A. BREWER CARIAS, "La justice constitutionnelle et le pouvoir judiciaire", en *Etudes de droit public comparé*, Bruylant, 2001, pp. 1074-1075). En otros países, todos los derechos y garantías constitucionales pueden protegerse mediante varios procedimientos. Así, en Costa Rica, Argentina, Uruguay, Perú y Guatemala, el *amparo* asegura la protección de todos los derechos y garantías constitucionales, con excepción de la libertad personal, que se protege mediante un procedimiento específico de *habeas corpus* (véase R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.*, pp. 1075-1079). En Brasil, la protección de todos los derechos y garantías constitucionales es particularmente segmentada, pues se realiza por medio de cuatro procedimientos específicos (véase R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.*, p. 1079).

216 En Venezuela, el *amparo* también se aplica a los derechos fundamentales que no se mencionan en la Constitución, ya que según el artículo 50 de la Constitución, "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución no debe considerarse como negación de otros derechos que, siendo inherentes a la persona humana, no aparezcan expresamente mencionados en ella". El artículo 1^{er} de la Ley Orgánica de 1988 establece que el derecho de *amparo* se refiere "al goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, e incluso de los derechos fundamentales de la persona humana que no figuren en la Constitución". En otros países de América Latina, además de los derechos constitucionales, el *amparo* abarca también los derechos contenidos en tratados internacionales (Argentina, Costa Rica, Ecuador) y los derechos reconocidos por la ley, como en Argentina y Ecuador (véase A. C. SEPULVEDA, "La protection des droits fondamentaux en Amérique latine", *V^e Congrès de l'AFDC*, Toulouse, 6, 7 y 8 de junio de 2002, Taller n° 6, p. 5). En Suiza, los recursos de derecho público abarcan un amplio abanico de derechos, principios y libertades: los derechos garantizados por la Constitución Federal y por las constituciones cantonales; cuatro derechos constitucionales no escritos (libertad personal, libertad de opinión, libertad de reunión y libertad de lenguas); los derechos y libertades consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos; una serie de garantías que el Tribunal Federal ha derivado de la garantía de igualdad (derecho a ser oído, derecho a la asistencia jurídica, derecho a ser tratado de buena fe, etc.), así como determinados principios constitucionales destinados a proteger los derechos fundamentales, así como ciertos principios constitucionales relativos a la organización del Estado pero a los que se reconoce un aspecto de protección individual, como el principio de separación de poderes y el de autonomía de los municipios (véase P. SALADIN, "Rapport suisse", *AJJC 1991/VII, Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, coloquio Aix-en-Provence, 12-13 de julio de 1991, p. 150).

217 La expresión "catálogo" de derechos o libertades fundamentales procede del Tribunal Constitucional Federal alemán. La expresión se entiende en su sentido original, es decir, como designación de una lista enumerativa y metódica de objetos con características comunes. El término se ha extendido en la literatura jurídica francesa y se ha utilizado en particular en el contexto de la *référé-liberté*. Por ejemplo, el profesor Chapus ha señalado, en relación con las libertades fundamentales, que "probablemente nunca habrá un catálogo que sea autorizado" (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, n° 1596). Del mismo modo, en sus conclusiones sobre la sentencia *Tliba*, la Sra. de Silva afirmó que los primeros meses de aplicación de la reforma habían permitido "elaborar un primer catálogo de las libertades sometidas al procedimiento sumario (...)" (I. DE SILVA, concl. sobre CE, Secc., 30 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *RFDA* 2002, p. 325).

derecho constitucional, iniciados en varias ocasiones bajo la V República^e, han quedado en nada"²¹⁸. El derecho positivo francés tampoco define la noción de libertad fundamental contemplada en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. Como el ámbito de aplicación de este procedimiento no está definido *a priori*, se deja a los tribunales la tarea de definir sus contornos. Optando por un ámbito de protección amplio, el juez de medidas provisionales adoptó una interpretación extensiva del concepto de libertad fundamental y desarrolló un enfoque enriquecedor para determinar el contenido de cada una de las libertades reconocidas.

218 A. HEYMANN-DOAT, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 7^{me} ed, LGDJ, coll. Systèmes, 2002, p. 102. Una comisión, creada por decreto n° 74-937 de 8 de noviembre de 1974, se encargó de proponer un código de libertades individuales fundamentales (*JO* 13 de noviembre de 1974, p. 11404); no se elaboró ningún proyecto. En los años siguientes, la mayoría parlamentaria y la oposición presentaron varios proyectos de ley constitucional destinados a codificar y completar los derechos y libertades constitucionales (véase, en particular, el proyecto de ley constitucional n° 2128 de 20 de diciembre de 1975 "sobre la declaración de las libertades" y, registrado el mismo día, el proyecto de ley n° 2131 "destinado a completar el preámbulo de la Constitución de 4 de octubre de 1958 con una "Carta de derechos y libertades fundamentales"). A falta de una verdadera voluntad política, ninguna de estas iniciativas fue adoptada. Véase J. Morange, "Vers une codification des libertés en France", *RDP* 1977, pp. 259-281.

Capítulo 1

Un ámbito de aplicación no definido a priori: el carácter abierto y maleable del concepto de libertad fundamental

46. El ámbito de aplicación de la *référé-liberté* no estaba limitado *a priori* por una lista exhaustiva de derechos y libertades protegidos ni por una definición conceptual de su contenido. Al contrario, el texto del artículo L. 521-2 define su ámbito de aplicación por referencia al concepto genérico de "libertad fundamental". Al hacerlo, el legislador ha adoptado, sin definirlo, un concepto de contenido relativamente indeterminado. Como ha señalado el profesor Chapus, "no es fácil dar una definición general del concepto de libertad fundamental, ni siquiera elaborar una lista de libertades fundamentales, de las que probablemente nunca existirá un catálogo autorizado. Más allá de un "núcleo duro" (la Declaración del 89), el fruto es blando y cada cual puede darle la forma que desee, según sus convicciones y bajo la influencia de su subjetividad"²¹⁹. Como el concepto de libertad fundamental es abierto y maleable, corresponde a los tribunales definir sus contornos.

Sección 1: Un concepto jurídico indefinido

47. El grupo de trabajo del Consejo de Estado adoptó el concepto de libertad fundamental con el único objetivo de limitar la intervención del juez a las situaciones que afectan a derechos y libertades especialmente esenciales. Sin *apriorismos* conceptuales ni ideas preconcebidas sobre el significado de esta noción, el grupo de trabajo hizo esta elección con el único objetivo de destacar el carácter excepcional del procedimiento, su vocación de ser utilizado y aplicado únicamente para garantizar la protección de un número limitado de derechos y libertades, los que figuran entre los más importantes de nuestro ordenamiento jurídico²²⁰. En la mente de los redactores del anteproyecto de ley, el objetivo era limitar la intervención del juez a las libertades cuya importancia justifique una atención particular. Para ello, el grupo de trabajo también podría haber adoptado - las expresiones se barajaron durante los debates - los conceptos de libertad esencial, libertad importante o libertad pública.
48. Evidentemente, el grupo de trabajo no ignoraba que este concepto estaba afectado por un alto grado de indeterminación. Básicamente, cualquier concepto utilizado en derecho "implica un grado de indefinición"²²¹, pero este carácter es más acusado en el caso de algunos de ellos, y en particular del concepto de libertad fundamental. Sin embargo, su carácter relativamente impreciso no fue percibido como un obstáculo a los ojos de los redactores del anteproyecto de ley. Al contrario, esta indefinición parecía ser una ventaja para el procedimiento sumario en la medida en que introduce una cierta flexibilidad en la determinación de su ámbito de aplicación. Al adoptar un concepto jurídico indeterminado, el Conseil d'Etat pudo así permitirse, sin verse frustrado por el Parlamento, un margen de libertad considerable para definir el ámbito de aplicación de este procedimiento.
49. Como había subrayado Kelsen, la indeterminación de un concepto jurídico -y, correlativamente, la elección de una definición judicial de su contenido- puede resultar de una intención deliberada del autor de un texto normativo. El Maestro de Viena denomina a esta hipótesis indeterminación intencional: "Puede ocurrir que la indeterminación haya sido perfectamente deliberada, es decir, que haya estado en las intenciones del órgano que estableció la norma que debía aplicarse"²²². Por otra parte, "a veces es simplemente por comodidad que

219 R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, n° 1597.

220 El mismo razonamiento rigió la elección del concepto de libertad pública o individual cuando se introdujo la *déféré-liberté*. Como señaló el ponente del proyecto de ley en la Asamblea Nacional, "si vamos a introducir un procedimiento excepcional de suspensión de la ejecución, sólo debería ser en aquellos casos especialmente graves, aquellos que en la antigua jurisprudencia podían asimilarse a una agresión, es decir, aquellos en los que se atenta contra una libertad pública" (A. RICHARD, *JO déb. AN*, CR séance 22 janvier 1982, p. 396).

221 T. FORTSAKIS, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 152, 1987, p. 314.

222 H. KELSEN, *Teoría pura del derecho* (1960), 2nd ed, trans. C. EISENMANN, LGDJ Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 336. Véase también M. DELMAS-MARTY y J.-F. COSTE, "L'imprécis et l'incertain. Esquisse d'une recherche sur Logiques et droit", en *Lire le droit. Langue, texte, cognition* (D. BOURCIER y E. MACKAAY eds.), LGDJ, coll. Droit et société, 1992, p. 117: los autores indican que la imprecisión puede entenderse "como tal, tal como aparece (...)

transfiere voluntariamente a otra autoridad la tarea de definir el término o la expresión de que se trate"²²³. Por lo que se refiere al concepto de libertad fundamental, la Ley de 30 de junio de 2000 tiene la particularidad de combinar los dos enfoques: el grupo de trabajo del Consejo de Estado eligió intencionadamente un concepto vago, mientras que el Parlamento lo mantuvo sin definirlo por conveniencia.

I. Un elevado coeficiente de indeterminación

50. El concepto de libertad fundamental es relativamente indefinido. Si partimos del Derecho positivo -como debemos hacer²²⁴ - centrándonos en las normas que la ley describe como "libertades fundamentales"²²⁵

siempre que un concepto o una categoría jurídicos sean imprecisos por naturaleza". Este método de redacción es utilizado habitualmente por el Conseil d'Etat cuando debe preparar textos de derecho administrativo y contencioso-administrativo. El Presidente Chabanol ha declarado, por ejemplo, que "como miembro de uno u otro grupo de trabajo encargado de preparar un texto, a veces ha oído a miembros del Consejo de Estado manifestar su hostilidad a una redacción excesivamente precisa, alegando que no todo puede preverse y que el juez preverá las imprecisiones del texto" (D. CHABANOL, *Le juge administratif*, LGDJ, coll. Systèmes, 1993, p. 106). Esta flexibilidad terminológica se busca por el margen de libertad apreciable que confiere al juez. Sobre este punto, véase D. Lochak, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 107, 1972, pp. 138-150; ID, "L'agencement des catégories juridiques : la structure du droit administratif", en *L'administration dans son droit. Genèse et mutation du droit administratif français*, Publisud, 1985, pp. 89-106.

²²³ A. BALDOUS y J.-P. NEGRIN, "L'étendue du recours aux définitions dans les textes de droit administratif", *RRJ* 1987/4, p. 1049.

²²⁴ La investigación jurídica no tiene por objeto el cambio, sino el conocimiento. La finalidad de la ciencia jurídica es describir y observar, no actuar ni crear. La tarea del jurista es describir y analizar "una realidad dada que existe fuera de él, que se le impone y que no está más a su disposición que la naturaleza para un físico. Esta realidad, objeto de la ciencia del derecho, es el derecho positivo" (C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, thèse Paris 1928, reeditado por Economica PUAM, coll. DPP, 1986, p. 86). El positivismo postula "la sumisión estricta a la realidad jurídica como regla suprema de la ciencia jurídica" (*op. cit.*, p. 90). "En particular, afirma la distinción fundamental entre juicios de valor y juicios de realidad, apreciaciones y observaciones, y, en consecuencia, que las críticas del jurista nunca afectan a una realidad que él no ha realizado y que, por tanto, no puede deshacer. El positivismo jurídico no es una actitud de exclusivismo cerril, sino de lógica y claridad intelectual; en modo alguno condena tal o cual forma de pensamiento -las comprende y acepta todas-, sino sólo su confusión o mezcla, que sería la negación de todo método" (*op. cit.*, p. 91). Como no es un legislador, su única responsabilidad es dar cuenta lo más fielmente posible de la realidad del derecho positivo.

²²⁵ En particular, a la hora de estudiar el concepto de libertades fundamentales, este método nos exige abandonar ideas preconcebidas o preestablecidas que en modo alguno se basan en un estudio del Derecho positivo. En particular, es necesario prescindir de afirmaciones doctrinales que no hacen sino oscurecer el concepto y centrarse, en esta fase, únicamente en el estudio del Derecho. A este respecto, Eisenmann advirtió contra el "pecado metodológico capital" al que sucumben muchos autores: el de sustituir la respuesta dada por el derecho positivo "por la respuesta que les parece mejor, lógica y pragmáticamente, o por una de las dos. O al menos hacer un cóctel de elementos de ambas respuestas". Tal enfoque conduce a "una especie de desfiguración del derecho positivo, de sus datos inmediatos, que oscurece la investigación y perpetúa las controversias" (C. EISENMANN, Prefacio a la tesis de M. DEBARY, *La voie de fait en droit administratif*, LGDJ, 1960, p. II). Esta exigencia no siempre se cumple en lo que respecta al concepto de libertad fundamental. Muchos autores desarrollan una concepción de las libertades fundamentales desvinculada del derecho positivo; una concepción que no resulta de la observación de normas textuales y jurisprudenciales, sino de un sentimiento personal sobre lo que, en su opinión, merece esta calificación. Lejos de describir un objeto jurídico, sitúan su discurso desde el principio -y sin ser siempre conscientes de ello- en un plano extra o metajurídico, dando prioridad al esteticismo y a la coherencia de su construcción sobre la descripción de la realidad del Derecho. Este enfoque está muy extendido y explica por qué el significado de un mismo concepto *jurídico* difiere a veces considerablemente de un autor a otro. Los autores no presentan el concepto tal como es, sino tal como lo conciben. Sin embargo, "una definición jurídicamente útil no debe corresponder a las aspiraciones personales de quien la forja, sino sobre todo al estado del derecho positivo" (G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 5^{ème} ed., Armand Collin, 2001, p. 15). Los juristas no son libres de dar a este concepto el sentido que deseen, ni de proclamar con autoridad que su significado es claro y unívoco. Ciertamente, tal enfoque es concebible para definir conceptos que no existen en sentido estrictamente jurídico, es decir, conceptos *doctrinales* que los autores utilizan para dar cuenta o describir el derecho, como el concepto de derecho subjetivo. Esto ya no es así cuando la noción tiene o adquiere carácter jurídico. A partir del momento en que se consagra jurídicamente, el jurista debe ante todo, para ser útil, describir el concepto tal como existe en el Derecho positivo y no proponer una definición *personal*.

Esta actitud hacia el concepto de libertad fundamental estaría perfectamente justificada si el concepto fuera puramente doctrinal. Sin embargo, no es éste el caso. Como se subrayó durante los trabajos preparatorios, el concepto de libertad fundamental es "un concepto jurídico" (J.-J. HYEST, *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3743). No puede decirse, como hacen algunos autores, que sea "un concepto meramente doctrinal" (C. DEBBASCH y J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} ed, Dalloz, coll. Précis, 2001, n° 556). Para definir el concepto de delegación de servicio público, arrendamiento o contrato administrativo, el jurista recurre al Derecho positivo. No hay ninguna razón por la que el concepto de libertad fundamental deba estudiarse de manera diferente. Debe adoptarse el mismo método de observación, análisis y descripción del Derecho. De hecho, así es como se definen los derechos fundamentales en Alemania, presentando los autores el concepto de *Grundrecht* tal como existe en el Derecho positivo y no como lo conciben personalmente. No hay ninguna razón para que sea diferente en Francia, donde el concepto es de naturaleza estrictamente jurídica. El rigor metodológico impide partir de una definición preestablecida o presupuesta del concepto de libertad fundamental, asimilar *a priori* derecho

utilizando un enfoque lexicográfico²²⁶, no podemos dejar de sorprendernos por el carácter en gran medida indefinido de este concepto. En contra de una opinión bastante extendida, el concepto de libertad fundamental no tiene un significado claro, único y preciso en Derecho, que derivaría de ordenamientos extranjeros, de la tradición jurídica o del propio Derecho positivo²²⁷.

El concepto de libertad fundamental, aunque no es oscuro, "está sin embargo envuelto en una cierta vaguedad"²²⁸. Se trata de una categoría jurídica "cargada de ambigüedad"²²⁹. En la misma línea, los autores han subrayado la "imprecisión de este concepto"²³⁰ o el hecho de que "contiene un grado muy grande de indeterminación"²³¹. De hecho, se trata de una "noción indefinible y fluctuante por naturaleza"²³², "difícil de definir"²³³. Théodore Fortsakis ya había señalado la indefinición, imprecisión y elasticidad de la noción de libertad fundamental en el contexto de la teoría jurisprudencial de la *voie de fait*²³⁴. La misma observación se aplica al

fundamental y libertad fundamental, limitarse a un nivel determinado de la jerarquía de las normas o designar autoritariamente como libertad fundamental normas que no están calificadas como tales por un órgano jurisdiccional o por un texto legal. Por el contrario, para dar una descripción lo más precisa posible del concepto de "libertad fundamental" tal y como existe en derecho, es necesario basarse en los elementos de este concepto jurídico que existen en los ordenamientos franceses y extranjeros. Se trata de dar cuenta del derecho positivo textual y jurisprudencial sin implicar juicios de valor ni opiniones personales. No se trata de condenar por principio el recurso a definiciones teóricas, sino simplemente de afirmar que, para definir un concepto jurídico, el primer reflejo del jurista debe ser dirigirse al objeto de su análisis y averiguar el sentido que le da el derecho positivo.

²²⁶ Lógicamente, la perspectiva analítica adoptada implica un enfoque lexicográfico del concepto de libertad fundamental. Se trata de identificar el significado, o los múltiples significados, de la expresión "libertad fundamental", no para llegar a una conclusión autorizada sobre cuál es supuestamente el único significado válido del concepto, sino para comprobar los distintos significados que se le atribuyen en el Derecho positivo. Se trata de utilizar los casos en que se invoca el concepto como base para examinar el significado preciso que se le atribuye cada vez. El profesor ScarPELLI ha identificado tres maneras de definir los conceptos jurídicos (U. SCARPELLI, *Qu'est-ce que le positivisme juridique*, traducido del italiano por C. CLAVREUL, Bruylant LGDJ, 1996, pp. 5-11). La definición *léxica* es "la simple reproducción de significados del tipo que se encuentra en el uso lingüístico real de personas o grupos"; es la definición que corresponde al uso (*op. cit.*, p. 5). La definición *estipulativa* tiene "el carácter de un acuerdo entre futuros usuarios de la lengua: se acepta que a partir de ahora (...) una expresión dada (...) se utilizará en un sentido determinado" (*op. cit.*, p. 5). Las definiciones estipulativas se basan en un sistema de convenciones; "su relación con los usos preexistentes tiene poca importancia" (*op. cit.*, p. 6). La definición *explicativa* está a medio camino entre la definición léxica y la definición estipulativa. "Al igual que la definición léxica, la definición explicativa pretende corresponder al uso, pero a diferencia de la definición léxica, no intenta captar todas las variedades y transformaciones del uso. Por el contrario, toma sólo lo que quiere retener, ajustando y reelaborando eventualmente el punto nodal más importante, el de mayor valor operativo, para llegar a un instrumento semántico preciso y eficaz, capaz de iluminar y orientar la disciplina en la que se utilizará" (*ibid.*). Ninguno de estos enfoques puede condenarse en sí mismo. Ninguno de estos modos de definición puede, en principio, privilegiarse sobre otro. Sólo el uso previsto de un concepto dicta, según los casos, la adopción de una definición léxica, estipulativa o explicativa. En particular, el recurso a una definición estipulativa parece necesario cuando se elabora una *teoría de las libertades fundamentales*. En este sentido, véase la posición adoptada -y defendida- por el profesor Pfersmann, quien, para construir una teoría de los "derechos fundamentales" (denominados "FR"), adopta una definición estipulativa del concepto a efectos de su teoría, y rechaza en consecuencia un enfoque lexicográfico: "enumerar los usos de "fundamental" y "derecho fundamental" no permite construir una teoría de los FR, sino únicamente una teoría de los múltiples significados/ usos de estas expresiones en múltiples contextos. En efecto, es necesario distinguir *la construcción de un objeto* determinado <DF> del *análisis del objeto* <significados/ usos de la expresión "derechos fundamentales" en múltiples contextos>. En el primer caso, se fija un uso único por convención, en el segundo, se identifican las múltiples regularidades de usos múltiples" (L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, n° 81. Énfasis añadido). Conservar una definición teórica del término "derecho fundamental" es esencial para determinados estudios de derecho comparado, ya que el significado de este término varía de un sistema jurídico a otro. Comparar lo que se califica de derecho fundamental en un sistema jurídico con un derecho fundamental en otro sería estudiar dos objetos jurídicos diferentes. Para superar la pluralidad de significados de un término en distintos ordenamientos jurídicos, o incluso dentro de un mismo ordenamiento jurídico, puede ser necesario dar una definición estipulativa. Véase D. RIBES, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, tesis de Aix-en-Provence, 2005, número especial p. 37 y p. 47 y ss.

²²⁷ Tampoco existe una norma de referencia en la literatura. Ésta se divide en varias corrientes muy heterogéneas, sin que los autores se pongan de acuerdo ni sobre una definición única de las libertades fundamentales ni sobre una posición única respecto al concepto. Como señala el Sr. Israël, "los conceptos de libertades públicas y libertades fundamentales no tienen una definición textual precisa. Los propios autores no se ponen de acuerdo sobre un título o una definición únicos" (J.-J. ISRAËL, *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ, 1998, p. 5). Véanse los §§ 91-97 *infra*.

²²⁸ R. MARTIN, "Les nouveaux référés administratifs", *Annales des loyers* 2002, p. 1113.

²²⁹ J.-M. FEVRIER, "Un projet de loi sur les procédures d'urgence", *Dr. adm.* 1999, com. n° 203, p. 25.

²³⁰ N. JACQUINOT, "La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté: un cas à part?", *AJDA* 2003, p. 665.

²³¹ P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 4^{ème} ed, Dalloz, coll. Cours, 2002, n° 7.

²³² P. CASSIA y A. BEAL, "Les nouveaux pouvoirs du juge administratif des référés. Bilan de jurisprudence (1^{er} janvier 2001-28 février 2001)", *JCP G* 2001, I, 319, p. 985.

²³³ I. LEGRAND y L. JANICOT, Nota bajo CE, Secc. 28 febrero 2001, *Casanovas*, *AJDA* 2001, p. 977.

²³⁴ T. FORTSAKIS, *op. cit.* pp. 318-319. M. Sandevoir también señaló el carácter "vago e impreciso" de este término

concepto de derecho fundamental, que es similar en *principio*. En la clausura del coloquio sobre los *tribunales constitucionales y el derecho fundamental*, celebrado los días 19, 20 y 21 de febrero de 1981, Jean Rivero situó el propio concepto de derecho fundamental entre los problemas que los trabajos del coloquio habían dejado sin resolver. Añadió que "en la mayoría de nuestros países y en el conjunto del pensamiento jurídico, la fórmula no tiene un contorno absolutamente preciso. El concepto sigue siendo vago"²³⁵. En definitiva, dijo, "una especie de vaguedad envuelve la noción misma, la noción clave, de los derechos fundamentales"²³⁶.

51. Obviamente, esta ambigüedad o falta de claridad del concepto no era buscada. Es simplemente el resultado de un uso desordenado del concepto en el Derecho positivo. Desde su creación, el concepto de libertad fundamental ha sido utilizado por diferentes actores jurídicos, en los contextos más variados y para designar diferentes objetos jurídicos²³⁷. Esta falta de coordinación, que no es sino natural, ha conducido inevitablemente a una evolución no armonizada del concepto. Las legislaciones francesa y extranjera no ofrecen una definición precisa de las libertades fundamentales. Las normas, principios o exigencias calificadas como tales por el legislador o los tribunales proceden de fuentes normativas diversas. No hay ni ha habido nunca unidad en el rango normativo que ocupan las libertades fundamentales. En derecho puro, las libertades fundamentales no pueden caracterizarse por referencia a un criterio único basado en el valor jurídico de los textos que las consagran. El único denominador común en todos los usos del concepto reside en el hecho de que las normas así calificadas se consideran particularmente importantes y que a menudo tienen un fundamento constitucional.

A. En el ordenamiento jurídico francés

52. No existe una definición oficial ni un catálogo de libertades fundamentales en el derecho positivo francés²³⁸. El concepto de libertad fundamental no tiene un significado definido de forma clara y abstracta, ni tampoco una unidad formal. El concepto es utilizado a veces por los tribunales cuando existen consecuencias jurídicas vinculadas a esta calificación. También se utiliza a veces con el único fin de subrayar la importancia de la libertad así calificada y justificar así una decisión tomada por un juez o una autoridad normativa.

1. El uso polémico del concepto

53. En algunos casos, el uso del concepto de libertad fundamental tiene consecuencias jurídicas muy específicas.

54. En primer lugar, es una condición para la intervención judicial en litigios relativos a actos administrativos de agresión. Fue la sentencia *Dame Klein* de 1961 la que utilizó por primera vez la expresión "libertad fundamental"²³⁹. Para calificar la existencia de tal libertad, el tribunal no se fija en el valor jurídico de la norma en cuestión - que puede ser muy diverso - sino en la amplitud de las garantías vinculadas a su ejercicio.

(P. Sandevoir, nota en Civ. 1^{ère}, 1^{er} febrero 1965, *Echernier c/ Ville de Thonon-les-Bains*, JCP G 1965, II, 14252).

235 J. RIVERO, "Rapport de synthèse", en *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, colloque Aix-en-Provence, 19-21 de febrero de 1981, Economica PUAM, coll. DPP, 1982, reeditado en 1987, p. 521.

236 J. RIVERO, *op. cit.*, p. 522. Cf. J. FAVARD, "Le labyrinthe des droits fondamentaux", *Dr. soc.* 1999, pp. 215-219, en el mismo sentido y preocupado por la proliferación de textos que utilizan este concepto.

237 Véase D. Dreyer, "La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique", *D.* 2006, pp. 748-753, especial p. 749: "El adjetivo 'fundamental' se utilizó la mayoría de las veces como sinónimo de 'esencial'. Introdujo una dosis de subjetividad en el lenguaje jurídico para subrayar la importancia de ciertos derechos. La multiplicación de las fuentes es sin duda responsable de este fenómeno: fuentes competidoras han afirmado la importancia de sus respectivos derechos para justificar su existencia.

238 Por lo tanto, tenemos algunas reservas sobre la afirmación del profesor Moderne de que existe un "catálogo oficial de libertades fundamentales (porque están reconocidas y protegidas por el Derecho constitucional o el Derecho internacional convencional)" (F. Moderne, "Vers une culture de l'urgence dans le contentieux administratif?", *D.* 2001, p. 3285). El "catálogo" al que se refiere el autor no está reconocido por la ley. Al tratarse de una construcción puramente doctrinal, no puede reivindicar ningún estatuto oficial.

239 CE, 8 de abril de 1961, *Dame Klein, Lebon* p. 216; *D.* 1961, p. 587, concl. HENRY; *S.* 1961, nota LASSALE. Antes de esta sentencia, los tribunales ya habían restringido el uso de la agresión a un número limitado de derechos y libertades, pero no habían optado por una expresión genérica. Mientras que el Tribunal des conflits había optado durante un tiempo por la expresión "libertad esencial" (TC, 10 de diciembre de 1956, *Randon c/ Brunel, Préfet de l'Yonne, Lebon* p. 592, concl. GUIONIN; *AJDA* 1957, p. 94, crón. J. FOURNIER y G. BRAIBANT; *RDP* 1957, nota de M. WALINE; *Rev. Adm.* 1958, p. 29, nota de LIET-VEAUX), es sin embargo la calificación de libertad fundamental la que prevalecerá tras la sentencia *Dame Klein*. Véase, en particular, la utilización del término al año siguiente: TA Lille, 3 de noviembre de 1961, *Consorts Vassal, AJDA* 1962, II, pp. 298-301, concl. QUANDALLE.

"Por libertad fundamental o esencial se entiende bien la libertad corporal y su corolario, la inviolabilidad del domicilio (...), bien una libertad que se beneficia de una garantía especialmente organizada"²⁴⁰. De este modo, el juez que conoce del delito de lesiones concede el estatuto de libertad fundamental a las libertades que el legislador ha querido proteger específicamente. M. Goyard afirmó que "por derechos fundamentales se entienden aquellos derechos que la jurisprudencia admite como expresamente reconocidos como derechos eminentemente protegidos por el legislador"²⁴¹. Aunque los tribunales tienen en cuenta el grado de protección otorgado por el legislador, el método de identificación sigue siendo muy flexible²⁴². No existe un criterio preciso para definir las libertades fundamentales en el sentido de la *voie de fait*.

55. En los casos de extradición, el concepto de libertad fundamental se utiliza para evaluar las garantías ofrecidas por el sistema judicial del Estado requirente. En tres sentencias de 26 de septiembre de 1984, el Conseil d'Etat estableció el principio general de derecho según el cual el sistema judicial del Estado requirente debe respetar "los derechos y libertades fundamentales de la persona humana"²⁴³. Sin embargo, no se da ninguna definición de estos "derechos y libertades fundamentales de la persona" en las sentencias del Conseil d'Etat. A la luz de la información proporcionada en las conclusiones de los Comisarios del Gobierno en las decisiones mencionadas, este concepto se limita esencialmente a las garantías ofrecidas por el sistema de justicia penal del Estado requirente, en particular en lo que respecta al derecho a un juez, la presunción de inocencia y el respeto de los derechos de la defensa.
56. Cabe señalar que la noción de libertad fundamental o esencial es utilizada a veces por los comisarios de la administración en el marco del control de la legalidad de las medidas de policía administrativa. Cuando la autoridad policial cuestiona una libertad de este tipo, el poder de la administración es más restringido y el control del juez más riguroso. Los Comisarios del Gobierno utilizan el término "libertades fundamentales" para describir libertades que gozan de un alto grado de protección jurídica. En sus conclusiones sobre la sentencia *Société Nouvelle Imprimerie*, M. Letourneur declaró que "dado que está en juego una libertad esencial estrictamente regulada por la ley, los poderes de las autoridades policiales están especialmente restringidos, es decir, no sólo sólo pueden ejercerse, de acuerdo con la regla general, sólo en caso de amenaza al orden público, lo que excluye una regulación absoluta y sin límite de tiempo, sino que también hay que ser estrictos a la hora de definir el orden público en este caso y de evaluar los casos en los que existe una amenaza al orden público (...)"²⁴⁴. En la misma línea, el Comisario del Gobierno Galmot declaró que "en el caso de una libertad fundamental o especialmente protegida, como la libertad de reunión o de culto, se es especialmente estricto"²⁴⁵.
57. En los casos mencionados, el concepto de libertad fundamental tiene consecuencias jurídicas. También ocurre que este concepto es utilizado por las autoridades reguladoras y judiciales de manera simbólica, es decir, sin que de este uso se deriven consecuencias jurídicas.

2. Uso simbólico del concepto

58. Con frecuencia, el uso del concepto de libertad es puramente argumentativo. El uso de este término se convierte, para la autoridad que lo utiliza, en un medio retórico de justificar la solución adoptada.
59. Este enfoque explica la referencia a la noción de libertad fundamental o de derecho fundamental en determinados textos legislativos. La utilización de este concepto permite destacar el objetivo perseguido por la ley y justificar así su adopción. Varios derechos, principios o libertades han sido calificados como tales por

240 R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, IEP París, fasc. I, 1981, p. 543.

241 C. GOYARD, *La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, Montchrestien, 1962, p. 444.

242 Véase S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, tesis París II, 2002, p. 102 y ss.

243 CE, Ass. 26 septiembre 1984, *Lujambio Galdeano, Garcia Ramirez, Martinez Beiztegui* (3 especies), *Lebon* p. 308; *JCP G* 1985, II, 20346, concl. B. GENEVOIS; *AJDA* 1984, pp. 669-675, chron. J.-E. SCHOETTL y S. HUBAC; *AJDA* 1985, pp. 158-163, nota de R. ERRERA. Véase también, utilizando esta fórmula: CE, 14 de diciembre de 1987, *M. Urizar Murgoitio*, *RFDA* 1989, pp. 54-56, concl. O. SCHRAMECK; CE, 27 de octubre de 1989, *Picabea-Burrunza*, *Lebon* p. 218.

244 LETOURNEUR sobre CE, 23 de noviembre de 1951, *Société Nouvelle Imprimerie*, *RDP* 1951, p. 1098.

245 GALMOT sobre CE, 21 de enero de 1966, *Legastelois*, *JCP G* 1966, II, 15303, p. 435. Véase P. Bernard, *La notion d'ordre public en droit administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 42, 1962, pp. 112-115. Véanse también las observaciones de los autores de los Grands arrêts en virtud de la sentencia *Benjamin* de 19 de mayo de 1933 (*GAJA* n° 49).

la ley, la mayoría de las veces en el artículo 1^{er}, entre ellos la protección de la salud²⁴⁶, la seguridad²⁴⁷, el derecho a la vivienda²⁴⁸ y el derecho a la vivienda²⁴⁹. No hay consecuencias jurídicas para el proceso legislativo ni para la aplicación de la ley. Al emplear este concepto, el legislador simplemente pretende destacar la importancia, o incluso el carácter imperativo, de un derecho o libertad que pretende promover.

60. Los tribunales ordinarios también utilizan a veces el concepto de libertad fundamental o derecho fundamental con este fin.

Por lo que respecta a los tribunales, los Tribunales de Apelación han consagrado el concepto de "derecho fundamental de los copropietarios"²⁵⁰ y han descrito el derecho a contraer matrimonio como un "derecho fundamental de la persona"²⁵¹. El Tribunal de Casación ha calificado la defensa de "derecho fundamental de carácter constitucional"²⁵² y el derecho de propiedad de "derecho fundamental de valor constitucional"²⁵³. Las normas así designadas por los tribunales son de naturaleza y valor diferentes. Además, estas calificaciones son totalmente superfluas. Dado que no tienen consecuencias jurídicas, no se utilizan con otro fin que el de destacar la importancia del derecho o libertad así calificados.

En algunas de sus decisiones, el juez administrativo utilizará también la expresión libertad fundamental sin que ello sea jurídicamente necesario o incluso útil. Por ejemplo, el juez de l'excès de pouvoir afirmó que el decreto por el que se autoriza la inclusión en los expedientes escolares de los alumnos de las observaciones realizadas por el personal médico y educativo "no afecta en modo alguno a la libertad fundamental constituida por el respeto de la vida privada y de la intimidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Código Civil, en la redacción dada por la ley de 17 de julio de 1970"²⁵⁴. La expresión se utilizó de manera igualmente abundante en una sentencia relativa a una deliberación por la que la Asamblea Territorial de la Polinesia Francesa había instituido "un impuesto de salida para los viajeros residentes en la Polinesia Francesa", impuesto que debía pagar todo residente del territorio que viajara fuera de él. El Conseil d'Etat dictaminó que "al instituir una tasa sobre los viajeros que abandonan el territorio de la Polinesia Francesa, estas disposiciones tienen por efecto atentar contra la libertad de ir y venir, que constituye una libertad fundamental; por lo tanto, adolecen de desviación de poder"²⁵⁵. En estas dos decisiones, el término "libertad fundamental" carece de significado jurídico. La expresión es utilizada excesivamente por el juez administrativo²⁵⁶. Además, estas dos libertades derivan de fuentes jurídicas con valores diferentes. El respeto de la vida privada, adscrito al artículo 9 del Código Civil, tiene un valor legislativo o más bien sublegislativo en la medida en que se aplica aquí como principio general del Derecho. La libertad de ir y venir, en cambio, tiene un fundamento constitucional. Por consiguiente, no existe unidad formal entre estas dos normas, calificadas de libertades fundamentales por el juez de l'excès de pouvoir.

61. La noción de libertad fundamental también es considerada desde esta perspectiva por el Consejo Constitucional. Contrariamente a lo que a veces se afirma, el Consejo Constitucional no tiene una "concepción" de las libertades fundamentales en el sentido de que esta noción tenga un significado determinado en su jurisprudencia. Para el Consejo, esta noción no es más que una palabra que utiliza para justificar decisiones y legitimar arbitrajes.

246 Artículo 3 de la ley n° 2002-303 de 4 de marzo de 2002, DO 5 de marzo de 2002, codificada en el artículo L. 1110-1 del código de salud pública.

247 Artículo 1^{er} de la ley n° 95-73 de 21 de enero de 1995, DO 24 de enero de 1995.

248 Artículo 1^{er} de la ley n° 88-156 de 22 de junio de 1982, DO 23 de junio de 1982.

249 Artículo 1^{er} de la ley n° 89-462 de 6 de julio de 1989, DO 8 de julio de 1989.

250 CA Aix-en-Provence, 4^{ème} ch., 15 de febrero de 1996, *Faguet, Coppolani, Tertian c/ Syndicat des copropriétaires du 33 rue de l'Épée*. Sobre esta decisión, véase C. ATIAS, "L'autorisation d'installer un ascenseur aux frais des copropriétaires demandeurs", RRJ 1996, p. 1027.

251 CA París, 30 de abril de 1963, *Epoux Barbier c/ Compagnie Air France*, D. 1963, pp. 428-430, nota A. ROUAST

252 Pleno del Tribunal de Casación, 30 de junio de 1995, *X v Conseil de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Bull. civ. A.P., n° 4, JCP G 1995, II, 22478, concl. M. JEOL, nota A. PERDRIAU.

253 Civ. 1^{ère}, 4 de enero de 1995, *Mme X c/ M. Y et autres*, Bull. civ. I, n° 4.

254 CE, 6 de febrero de 1980, Confédération syndicale des familles et Fédération nationale Ecole et familles, *Lebon T.* p. 727.

255 CE, 9 de noviembre de 1992, Président du Gouvernement du territoire de la Polynésie française, Président de l'Assemblée territoriale de la Polynésie française, concl. S. LASVIGNES, RFDA 1993, pp. 570-572.

256 Esto explica por qué, en casos posteriores, no se utilizó generalmente para designar la libertad de circulación (véase, por ejemplo, CE, Ass., 17 de febrero de 1995, *Hardouin, Lebon* p. 82, concl. P. FRYDMAN, GAJA n° 107) o el respeto de la vida privada derivado del artículo 9 del Código Civil (véase, por ejemplo, CE, Ass., 10 de julio de 1981, *Conseil national du patronat français, Lebon* p. 305).

En la jurisprudencia constitucional²⁵⁷, los conceptos de libertad fundamental o derecho fundamental²⁵⁸ no se refieren a todos los derechos y libertades constitucionales²⁵⁹, ni siquiera a algunos de ellos que se distinguen de otros por ciertas características comunes²⁶⁰. Fundamental no es una cualidad o propiedad que se atribuye a ciertas normas y de la que carecen las normas no calificadas de fundamentales. La palabra constituye un argumento en manos del juez. El Consejo Constitucional la utiliza en determinadas decisiones para destacar la importancia de la libertad en cuestión frente a una norma o exigencia que se le opone, y justificar así su prevalencia.

El Consejo utiliza esta expresión simbólicamente, para justificar la forma en que resuelve un conflicto de normas en un caso determinado. El uso de este concepto es en gran medida retórico. Sirve para subrayar la consideración que se da a un derecho particular en una decisión determinada. Como ha señalado la Sra. Champeil-Desplats, la expresión sirve para justificar las decisiones en las que se utiliza²⁶¹. La clasificación dependerá de los

²⁵⁷ El texto de la Constitución menciona la expresión "libertad fundamental" una sola vez, y en el contexto específico del derecho de asilo. En virtud del artículo 53-1, "la República podrá concluir con los Estados europeos que estén vinculados por compromisos idénticos a los suyos en materia de asilo y de protección de los derechos humanos y de *las libertades fundamentales*, acuerdos que determinen sus competencias respectivas para el examen de las solicitudes de asilo que les sean presentadas".

²⁵⁸ Se han utilizado varias expresiones que se consideran sinónimas: "derechos y libertades fundamentales", "derechos y libertades fundamentales de carácter constitucional", "derechos fundamentales de carácter constitucional", derechos de "carácter fundamental", "libertad fundamental". Sólo trece derechos, libertades y principios constitucionales han sido calificados de fundamentales por el Consejo Constitucional: el principio de igualdad, la libertad individual, la seguridad, el derecho a llevar una vida familiar normal, el derecho de asilo, el derecho al trabajo, la libertad sindical, el derecho de participación, la libertad de ir y venir, la libertad de contraer matrimonio, los derechos de la defensa, la libertad de empresa y la libre comunicación de pensamientos y opiniones. " Hay que decir, pues, que la utilización por el Consejo Constitucional del concepto de derechos fundamentales es marginal" (T. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, LGDJ, coll. BSCP, t. 112, 2003, p. 13). Para una presentación exhaustiva de las decisiones que utilizan estas expresiones para los trece derechos, libertades y principios mencionados anteriormente, véase T. MEINDL, *op. cit.* pp. 13-62.

²⁵⁹ En ningún caso puede deducirse de las decisiones dictadas por el Conseil que éste considere sinónimos ambos conceptos. No sólo el Consejo nunca ha afirmado ni dado a entender que las expresiones derecho fundamental o libertad fundamental abarquen todos los derechos y libertades constitucionales, sino que el argumento de la correspondencia no explicaría ni por qué un determinado derecho o libertad constitucional sólo se califica de fundamental en determinadas ocasiones, ni por qué el número de derechos y libertades constitucionales calificados de fundamentales sigue siendo particularmente reducido y no se ha ampliado a todos esos derechos y libertades.

²⁶⁰ Las normas constitucionales descritas como derechos o libertades fundamentales no son una subcategoría o subconjunto de los derechos y libertades constitucionales. Algunos autores han desarrollado la idea de que, en la jurisprudencia constitucional, los derechos y libertades fundamentales son aquellos derechos y libertades constitucionales que se benefician de un régimen jurídico protector. Los profesores Louis Favoreu y Loïc Philip han sostenido que, en la jurisprudencia del Consejo Constitucional, los derechos y libertades fundamentales se caracterizan por tres criterios acumulativos que, en conjunto, representan los "primeros elementos de una teoría general" de los derechos y libertades fundamentales: en primer lugar, la prohibición de autorización previa; en segundo lugar, la jurisprudencia denominada de "trinquete" (prohibición de poner en tela de juicio las garantías establecidas para el ejercicio de estos derechos y libertades); y en tercer lugar, la exigencia de aplicación uniforme en todo el territorio (véase CCGG n° 36, § 9-12). Esta presentación no corresponde a la jurisprudencia constitucional (como lo demuestra su refutación por un comentarista autorizado: véase G. VEDÉL, "Propos d'ouverture", en *La constitutionnalisation des branches du droit*, actes de l'atelier du III^e Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Dijon, 14-16 de junio de 1996, Economica PUAM, coll. DPP, 1998, pp. 13-18, esp. pp. 17-18). Por una parte, uno de los tres criterios en los que se basaba esta teoría ha sido abandonado por el Tribunal Constitucional. La fórmula, utilizada en relación con la libertad de prensa pero también con el derecho de asilo, según la cual la ley sólo puede intervenir para hacer más eficaz su ejercicio, no reaparece en las decisiones más recientes. El Consejo sólo exige que la ley no prive de toda garantía jurídica a exigencias o principios de valor constitucional, es decir, que no suprima las garantías indispensables para el ejercicio efectivo del derecho (véase J.-E. SCHOETTL, nota en CC, n° 2003-485 DC, 4 de diciembre de 2003, LPA 4-5 de febrero de 2004, p. 12). Por otra parte, no existe correspondencia entre la categoría de derechos constitucionales que se benefician de este régimen de protección y los derechos calificados de fundamentales por el Conseil. Así pues, los derechos y libertades fundamentales no se caracterizan en absoluto por su sometimiento a un régimen jurídico común.

²⁶¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, "La notion de droit 'fondamental' et le droit constitutionnel français", *D.* 1995, pp. 323-329. "Cuando dos normas tienen el mismo valor jurídico, la autoridad que debe conciliarlas o dar *prioridad* a la aplicación de una de ellas está obligada a justificar su elección. A falta de jerarquía formal o material entre las normas pertenecientes a las diferentes categorías de derechos y principios constitucionales, como ocurre en Francia, es necesario recurrir a argumentos que permitan establecer una prioridad *en el caso en cuestión*" (*op. cit.*, p. 327. Énfasis añadido). El autor prosigue: "En las situaciones de conflicto, los actores se ven obligados a utilizar formulaciones cada vez más generales o, más exactamente, fórmulas o etiquetas que se refieren a órdenes de magnitud superiores. El reto consiste entonces en encontrar metaargumentos lógicos cada vez más persuasivos sin salirse del campo de la argumentación aceptable para los demás actores del sistema jurídico" (*ibid.*). La mejor forma que tiene el Conseil de demostrar la importancia de un derecho es encontrar una expresión simbólicamente poderosa, como hizo en 1982 cuando opuso las nacionalizaciones al carácter fundamental del derecho de propiedad (véase CC, n° 81-132 DC, 16 de enero de 1982, *Rec.* p. 18, DGCC n° 31). Del mismo modo, en la decisión *Maîtrise de l'immigration*, para salvaguardar frente a las exigencias del orden público el derecho de los extranjeros a permanecer en territorio francés a la espera de una decisión administrativa sobre su solicitud de estatuto de refugiado, el

términos y, sobre todo, de los resultados del arbitraje. Sólo si siente la necesidad de justificar su decisión con un metaargumento, el Conseil calificará de fundamental la norma en cuestión. En caso contrario, no la calificará de fundamental, aunque lo haya hecho en una decisión anterior²⁶². En sentido estricto, por tanto, no existe una lista de derechos y libertades fundamentales en el sentido de la jurisprudencia del Consejo Constitucional. La clasificación es fluida y depende de las circunstancias particulares de cada caso. Como señala el Sr. Wachsmann, "lo que tenemos aquí es un énfasis retórico, cuya finalidad es simplemente subrayar la importancia de la libertad en cuestión, sin que se le atribuya ninguna consecuencia claramente definida"²⁶³.

62. De lo anterior se desprende que el concepto de libertad fundamental no tiene un significado preciso en el Derecho francés. Fuera de nuestro ordenamiento jurídico, la situación parece variar y no es realmente homogénea.

B. Fuera del sistema jurídico francés

63. Como ha señalado el Sr. Gautron, "la designación de los derechos fundamentales como el conjunto de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos no es, sin duda, totalmente satisfactoria en Derecho comparado"²⁶⁴. Si bien en algunos ordenamientos jurídicos existe una correspondencia estricta entre constitucionalidad y fundamentalidad, esta relación exclusiva no se aplica a todos los ordenamientos nacionales.

1. Correspondencia entre constitucionalidad y fundamentalidad

64. En algunos ordenamientos jurídicos, la noción de derecho fundamental o libertad fundamental se refiere a los derechos y libertades situados en la cúspide del ordenamiento jurídico. La fundamentalidad se limita entonces a la legalidad.
65. En Alemania, el concepto de derecho fundamental se limita a los derechos de rango constitucional²⁶⁵. Estos derechos se agrupan en el capítulo I de la Ley Fundamental de 1949, titulado "Derechos fundamentales", que consta de 19 artículos. A ellos hay que añadir los "derechos fundamentales conexos" o "derechos similares a los derechos fundamentales" (*grundrechtsgleiche Rechte*). Se trata de derechos que, aunque quedan fuera del

Conseil afirmó que el ejercicio efectivo de los derechos de defensa es un derecho fundamental de valor constitucional para todos, ciudadanos y extranjeros. Por lo tanto, estos derechos deben conciliarse con el orden público y no estar simplemente subordinados a él (véase CC, nº 93-325 DC, 12-13 de agosto de 1993, *Rec. p. 224, DGCC nº 46*). Véase, en el mismo sentido J. MEUNIER, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1994, p. 151; J. FAVRE et B. TARDIVEL, "Recherches sur la catégorie jurisprudentielle des "libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle"", *RDP* 2000, pp. 1412-1440.

²⁶² Un ejemplo especialmente significativo se refiere a la libertad personal y la libertad de circulación, incluidas entre los "derechos y libertades fundamentales" en la Decisión 325 DC. En 1995, para impugnar la constitucionalidad de la Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, los peticionarios invocaron la violación de la libertad personal y de la libertad de circulación, que calificaron, de conformidad con la Decisión 325 DC, de "derechos y libertades fundamentales". Sin embargo, el Consejo rechazó esta caracterización en el presente caso y recalificó estas libertades como "libertades públicas constitucionalmente garantizadas" (CC, 94-352 DC, 18 de enero de 1995, cons. 2, *Rec. p. 140*). En la Decisión 97-389 DC (CC, 22 de abril de 1997, *Rec. p. 45*), el Conseil volvió a afirmar que la libertad de ir y venir era un "derecho fundamental" (rec. 10). Esta caracterización intermitente se explica por el hecho de que el Consejo utiliza la expresión en función de las circunstancias particulares del caso. En las decisiones de 1993 y 1997, la forma en que surgió el conflicto de normas y la manera en que el Consejo lo resolvió justificaron el uso de un metaargumento. Como esto no era necesario en la decisión de 18 de enero de 1995, el Tribunal Constitucional rechazó la calificación.

²⁶³ P. WACHSMANN, "L'importation en France de la notion de 'droits fondamentaux'", *RUDH* 2004, p. 46.

²⁶⁴ J.-C. Gautron, "Des droits fondamentaux communs dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes", en *Le patrimoine constitutionnel européen*, coloquio Montpellier, 22-23 de noviembre de 1996, Ediciones del Consejo de Europa, 1997, p. 148.

²⁶⁵ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, coll. BSCP, t. 87, 2001, p. 57 especial. Véase también H. GOERLICH, "Les droits constitutionnels fondamentaux: essence, signification et doctrines générales", en *La Constitution de la République fédérale d'Allemagne*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, pp. 49-69.

capítulo 1^{er} de la Ley Fundamental, pueden, no obstante, invocarse en apoyo de un recurso constitucional individual ante el Tribunal Constitucional Federal²⁶⁶. La Asamblea Constituyente ha definido con precisión la lista de derechos fundamentales, lo que explica por qué la cuestión de la definición de los derechos fundamentales "rara vez es tratada directamente por los juristas alemanes"²⁶⁷. En España, los redactores de la Constitución de 27 de diciembre de 1978 también elaboraron una lista precisa de derechos y libertades protegidos²⁶⁸. La sección dedicada a estos derechos no se refiere únicamente a los derechos fundamentales, sino que utiliza también la expresión "libertades públicas", sin distinguir dentro de esta sección entre derechos fundamentales, por una parte, y libertades públicas, por otra. Estos derechos se agrupan en la sección primera ("Derechos fundamentales y libertades públicas") del capítulo 1^{er} ("Derechos y libertades") del título 1^{er} ("Derechos y deberes fundamentales") de la Constitución. Por último, cabe señalar que, en el ordenamiento jurídico comunitario, las normas calificadas de "libertades fundamentales"²⁶⁹ o de "derechos fundamentales"²⁷⁰ tienen rango de Derecho comunitario primario y, por tanto, se sitúan en la parte superior de la jerarquía normativa²⁷¹.

66. En Estados Unidos, los derechos y libertades fundamentales son derechos y libertades constitucionales escritos y no escritos que se benefician de un mayor grado de control²⁷². El concepto corresponde, por una parte, a los derechos constitucionales escritos recogidos en las ocho primeras enmiendas de la Constitución y, por otra, a los derechos constitucionales no escritos que el Tribunal Supremo deriva de la cláusula *del proceso debido*. Estos derechos constitucionales escritos y no escritos se benefician de un control jurisdiccional más favorable que otros derechos y libertades constitucionales.

Al prever el carácter no exhaustivo de la lista de derechos y libertades constitucionales que enumera la Constitución, la IX Enmienda^e faculta implícitamente al juez para descubrir nuevas garantías en beneficio de los ciudadanos²⁷³. Este descubrimiento de nuevos derechos, por su importancia, se lleva a cabo a través de la cláusula

266 El artículo 93, apartado 1^{er} (4a^o) de la Ley Fundamental dispone que el Tribunal Constitucional se pronunciará sobre los recursos de inconstitucionalidad que pueda interponer cualquier persona que considere que uno de sus derechos fundamentales o uno de sus derechos garantizados por el artículo 20, apartado 4 (derecho de resistencia a la opresión y protección del estatuto tradicional y de la función pública) ha sido violado. 4 (derecho de resistencia a la opresión), 33 (igualdad de acceso a los cargos públicos y protección del estatuto tradicional y de los cargos públicos), 38 (elecciones al Bundestag por sufragio universal directo y derecho de voto), 101 (prohibición de tribunales especiales), 103 (derechos de las personas procesadas) y 104 (garantías en caso de privación de libertad). Los derechos consagrados en los artículos 20(4), 33, 38, 101, 103 y 104 de la Ley Fundamental son derechos fundamentales garantizados y, por tanto, están "relacionados" con los derechos fundamentales. Sobre esta categoría de derechos constitucionales, véase D. CAPITANT, tesis citada, pp. 2-3 y p. 102; T. MEINDL, tesis citada, pp. 125-146.

267 D. CAPITANT, tesis citada anteriormente, p. 2.

268 Véase P. BON, "Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale", en *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, éditions du CNRS, 1991, pp. 35-69; P. BON, F. MODERNE, Y. RODRIGUEZ, *La justice constitutionnelle en Espagne*, Economica PUAM, coll. DPP, 1984, 284 p.

269 "La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de *las libertades fundamentales*" (artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea).

270 "La Unión respetará *los derechos fundamentales* tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario" (artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea). En el Consejo Europeo de Niza del 7 de diciembre de 2001, los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión Europea proclamaron solemnemente una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Posteriormente se incorporó al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, del que forma parte II.

271 Véase, entre una abundante bibliografía: L. MARCOUX, "Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne", *RIDC* 1983, pp. 691-733; *Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les Etats membres* (J. BOULOUIS ed.), Economica, 1995, 187 p.; *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux* (F. SUDRE et H. LABAYLE ed.), jornada de estudio de 4 y 5 de noviembre de 1999, Bruylant, coll. Droit et justice n° 27, 2000, 534 p..

272 Cf. R.-M. KONVITZ, *Los derechos fundamentales. History of a constitutional doctrine*, Transaction publishers/Rutgers University, 2001, 182 p.; H.J. ABRAHAM y B.A. PERRY, *Freedom and the Court. Civil rights and Liberties in the United States*, 7^{me} ed., Oxford University Press, 1998, p. 28 y ss. y p. 92 y ss.; G. MARTIN, *Le due process of law aux Etats-Unis*, thèse Paris II, 1997, 565 p.; P. JUILLARD, "Les orientations de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême : établissement du marché unique et renforcement des libertés publiques", *Pouvoirs* n° 59, 1991, pp. 59-75.

273 La IX Enmienda^e establece que "La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no se interpretará en el sentido de negar o disminuir otros que el pueblo conserve". Como señaló el Juez Goldberg en su voto particular sobre *Griswold v Connecticut* de 7 de junio de 1965 (381 US 479 (1965)), dictamen reproducido en E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, PUF, coll. Droit fondamental, 2000, pp. 684-689), "El propio texto y la historia de la IX Enmienda^e revelan que los Padres Fundadores de la Constitución creían en la existencia de otros derechos fundamentales, protegidos de la injerencia gubernamental y relacionados con las libertades fundamentales expresamente consagradas en las ocho primeras enmiendas de la Constitución" (*op. cit.*, p. 686). Para el juez Goldberg, "los Padres Fundadores no deseaban que las ocho

del debido proceso legal de las Enmiendas V^e y XIV^e de la Constitución Federal de los Estados Unidos²⁷⁴. Estas dos disposiciones prohíben respectivamente al Congreso y a los Estados privar a nadie de la vida, la libertad o la propiedad sin el "debido proceso legal", es decir, si nos centramos más en la idea general que en una traducción literal, "sin el beneficio de las garantías o protecciones debidas por ley". Originalmente concebida como implicando sólo el debido proceso *procesal*²⁷⁵, la cláusula del *debido proceso ha llegado a* implicar el *debido* proceso sustantivo²⁷⁶. Sobre la base de estas disposiciones, el Tribunal Supremo reconoce la existencia de derechos y libertades no escritos²⁷⁷, utilizando un enfoque que recuerda la técnica utilizada por los jueces administrativos franceses para descubrir los principios generales del derecho²⁷⁸. Varios derechos y libertades no escritos han sido reconocidos y calificados de fundamentales sobre la base de la cláusula *del debido proceso legal*, entre ellos el derecho a contraer matrimonio²⁷⁹, el derecho a tener hijos²⁸⁰, el derecho a una vida matrimonial privada²⁸¹, el derecho a utilizar anticonceptivos²⁸², el derecho a mantener la integridad física²⁸³, el derecho a abortar²⁸⁴ o el derecho a rechazar un tratamiento médico de soporte vital no deseado²⁸⁵. Los criterios para determinar el carácter fundamental de un derecho o libertad residen esencialmente en su constancia histórica y en el apego que los

primeras enmiendas se interpretaran como una lista limitativa de los derechos esenciales y fundamentales que la Constitución garantizaba al pueblo" (op. cit., p. 687).

274 Véase la opinión del Juez Goldberg, citada anteriormente, p. 689: "Como sabe cualquiera que haya estudiado las decisiones del Tribunal, éste ha sostenido, a menudo por unanimidad, que las Enmiendas V^e y XIV^e protegen ciertas libertades personales fundamentales contra cualquier restricción impuesta por el gobierno federal o los Estados. Véanse, por ejemplo, *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497; *Aptheker v. Secretary of State*, 378 U.S. 500; *Kent v. Dulles*, 357 U.S. 116; *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296; *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449; *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335; *New-York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254. La XIV Enmienda^e demuestra simplemente que el propósito de los redactores de la Constitución era impedir que otras libertades personales fundamentales se vieran privadas de la misma protección o mermadas de algún modo, simplemente porque no estaban incluidas expresamente en las ocho primeras enmiendas de la Constitución". La V Enmienda^e se incluyó en el texto de la Constitución nada más aprobarse en 1787. La XIV Enmienda^e se añadió en 1868. En realidad, la cláusula *del debido proceso* se remonta a la legislación inglesa. En 1354, una ley del Parlamento inglés reconfirmó el artículo 29 de la *Carta Magna* de 1215 en los siguientes términos: "Ningún hombre será desposeído de sus tierras o de su tenencia, ni arrestado, ni encarcelado, ni desheredado, ni condenado a muerte, a menos que se le haga responder según el *debido proceso legal*" (véase E. ZOLLER, "*Due process of law* et principes généraux du droit", en *Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau. Les mutations contemporaines du droit public*, Dalloz, 2002, pp. 235-247, especial p. 235).

275 En su sentido formal y procedimental, el *debido proceso* postula un ideal en el ejercicio de los poderes públicos. Como señala la Sra. Zoller, "implica decisiones 1/ que no sean arbitrarias, sino acordes con los valores reconocidos por la sociedad, 2/ que no sean autoritarias, sino tomadas de acuerdo con aquellos a quienes afectan, 3/ que no sean opresivas, sino respetuosas con los intereses y valores de aquellos a quienes afectan" (E. ZOLLER, "*Due process of law*", en *Dictionnaire de la culture juridique* (D. ALLAND et S. RIALS dir.), PUF, Quadrige, Lamy, 2003, p. 556-557).

276 Véase la sentencia y la opinión del Tribunal Supremo en *Planned Parenthood of southeastern Pennsylvania v Casey*, 505 US 833 (1992), reproducida en E. ZOLLER, *Grands arrêts précités*, p. 1123: "Aunque una lectura de primer orden de la cláusula podría sugerir que sólo tiene autoridad sobre los procedimientos por los que un Estado puede privar de libertad a las personas, se ha sostenido durante al menos ciento cinco años, empezando por *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 660-661 (1887), que también tiene un alcance de derecho sustantivo, en el sentido de que 'prohíbe determinadas acciones gubernamentales con independencia de la legitimidad de los procedimientos utilizados para privar de libertad a las personas'. *Kansas*, 123 U.S. 660-661 (1887), que también tiene un alcance de derecho sustantivo, en el sentido de que 'prohíbe determinadas acciones gubernamentales con independencia de la legitimidad de los procedimientos utilizados para aplicarlas' (*Daniels v. Williams*, 474 U.S. 327, 331 (1986)). Véase también la opinión del Sr. Juez Goldberg, supra, en p. 685: "Hace muchos años, el Tribunal estableció que la Cláusula *del Debido Proceso* protege aquellas libertades que están 'tan arraigadas en las tradiciones y la conciencia de nuestro pueblo que se consideran fundamentales', *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97, 105".

277 La XIV Enmienda^e también permite hacer valer frente a los Estados los derechos -escritos- contenidos en las ocho primeras Enmiendas de la Constitución Federal, que inicialmente sólo eran exigibles frente a las autoridades federales. Por ejemplo, el Tribunal Supremo ha declarado que "la libertad de expresión y la libertad de prensa -protegidas por la I^{er} Enmienda contra cualquier restricción impuesta por el Congreso- figuran entre los derechos y libertades personales fundamentales protegidos por la cláusula *del debido proceso* de la XIV^e Enmienda contra cualquier infracción por parte de los Estados" (*Gitlow contra Nueva York*, 268 US 652 (1925)).

278 Véase E. ZOLLER, "*Due process of law* and general principles of law", artículo citado anteriormente, p. 243: "Sin ser idénticas, la jurisprudencia constitucional del Tribunal Supremo sobre la cláusula *del debido proceso* y la jurisprudencia administrativa del Conseil d'Etat sobre los principios generales del derecho son muy similares. En ambos casos, se trata de jueces que "observan" o "descubren" (algunos dirían que "crean") en sus respectivos ordenamientos jurídicos garantías fundamentales para los ciudadanos, digamos, protecciones que les son debidas en forma de principios suficientemente importantes, a su juicio, para imponer su cumplimiento al legislador".

279 *Loving contra Virginia*, 388 US 1 (1967).

280 *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 US 535 (1942).

281 *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

282 *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965); *Eisenstadt v. Baird*, 405 US 438 (1972).

283 *Rochin contra California*, 342 US 165 (1952).

284 *Planned Parenthood of southeastern Pennsylvania v Casey*, 505 US 833 (1992).

285 *Cruzan*, 497 US 278-279 (1990).

ciudadanos sienten por él²⁸⁶.

Como afirma Mark Janis, los derechos y libertades fundamentales "reciben una mayor protección judicial frente a la infracción legislativa o ejecutiva"²⁸⁷. Los derechos que no se consideran fundamentales pueden restringirse si el gobierno tiene una base legítima y racional para hacerlo. El Tribunal Supremo ejerce un "escrutinio ordinario" sobre tales derechos²⁸⁸. En cambio, en el caso de un derecho o libertad fundamental, el Tribunal Supremo ejerce un "escrutinio estricto"²⁸⁹. En lugar de limitarse a exigir que el Gobierno tenga una base legítima para interferir en un derecho, el juez le exige que demuestre que el fin que persigue le obliga a imponer esa restricción. Además, en lugar de limitarse a establecer que la injerencia es un medio racional o razonable para alcanzar su objetivo, el gobierno debe demostrar que la injerencia es el medio necesario para alcanzar dicho objetivo. Así, por lo que respecta a la legislación estatal, la XIV Enmienda "prohíbe absolutamente que el gobierno interfiera (...) en las libertades 'fundamentales', independientemente del procedimiento utilizado, a menos que la interferencia esté estrechamente relacionada con una necesidad imperiosa del Estado"²⁹⁰.

67. La estricta correspondencia que existe en estos países entre constitucionalidad y fundamentalidad no se da en todos los ordenamientos jurídicos.

2. Falta de correspondencia entre constitucionalidad y fundamentalidad

68. En primer lugar, algunos ordenamientos jurídicos no describen sus derechos constitucionales como derechos fundamentales. Aunque en varios países el poder constituyente pretendió situar una serie de derechos fuera del alcance de los poderes constituidos tras la Segunda Guerra Mundial²⁹¹, ni mucho menos todos ellos se describen como derechos fundamentales o libertades fundamentales²⁹². Algunas constituciones ignoran el término y prefieren referirse a los derechos y libertades que tienen base constitucional como "Derechos"²⁹³,

286 Véase la opinión del Tribunal en *Washington v. Glucksberg*, 521 US 702 (1997), reproducida en E. ZOLLER, *Grands arrêts précités*, p. 1262: "Nuestro método habitual de análisis de los derechos fundamentales tiene dos características esenciales: en primer lugar, hemos afirmado repetidamente que la cláusula *del debido proceso* otorga una protección especial a aquellos derechos y libertades fundamentales que están objetivamente 'profundamente arraigados en la tradición y la historia de nuestra Nación' (*Opinión del Tribunal en Moore*, 431 US 503); *Snyder v. Massachussets*, 291 US 97 (1934) ("tan profundamente arraigados en las tradiciones y el espíritu de nuestro pueblo como para calificarlos de fundamentales"), e "implícitos en el concepto de libertad organizado por leyes", de modo que "ni la libertad ni la justicia existirían si se sacrificaran" (*Palko v. Connecticut*, 302 US 319, 325, 326 (1937)). En segundo lugar, en los casos de derechos y libertades fundamentales que se nos han sometido, hemos exigido una "explicación cuidadosa" de la naturaleza fundamental de la supuesta libertad (...). La historia, las tradiciones jurídicas y las costumbres de nuestra Nación, por lo tanto, proporcionan los 'puntos de referencia que permiten opciones consideradas', *Colins v. Harker Heights*, 503 US 125, y que guían y limitan nuestro enfoque de la cláusula *del debido proceso*". La técnica del Tribunal Supremo para identificar los derechos y libertades fundamentales le ha llevado a excluir esta calificación para la práctica de la sodomía entre hombres adultos que consienten (*Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986)) o el derecho al suicidio médicamente asistido (*Washington v. Glucksberg*, citado anteriormente). Tras examinar la legislación pertinente, el Tribunal declaró que "la historia de la legislación sobre el suicidio asistido en este país ha sido, y sigue siendo, de rechazo constante y coherente de todos los esfuerzos por autorizarlo. Sobre esta base, nuestras decisiones nos obligan a concluir que la afirmación de un "derecho" al suicidio asistido por un tercero no es una libertad fundamental protegida por la cláusula *del debido proceso*" (*Opinión del Tribunal*, *op. cit.*, p. 1267).

287 M. JANIS, "La notion de droits fondamentaux aux Etats-Unis d'Amérique", *AJDA* 1998, número especial, p. 54.

288 Por ejemplo, desde 1937, el Tribunal Supremo ha permitido a las autoridades federales y estatales regular las horas y condiciones de trabajo, incluso si dichas regulaciones infringen la libertad de los trabajadores y empresarios para determinar ellos mismos las condiciones de empleo mediante contrato (*West Coast Hotel v. Parrish*, 300 US 379 (1937)).

289 El control reforzado hizo su aparición en la jurisprudencia del Tribunal Supremo con la famosa *nota 4* de *United-States v. Carolene Products Company*, 304 US 144 (1938). Como señala la Sra. Zoller, la decisión *Carolene Products* inauguró "la llamada doctrina de las libertades preferidas, según la cual el juez debe ejercer un control más vigilante cuando el legislador vulnera derechos que se consideran de mayor valor moral que otros" (E. ZOLLER, *Grands arrêts précités*, p. 500).

290 *Reno contra Flores*, 507 US 302 (1993). De lo contrario, la ley es inconstitucional. Para una aplicación famosa, véase *Roe contra Wade*, 410 US 113 (1973): el Tribunal dictaminó que las leyes penales que penalizaban el aborto infringían indebidamente el derecho a la intimidad.

291 Véase L. Favoreu, "La protection constitutionnelle des droits fondamentaux", en *Vers une nouvelle Europe*, Editions de l'Université de Bruxelles Etudes européennes, 1992, pp. 365-378, especial p. 365.

292 Véase F. MODERNE, "La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des Etats membres de l'Union européenne", en *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.* pp. 35-84, especial p. 58.

293 La Constitución del Reino de Bélgica contiene un Título 2 titulado "Los belgas y sus derechos" (artículos 8 a 32).

"Libertades públicas y derechos sociales"²⁹⁴ o "Derechos y deberes de los ciudadanos"²⁹⁵.

69. En segundo lugar, los textos normativos constitucionales e internacionales prevén expresamente la existencia de derechos y libertades fundamentales subconstitucionales.

Muchos instrumentos internacionales o regionales utilizan la expresión libertad fundamental o derecho fundamental²⁹⁶. Algunos textos especifican incidentalmente la fuente normativa cuando tratan la cuestión del derecho a un recurso judicial. Por ejemplo, el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido que la ampare "contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, por la ley o por esta Convención". Del mismo modo, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, "contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley". Ambos textos reconocen, por tanto, la existencia de derechos fundamentales no sólo en virtud de la Constitución, sino también de los convenios y la legislación²⁹⁷.

Del mismo modo, la existencia de derechos fundamentales subconstitucionales está expresamente prevista en la ley por las constituciones que consagran el principio de la "lista abierta" de derechos fundamentales²⁹⁸. Por hipótesis, adoptar el principio de la lista abierta equivale, para el constituyente, a admitir la existencia de derechos y libertades fundamentales al margen del texto constitucional. En Portugal, por ejemplo, la Constitución de 2 de abril de 1976 contiene una primera parte titulada "Derechos y deberes fundamentales" (artículos 12 a 79) y dispone, en su artículo 16.1, que "los derechos fundamentales enunciados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros derivados de las leyes y de las normas aplicables del Derecho internacional". Así pues, la enumeración establecida por la Constitución no pretende ser exhaustiva. Al contrario, como dijo el Sr. Cardoso da Costa, entonces Presidente del Tribunal Constitucional, el principio de la lista abierta "denota no sólo una concepción de la categoría de los 'derechos fundamentales' como algo más amplio que la categoría de los derechos constitucionales (es decir, los derechos formalmente consagrados en el texto de la Constitución), sino que implica también una caracterización 'material' de esta primera categoría - que parece poder residir únicamente en el carácter 'esencial' que la conciencia jurídica colectiva atribuye a determinados derechos específicos, como exigencia de la propia dignidad de la persona"²⁹⁹. Una comprensión idéntica del concepto prevalece en algunos países latinoamericanos³⁰⁰.

70. Ni en Francia ni en el derecho comparado existe una definición clara, única e inequívoca de las libertades fundamentales. Para delimitar el ámbito de aplicación de la *référé-liberté*, el grupo de trabajo del Conseil d'Etat eligió, sin definirlo, un concepto de contenido relativamente indeterminado. Este concepto será incluido sin cambios por el Gobierno en el texto sometido a discusión parlamentaria. Durante el examen del proyecto de ley, los diputados encontrarán este concepto un tanto desconcertante. Incapaces de controlarlo, o incluso de

294 2^{me} parte de la Constitución griega de 9 de junio de 1975 (artículos 4 a 25).

295 1^{re} parte de la Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947 (artículos 13 a 54). La expresión "derecho fundamental" sólo se utiliza una vez, en el artículo 32, que establece que "La República garantiza la protección de la salud como derecho fundamental de la persona e interés colectivo".

296 El artículo 1^{er} de la Carta de las Naciones Unidas hace referencia al respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La misma fórmula se encuentra en el Preámbulo, luego en el artículo 13 sobre los poderes de la Asamblea General, así como en el artículo 55 sobre la cooperación económica y social internacional, el artículo 62 sobre el Consejo Económico y Social y el artículo 76 sobre la administración fiduciaria. La Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados hace referencia en su preámbulo a los principios de Derecho internacional incorporados en la Carta, en particular "el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y la efectividad de tales derechos y libertades por todos". El concepto de libertades fundamentales también figura en el título del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950: *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ("Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales").

297 En el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la referencia a las libertades derivadas de la legislación se justificaba por el hecho de que algunos Estados - en primer lugar el Reino Unido - no disponían de una Constitución rígida. Sobre el origen de esta disposición y los trabajos preparatorios, véase D. WEISSBRODT, *The right to a fair trial under the Universal declaration of human rights and the international covenant on civil and political rights*, Martinus Nijhoff editores, 2001, pp. 30-31; P. MERTENS, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, éditions de l'Université de Bruxelles, 1973, pp. 18-25. Por otra parte, todos los Estados americanos tienen una Constitución rígida y, sin embargo, han aceptado la existencia de derechos fundamentales puramente legislativos, sin que ello esté vinculado, como en el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la naturaleza particular de una de las Altas Partes Contratantes.

298 H. MOTA, "Le principe de la 'liste ouverte' en matière de droits fondamentaux", en *La justice constitutionnelle au Portugal*, Economica PUAM, 1989, pp. 177-210.

299 J.-M. CARDOSO DA COSTA, "Portuguese Report", *AJJC* 1990/VI, VIII^e Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeas, Ankara 7-10 de mayo de 1990, p. 180.

300 Véase *supra*, § 44.

intentarlo, optaron por dejar su definición a los tribunales.

II. Un concepto no definido por el legislador

71. El legislador no ha definido el concepto de libertad fundamental ni ha dado ninguna indicación real sobre su contenido. Algunos autores han deplorado la ausencia de definición legislativa del concepto, considerándola una laguna o "deficiencia"³⁰¹ en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. Sin embargo, cabe señalar que la ausencia de una definición legislativa no representa en modo alguno una debilidad del procedimiento sumario. De hecho, al no limitar *a priori* su alcance, contribuye a la flexibilidad que los redactores del texto pretendían que tuviera este procedimiento. En cambio, es cuestionable la falta total de compromiso con este concepto por parte de los parlamentarios. En efecto, si los representantes nacionales se han abstenido de definir las libertades fundamentales o de dar alguna indicación sobre este concepto, no ha sido por elección estratégica, sino por conveniencia. Sencillamente, fue porque el concepto avergonzaba a los parlamentarios e incluso les abrumaba, inspirándoles sólo dudas y circunspección, por lo que decidieron dejarlo en manos del juez. Paradójicamente, se reflexionó más sobre el significado del término "libertad fundamental" después de la aprobación de la Ley que durante su debate³⁰².

A. Un legislador ausente

72. La actitud de los diputados ante el concepto de libertad fundamental es doblemente criticable.
73. En primer lugar, los diputados no han mostrado ningún interés real por este concepto. Aunque determina el ámbito de aplicación del nuevo procedimiento, el concepto de libertad fundamental curiosamente no ha suscitado ningún debate en el Parlamento³⁰³. Los parlamentarios se han limitado a *señalar* que el concepto existe en el contexto de la agresión³⁰⁴ y que el adjetivo "fundamental" está presente en la Constitución³⁰⁵. También *cuestionaron* el concepto³⁰⁶. Sin embargo, el legislador no buscó información que pudiera dar respuesta a estas preguntas. Durante los trabajos preparatorios de la ley, "no sólo no se tuvo en cuenta lo que se había publicado sobre el tema, sino tampoco el debate que había tenido lugar en el Parlamento en 1990, cuando se intentó introducir la remisión por los tribunales ordinarios de las cuestiones prejudiciales de constitucionalidad al Consejo Constitucional en caso de violación de los "derechos fundamentales"³⁰⁷.

³⁰¹ Véase, utilizando esta expresión: M. CLEMENT, note sous CE, ord. 8 septembre 2005, *Ministre de la justice c/ Buel*, LPA 16 novembre 2005, n° 228, p. 8. Marjolaine Fouletier ha declarado que es lamentable, "habida cuenta de las competencias del juez, la falta de precisión sobre el concepto de libertades fundamentales" (M. FOULETIER, "La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", RFD 2000, p. 971).

³⁰² La ausencia de debate parlamentario explica en parte la importancia de las controversias doctrinales surgidas en torno a este concepto. Como el poder legislativo no había abordado la cuestión, el debate tuvo que desarrollarse fuera del parlamento. Al abstenerse de participar en el debate y no dar la menor indicación sobre el concepto, los parlamentarios abrieron un campo de controversia en el que los autores no dejaron de caer. Este fenómeno es relativamente frecuente. Como observó Chaïm Perelman, "la mayoría de las veces, las cuestiones que son objeto de controversia jurídica no han sido debatidas en el Parlamento, o han dado lugar a un compromiso que deja sin resolver los problemas más delicados" (C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* (1979), reeditado en Bibliothèque Dalloz, 1999, p. 54).

³⁰³ Esta actitud de repliegue sólo se observa en lo que respecta a la noción de libertad fundamental, ya que las demás disposiciones del proyecto de ley han suscitado intensos debates en las asambleas.

³⁰⁴ El Sr. Sutour recordó que "este concepto no es ciertamente nuevo en nuestro derecho, ya que la violación de una libertad fundamental es uno de los elementos que caracterizan una agresión" (*JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p. 865). El ponente del proyecto de ley en la Asamblea Nacional hizo una observación idéntica: "Cabe señalar que el concepto de libertad fundamental aparece en varias ocasiones en la jurisprudencia del Conseil d'Etat y del Tribunal des conflits en relación con actos constitutivos de agresión" (F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, p. 41).

³⁰⁵ El Sr. Garrec "observó que el término 'fundamental' se utilizaba raramente en el derecho público francés, aunque figuraba en la Constitución" (Comisión de lo Civil del Senado, "Examen del informe del Sr. René Garrec sobre el proyecto de ley n° 269 relativo al recurso ante las jurisdicciones administrativas", 12 de mayo de 1999, www.senat.fr, p. 2).

³⁰⁶ "Esta expresión me plantea un verdadero interrogante", declaró Jean-Jacques Hiest durante la sesión (*JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3742). Del mismo modo, Simon Sutour consideró que "cabe preguntarse sobre la noción de libertades fundamentales" (*JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3749). Por su parte, François Colcombet afirma que "La utilización del concepto de 'libertad fundamental' no deja de plantear interrogantes" (F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, p. 41).

³⁰⁷ L. FAVOREU, "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *D.* 2001, p. 1739. Sobre este proyecto de reforma, véase J. ROBERT, "La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français. Bilan et réformes", *RDP* 1989, pp. 1255-1285; dossier de la *Revue française de droit constitutionnel* n° 4, 1990,

74. Lo que también resulta desconcertante es la forma en que el Parlamento ha concebido el ejercicio de su función legislativa en relación con este concepto. Aunque los parlamentarios tuvieron todas las oportunidades de modificar, aclarar o sustituir el concepto propuesto por el grupo de trabajo, parecieron considerar desde el principio que no estaban facultados para hacerlo. En el transcurso de los trabajos, señalaron que el concepto era impreciso y no se había definido antes del proceso legislativo. El Sr. Garrec señala que "el concepto de "libertad fundamental" determina el ámbito de aplicación del requerimiento sumario. Sin embargo, ni en la parte dispositiva del proyecto de ley, ni en la exposición de motivos, ni en el estudio de impacto, figura ninguna definición de las libertades fundamentales que el juez podría invocar para justificar un requerimiento dirigido a la administración"³⁰⁸. El ponente señala que el grupo de trabajo del Consejo de Estado dudaba entre dos fórmulas para las medidas cautelares sumarias: la protección de las libertades fundamentales o la protección de todos los derechos y libertades. Señala que "se optó por la primera solución sin que el grupo de trabajo aclarara lo que entendía por "*libertad fundamental*""³⁰⁹. Algunos diputados lo lamentan y afirman que no aprecian este concepto precisamente por su imprecisión³¹⁰. Sin embargo, no van más allá. En un papel comparable al de una cámara de grabación, el Parlamento se contenta con observar y criticar, pero se niega a actuar o decidir. Mientras que el anteproyecto de ley y el proyecto de ley no son más que un punto de partida para el debate, los parlamentarios parecen considerar el informe del grupo de trabajo y la iniciativa del Gobierno como textos definitivos e intangibles que no pueden ni aclararse ni modificarse, al menos en este punto. Están descontentos con el concepto, pero nadie ha pensado ni por un momento, aunque sólo sea para debatir el principio, en aclarar el texto, sustituir el concepto de libertad fundamental por otro que les convenga mejor³¹¹ o dar a los tribunales directrices para su aplicación.

B. Información fragmentaria

75. Durante los trabajos preparatorios, nunca se planteó introducir en la ley una definición de las libertades fundamentales³¹². Es cierto que este procedimiento no es habitual entre los legisladores franceses³¹³. Si bien presenta ventajas innegables en términos de claridad y previsibilidad de la ley³¹⁴, una definición jurídica tiende, por otra parte, a congelar el significado de un concepto y, si se utiliza mal, puede convertirse en una verdadera camisa de fuerza que impida cualquier posibilidad de evolución de la ley. Por lo que respecta al concepto de libertad fundamental, dar una definición conceptual o intentar establecer una nomenclatura exhaustiva habría sido una empresa delicada que habría corrido el riesgo de privar al concepto de la flexibilidad y maleabilidad que lo caracterizan³¹⁵.

"L'exception d'inconstitutionnalité", pp. 579-671.

308 R. GARREC, Informe del Senado n° 380, p. 54.

309 R. GARREC, Informe del Senado n° 380, p. 53. Énfasis añadido.

310 El Sr. Hiest dijo: "Personalmente, no me gusta mucho este nuevo concepto jurídico de 'libertades fundamentales', que es impreciso" (*JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3743).

311 Es cierto que el ponente del proyecto de ley en la Asamblea Nacional planteó la cuestión en primera lectura: "¿Por qué no utilizar los mismos términos que los empleados para la suspensión de extrema urgencia, que permite al representante del Estado solicitar la suspensión de un acto de una autoridad local que pueda '*comprometer el ejercicio de una libertad individual o pública*'?" (F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, p. 41). Sin embargo, esta pregunta no recibió respuesta. Tampoco va acompañada de una propuesta alternativa para sustituir el concepto de libertad fundamental por el de "libertad pública o individual".

312 Lo más que puede decirse es que el Sr. Hiest "estuvo a punto de presentar una enmienda" sobre este concepto (*JO déb. Sénat*, CR séance du 8 juin 1999, p. 3742). A falta de información proporcionada por el interesado, no es posible determinar si su intención era aclarar el concepto o sustituirlo.

313 En general, se ha observado que "en comparación con la multitud de conceptos y términos que utilizan, los textos franceses contienen pocas definiciones" (J.-L. Bergel, "Importance, opportunité et rôle des définitions législatives dans les textes législatifs et réglementaires", *RRJ* 1987/4, p. 1134). Fuera del ámbito penal, ninguna disposición constitucional obliga al legislador a definir los conceptos que utiliza. En principio, "la oportunidad y el alcance de la definición se dejan a la discreción del legislador, que goza de total libertad" (S. BALIAN, *Essai sur la définition dans la loi*, tesis París II, 1986, p. 14). Si bien el Parlamento no es reacio a utilizar esta facultad en Derecho privado (véase G. CORNU, "Les définitions dans la loi", *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, pp. 77-92), sólo lo hace en raras ocasiones en Derecho público y con mayor frecuencia para conceptos secundarios (véase A. BALDOUS y J.-P. NEGRIN, "L'étendue du recours aux définitions dans les textes de droit administratif", *RRJ* 1987/4, pp. 1045-1050, esp. pp. 1047-1048).

314 "Por parte del legislador soberano, se trata de una opción de clarificación" (G. CORNU, op. cit., p. 78). Permite "dotar a los términos jurídicos de criterios de aplicación sencillos y seguros; con esta condición se garantiza la aplicación de la ley: la definición jurídica combate la ambigüedad" (S. BALIAN, op. cit., p. 201).

315 Como ha señalado M. Bergel, "un concepto definido por la ley es menos maleable que un concepto indefinido" (J.-L. Bergel, op. cit., p. 1125).

76. Al abstenerse de definir el concepto, el legislador también se negó a orientar al juez en su aplicación³¹⁶. Los diputados no proporcionaron ninguna indicación precisa al respecto³¹⁷. Los trabajos preparatorios contienen preguntas sin respuesta, observaciones muy generales y a veces incluso afirmaciones contradictorias. En particular, se hicieron afirmaciones diametralmente opuestas sobre la existencia de una diferencia entre, por una parte, las libertades públicas en el sentido del artículo 34 de la Constitución y las libertades públicas e individuales en el sentido de la *référé-liberté* y, por otra parte, las libertades fundamentales en el sentido de la *référé-liberté*. Mientras que el Ministro de Justicia defendía la identidad o asimilación de los conceptos³¹⁸, varios diputados, por el contrario, deseaban claramente diferenciarlos³¹⁹.

En la reunión no se hizo ninguna aclaración real sobre el concepto de libertad fundamental. De las pocas declaraciones dedicadas a esta noción, cabe mencionar dos. Por una parte, el Sr. Sutour parece referirse a la Constitución, afirmando con optimismo que "nuestro derecho público contiene todos los elementos necesarios para definirlos de acuerdo con los fundamentos de nuestra República"³²⁰. Por otro lado, Robert Bret aboga por una definición amplia del ámbito de aplicación de la *référé-liberté*, afirmando que este procedimiento "será tanto más eficaz si los jueces interpretan ampliamente el concepto de libertad fundamental"³²¹.

77. Sin embargo, en su mayor parte, las pocas indicaciones dadas durante los procedimientos parlamentarios deben buscarse en los escritos, a menudo vacilantes, de los ponentes del proyecto de ley.

En el informe del Senado, el Sr. Garrec comienza con una definición negativa de las libertades fundamentales o, más exactamente, da dos ejemplos de derechos y libertades que no entran en esta categoría. Afirma que "la medida cautelar se limitará a las situaciones que impliquen la violación de una libertad fundamental, lo que excluye los litigios relativos a diversos derechos de los ciudadanos (por ejemplo, el derecho a obtener una licencia para un establecimiento público o el derecho a presentarse a un examen, siempre que se cumplan las condiciones)"³²². Esto significa que los derechos de importancia secundaria no entran en el ámbito de aplicación de este procedimiento. A continuación, M. Garrec repasa las etapas de la formación del bloque de constitucionalidad y su contenido. Se refiere al "movimiento hacia la constitucionalización de los derechos y libertades fundamentales", expresión que sugiere que los derechos y libertades fundamentales existían antes de que se iniciara este movimiento y se encontraban necesariamente en un nivel infraconstitucional. Como resultado de este movimiento, existe "una lista, que no es exhaustiva, de las libertades a las que el Consejo ha conferido valor constitucional"³²³. Esta lista,

316 Esta situación contrasta con la preocupación por extremar la precisión mostrada por los diputados sobre otras disposiciones del proyecto de ley, llegando incluso a dirigirse directamente a las fuerzas del orden. Por ejemplo, el Sr. Montebourg declaró que el procedimiento de *référé-liberté* "no debe prejuzgar - y lo digo en beneficio de los lectores de nuestros trabajos y de los usuarios de este texto - el concepto de agresión" (*JO déb. AN, CR séance 14 décembre 1999*, p. 10941).

317 Sin embargo, en 1990, el legislador constitucional había indicado con precisión lo que abarcaba el concepto de "derecho fundamental reconocido a toda persona por la Constitución" y había elaborado una lista indicativa de los derechos incluidos en esta categoría (véase M. SAPIN, Informe n° 1288 sobre el proyecto de ley constitucional por la que se instituye una revisión constitucional por vía de excepción, pp. 61-63; véase también el discurso del Ministro de Justicia Pierre Arpaillange: *JO déb. AN, sesión CR del 24 de abril de 1990*, p. 595).

318 La Ministra de Justicia indicó a los senadores, al presentar el proyecto de ley, que "La noción de libertad fundamental remite (...) al artículo 34 de la Constitución, que confía al legislador la tarea de establecer las normas relativas a 'las garantías fundamentales concedidas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas'" (E. GUIGOU, *JO déb. Sénat, CR séance 8 juin 1999*, p. 3738). Además, y esta vez refiriéndose a la expresión libertad pública o individual, la Sra. Guigou afirmó que la *référé-liberté* protege "las mismas libertades" que la *déféré-liberté* (*op. cit.*, p. 3739). Se hizo una presentación idéntica ante la Asamblea Nacional (*JO déb. AN, CR séance 14 décembre 1999*, p. 10931).

319 El Sr. Hyst quiso subrayar la diferencia entre el concepto de libertad fundamental y el concepto de libertad pública: "Se ha referido usted, señor Ministro, al artículo 34 de la Constitución: se trata de las garantías fundamentales de las libertades públicas. Garantías fundamentales y libertades fundamentales no son lo mismo" (*JO déb. Sénat, CR séance 8 juin 1999*, p. 3742). Del mismo modo, el Sr. Sutour hizo una distinción entre libertades fundamentales y libertades públicas o individuales, afirmando que el concepto de libertad fundamental era "aparentemente diferente del de libertad pública o libertad individual" (*JO déb. Sénat, CR séance 22 février 2000, JO déb. Sénat, CR*, p. 865). En la misma línea, el Sr. Colcombet declaró que "se trata de dos ámbitos muy similares, pero que no se solapan exactamente, el de las libertades públicas y el de las libertades fundamentales" (*JO déb. AN, CR séance 6 avril 2000*, p. 3161).

320 S. SUTOUR, *JO déb. Sénat, CR séance 8 juin 1999*, p. 3749.

321 R. BRET, *JO déb. Sénat, CR séance 8 juin 1999*, p. 3751.

322 R. GARREC, Informe del Senado n° 380, p. 53.

323 Para René Garrec, "las libertades clásicas consagradas en la Constitución son: la libertad de asociación, el derecho a la vida y la libertad de controlar el propio cuerpo, la libertad individual, la protección de la intimidad, la libertad de educación, la libertad de conciencia, la libertad de ir y venir, corolario de la libertad individual, el derecho de asilo, el derecho de defensa en materia penal, el derecho de acción judicial, la libertad de expresión, el derecho de propiedad, la libertad de comunicación, la libertad de prensa, el derecho de sufragio activo y pasivo, el principio de irretroactividad de las leyes

dijo, "demuestra que el concepto de libertad es indisociable del concepto de derecho. La expresión establecida "*derechos y libertades fundamentales*" no parece poder dividirse en libertades fundamentales, por una parte, y derechos fundamentales, por otra. Entonces, ¿qué posición adoptarán los tribunales cuando se vulneren los derechos económicos y sociales? El hecho de que el Consejo Constitucional les haya reconocido valor constitucional, ¿justifica *a priori* considerarlos libertades fundamentales susceptibles de ser protegidas mediante requerimientos dirigidos a la Administración por el juez temporal?"³²⁴. El ponente no da respuesta a esta pregunta, contentándose únicamente con preguntarse por la actitud que adoptaría el juez en tal caso. A este respecto, cabe preguntarse si el papel del legislador consiste realmente en esbozar problemas sin aportar ninguna respuesta, en interrogarse sobre las soluciones que deben adoptar los órganos encargados de aplicar la ley sin orientarles en su aplicación. Como órgano deliberativo, el Parlamento es también un órgano decisorio.

La misma conclusión puede extraerse del informe de François Colcombet. Preguntándose qué abarca "precisamente" el concepto de libertad fundamental, el ponente empieza por elaborar una lista de libertades constitucionales: "Parece que el concepto de libertad fundamental engloba la libertad individual, pero también las libertades públicas, muchas de las cuales tienen valor constitucional según la jurisprudencia desarrollada por el Consejo Constitucional desde su decisión histórica de 16 de julio de 1971 sobre la libertad de asociación". A continuación señala que "la libertad individual, el respeto a la persona humana, la libertad de ir y venir, la libertad de conciencia y de opinión, la libertad de enseñanza, la libertad de comunicación audiovisual, la libertad de prensa, la libertad de asociación, la libertad de los partidos y grupos políticos, la libertad sindical y la libertad de empresa están constitucionalmente reconocidas"³²⁵. Concluye su análisis interrogándose sobre la actitud que adoptará el Conseil d'Etat: "Es fácil imaginar que el juez administrativo considerará "fundamentales" todas estas libertades constitucionales. Del mismo modo, probablemente tendrá en cuenta el concepto de libertades que ha desarrollado a través de su jurisprudencia sobre los principios generales del derecho"³²⁶. En un enfoque puramente prospectivo, el Sr. Colcombet se esfuerza por identificar las características de la jurisprudencia futura. Lejos de orientar a los jueces en la aplicación del Derecho, se pregunta simplemente qué harán con el concepto de libertad fundamental.

Es bastante discutible que el legislador debiera haber considerado desde el principio que el concepto de libertad fundamental no le pertenecía. El Parlamento no *confió* el concepto al juez, sino que lo *abandonó inmediatamente en sus manos*. También en este caso debe señalarse que el resultado -es decir, que el concepto se remitió a los tribunales y su contenido fue definido por la jurisprudencia- no es cuestionable. Sólo lo es la forma en que el legislador lo consiguió. Curiosamente, los parlamentarios consideraron que el concepto ya estaba en manos del Conseil d'Etat y que, a lo sumo, sólo podían preguntarse qué sería de él en la jurisprudencia administrativa. Esta solución, adoptada por despecho más que por elección estratégica, refleja una falta de interés por el concepto.

78. Al final, el Parlamento no dio indicación alguna sobre el significado de esta expresión. Como señala Eric Sales, "el legislador no se ha molestado en aportar ninguna aclaración en este ámbito"³²⁷. Indefenso ante un concepto que estaba fuera de su alcance y del que no quería apropiarse, el legislador nacional dejó en manos de los tribunales la determinación de sus contornos. De este modo, el juez participa en la elaboración de la ley y se encarga de determinar el contenido del concepto de libertad fundamental.

C. Un concepto confiado al juez

79. A falta de precisiones de los parlamentarios sobre el concepto de libertades fundamentales, el presidente de la Comisión de Derecho del Senado "señaló que la jurisprudencia tendría que definirlos, del mismo modo que tuvo que definir el orden público, el buen padre de familia o el menor capaz de discernimiento"³²⁸. La mayoría de las veces, sin embargo, la referencia al juez era implícita: la ausencia de indicación del concepto

sancionadoras, incluso no penales" (Informe del Senado n° 380, p. 54). 54).

324 R. GARREC, Informe del Senado n° 380, p. 54.

325 F. COLCOMBET, Informe AN n° 2002, p. 41.

326 F. COLCOMBET, Informe AN n° 2002, p. 41.

327 E. SALES, "Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales?", RDP 2004, p. 220. Los elementos menos inciertos son los siguientes. En primer lugar, la libertad fundamental no es cualquier norma -no incluye *a priori* derechos no esenciales como el derecho a obtener una licencia para un establecimiento público o el derecho a presentarse a un examen- y debe definirse de acuerdo con los fundamentos de nuestra República. En segundo lugar, existe un vínculo muy fuerte entre las libertades fundamentales y la Constitución, sin que ésta parezca ser la fuente exclusiva de las libertades. Además, los "derechos" pueden equipararse a las "libertades". Por último, se invita a los tribunales a interpretar este concepto en sentido amplio.

328 J. LARCHE, "Compte-rendu de l'examen du rapport", 26 de mayo de 1999, www.senat.fr, p. 7.

exige implícita pero necesariamente una definición de su contenido por los tribunales³²⁹. No hay nada inusual en remitir un concepto incómodo a los tribunales. Incluso es frecuente que el Parlamento utilice un concepto singularmente impreciso e indeterminado, recogido en un texto elaborado por una Administración gubernamental o un grupo de expertos, y recurra expresamente a los tribunales para que aclaren su significado³³⁰. Cuando, en 1982, el legislador instituyó el procedimiento *déféré-liberté*, dejó en manos de los tribunales la definición del concepto de "libertad pública o individual". A falta de una definición del concepto, "el papel del juez se convierte entonces en preponderante"³³¹.

80. Al tomar esta decisión en el marco del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, el legislador ha abandonado definitivamente el concepto de libertad fundamental a los tribunales. Desde la ley de 1^{er} de abril de 1837, que suprimió el procedimiento legislativo sumario, "el autor de una ley es como un testador: en cuanto entra en vigor, ya no puede decir nada: está como muerto"³³². Dado que el legislador no restringió el concepto con una definición - lo que es de agradecer - corresponde a los tribunales dar sentido al texto y coherencia al concepto de libertad fundamental. En general, "corresponde a los tribunales definir los términos de la ley, en particular los que aparecen en la hipótesis legal, cuando el legislador no lo ha hecho por sí mismo"³³³. En cuanto a las medidas cautelares, "dado que el legislador ha sido prudente al no definir el concepto, la tarea corresponde por completo al juez administrativo, que debe tejer la red de "libertades fundamentales" caso por caso"³³⁴.

Sección 2^a. Un concepto jurídico en manos del juez

81. Dado que el concepto de libertad fundamental no había sido definido por el legislador, necesariamente debía ser definido por los tribunales. Para la aplicación del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, se trataba de una etapa esencial. Para poder aplicar el procedimiento sumario, primero era esencial interpretar el concepto de libertad fundamental, es decir, determinar el sentido o significado de esta expresión. En palabras de Kelsen, la interpretación "es un proceso intelectual que acompaña necesariamente al proceso de aplicación de la ley"³³⁵. Es un requisito previo indispensable para la aplicación de cualquier concepto jurídico, tanto si su significado es oscuro como si es supuestamente "claro"³³⁶. La interpretación "es, en la experiencia jurídica,

329 También se planteó incidentalmente la cuestión de la determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer de los recursos contra los autos de medidas provisionales. Los diputados defendieron el principio de un recurso ante los tribunales administrativos de apelación, mientras que los senadores deseaban que este recurso fuera competencia del Consejo de Estado. Esta última posición fue defendida en particular por el Sr. Sutour, que destacó las ventajas de tal solución en términos de unificación inmediata de la jurisprudencia: "En realidad, creo que sería preferible que los recursos sobre medidas provisionales, cuyo principio ya se acepta, se presentaran ante el presidente de la Sala de lo Contencioso del Consejo de Estado, en la medida en que ello debería permitir, al menos en un primer momento, unificar la jurisprudencia en la materia. A este respecto, cabe señalar que se han planteado cuestiones sobre el concepto de libertad fundamental, que aparentemente es distinto del de libertad pública o libertad individual. Ciertamente, este concepto no es nuevo en nuestro Derecho, ya que la vulneración de una libertad fundamental es uno de los elementos que caracterizan la agresión. Sin embargo, puede parecer más apropiado dejar al Conseil d'Etat la tarea de definir de manera armoniosa este concepto que se encuentra ahora en el centro del nuevo procedimiento" (S. SUTOUR, *JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p. 865).

330 Véase D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 107, 1972, p. 139.

331 P.-J. BARALLE, *Les sursis à exécution devant les juridictions administratives*, tesis Lille 2, 1993, p. 70.

332 P. MALAURIE, "L'effet pervers des lois", en *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 310.

333 F. RIGAUX, *La loi des juges*, Odile Jacob 1997, p. 52. Véase también J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, coll. *Thémis droit privé*, 2001, p. 109: "Quand les textes ne comportent pas de définitions ou ne donnent que des définitions insuffisantes, c'est au juge qu'il appartient, au nom de son pouvoir d'interprétation des lois et règlements, de fixer le sens des mots et de donner aux concepts leur définition".

334 L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2003, p. 19.

335 H. KELSEN, *Teoría pura del derecho* (1960), 2^{da} ed, trans. C. EISENMANN, LGDJ Bruylant, coll. *La pensée juridique*, 1999, p. 335. En sí misma, una declaración legislativa no es más que una "envoltura verbal parcialmente vacía" (C. Eisenmann, "Juridiction et logique (selon les données du droit français)", en *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 501). Para florecer y tomar forma, requiere la intervención de un juez. Los textos deben "bordarse con una interpretación jurisprudencial" (A. DE LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. 1, 1^{ère} ed., LGDJ, 1953, p. 29).

336 Según una opinión muy extendida, la interpretación sólo es necesaria cuando un texto es oscuro o equívoco. En otras palabras, corresponde al juez distinguir entre los enunciados inmediatamente comprensibles y aquellos cuyo sentido no es inmediatamente perceptible. Sólo estos últimos deben interpretarse, mientras que los primeros deben simplemente aplicarse. *Interpretatio cessat in claris*, se afirma, como para dar mayor fuerza a la afirmación, en una fórmula que sólo es latina en su enunciado pero no en su origen (véase Y. PACLOT, *Recherche sur l'interprétation juridique*, tesis París, 1988, p. 373). La doctrina ha establecido esta posición bajo el nombre de teoría del acto claro. El propio Tribunal de Casación ha declarado que

el requisito previo necesario para la captación interior -la comprensión- de las normas jurídicas expresadas por el legislador y para su práctica, su uso"³³⁷. En otras palabras, "el texto proporcionado por el legislador se encuentra en estado de latencia; debe ser interpretado antes de que pueda aplicarse. Por tanto, la ley no puede valerse por sí misma; siempre requiere la intervención de un magistrado"³³⁸.

82. Para que se aplique el artículo L. 521-2, primero hay que interpretar el concepto de libertad fundamental. ¿Qué margen de maniobra tiene el Conseil d'Etat para determinar el significado de este concepto? ¿Existe un concepto que emane del derecho positivo o de la ciencia jurídica y que le sea vinculante, jurídica o lógicamente? Por el contrario, ¿tiene plena libertad para determinar el significado de este concepto?
83. La cuestión está vinculada a un debate más amplio sobre la naturaleza y las limitaciones del acto de interpretación³³⁹. Existen dos grandes corrientes de pensamiento sobre la naturaleza del acto de interpretación. Para unos, la interpretación es un acto de conocimiento; para otros, es un acto de voluntad. Michel Troper resume así los términos del debate: "interpretar es, o bien *indicar* el sentido de algo, o bien *determinar* el sentido de algo"³⁴⁰. En el primer caso, se trata de revelar o aclarar el sentido que intrínsecamente posee una proposición³⁴¹ y, en el segundo, de conferir o atribuir un sentido a una proposición que carece de él³⁴². "La primera definición se basa en el presupuesto de que es posible conocer el sentido, de que la interpretación es una función del conocimiento; la segunda, de que es una función de la voluntad"³⁴³.

Durante mucho tiempo, bajo la influencia de la escuela de exégesis³⁴⁴, se creyó que la interpretación era un acto de puro conocimiento, una actividad de descripción de normas. Según este punto de vista, cada palabra tiene

un texto claro y preciso no debe interpretarse, sino aplicarse pura y simplemente (Civ. 22 noviembre 1932, *D.H.* 1933, 2, citado por D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, coll. BDprivé, t. 236, 1994, p. 29).

Se ha denunciado la falsedad de la teoría del acto claro. Como señala Michel Troper, "un texto siempre debe ser interpretado, y no sólo si es oscuro" (M. TROPER, "Une théorie réaliste de l'interprétation", en *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, coll. Léviathan, 2001, p. 75). En efecto, "no podemos afirmar que un texto es claro sin reconocer que conocemos su sentido y, por tanto, que ya lo hemos interpretado. En consecuencia, incluso los textos considerados claros ya han sido interpretados" (*ibid.*). En la misma línea, Michel van de Kerchove afirma que "no hay textos claros cuyo sentido sea 'en sí mismo' manifiesto u obvio", porque esta tesis "sugiere que hay textos que son claros 'en sí mismos', o debido a sus propios términos". A la luz de las teorías contemporáneas del lenguaje y de la interpretación, tal afirmación puede parecer ingenua e ilusoria" (M. VAN DE KERCHOVE, "La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique", en *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire* (M. VAN DE KERCHOVE ed.), Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 19). Basada en la dicotomía entre un acto claro y un acto oscuro, esta teoría "pasa por alto el hecho de que la claridad y la oscuridad no existen 'en sí mismas', sino que son conceptos relativos, que se evalúan en función de un contexto determinado" (Y. PACLOT, *op. cit.*, p. 373). De este modo, se descalifica cualquier intento de presentar el concepto de libertad fundamental como un concepto "claro" que, por lo tanto, no exigiría ninguna interpretación. Incluso si el concepto de libertad fundamental se considerara, contra todo pronóstico, un concepto claro, no podría aplicarse pura y simplemente, sino que necesariamente habría que interpretarlo primero. Como ha señalado el profesor Pacteau, "no hay texto, aunque parezca el más simple y preciso, que no exija una interpretación por parte de los jueces encargados de aplicarlo, y sobre el que no se forme por tanto jurisprudencia para determinar su sentido" (B. PACTEAU, "La jurisprudence, une chance du droit administratif?", *RA* 1999, número especial 6, pp. 71-72).

337 P. AMSELEK, "L'interprétation à tort et à travers", *Interprétation et droit*, Bruylant PUAM, 1995, p. 12.

338 D. d'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle...*, *op. cit.* p. 33.

339 Las cuestiones relativas a la interpretación ocupan un lugar central en el pensamiento de los autores contemporáneos de teoría jurídica. Como ha señalado M. Amselek, "en las últimas décadas se ha producido lo que se ha dado en llamar el 'giro interpretativo'", a partir del cual la interpretación en derecho "se ha desplazado al centro mismo de la investigación y la reflexión en teoría jurídica (...)" (P. AMSELEK, "La teneur indéfinie du droit", *RDP* 1991, p. 1201). El número, la importancia y la riqueza de las obras consagradas a la cuestión dan fe de la amplitud del fenómeno. Cf. entre la bibliografía más abundante: P. WACHSMANN, "La volonté de l'interprète", *Droits* 1999/28, pp. 29-45; *Interprétation et droit* (P. AMSELEK ed.), Bruylant, 1995, 245 p.; *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire* (M. VAN DE KERCHOVE dir.), Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1978, 558 p.; *APD* t. 17, *L'interprétation dans le droit*; L. PATRAS, *L'interprétation en droit public interne*, T. et A. Joannides, 1962, 380 p.; Association Henri Capitant, *L'interprétation par le juge des règles écrites*, Economica, 1980; *Lire le droit. Langue, texte, cognition* (D. BOURCIER y E. MACKAAY dir.), LGDJ, coll. Droit et société, 1992, 486 p.; *L'interprétation constitutionnelle* (F. MELIN-SOUCRAMANIEN dir.), Table ronde de l'Association internationale de droit constitutionnel, Bordeaux, 15-16 octobre 2004, Dalloz, 2005, 248 p.

340 M. TROPER, "Une théorie réaliste de l'interprétation", *op. cit.* p. 69. Énfasis añadido.

341 M. de Béchillon afirma que "en su sentido más clásico, pero también menos discutible, la acción de interpretar se refiere al hecho de *descubrir* un sentido en una proposición" (D. DE BECHILLON, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica PUAM, coll. DPP, 1996, p. 122. Subrayado).

342 Para M. Guastini, "interpretar no es describir, sino decidir el sentido de los textos normativos" (R. GUASTINI, "Interprétation et description de normes", en *Interprétation et droit*, Bruylant PUAM, 1995, p. 101).

343 M. TROPER, "Une théorie réaliste de l'interprétation", *op. cit.* p. 69.

344 Véase H. RABAUULT, *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997, 371 p.

un significado objetivo o intrínseco. Corresponde a los tribunales descubrir este significado, evitando cualquier papel creativo³⁴⁵. Este enfoque es atractivo por su aparente rigor objetivo, pero es inexacto. No existe un significado verdadero (en lógica)³⁴⁶ ni reglas de interpretación (en derecho)³⁴⁷. Por tanto, la interpretación no puede equipararse a un acto de conocimiento estricto. Por todo ello, la interpretación no es un acto arbitrario. De hecho, "siempre hay creación y limitaciones; no entendemos nada de la interpretación si pensamos en ella como pura creación (la fantasía del 'gobierno de los jueces'), o si la reducimos a una red de limitaciones (la fantasía opuesta, pero en última instancia vinculada a la primera, del 'juez como portavoz de la ley')".³⁴⁸

Como señaló Kelsen, "en la aplicación del Derecho por un órgano jurídico, la interpretación del Derecho que debe aplicarse, mediante una operación de conocimiento, va unida a un acto de voluntad por el que el órgano que aplica el Derecho realiza una elección entre las posibilidades reveladas por la interpretación basada en el conocimiento"³⁴⁹. El acto de interpretar implica tanto el conocimiento (que permite definir el marco en el que deben realizarse las elecciones del intérprete) como la voluntad (que permite elegir entre las distintas opciones que ofrece el enunciado que debe interpretarse). La *elección del juez se realiza dentro del marco esbozado por la interpretación basada en el conocimiento*. El acto de voluntad sigue a un acto de conocimiento, que ha reunido y puesto de relieve los distintos significados posibles de un texto dado a la luz de las restricciones jurídicas y lógicas aplicables³⁵⁰. La primera restricción reside en los propios términos utilizados por el legislador: "el texto

345 En palabras de Montesquieu, "los jueces de la nación no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley" (*De l'esprit des lois*, 1748, Libro XI, capítulo 6). La actividad del intérprete es puramente descriptiva. Consiste en establecer el sentido de un enunciado aplicando *métodos* de interpretación. El sentido de una proposición preexiste a la interpretación; es objetivo, inmanente al texto y exterior al lector que se limita a observarlo. Por tanto, es posible emitir un juicio jurídico sobre el valor de una interpretación. Si las normas interpretativas son vinculantes para el juez, sus decisiones pueden medirse con criterios objetivos. Una interpretación puede entonces evaluarse en términos de validez: si es "verdadera" o "falsa".

346 No existe un significado objetivo; "los enunciados interpretativos no son enunciados del lenguaje descriptivo: no pueden ser ni verdaderos ni falsos" (R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 98). Afirmar que existe uno y sólo un significado, que estaría contenido en el propio texto, es "una creencia falsa, completamente desacreditada entre los especialistas en lingüística, filosofía del lenguaje, filosofía de la ciencia, etc., y, de hecho, entre el público en general. - y, de hecho, también entre los juristas. El sentido (significación) no es algo incorporado a las palabras. El significado de cada expresión lingüística es una variable que depende precisamente del uso y de la interpretación. No hay otra manera de explicar ni los cambios de significado de una palabra ni las controversias entre intérpretes. Esto significa que no existe un único significado susceptible de simple verificación empírica" (R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 97). Los conceptos jurídicos no tienen un contenido o significado predeterminado que pueda encontrarse sin más. Como afirma Michel Troper, es absurdo calificar una interpretación auténtica de "falsa" o inexacta, porque "no existe una interpretación 'verdadera' con la que pueda compararse. Tal afirmación sólo expresa la pretensión de su autor de erigir su propia interpretación en norma de referencia, y está claramente vinculada a una ideología del Derecho Natural en la medida en que pretende crear normas extrajurídicas para fundar o negar la validez de las normas jurídicas" (M. TROPER, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle", *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éditions Cujas, 1975, p. 135). No es infrecuente encontrar este escollo en relación con el concepto de libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2, con autores que descalifican la posición del juez administrativo o la critican por el único motivo de que no se corresponde con su propia definición - doctrinal - de las libertades fundamentales.

347 En sentido estricto, no existen verdaderas "reglas" de interpretación. La respuesta del Sr. Paclot a la pregunta de si los métodos interpretativos constituyen "meros consejos basados en la razón" o, por el contrario, "prescripciones legalmente sancionadas" para el juez cierra definitivamente el debate. Tras un análisis exhaustivo de todas las fuentes del Derecho, constata que, fuera del ámbito penal, "la actividad interpretativa del juez no está sometida a ninguna norma imperativa" (Y. PACLOT, tesis citada anteriormente, p. 170). En Derecho estricto, no existen criterios que impongan una interpretación única o preferida de un texto determinado. A lo sumo, existen *directrices* interpretativas, un conjunto de prescripciones, consejos y recomendaciones destinados simplemente a influir en la actividad interpretativa. Estas directrices son más persuasivas que vinculantes (véase F. OST y M. VAN DE KERCHOVE, "Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en droit", en *Interprétation et droit*, Bruylant PUAM, 1995, pp. 135-153). Estas directrices desempeñan "con respecto al derecho el papel de la brújula con respecto al polo" (P. FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger*, LGDJ, 1926, citado por C. CHARLES, *Le juge administratif, juge administrateur*, thèse Toulouse I, 2003, p. 163), indicando al juez la dirección que debe seguir pero sin obligarle a ello.

348 F. OST y M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.* p. 136.

349 H. KELSEN, *op. cit.* p. 340: "Si por 'interpretación' entendemos la determinación mediante el conocimiento del significado del objeto a interpretar, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser la determinación del marco que representa la ley a interpretar y, por tanto, el reconocimiento de varias posibilidades que existen dentro de este marco. Así pues, la interpretación de una ley no tiene por qué conducir necesariamente a una única decisión que se considere la única correcta; puede conducir a varias decisiones que tengan todas el mismo valor -en la medida en que sólo se tome como norma de valor la ley que debe aplicarse-, aunque sólo una de ellas se convierta en derecho positivo mediante el acto del órgano que aplica la ley, en particular el tribunal" (H. KELSEN, *op. cit.*, p. 338).

350 P.-A. COTE, "L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes", en *Lire le droit. Langue, texte cognition* (D. BOURCIER y E. MACKAAY eds.), LGDJ, coll. Droit et société, 1992, p. 133 s.; G. KALINOWSKI, "L'interprétation du droit : ses règles juridiques et logiques", *APD* t. 30 La jurisprudence, 1985, pp. 171-180. Las reglas lógicas son "las reglas de realización de las tareas intelectuales discursivas, en particular las tareas de división, definición e inferencia, requeridas por el trabajo que incumbe al intérprete del derecho" (G. KALINOWSKI, *op. cit.*, p. 171).

interpretado impone restricciones a sus intérpretes"³⁵¹. Los conceptos jurídicos pueden tener un gran número de significados, pero no son infinitos. El juez no puede dar a un concepto un significado ajeno a los términos utilizados. Desde una perspectiva sistémica, el juez también será sensible a la coherencia del sistema jurídico en el que interviene³⁵². De este modo, el juez recoge y actualiza los distintos significados posibles. En este sentido, el acto de interpretar es un acto de conocimiento. También "es un acto de voluntad". La pluralidad de elementos que tiene en cuenta el intérprete le lleva a elegir o a mezclar. En este sentido, dispone de un mayor o menor margen de apreciación"³⁵³. La elección entre las distintas posibilidades resultantes de la interpretación basada en el conocimiento es, por tanto, una cuestión de política jurídica. Para Kelsen, "La cuestión de cuál de las posibilidades dadas en el marco del derecho que debe aplicarse es la 'correcta' no es, por hipótesis, en absoluto una cuestión de conocimiento sobre el derecho positivo; no es un problema de teoría jurídica, sino un problema de política jurídica"³⁵⁴. Una vez elaborado el marco, el juez recupera su libertad irreductible. Elige, según le parece, entre los distintos significados jurídicamente concebibles. En este sentido, la interpretación es "el resultado de una elección entre varios significados posibles".³⁵⁵

84. De lo anterior se desprende, y esto debe subrayarse, que no existe un "verdadero significado" del concepto de libertad fundamental que la propia redacción del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa transmitiría. El significado del concepto de libertad fundamental no ha sido explicado por el legislador. A falta de una predeterminación del concepto, el papel de la investigación jurídica consiste en proponer las distintas acepciones jurídicamente admisibles del concepto a la luz de los imperativos jurídicos y lógicos que definen el marco en el que el juez hará su elección. No es función del jurista concluir con autoridad que existe una única y supuesta interpretación válida de las libertades fundamentales³⁵⁶. Esto parece tanto más justificado cuanto que las distintas limitaciones jurídicas y lógicas dejan al juez administrativo un margen de maniobra considerable para interpretar este concepto.

I. Los términos de la ley

85. Desde el punto de vista del *espíritu* del texto, el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa fue concebido como un procedimiento excepcional. Su objetivo es permitir al tribunal administrativo dar una respuesta rápida y eficaz a situaciones concretas, y acabar así con las invocaciones abusivas de la vía de hecho.

351 U. ECO, *Les limites de l'interprétation*, Le livre de poche, coll. Biblio/Essais, 1992, p. 17, citado por P. WACHSMANN, "La volonté de l'interprète", *Droits* 1999/28, p. 45.

352 Como señala Michel van de Kerchove, "la interpretación sigue estando limitada por el sentido o la dirección de la 'obra' a la que pertenece el enunciado, es decir, la construcción de un sistema jurídico coherente" (M. VAN DE KERCHOVE, "La théorie des actes de langage et la théorie de l'interprétation juridique", en *Théorie des actes de langage, éthique et droit* (P. AMSELEK ed.), PUF, 1986, p. 246). En este sentido, "al elegir una decisión, en particular una decisión interpretativa, una autoridad tiene en cuenta las decisiones que podrían tomar los demás órganos del sistema, si su razonamiento se inscribe en un conjunto de conceptos que ella misma ya ha utilizado o que utilizan otros" (M. TROPER, *op. cit.*, p. 84). El Presidente Latournerie presentó "la regla de oro del razonamiento jurídico" en estos términos, pero sin limitar el alcance de su pensamiento únicamente al problema de la interpretación. Según el ilustre autor, "en el momento final, cuando la balanza simbólica aún oscila en la mente, suele haber una regla de oro que marcará la diferencia decisiva. Se trata de la regla según la cual, cualesquiera que sean los méritos intrínsecos, el atractivo interno, de una de las soluciones que se barajan, ésta no debe, en principio, determinar la elección, a menos que cumpla una condición. En primer lugar, debe estar lógicamente vinculada a los principios y teorías generales que componen el Derecho público. En segundo lugar, debe adaptarse lo más estrecha y ampliamente posible a todos los demás datos" (R. Latournerie, "Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat", *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Sirey, 1952, p. 239).

353 B. GENEVOIS, "Le Conseil d'Etat et l'interprétation de la loi", *RFD* 2002, p. 885.

354 H. KELSEN, *op. cit.* p. 339-340. La interpretación es, pues, una operación selectiva y nunca se impone a su autor; es el resultado de una elección entre varios significados posibles del concepto en cuestión. Como señaló Kelsen, "desde un punto de vista que sólo considere el derecho positivo, no existe ningún criterio en virtud del cual una de las posibilidades dadas en el marco del derecho que debe aplicarse pueda preferirse a las demás. No existe pura y simplemente ningún método que pueda llamarse de derecho positivo que permita distinguir, entre varios significados lingüísticos de una norma, uno solo, que sería el verdadero significado (...)" (*op. cit.*, p. 338). Los diferentes métodos de interpretación "sólo conducen siempre a un resultado posible, nunca a un resultado que sea el único correcto" (*op. cit.*, p. 339).

355 R. Guastini, *op. cit.* p. 98.

356 No olvidemos las enseñanzas de Kelsen. El maestro de Viena afirmaba que la interpretación científica "consiste en determinar, mediante una operación puramente intelectual, el sentido de las normas jurídicas. A diferencia de la interpretación por los órganos del Derecho, no es creación de Derecho" (H. KELSEN, *op. cit.*, p. 341). No puede hacer ni más ni menos que identificar los posibles significados de las normas jurídicas. Como conocimiento de su objeto, no puede elegir y decidir entre las posibilidades que ha sacado a la luz; debe dejar la elección y la decisión al órgano jurídico competente, según el ordenamiento jurídico, para aplicar la ley" (*op. cit.*, p. 342). Sobre todo, "la interpretación jurídica debe cuidarse mucho de evitar la ficción de que una norma jurídica no admite nunca más que una interpretación, la interpretación "exacta" o "verdadera"" (*ibid.*).

El carácter excepcional de este procedimiento tiene dos consecuencias. En primer lugar, la medida cautelar está destinada a sancionar únicamente la vulneración de determinadas libertades y no de todas las normas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. De las dos variantes de medidas cautelares previstas inicialmente por el grupo de trabajo, sólo se mantuvo el procedimiento con un ámbito de aplicación estricto. La finalidad del artículo L. 521-2 no es, pues, proteger todas las normas de nuestro ordenamiento jurídico, sino únicamente las que tienen carácter fundamental y constituyen libertades, dos características específicas que el legislador pretende distinguir de la masa de las demás normas. En segundo lugar, el procedimiento de *référé-liberté* sólo debe utilizarse con moderación y en circunstancias excepcionales. Si el concepto de libertad fundamental se definiera de forma demasiado amplia, se desvirtuaría el espíritu del procedimiento y éste se utilizaría para conocer de reclamaciones para las que no ha sido concebido. Como afirman los autores de los *leading cases*, "una interpretación demasiado amplia correría el riesgo de desnaturalizar el nuevo procedimiento, o incluso de atascarlo"³⁵⁷.

Por otra parte, la voluntad de poner fin a la utilización abusiva de las vías de hecho y de que el contencioso administrativo en materia de libertades vuelva a ser competencia de los tribunales administrativos implica que estos últimos adopten una concepción de las libertades fundamentales al menos tan amplia como la de los tribunales del orden jurisdiccional. Esto es posible a la luz de las enseñanzas de la lingüística jurídica³⁵⁸. También es deseable si se quiere que los tribunales administrativos alcancen el objetivo que el legislador ha fijado para este procedimiento. Habida cuenta de la finalidad del procedimiento de medidas provisionales, es difícil imaginar que el tribunal administrativo decline su competencia alegando que se trataría de una libertad fundamental en el sentido de un derecho de hecho y no en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. Por lo tanto, al juez administrativo le interesa definir el concepto de forma amplia. Una interpretación estricta "limitaría así el acceso de los justiciables a este procedimiento, que se dirigirían naturalmente, como siempre lo han hecho, al juez judicial invocando la *voie de fait*"³⁵⁹.

En resumen, una interpretación demasiado amplia del concepto correría el riesgo de desnaturalizar el procedimiento sumario y conducir a una dilución del concepto de libertad fundamental; una interpretación demasiado estricta no permitiría alcanzar el objetivo perseguido por el legislador. Por consiguiente, el juez administrativo del procedimiento sumario debe buscar un justo equilibrio entre estas dos exigencias. También debe dar pleno sentido a los términos utilizados por el legislador.

86. En la redacción del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, la expresión "libertad fundamental" va precedida del artículo indefinido "a". Expresando generalidad, este artículo equivale a "cualquiera", y significa que las libertades fundamentales se contemplan como una categoría genérica. La expresión agrupa no un objeto único y exclusivo, sino una pluralidad de objetos unidos por características comunes resultantes de los términos utilizados por la ley para identificarlos, a saber, su naturaleza de libertades y su carácter fundamental.

A. El calificativo "libertad"

87. Cualquier intento de definir el término "libertad" tropieza con un doble obstáculo. La primera dificultad reside en la ausencia de una definición jurídica del término. Como ha señalado el profesor Verpeaux, no existe una "definición jurídica de la libertad" en el derecho público francés³⁶⁰. De la lectura de los artículos 4 y 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se desprende que "la libertad no es objeto de una definición precisa en cuanto a su contenido. A lo sumo, los textos prevén un régimen jurídico, aunque muy

³⁵⁷ GAJA n° 118, § 10. El riesgo de distorsión surge de una interpretación demasiado amplia del concepto. Si todo se considerara fundamental, nada tendría ese estatuto. Como señaló la Sra. Ponthoreau, "conceder el estatuto de derecho fundamental a todos los derechos es correr el riesgo de devaluar los derechos fundamentales en su conjunto" (M.-C. PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica PUAM, coll. DPP, 1994, p. 217). Del mismo modo, M. Picard afirmó que "no todo puede ser fundamental, de lo contrario nada lo sería; lo fundamental sólo lo es en relación con otras referencias que no lo son o lo son menos" (E. Picard, "L'émergence des droits fondamentaux en France", *AJDA* 1998, número especial, p. 32).

³⁵⁸ El lenguaje jurídico se basa en el principio de la economía de palabras. Como el número de significantes es limitado, el lenguaje jurídico se ve obligado a utilizar el mismo término varias veces para nombrar y designar cosas, ideas y conceptos diferentes. La monosemia jurídica, es decir, el hecho de que un término tenga un único significado en un sistema jurídico, es un fenómeno relativamente raro en Derecho, ya que dos tercios de los términos jurídicos son polisémicos (véase el apartado 105). Por lo tanto, es perfectamente concebible, e incluso lógico, que el concepto de libertad fundamental tenga significados diferentes en el contexto de las medidas provisionales y en el de las medidas cautelares de facto. La referencia común a las libertades fundamentales en estos dos procedimientos "no excluye una interpretación específica de estas libertades en cada caso" (B. FAURE, "Juge administratif statuant en urgence. Référé-liberté", *Jcl. Justice administrative*, fasc. 51 (11, 2002), n° 11).

³⁵⁹ S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, tesis París II, 2002, p. 130.

³⁶⁰ M. Verpeaux, "La liberté", número especial *AJDA* 1998, p. 145.

sumario, consistente en afirmar que la libertad debe considerarse como la regla y las restricciones como las excepciones³⁶¹. La segunda dificultad se deriva de los múltiples significados atribuidos a esta expresión. Según Montesquieu, "no hay palabra que haya recibido más significados diferentes que libertad"³⁶². En *Le L'ittre* se le dedican nada menos que 24 entradas. Las múltiples acepciones del término se explican por la riqueza de los debates, reflexiones y obras que se le han dedicado. Como señala M. Morange, "pocos conceptos han suscitado tantas reflexiones como el de libertad. Teólogos, filósofos y científicos han intentado definirla y perfilar sus contornos"³⁶³. Paradójicamente, la riqueza de los trabajos a los que se ha sometido la noción de libertad ha contribuido a oscurecer sus contornos. Como ha señalado Robert Alexy, "el concepto de libertad es simultáneamente uno de los conceptos prácticos más fundamentales y uno de los más oscuros"³⁶⁴. Parece posible superar las dificultades experimentadas en este punto estableciendo una distinción rigurosa entre libertad y libertades. El término adquiere dos significados muy diferentes según se utilice en singular o en plural³⁶⁵. Sin embargo, existe una estrecha relación entre estas dos dimensiones, ya que es en las libertades jurídicas donde la libertad filosófica toma forma concreta.

88. Etimológicamente, la palabra libertad procede del latín *libertas*, de *liber*, libre. La libertad tiene dos dimensiones: "la libertad de hacer y la libertad de querer"³⁶⁶.

Desde el punto de vista del sujeto, la libertad (*de la voluntad* o libre albedrío) es la capacidad de responder a una determinada situación no de una manera única y científicamente previsible, sino eligiendo, por propia iniciativa, entre dos o más formas de reaccionar. En este sentido, la libertad es la capacidad de elegir el propio comportamiento por voluntad propia.

En segundo lugar, desde el punto de vista de la relación intersubjetiva o social, la libertad (*de hacer*) corresponde a la ausencia de restricciones externas, es decir, al poder de hacer lo que uno quiere sin que nadie se lo impida. En este sentido, la libertad se define negativamente; es la cualidad de alguien que no está sujeto a restricciones. En la relación entre el individuo y el Estado, la libertad se define como la conducta "decidida al margen de la voluntad del Estado"³⁶⁷. Sin embargo, la libertad de acción sólo es efectiva si tiene consecuencias jurídicas. Como ha señalado M. Verpeaux, "para que la libertad sea algo más que una mera idea, debe concretarse y asociarse a una actividad humana o social"³⁶⁸. Es el paso del singular al plural: la libertad se encarna y toma forma en libertades³⁶⁹.

89. El paso de la libertad filosófica a la libertad jurídica se refiere a un periodo relativamente preciso de nuestra

361 M. VERPEAUX, *op. cit.* p. 146. El autor señala también que "La palabra se utiliza a menudo en un sentido impreciso y se emplea a menudo como sinónimo de la palabra derecho" (*op. cit.*, p. 144).

362 MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, 1748, Livre XI, chapitre II.

363 J. Morange, "Liberté", en *Dictionnaire de la culture juridique* (D. Alland y S. RIALS eds.), PUF, Quadrige, Lamy, 2003, p. 945.

364 R. ALEXY, *A theory of constitutional rights* (traducido del alemán por J. RIVERS), Oxford University Press, 2003, p. 138. Hegel ya había señalado que "No hay ninguna idea más generalmente admitida como indeterminada, equívoca, susceptible de dar lugar -y de hecho da lugar- a los peores malentendidos que la idea de libertad (...)" (HEGEL, *Encyclopédie*, reproducido en *Écrits sur la liberté*, Seghers, coll. "écrits", París, 1963, p. 96-97. Subrayado).

365 Véase el *Vocabulaire juridique* de l'association Henri Capitant (G. CORNU ed., 7^{me} ed., PUF, 2005, "Liberté", p. 513), que distingue entre libertad, "situación garantizada por la ley en la que cada uno es dueño de sí mismo y ejerce todas sus facultades como quiere" (por ejemplo, el preámbulo y el artículo 2 de la Constitución de 1958) y libertad, "ejercicio sin trabas de una facultad o actividad particular garantizada por la ley" (por ejemplo, la libertad de prensa, la libertad de asociación o la libertad de convenios).

366 R.-M. MOSSE-BASTIDE, *La liberté*, 4^{me} éd, PUF, coll. Le philosophe, 1983, p. 133 (subrayado). Estas dos dimensiones de la libertad son indisolubles y se expresan juntas en las definiciones más corrientes. Así, según el *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* de Lalande, la libertad, en sentido general, designa "el estado de un ser que no está sometido a coacción, que actúa de acuerdo con su voluntad, con su naturaleza" (5^{me} ed., 1947, vol. 1, Quadrige/PUF, 1999, v^o "Liberté"). De su unión se forma la Libertad. Cf. R. CAPITANT, *Cours de principes du droit public, DES de droit public 1956-1957*, Les cours de droit, p. 32: "¿Qué es un ser libre? Es un ser cuya acción, cuya conducta, no está determinada o constreñida desde el exterior, sino que extrae de sí mismo los elementos de su determinación. La libertad de un ser es la autodeterminación de ese ser.

367 P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, coll. BDP, t. 76, 1968, p. 166.

368 M. Verpeaux, "La liberté", *op. cit.* p. 146.

369 Esto corresponde al enfoque adoptado por los hombres de 1789. Se refirieron a la libertad en singular como uno de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. A continuación, a partir del concepto global de libertad así consagrado, los redactores de la Declaración se centraron en determinados sectores de la actividad humana considerados especialmente importantes o particularmente amenazados, para explicar la aplicación a ellos del principio general de libertad. De este modo, "la libertad se concreta en la lista de las libertades" (J. RIVERO, "La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé par la Déclaration de 1789", en *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, coll. Recherches politiques, 1989, p. 76. Subrayado. Subrayado).

historia jurídica y política, correspondiente a la entrada en la Modernidad. La palabra "libertades", que ya existía en plural pero en un sentido particular, adquirió con este cambio un nuevo significado. Anteriormente había sido sinónimo de "privilegios", refiriéndose a los derechos corporativos concedidos por las autoridades a los oficios, órdenes sociales y habitantes de las ciudades³⁷⁰. El reconocimiento de estos privilegios a los gremios, las clases sociales y la burguesía urbana trajo consigo el elemento decisivo de la limitación del poder político. Sin embargo, sólo más tarde, a partir de la transición a la Edad Moderna, "el uso de 'libertades' se extendió para referirse a los derechos individuales"³⁷¹. Las libertades dejaron de concebirse como privilegios concedidos a un número limitado de personas para convertirse en derechos individuales de los que se beneficiaban todos los hombres.

Esta evolución fue posterior y estuvo influida por los grandes cambios que trajo consigo la llegada de la Modernidad³⁷². Los cambios que experimentó la sociedad en aquella época dieron lugar a un nuevo consenso político que redefinió las fuentes del poder, su justificación, su ejercicio y sus fines. El contractualismo, que encarnó la idea de la Constitución y los derechos humanos como objetos del contrato social y límites del poder, fue el producto de este consenso³⁷³. Este movimiento permitió elaborar las primeras declaraciones de derechos, textos fuertemente impregnados de la ideología antiestadista del liberalismo clásico³⁷⁴. Estas libertades recibirían nombres muy diversos, según las épocas y los ordenamientos jurídicos. Pero tanto si se describen como derechos individuales, libertades individuales, libertades públicas, derechos humanos, derechos fundamentales, libertades fundamentales, derechos humanos, derechos morales u otros términos, y más allá de las diferencias que puedan existir entre ellos, todos estos conceptos tienen el mismo propósito, que es reconocer los derechos de los individuos a limitar el poder del Estado, y darles así la posibilidad de "oponerse al poder basado en la ley"³⁷⁵.

Estos conceptos se enriquecieron en el siglo XX^e, sobre todo bajo la influencia de los pensadores socialistas. Cada vez estaba más claro que la acción del Estado no siempre era un obstáculo para el ejercicio de la libertad, sino que también podía promoverla, sobre todo organizándola. Mientras que la doctrina liberal del siglo XIX^e consideraba que la única finalidad de las libertades era la protección de una esfera de autonomía frente a la injerencia de los poderes públicos, poco a poco se fue considerando que el Estado no podía permanecer ausente de los mecanismos de realización de las libertades. El poder público ya no se considera únicamente como una amenaza

370 El concepto de "libertades" se encuentra en la *Carta Magna* de John Lackland de 1212, para todos los hombres libres, para los hombres de Londres y de todas las demás ciudades, pueblos y puertos; en la *Petición de derechos* de 1628 e incluso en algunos textos del siglo XVII^e titulados el *Cuerpo de Libertades*, como el de Massachusetts Bay de 1641 (véase G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux* (trad. del español por I.A. PELE), LGDJ, Série Droit, 2004, pp. 28-29, y pp. 105-106).

371 G. PECES-BARBA MARTINEZ, *op. cit.* p. 28. Pasamos entonces "del privilegio (...) concedido a un determinado lugar o a una determinada persona para hacer el bien y la gracia" (Alfonso X el Sabio) al derecho fundamental con un destinatario genérico, el "homo iuridicus", y con un contenido abstracto, válido para todo hombre" (*op. cit.*, p. 106).

372 En primer lugar, el cambio económico y social, con la aparición de un nuevo sistema económico y el ascenso gradual de una clase social cada vez más influyente: la burguesía. Después, el cambio intelectual y científico, con el proceso de secularización y el progreso del individualismo, el racionalismo y el humanismo. Por último, el cambio político, con la aparición del Estado moderno como poder soberano que no reconoce nada superior a sí mismo y reivindica el monopolio del uso de la fuerza legítima. Véase G. PECES-BARBA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 106 y ss.

373 Según las teorías del contrato social, el individuo goza de una independencia absoluta en el estado natural, es decir, antes de cualquier sociedad civil. Al unirse en sociedad, los hombres renunciaron a esta libertad absoluta para crear, mediante un contrato unánime, el Estado y la soberanía pública. Debe considerarse que los hombres sólo han renunciado a la parte de su independencia originaria que era absolutamente incompatible con la noción de Estado; sólo han hecho los sacrificios estrictamente indispensables. En cambio, lo que habían conservado, ese residuo de su libertad originaria, constituía derechos individuales superiores a los del Estado, puesto que eran anteriores a éste y exigían su respeto. Es cierto que Rousseau añadió a esta tesis una restricción que podía comprometerla radicalmente. Después de declarar que "todo lo que cada uno enajena, por el pacto social, de su poder, de su propiedad, de su libertad, no es más que aquella parte de ella cuyo uso es importante para la comunidad", añadió "Pero hay que convenir en que el soberano es el único juez de esta importancia" (J.-J. ROUSSEAU, *El contrato social*, 1762, Libro II, Capítulo IV). Las demás teorías del contrato social no contenían esta reserva, y su importancia fue decisiva. Como señaló Adhémar Esmein, la teoría del contrato social "fue fecunda, ya que introdujo el principio de los derechos individuales" (A. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} ed., 1914, reeditado por Editions Panthéon-Assas, serie Les introuvables, 2001, p. 542).

374 El Estado aparece como una entidad distinta de la sociedad, y la sociedad como un grupo de individuos que normalmente viven fuera del control del Estado. Las libertades se definen por la abstención del Estado, por la limitación del poder. En este sentido, la libertad de los Modernos difiere de la libertad de los Antiguos. Se atribuye a Benjamin Constant el mérito de haber contrastado las dos formas de libertad. Para los antiguos, la libertad significaba participación en el poder. Para los modernos, en cambio, la libertad significaba limitar el poder, prohibir al Estado invadir las prerrogativas del individuo. "Es necesario, pues, definir una esfera vedada al poder político, dondequiera que se encuentre: la de las libertades individuales" (P. Wachsmann, *Libertés publiques*, 4^{ème} ed., Dalloz, coll. Cours, 2002, p. 22). Según Benjamin Constant, "El objetivo de los modernos es la seguridad en el disfrute privado; y llaman libertad a las garantías que las instituciones conceden a dicho disfrute" (B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparé à celle des Modernes*, 1819, en *De l'esprit de conquête et de l'usurpation*, Garnier-Flamarion, 1986, p. 276).

375 C. LEFORT, "Droits de l'homme et politique", *Libre*, n° 7, 1980, p. 25.

para los individuos, sino que, por el contrario, está llamado a participar en la realización de estas libertades y a velar por que se cumplan las condiciones para su ejercicio. Este enfoque da paso a una concepción más proactiva del papel de los poderes públicos y expresa un enfoque enriquecido de la noción de libertades.

Dicho esto, el procedimiento establecido en el artículo L. 521-2 no pretende proteger todas las libertades, sino sólo las libertades "fundamentales".

B. El adjetivo "fundamental"

90. Etimológicamente, la palabra "fundamental" procede del latín *fundamentalis*, de *fundamentum*, fundamento. En su sentido original, fundamental es, según Littré, "lo que sirve de fundamento". En este sentido, es sinónimo de "basal" o "constitutivo". Una segunda acepción se ha desarrollado además de la primera, designando como fundamental lo que tiene "un carácter esencial y determinante"³⁷⁶. Así, lo fundamental corresponde a lo que está en la base y/o tiene un carácter esencial. No existe ninguna dificultad jurídica para determinar qué es fundamental. El fundamento de un ordenamiento jurídico reside en su Constitución, en su Ley Fundamental. Como señala el profesor Drago, "el concepto de derecho fundamental se refiere a los fundamentos del ordenamiento jurídico. Por tanto, el jurista acude naturalmente a la Constitución para saber qué son los derechos fundamentales"³⁷⁷. Sin embargo, el legislador no pretendía limitar la fundamentalidad a un rango normativo específico. Si el Parlamento hubiera querido restringir el ámbito de aplicación del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa únicamente a las libertades constitucionales, habría sustituido el concepto de libertad fundamental por el de derechos y libertades constitucionalmente garantizados³⁷⁸. La segunda acepción del adjetivo "fundamental" es más compleja de entender. A falta de criterios precisos, sigue siendo relativamente delicado determinar lo que es esencial, ya que ello requiere una evaluación de la "calidad" de una libertad dada.
91. El significado del adjetivo "fundamental" puede aclararse y precisarse a partir del análisis de las controversias doctrinales. Como concepto *teórico*, las nociones de libertad fundamental y de derecho fundamental tienen dos significados perfectamente distintos. La división entre ambas acepciones se basa enteramente en el significado del adjetivo "fundamental" y en la cuestión de en qué consiste la "fundamentalidad". Como siempre³⁷⁹, existen dos métodos para identificar el concepto: uno formal y otro material. El enfoque formal designa como fundamental cualquier libertad protegida por una norma de nivel supralegislativo. El enfoque material mide la fundamentalidad de una libertad por su grado de importancia.

1. Libertades no disponibles

92. El enfoque formal, o estricto, consiste en definir la fundamentalidad por referencia al valor jurídico - supralegislativo- de la norma en cuestión. Según este punto de vista, "los derechos y libertades fundamentales se refieren simplemente a los derechos y libertades protegidos por normas constitucionales o (y) europeas e internacionales. Ni más ni menos. Así pues, todos los derechos y libertades que gozan de protección constitucional o (y) internacional (o europea) son derechos fundamentales, cualquiera que sea su grado de "fundamentalidad". Y no todos los derechos y libertades que no están reconocidos a nivel constitucional o internacional (o europeo) son derechos fundamentales"³⁸⁰. En este sentido, los derechos y libertades fundamentales se caracterizan por su *indisponibilidad*. "El adjetivo "fundamental" significa (...) que el poder constituyente en cada país, o la comunidad internacional a nivel europeo, han decidido situar un cierto número

³⁷⁶ Le grand Robert de la langue française.

³⁷⁷ G. DRAGO, "Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnel et européen", *Dr. adm.* 2004, Etudes n° 11, p. 7.

³⁷⁸ La expresión se utiliza en la jurisprudencia constitucional (CC, n° 85-198 DC, 13 de diciembre de 1985, cons. 11, Rec. p. 78; n° 88-248 DC, 17 de enero de 1988, cons. 28, Rec. p. 18; n° 89-260 DC, 28 de julio de 1989, cons. 6, Rec. p. 71; n° 93-333 DC, 21 de enero de 1994, cons. 19, Rec. p. 32; n° 96-378, 20 de marzo de 1997, cons. 15, Rec. p. 99; n° 97-388 DC, 20 de marzo de 1997, cons. 48, Rec. p. 31; n° 97-389 DC, 22 de abril de 1997, cons. 30, Rec. p. 45; n° 2000-430 DC, 27 de julio de 2000, cons. 50, Rec. p. 95). El Consejo también utiliza la expresión "libertades constitucionalmente garantizadas" (CC, n° 2000-441 DC, 28 de diciembre de 2000, cons. 42, Rec. p. 201). Además, la expresión "derecho constitucionalmente garantizado" se introdujo en el apartado 4 del artículo 72 de la Constitución de 4 de octubre de 1958 tras la enmienda constitucional de 28 de marzo de 2003.

³⁷⁹ El Decano Vedel demostró que "toda definición de un concepto jurídico puede hacerse tanto desde el punto de vista *material* como desde el punto de vista *formal*" (G. VEDEL, "Les bases constitutionnelles du droit administratif", *EDCE* 1954, p. 27. Énfasis añadido).

³⁸⁰ L. Favoreu et al, *Droit constitutionnel*, 9^{ème} ed, Dalloz, serie Précis, 2006, n° 1218.

de valores y garantías fuera del alcance de las mayorías y ejecutivos que sustentan³⁸¹. Se trata de libertades situadas fuera del alcance de los poderes constituidos. Esta interpretación del concepto de derechos y libertades fundamentales se basa explícitamente en el concepto alemán de *Grundrecht*³⁸². La definición formal se presenta como una importación o transposición del concepto tal y como existe en el Derecho alemán. Este concepto se presenta como el único posible porque, afirman sus partidarios, "así es como se entiende la expresión en el Derecho comparado y, en particular, en el Derecho alemán, del que procede"³⁸³.

Este enfoque ha sido ampliamente adoptado en la literatura académica. Muchos autores suscriben sin reservas esta definición de los derechos y libertades fundamentales³⁸⁴. Otros autores, si bien se inspiran en esta definición, introducen algunos ajustes que consideran necesarios para limitar la fundamentalidad, bien únicamente a las normas de valor constitucional³⁸⁵, bien a las normas supralegislativas que cumplen criterios adicionales³⁸⁶.

93. Este concepto de fundamentalidad presenta tres ventajas principales. En primer lugar, se ajusta a una cierta tradición del Derecho público, que la mayoría de las veces ha favorecido las definiciones formales frente a las sustantivas³⁸⁷. En segundo lugar, este enfoque ofrece la ventaja de la previsibilidad y la seguridad jurídica. El criterio formal es simple, claro y fácil de aplicar. Por último, garantiza la validez jurídica de las libertades fundamentales reconocidas. Si las libertades fundamentales se limitan a normas supralegislativas, el texto que sirve de base para su reconocimiento no puede impugnarse en la práctica y, por tanto, está a salvo de la invalidación. Mientras que un cambio en el Derecho constitucional, internacional, europeo o comunitario puede invalidar una disposición legislativa, este riesgo queda excluido en el caso de las disposiciones supralegislativas.

No obstante, el enfoque estrictamente formal tiene dos limitaciones. En primer lugar, no es - contrariamente a como se presenta a veces - una *necesidad*. No parece exacto afirmar que el concepto de derecho fundamental se define en Derecho comparado por el lugar que ocupa en la jerarquía de las normas, y que esto es así en todos los

381 L. Favoreu et al, *Droit constitutionnel*, op. cit, n° 1224.

382 Un concepto que Michel Fromont fue uno de los primeros en dar a conocer en Francia a través de su artículo "Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne", publicado en *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éditions Cujas, 1975, pp. 49-64.

383 L. Favoreu et al, *Droit constitutionnel*, op. cit, n° 1218.

384 Véase en particular: N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, coll. BDprivé, t. 287, 1997, p. 8; P. AUVRET y J. AUVRET-FINCK, "La complémentarité des systèmes juridictionnels de protection des libertés publiques", en *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Valine*, Dalloz, 2002, p. 403; V. TCHEN, "Protection des droits fondamentaux", *Jcl. administratif*, fasc. 1440 (11, 2002), núm. 1; O. DORD, "La notion de libertés publiques. Libertés publiques ou droits fondamentaux?", *Cahiers français* n° 296 *Les libertés publiques*, 2000, p. 12; M. BRANDAC, "L'action en justice, droit fondamental", en *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1995, p. 3; J. Chevallier, *L'Etat de droit*, 3^{ème} éd, Montchrestien, coll. Clefs, 1999, pp. 105-111.

385 Véase X. PHILIPPE, *Droit administratif des libertés*, Economica, 1998, p. 14; A. AUER, "Les droits fondamentaux et leur protection", *Pouvoirs* n° 43, 1987, p. 87. El Decano Favoreu desarrolló inicialmente esta definición (L. Favoreu, "Rapport général introductif" du colloque *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, colloque Aix-en-Provence, 19-21 février 1981, Economica PUAM, coll. DPP, 1982, reeditado en 1987, p. 41).

386 En opinión del profesor Lachaume, el criterio del valor es necesario pero no suficiente; deben tenerse en cuenta otros criterios para determinar la fundamentalidad. Los derechos y libertades constitucionales e internacionales sólo pueden tener el estatuto de derechos fundamentales si cumplen condiciones adicionales. M. Lachaume identifica los derechos fundamentales "a partir de la combinación de tres elementos: el soporte jurídico, el destinatario y el régimen jurídico" (J.-F. LACHAUME, "Droits fondamentaux et droit administratif", *AJDA* 1998, número especial, p. 93). Se trata de derechos constitucionales o internacionales, dirigidos a una persona física o jurídica y "que se benefician de un régimen jurídico específico: prohibición de someter estos derechos a un sistema de autorización previa; competencia exclusiva del legislador para regularlos, ya sea para hacer más eficaz su ejercicio o para conciliar estos derechos con otras normas o principios u objetivos de valor constitucional (...); aplicación uniforme de estos derechos en todo el territorio de la República" (*op. cit.*, p. 94).

387 Como afirmó el Decano Vedel, "las definiciones de nuestro derecho público son orgánicas y formales, no materiales" (G. Vedel, nota bajo TC, 27 de noviembre de 1952, Préfet de la Guyane y CE, Ass. 17 de abril de 1953, Falco et Vidaillac, *JCP G* 1953, II, 7598). Del mismo modo, M. Dupeyrou subrayó que el punto de vista formal y orgánico "debe seguir siendo el punto de vista esencial de nuestro derecho público" (O. DUPEYROUX, "La jurisprudence, source abusive de droit", en *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz Sirey, p. 365, nota 55). Véanse, en este sentido, los análisis desarrollados por los grandes maestros del derecho público sobre el concepto de derecho, mostrando la primacía de los criterios formales (R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat (1920-1922)*, Bibliothèque Dalloz, reeditado en 2003, t. 1, pp. 326-327; G. VEDEL, "Les bases constitutionnelles du droit administratif", *op. cit.*, p. 28, afirmando que "Los conceptos y criterios de nuestro derecho público son principalmente formales; los conceptos y criterios materiales son subsidiarios"). También hay que señalar que Maurice Hauriou, defendiendo una definición del ilícito administrativo "por el procedimiento" y no "por la naturaleza del acto", añadía que "en general, además, las teorías *formales* son más fiables que las teorías *materiales*" (M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} ed., Larose, 1901, p. 253. Cf. Énfasis añadido).

países³⁸⁸. Además, pretender establecer el carácter fundamental de las libertades basándose en un criterio exclusivamente formal "pasa por alto su "esencialidad"³⁸⁹. De hecho, este método no tiene en cuenta la importancia de los derechos y libertades. Por muy esencial que sea a los ojos de los ciudadanos, se negará el estatuto de norma fundamental a una libertad que no figure en ningún texto constitucional o internacional. Así pues, este criterio tiene cierta rigidez, a diferencia del segundo enfoque, que consiste en considerar fundamental cualquier libertad que sea esencial.

2. Libertades esenciales

94. Los partidarios del enfoque material definen las libertades fundamentales como libertades eminentes, esenciales o primordiales, es decir, caracterizadas sobre todo por su importancia. A diferencia de los representantes del enfoque formal, cuyas posiciones confluyen en un conjunto relativamente homogéneo, los partidarios de la concepción material pertenecen a corrientes de pensamiento radicalmente distintas e incluso opuestas. Así, podemos distinguir dos formas de esencialismo: el esencialismo iusnaturalista y el esencialismo iuspositivista.
95. Etienne Picard es el principal autor que ha presentado una concepción global de los derechos y libertades fundamentales desde una perspectiva iusnaturalista³⁹⁰. Su enfoque puede resumirse en dos proposiciones: por una parte, la fundamentalidad es una propiedad indiferente al criterio de valor jurídico; por otra, esta propiedad exige y justifica la prevalencia de la norma así calificada. Para describir esta concepción, a veces se dice que el profesor Picard se refiere a todos los derechos y libertades de carácter esencial como derechos fundamentales. Si bien esta presentación no es totalmente errónea, no deja de ser muy reductora y no logra captar la esencia de su teoría y, por consiguiente, sus aspectos más controvertidos.

En primer lugar, según el profesor Picard, el carácter fundamental de un derecho no reside en la norma jurídica que lo rige, sino en su contenido intrínseco y, más concretamente, en su correspondencia con el sistema de valores en el que se basa el ordenamiento jurídico. Según Etienne Picard, las normas de derecho positivo no expresan toda la realidad del derecho. Por sí solas, no pueden explicar el sentido y la dinámica de los fenómenos jurídicos³⁹¹. Para comprenderlo en su totalidad, es necesario incluir los valores en el análisis jurídico: "los valores no pueden excluirse del derecho, porque le dan su sentido general"³⁹². Para el autor, la fundamentalidad es lo que corresponde a los valores superiores encarnados en el ordenamiento jurídico. En este sentido, la fundamentalidad es una propiedad externa a la norma. La fundamentalidad de un derecho o libertad debe determinarse apelando a

388 Esencialmente, sólo en Alemania se define el concepto de este modo. El propio Decano Favoreu reconoció en 1981 que la expresión derechos fundamentales "sólo se utiliza realmente como tal en la Alemania federal, donde tiene un significado preciso previsto por la Constitución" (L. FAVOREU, artículo antes citado, p. 41). No existe una interpretación única del concepto en el Derecho comparado (véase *supra*, §§ 68-70). Además, no se ha demostrado que el concepto fuera "importado" a Francia. La expresión no sólo fue utilizada por autores franceses a principios del siglo XX^c (véase, en particular, M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 1^{ère} ed., Sirey, 1923, p. 93), sino que los autores alemanes también afirman que la influencia francesa no estuvo ausente en la aparición del concepto alemán de *Grundrecht* (véase T. MEINDL, tesis antes citada, pp. 97-101).

389 F. BRENET, "La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA", *RDP* 2003, p. 1541.

390 Su posición fue presentada en dos contribuciones escritas: "L'émergence des droits fondamentaux en France", *AJDA* 1998, número especial, pp. 6-42; "Les rapports entre le Droit international public et la Constitution selon la jurisprudence du Conseil d'Etat", *RA* 1999, número especial *Evolutions et révolutions du contentieux administratif*, pp. 15-46. Para un enfoque iusnaturalista del concepto de derecho fundamental, véase también W. SABETE GHOBRIAL, *De l'obligation de la reconnaissance constitutionnelle des droits fondamentaux. A la recherche d'un fondement de l'obligation*, tesis Bordeaux I, 1994, 537 pp. Desarrollando la idea de que el proceso constituyente no es libre, el autor afirma la existencia de una obligación jurídica que obliga al poder constituyente originario a consagrar derechos y libertades específicos al redactar una nueva Constitución. Esta idea es claramente criticable, en la medida en que carece de base jurídica. Si bien es indudable que existe una presión política muy fuerte para consagrar derechos y libertades al redactar un texto constitucional, es lógicamente imposible deducir de ello la existencia de obligación jurídica alguna. Las dos fuentes de obligación (política y jurídica) no están al mismo nivel. Una cosa es constatar la existencia de un incentivo político y otra muy distinta deducir su naturaleza jurídica.

391 En su opinión, lo jurídico no puede reducirse a lo normativo. Por tanto, "no debemos considerar la realidad jurídica formal como la expresión última de la realidad jurídica" (E. Picard, "L'émergence des droits fondamentaux en France", *AJDA* 1998, número especial, p. 8). Desde esta perspectiva, parece que "no es tanto el derecho formal el que produce los derechos fundamentales, sino que son los derechos fundamentales los que captan el derecho y le dan su estructura general: sus diversas categorías técnicas y formales tienden a asegurar esta prevalencia, pero ninguna de ellas logra agotar la base general y común de estos derechos fundamentales" (*op. cit.*, p. 8).

392 E. Picard, *op. cit.* p. 37. El autor se niega a considerar lo jurídico y lo axiológico como dos mundos separados y antinómicos. Desarrolla una concepción del orden jurídico abierta a los valores, e incluso sometida a ellos. Esta posición rompe con la representación kelseniana del orden jurídico.

consideraciones extra-normativas, es decir, comparándolo con los valores³⁹³. En segundo lugar, la fundamentalidad se caracteriza por su efecto, que consiste en prevalecer sobre cualquier otra consideración o pretensión que pueda oponérsele. En este sentido, la fundamentalidad no es una propiedad constante, sino que varía según las circunstancias de cada caso. Según Etienne Picard, "los numerosos casos de su invocación por la legislación o, sobre todo, por los tribunales demuestran que estos diversos derechos tienen una cosa en común: todos se caracterizan por el efecto de prevalencia que conlleva esta calificación. Este efecto es prácticamente constante; y puede ser independiente de la fuente normativa formal en la que se basa el derecho"³⁹⁴. Una lógica sustantiva, centrada en el contenido y la importancia de los derechos, prevalecería así sobre una lógica formalista, preocupada por la estructuración formal del ordenamiento jurídico. Las libertades serían fundamentales por derecho propio; el derecho positivo se limitaría a atribuirles el lugar más importante, o al menos el suficiente para garantizar su prevalencia³⁹⁵.

En algunos aspectos, este enfoque de la fundamentalidad es cuestionable. En primer lugar, parte del cuestionable presupuesto de que lo jurídico no puede identificarse estricta y exclusivamente con el Derecho positivo³⁹⁶. Al hacerlo, rompe con los principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico, que postulan la existencia de un Derecho positivo integrado por el conjunto de normas jurídicas vigentes en un ordenamiento jurídico en un momento determinado. El Derecho en su conjunto se identifica con estas normas establecidas por la voluntad humana; no es necesario ir más allá de ellas para penetrar en el fenómeno jurídico. Por otra parte, esta concepción deja margen para una completa arbitrariedad en la determinación de la fundamentalidad. La apreciación de la fundamentalidad está totalmente subordinada al juicio de valor que realicen los tribunales. Además, al ser la fundamentalidad una propiedad que depende de las circunstancias de cada caso, se convierte en una propiedad fluctuante, ya que un derecho puede ser calificado de fundamental en una situación concreta y perder esta cualidad en una configuración fáctica diferente.

96. Otros autores también han desarrollado una concepción material de los derechos y libertades fundamentales, pero esta vez desde una perspectiva iuspositivista. Esta posición agrupa a representantes de la doctrina positivista que consideran lo supralegislativo o constitucional como la fuente principal, pero no exclusiva, de las libertades fundamentales. Para estos autores, la fundamentalidad está vinculada principalmente -aunque no exclusivamente (esto es lo que les diferencia de los partidarios del enfoque formal)- al valor jurídico de la norma que las consagra. Negándose a confinar lo fundamental a lo constitucional (o supralegislativo), estos autores añaden a los derechos constitucionales (o a los derechos constitucionales e internacionales) aquellos derechos y libertades que, aunque situados en un nivel normativo inferior, son sin embargo esenciales. Por ejemplo, Norbert Foulquier afirma que el derecho constitucional y el derecho internacional representan "las fuentes *principales* de los derechos fundamentales"³⁹⁷, admitiendo así la existencia de fuentes secundarias de rango inferior. Del mismo modo, Dominique Turpin afirma que "aunque puedan estar enunciados en simples leyes (...) y por jueces 'ordinarios' (...), los derechos fundamentales son *ante todo* los que se protegen frente al propio poder legislativo, sobre la base de un texto (y por un juez) constitucional o internacional"³⁹⁸. Para el

393 Así, "la fundamentalidad no se encuentra realmente en la norma formal que da origen al derecho en cuestión. Si, por tanto, no está en la norma, está ciertamente en el valor del derecho mismo, en relación con los términos del conflicto concreto en el que está implicado (...)" (E. Picard, *op. cit.*, p. 15). A este respecto, el autor distingue entre fundamentalidad intranormativa (incluida en la norma) y extranormativa (externa a la norma). "La fundamentalidad opera de forma intranormativa cuando la única norma aplicable, que formalmente comprende un único y mismo rango, no establece una jerarquía entre los derechos o pretensiones en conflicto, y cuando, no obstante, el juez identifica un derecho calificándolo de fundamental. Es extranormativo cuando el juez encuentra un derecho fuera de la norma formal y sin embargo lo aplica frente a otra pretensión justificable sobre la base de la misma norma, imputando esta prevalencia a esta última. El recurso a lo extranormativo implica, por tanto, que superará lo normativo - de lo contrario no tendría sentido que el juez fuera en busca de un derecho que no se encuentra formalmente en el texto" (*op. cit.*, p. 15).

394 E. PICARD, *op. cit.* p. 9.

395 En este sentido, "los derechos fundamentales se caracterizan por su función, que a su vez se basa en la importancia que se atribuye a estos derechos: son derechos fundamentales todos aquellos que, pareciendo suficientemente esenciales al legislador, son susceptibles de prevalecer frente a cualquier otra pretensión que pudiera oponérseles. Estas pretensiones pueden ser potestades, competencias, o incluso otros derechos, otros principios jurídicos o exigencias diversas como las que puedan derivarse del interés general o del orden público (que, sin embargo, en este caso no se califican como tales). En cada caso, sin embargo, estas consideraciones deben ceder ante el derecho fundamental, aunque puedan invocar, en su defensa, el hecho de que también ellas descansan en la misma base normativa formal en la que se expresa el derecho fundamental. Lo mismo ocurre, *a fortiori*, cuando la norma en la que pueden basarse sólo se establece en un nivel inferior. Pero, sorprendentemente, también puede ser a la inversa: el carácter fundamental de un derecho puede invocarse para resistir victoriosamente a una pretensión que podría tener un fundamento formal superior" (E. Picard, *op. cit.*, p. 9).

396 Para una crítica de la doctrina del derecho natural, véase H. KELSEN, "Positivisme juridique et doctrine du droit naturel", *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. I, Bruylant Sirey, 1963, pp. 141-148.

397 N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, coll. NBT, 2003, p. 7. Énfasis añadido.

398 D. TURPIN, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Seuil, 2004, p. 8. Subrayado

Sr. Morange, la expresión libertades fundamentales "pone de relieve su vínculo con una pluralidad de textos fundamentales, constitucionales, internacionales y europeos, sin olvidar otras fuentes legislativas y jurisprudenciales, a su vez muy variadas"³⁹⁹. En la misma línea, Marcou afirma que las libertades fundamentales están "reconocidas por la Constitución, los convenios internacionales y la ley"⁴⁰⁰.

La ventaja de este enfoque es que ofrece una gran flexibilidad a la hora de determinar los derechos y libertades fundamentales. También permite considerar como tales derechos y libertades ausentes del texto constitucional o de los instrumentos internacionales pero que, sin embargo, son esenciales⁴⁰¹. Dicho esto, este enfoque se basa en un criterio material -aunque subsidiario- para evaluar la esencialidad de una norma de rango inferior. Sin embargo, su utilización no está exenta de subjetividad.

97. Así pues, el juez administrativo dispone de dos enfoques de la fundamentalidad. Es libre de elegir entre la concepción formal y la concepción material del adjetivo "fundamental", y son consideraciones de política jurisprudencial las que deben llevarle a optar por una u otra de estas dos posiciones. Aunque se anima a los jueces administrativos a recurrir a las normas supralegislativas, no tienen ninguna obligación de limitarse a ellas, como han admitido los defensores del enfoque formal a través de su representante más destacado⁴⁰².

II. La indiferencia de las calificaciones jurídicas y doctrinales

98. Además de los términos utilizados por la ley, hay que tener en cuenta una segunda serie de condicionantes para determinar el margen de libertad del intérprete: el de los textos normativos y las decisiones de los órganos jurisdiccionales que designan un determinado derecho o libertad como "fundamental". ¿Las designaciones así realizadas pueden vincular al juez administrativo en el proceso de identificación de las libertades fundamentales? ¿Está obligado el Conseil d'Etat a adoptar las calificaciones jurídicas o incluso doctrinales del concepto de libertad fundamental? ¿Debe considerar libertades fundamentales las normas que han recibido esta calificación?

99. En primer lugar, ¿cuál es el alcance de las calificaciones textuales derivadas del Derecho interno o de los convenios internacionales? Las declaraciones legislativas que califican una libertad de "fundamental" no tienen alcance normativo y, por tanto, no pueden ser invocadas por el tribunal administrativo. Estas disposiciones entran en la categoría de lo que se ha denominado "derecho de cartel, derecho blando, derecho vago, derecho en estado gaseoso"⁴⁰³. Desde un punto de vista que sólo considera la ley, el juez administrativo en el procedimiento sumario no tiene obligación de considerar admisibles en el procedimiento del artículo L. 521-

³⁹⁹ J. Morange, "Liberté", en *Dictionnaire de la culture juridique* (D. Alland y S. RIALS eds.), PUF, Quadrige, Lamy, 2003, p. 950.

⁴⁰⁰ G. MARCOU, "Le référé administratif et les collectivités territoriales", *LPA* 14 de mayo de 2001, n° 95, pp. 46-47.

⁴⁰¹ Se ha dicho que "el carácter "fundamental" de una libertad nunca ha sido un criterio para reconocer la existencia de una "libertad fundamental", ni en el Derecho alemán ni en otros ordenamientos jurídicos" (L. Favoreu et al, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, n° 1219). Sin embargo, esta afirmación parece discutible a la luz de ejemplos extranjeros, en particular americanos y portugueses, en los que la fundamentalidad puede resultar de la importancia de un derecho (cf. *supra*, § 44 y § 69).

⁴⁰² Aunque el Decano Favoreu consideraba esta hipótesis poco probable desde un punto de vista práctico, aceptaba sin embargo, *en principio*, la posibilidad de reconocer libertades fundamentales de origen legislativo en el marco del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. Véase L. FAVOREU, "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *D.* 2001, p. 1741: "Podría contemplarse la posibilidad de invocar la violación de una libertad fundamental no incluida en la lista de libertades protegidas a nivel constitucional y europeo; dado el número de tales libertades, parece poco probable que esto ocurra. Sin embargo, es razonable imaginar que el Conseil d'Etat, que ya tiene mucho trabajo con la lista de libertades constitucionales y europeas, limitará la afluencia de solicitudes de medidas cautelares (référé-libertés) ciñéndose a la lista mencionada; será una forma cómoda de desestimar un cierto número de solicitudes de medidas cautelares". Aunque acepta la posibilidad de que las libertades fundamentales tengan rango legislativo en el contexto de las medidas cautelares, el decano Favoreu considera que el juez administrativo sería reacio a hacerlo por razones prácticas.

⁴⁰³ "De la sécurité juridique", *EDCE* 1991, n° 43, p. 32. El informe señalaba que "en 1991, como todos los años, el Consejo de Estado asistió a la aprobación de un número importante de leyes cuyo artículo 1º carecía de contenido normativo" (*op. cit.*, p. 33). Las formulaciones que indican que un derecho o una libertad tienen carácter fundamental pertenecen sin duda a esta categoría. Estas expresiones tienen su lugar en la exposición de motivos de un proyecto o propuesta de ley. Sin embargo, no tienen cabida en el texto finalmente adoptado por el Parlamento. Cabe señalar a este respecto que el Consejo Constitucional no considera las disposiciones de esta categoría como normas jurídicas. De ello se desprende que las disposiciones introductorias (CC, n° 2000-435 DC, de 7 de diciembre de 2000, cons. 11, *Rec. p.* 164) o los textos de anuncio (CC, n° 2001-455 DC, de 12 de enero de 2002, cons. 55, *Rec. p.* 49) no pueden ser tachados de inconstitucionales si carecen de efectos jurídicos.

2 los derechos y libertades calificados como tales por la ley⁴⁰⁴. En el caso de los convenios internacionales cuyos títulos incluyen la expresión "libertad fundamental", el juez tampoco está obligado a adoptar estas calificaciones. En la medida en que los títulos de los textos y las subdivisiones de los textos normativos carecen de valor jurídico, los derechos y libertades enunciados en un texto que lleva este título no son, por esta sola razón, libertades sujetas a la competencia del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. Pueden constituir un indicador o una pista para el juez en la identificación de las libertades fundamentales, pero no le vinculan en modo alguno. En cuanto a los instrumentos internacionales que hacen referencia a la fuente normativa de estos derechos y libertades, cabe señalar que sólo utilizan la expresión "derecho fundamental" y no tienen ningún valor jurídico ni efecto directo en el derecho francés⁴⁰⁵.

- 100.** ¿Qué importancia tiene para el juez de medidas cautelares la utilización del concepto de libertad fundamental por los tribunales ordinarios en diversos contenciosos, incluido el de agresión administrativa? También en este caso hay que señalar que, desde un punto de vista jurídico, no existe ningún principio que obligue al juez que conoce de la demanda de medidas cautelares a adoptar los términos utilizados por los tribunales ordinarios. Por una parte, los litigios y procedimientos en cuestión son autónomos entre sí. Por otra parte, la jurisprudencia de los tribunales ordinarios no puede imponerse legalmente al juez de medidas provisionales, que es a su vez un juez ordinario. ¿Debe preverse una suerte distinta para los tribunales constitucionales, comunitarios y europeos, cuyas decisiones tienen autoridad de cosa juzgada, o incluso autoridad de cosa juzgada interpretada, en particular en relación con los tribunales ordinarios⁴⁰⁶? La respuesta es negativa, en la medida en que ninguna de estas autoridades se extiende a las razones que, en una decisión, califican de "fundamental" una determinada libertad. En estas condiciones, el hecho de que una norma sea calificada como libertad fundamental por uno de estos tribunales no obliga al juez administrativo a adoptar esta calificación para la aplicación de las medidas cautelares⁴⁰⁷. La utilización del concepto por el Consejo Constitucional, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es vinculante para el juez de medidas cautelares⁴⁰⁸.
- 101.** Por último, es importante evaluar el alcance de las calificaciones doctrinales y extranjeras. No cabe duda de que la doctrina jurídica y el Derecho comparado ofrecen una perspectiva particularmente interesante para iluminar y comprender el concepto de libertad fundamental⁴⁰⁹. Por enriquecedores que sean, estos análisis doctrinales y experiencias extranjeras no vinculan en modo alguno al juez de medidas provisionales en cuanto a una concepción específica de las libertades fundamentales. Si bien el Conseil d'Etat no es indiferente a las construcciones doctrinales⁴¹⁰, en modo alguno está vinculado por los análisis que éstas desarrollan. Además, el hecho de que un concepto se utilice con tal o cual significado en otro ordenamiento jurídico no vincula en modo alguno a los órganos jurisdiccionales franceses, sobre todo cuando dicho concepto es objeto de apreciaciones divergentes según el ordenamiento jurídico de que se trate.

Así pues, en Derecho estricto, los distintos usos que los actores jurídicos hacen del concepto de libertad fundamental en Derecho francés y extranjero no vinculan en modo alguno al juez de medidas provisionales. Para determinar el margen de apreciación del intérprete, hay que destacar una tercera exigencia. Consiste en la obligación del juez de tener una comprensión conceptual de la noción de libertad fundamental.

⁴⁰⁴ Esto sólo podría ser diferente en un caso: cuando la ley califica una norma de "libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa". Sólo en este caso la libertad así designada sería susceptible de medidas cautelares de pleno derecho.

⁴⁰⁵ Por hipótesis, la Convención Americana sobre Derechos Humanos no concierne a las autoridades francesas. En cuanto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, sólo representa una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sin efecto en el derecho interno (véase en particular CE, 23 de noviembre de 1984, *Roujansky, Lebon* p. 383).

⁴⁰⁶ Véase el artículo 190.

⁴⁰⁷ Por otra parte, debe señalarse que los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo no están facultados para interpretar disposiciones de Derecho nacional. Por consiguiente, y cualquiera que sea el enfoque desarrollado por cada uno de los dos órganos jurisdiccionales en relación con el concepto de libertad fundamental, ninguno de ellos es competente para dictar al órgano jurisdiccional francés cómo debe entender dicha expresión en el contexto del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa.

⁴⁰⁸ Por tanto, no es posible, como hacen algunos autores, esgrimir estas calificaciones, incluso excesivas, para explicar las soluciones adoptadas por el juez de medidas provisionales.

⁴⁰⁹ Los análisis doctrinales proporcionan herramientas conceptuales y teóricas, y el Derecho comparado es sumamente útil para comprender mejor el significado de un concepto utilizado en varios ordenamientos jurídicos. Como señala Jürgen Schwarze, "incluso en la práctica del desarrollo del Derecho y de la interpretación de las leyes por los tribunales, tanto en Derecho nacional como en Derecho internacional y supranacional, es aconsejable recurrir a los estudios de Derecho comparado cuando hay que eliminar incertidumbres terminológicas o conceptuales (...)" (J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, t. 1, Bruylant, 1994, p. 93).

⁴¹⁰ Véase "Le Conseil d'Etat et la doctrine. Célébration du 2^{ème} centenaire du Conseil d'Etat", *Journée d'étude du 25 novembre 1996*, RA n° 300, pp. 6-69; G. JEZE, "Collaboration du Conseil d'Etat et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français", *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Recueil Sirey, 1952, pp. 347-349.

III. Necesidad de coherencia conceptual

102. El legislador concibió las libertades fundamentales como una categoría jurídica conceptual. Esto significa que deben cumplirse ciertos requisitos, especialmente en términos de coherencia y consistencia, para determinar qué normas son susceptibles de ser consagradas en virtud del artículo L. 521-2.

103. En ocasiones, los autores han presentado los conceptos de derechos fundamentales o libertades fundamentales como *normas*. Por ejemplo, Champeil-Desplats ha sostenido que en la jurisprudencia constitucional, "el concepto de derecho fundamental, al carecer de definición jurídica y remitir al doble registro de la moral y del fundamento del derecho, desempeña (...) el papel de una 'norma' jurídica, es decir, de un concepto flexible de contenido indeterminado que actúa como justificación de una decisión"⁴¹¹. Sin embargo, ni en la jurisprudencia constitucional ni en ningún otro lugar la noción de libertad fundamental o de derecho fundamental puede considerarse una norma.

Las normas -también conocidas como conceptos marco, conceptos difusos, conceptos flexibles o conceptos de contenido variable, según el autor- son conceptos jurídicos cuya aplicación requiere "valoración, no interpretación"⁴¹². Dejados intencionadamente vagos, estos conceptos "tienen la vocación natural de ser indeterminados y, por tanto, siempre determinables y redeterminables" en función de las circunstancias y de los tiempos⁴¹³. El juez comprueba, caso por caso, que los hechos del asunto se inscriben en el marco del criterio directivo. Al aplicarlos, "la apreciación del juez fluctúa necesariamente, ya que sus criterios de aplicación no pueden disociarse del contexto social y de una percepción subjetiva de los hechos"⁴¹⁴. Así, "cuando se pide al juez que defina estos conceptos vagos, recurre a consideraciones *extrajurídicas*: tiene en cuenta los usos, las costumbres, los datos sociales o económicos, las circunstancias, etc."⁴¹⁵. El significado de estos conceptos "es fluido y evoluciona, en particular, en función de factores espacio-temporales"⁴¹⁶.

El concepto de libertad fundamental no se corresponde en absoluto con esta definición⁴¹⁷. La operación intelectual de determinar las libertades fundamentales no es una operación de evaluación caso por caso o de calificación jurídica⁴¹⁸ sino estrictamente de interpretación. Aunque el significado del concepto de libertades fundamentales no está predeterminado y es relativamente abierto, esto no significa que pueda variar en función de los casos sometidos al tribunal. El significado del concepto no depende de las circunstancias particulares de cada caso. La información fáctica no desempeña ningún papel a la hora de determinar si una libertad fundamental está presente o no en un litigio. El concepto no puede apreciarse de nuevo en cada caso.

104. La expresión libertad fundamental corresponde a un concepto jurídico abstracto y, más concretamente, a una noción conceptual⁴¹⁹. Se trata de una categoría jurídica que es y sólo puede ser conceptual⁴²⁰. Según la

411 V. CHAMPEIL-DESPLATS, "La notion de droit 'fondamental' et le droit constitutionnel français", *D.* 1995, p. 328.

412 G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 1990, p. 91.

413 G. CORNU, *Droit civil. Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 9^{ème} ed., 1999, n° 188. Ejemplos de normas son: el orden público, las buenas costumbres, el interés del menor, el interés general, el buen padre de familia, la culpa, la negligencia, el carácter normal, excepcional o particular de una situación. Por su estructura, "la norma jurídica es un instrumento puro de medición de comportamientos y situaciones en términos de normalidad" (S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, coll. BDP, t. 135, 1980, p. 61).

414 J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, coll. Thémis droit privé, 2001, p. 118.

415 V. FORTIER, "La fonction normative des notions floues", *RRJ* 1991/3, p. 759. Énfasis añadido.

416 V. FORTIER, *op. cit.* p. 756.

417 Si hay normas en la redacción del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, no se encuentran en el concepto de libertad fundamental, sino en las expresiones "urgencia", "grave" y "manifiestamente".

418 La calificación presupone necesariamente una situación de hecho que calificar. Véase D. Labetoulle, "La qualification et le juge administratif: quelques remarques", *Droits* 1993/18, p. 31: "Para el juez administrativo, la calificación jurídica puede definirse (...) como el proceso de comparar un hecho de *hecho* (simple o complejo) con un concepto jurídico preexistente, investigar en qué medida este hecho entra en el ámbito de este concepto y extraer las primeras consecuencias de esta identificación" (el subrayado es nuestro).

419 Ciertos conceptos llamados "primarios" o "vulgares", como el animal, el nacimiento o la muerte, son la representación de una realidad extrajurídica. Otros conceptos, llamados "reflexivos" o contruidos, como el Estado, la responsabilidad o el contrato, son propiamente jurídicos y suelen calificarse más particularmente de "nociones" (véase C. DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale du droit et à la philosophie du droit*, 6^{ème} ed., Delachaux & Niestlé, 1979, n° 183). La noción de libertad fundamental pertenece a la segunda categoría, la de las nociones conceptuales.

420 Como dijo Marcel Waline, "las categorías jurídicas en sí mismas sólo pueden ser conceptos. Una categoría jurídica puramente funcional no puede justificarse. No es más que una palabra (...) si no tiene definición alguna" (M. WALINE,

definición de Dean Vedel, las nociones conceptuales "pueden definirse plenamente según los criterios lógicos habituales y su contenido se determina abstractamente de una vez por todas. Sin duda no son inmutables, pero las adiciones o sustracciones que pueden sufrir son atribuibles a la evolución de los datos a los que se aplican, y no a su propia naturaleza"⁴²¹. A diferencia de los conceptos funcionales⁴²², "el uso de estos conceptos depende de su contenido; el contenido no depende del uso"⁴²³. En consecuencia, las nociones conceptuales "son susceptibles de recibir una definición abstracta *a priori*, independiente de las situaciones concretas que cubren"⁴²⁴.

Para el juez administrativo, esta naturaleza implica un cierto número de limitaciones en la determinación de las libertades fundamentales. Las normas designadas como tales deben tener todas los mismos atributos y presentar una verdadera coherencia conceptual. El juez no puede agrupar cosas disímiles en una categoría conceptual. Sus características deben ser constantes; no pueden variar de una libertad fundamental a otra, y depender así de una política jurisprudencial que implique un elemento de arbitrariedad y subjetividad. Mientras que algunas cosas pueden sentirse, la ley debe entenderse. Según Jean Dabin, "las normas que, debido a la incertidumbre de la definición -sobre todo en el ámbito de los valores cualitativos-, se apoyan demasiado en la discrecionalidad de los órganos que aplican la ley, no están exentas de peligro: la inteligencia, guiada e incluso, si se quiere, frenada por categorías, tiene menos probabilidades de extraviarse que el juicio, que siempre es más o menos subjetivo (...)"⁴²⁵. La coherencia y la previsibilidad del Derecho dependen de ello. Por lo tanto, las libertades fundamentales deben tener características específicas que las diferencien de la masa de otras normas⁴²⁶. Estas características deben ser constantes, deben encontrarse en todas las normas incluidas en la categoría de las libertades fundamentales y deben faltar, total o parcialmente, en las que están excluidas.

IV. Diferentes significados para conceptos similares

105. Cabe destacar una cuarta y última serie de limitaciones. Se refiere al modo en que el concepto de libertad fundamental debe encajar en la comunidad de vecinos a la que pertenece.

Como ha demostrado el profesor Cornu, el lenguaje del derecho funciona según el principio de la economía de las palabras. Mientras que los signos lingüísticos son limitados en número, los fenómenos, cosas o ideas que deben nombrarse son infinitos y están en constante evolución⁴²⁷. En consecuencia, el lenguaje jurídico nunca utiliza dos expresiones para designar un mismo objeto⁴²⁸. El vocabulario jurídico no desaprovecha las palabras disponibles; nunca utiliza dos significantes para designar una misma cosa. De ello se deduce que el concepto de libertad fundamental tiene un significado distinto del de conceptos similares⁴²⁹. Los diputados hicieron hincapié en este punto durante los debates, demostrando que existen matices y diferencias entre las distintas expresiones⁴³⁰.

"Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?", en *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin* vol. I, Bruyant Sirey, 1963, p. 367). 1, Bruyant Sirey, 1963, p. 367).

421 G. VEDEL, "La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative", *JCP G* 1950, I, 851, §4.

422 Los conceptos funcionales se caracterizan por la función que desempeñan, que es la única que les confiere unidad real (cf. G. VEDEL, *op. cit.*, §4).

423 G. VEDEL, *op. cit.*, §4.

424 D. LOCHAK, *La justice administrative*, 3^{ème} éd, Montchrestien, coll. Clefs politique, 1998, p. 132. Véase también M.-T. CALAIS-AULOY, "Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et notions conceptuelles)", *LPA* 9 de agosto de 1999, n° 157, pp. 4-6.

425 J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1969, p. 280.

426 Si nada distinguiera las libertades fundamentales de otras normas, no formarían una categoría jurídica. Cfr. J. RIVERO, "Les droits de l'homme, catégorie juridique?", en *Perspectives del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, vol. III, Instituto de estudios de Administración local, 1969, pp. 23-40. El autor se negaba a considerar los derechos humanos como una categoría jurídica, alegando que nada distinguía los derechos así calificados del "rebaño de todos los derechos que la ley reconoce y organiza" (*op. cit.*, p. 27).

427 Como señala M. Cornu, "en el lenguaje jurídico, como en el lenguaje cotidiano, pero probablemente incluso más, el número de significados es inconmensurablemente mayor que el de significantes. Hay muchos más conceptos jurídicos que palabras para describirlos. La suma de los soportes lingüísticos es mucho menor que la suma de las categorías jurídicas" (G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 1990, p. 103).

428 "Es excepcional que dos homónimos pertenezcan al vocabulario jurídico" (*op. cit.*, p. 137). Por el contrario, "la importancia de la polisemia en el vocabulario jurídico es crucial" (*op. cit.*, p. 93). Según las estimaciones del autor, representa más de dos tercios de todos los términos jurídicos. El lenguaje jurídico utiliza la misma palabra varias veces para nombrar cosas diferentes. Véase, en el mismo sentido : J.-L. SOURIOUX y P. LERAT, *Le langage du droit*, PUF, 1975, p. especial 96.

429 Se entienden, a la luz de lo dicho anteriormente, como normas que confieren a los individuos derechos esenciales que pueden hacerse valer frente a los poderes públicos como expresión concreta de la libertad.

430 Véase §76 anterior.

106. Aunque los conceptos no pueden tener significados estrictamente idénticos, sí pueden tener significados similares. Entonces es posible agrupar estos conceptos similares dentro de una comunidad de vecinos para poner de relieve sus diferencias y destacar la realidad particular a la que corresponde cada uno de ellos. La comunidad de vecinos en cuestión corresponde aquí a la idea de las *libertades* que nos ha legado nuestra historia jurídica y política, la idea de que el derecho positivo reconoce a los individuos prerrogativas esenciales que son oponibles a los poderes públicos y que deben ser protegidos de las infracciones del poder. En esta comunidad de vecinos coexisten varios conceptos, aunque el significado respectivo de cada uno de ellos no siempre se distingue claramente⁴³¹. Estos diferentes conceptos suelen referirse a las mismas normas, pero no las enfocan desde el mismo ángulo. A menudo abarcan los mismos derechos y libertades pero los contemplan desde perspectivas diferentes. En Francia, cuatro conceptos se aproximan a la noción de libertad fundamental⁴³². Los dos conceptos más utilizados son las libertades públicas y los derechos humanos. Dos conceptos que pertenecen a este vecindario - las libertades esenciales y los derechos y libertades individuales - son menos utilizados. Los conceptos de derechos humanos y derechos y libertades individuales se centran en el beneficiario de la norma; el concepto de libertad pública destaca su dimensión vertical; el concepto de libertad esencial se centra en su importancia.

A. Derechos humanos y derechos y libertades individuales

107. Una primera categoría de expresiones, que agrupa las nociones de derechos humanos, libertad individual y derechos individuales, se centra en el beneficiario del derecho o libertad en cuestión.

108. Muchos autores caracterizan los derechos humanos por el origen extrajurídico que se les supone. Para los autores iusnaturalistas, el carácter extrajurídico de los derechos humanos es un vector de juridicidad. Según estos autores, la existencia de estos derechos trasciende su reconocimiento en los textos; es a través y gracias al derecho natural que los derechos humanos acceden al derecho positivo⁴³³. Los autores juspositivistas también consideran que los derechos humanos son externos al derecho positivo⁴³⁴. A diferencia de la corriente anterior, consideran que esta circunstancia es un obstáculo para que estas reivindicaciones adquieran eficacia jurídica. Reducidos a principios puramente morales, los derechos humanos carecen, para estos autores, de alcance jurídico.⁴³⁵

431 Como ha señalado M. Martin, el concepto de libertad fundamental "adolece de su proximidad con los derechos fundamentales, los principios fundamentales y los derechos constitucionalmente protegidos. Estos conceptos afines se yuxtaponen parcialmente y la ciencia jurídica aún no ha establecido una distinción rigurosa entre ellos" (R. MARTIN, "Les nouveaux référents administratifs", *Annales des loyers* 2002, p. 1113).

432 Y derecho fundamental, más a menudo entendido como sinónimo de libertad fundamental por el adjetivo "fundamental" que comparten.

433 Así, según Blandine Barret-Kriegel, los derechos humanos "tienen su origen no en el idealismo subjetivo y el voluntarismo jurídico (...) sino en las obras del derecho moderno que mantienen la referencia al derecho natural (...)" (B. BARRET-KRIEGEL, *Les droits de l'homme et le droit naturel*, PUF, 1989, p. 98). Del mismo modo, para Yves Madiot, los derechos humanos son "derechos subjetivos que traducen en el orden jurídico los principios naturales de justicia que fundamentan la dignidad de la persona humana" (Y. Madiot, *Droits de l'homme*, 2^{ème} ed., Masson, 1991, p. 26; definición repetida por el autor en *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruylant, 1998, p. 10). Entre los autores iusnaturalistas, cabe destacar la posición particular de Michel Villey, que refuta la existencia misma de los derechos humanos por considerar que los derechos calificados como tales carecen de consistencia jurídica y, en consecuencia, no corresponden al sentido de la palabra "derecho" que nos legaron los romanos. La expresión *droits de l'homme* estaría, en este sentido, mal fundada (M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, coll. Questions, 1990, 169 p.).

434 Para Pierre Bon, "los derechos humanos son los derechos del individuo captados en su esencia abstracta universal; se conciben como anteriores y superiores al derecho positivo para ser el criterio de su validez y el límite fijado al poder legítimo del Estado" (P. BON, "Droits de l'homme", en *Dictionnaire constitutionnel* (Y. MENY et O. DUHAMEL dir.), PUF, 1992). Para Rivero y Moutouh, "La noción de 'derechos del hombre' (...) forma parte de la concepción del derecho natural. Según esta concepción, el hombre, por el hecho de serlo, posee un conjunto de derechos, inherentes a su naturaleza, que no pueden ser desconocidos sin intentar contra ella" (J. RIVERO y H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, 9^{ème} éd., PUF droit, coll. Thémis droit public, 2003, n° 10). Los derechos humanos se presentan como "exigencias políticas y morales, más o menos inspiradas por el liberalismo político y sus extensiones, consideradas fuera de todo contexto estrictamente jurídico" (L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, n° 87). Estos derechos "son de hecho más una cuestión ideológica o discursiva que jurídica (...)" (F. BRENET, "La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA", *RDP* 2003, p. 1564).

435 Como ha señalado M. Ollero-Tassara, "es frecuente negar la naturaleza jurídica de *los derechos humanos*, concediéndoles únicamente un alcance 'moral'" (A. OLLERO-TASSARA, *Droit 'positif' et droits de l'homme*, Editions Bière,

Sin embargo, no está claro por qué a las normas descritas como "derechos humanos" se les debería negar la condición de Estado de Derecho. Los dos argumentos esgrimidos por los autores iuspositivistas para negar a estos derechos un carácter jurídico no resisten el análisis. En primer lugar, se afirma que la expresión se utiliza en el discurso político y filosófico para designar una reivindicación moral o para reclamar la atribución de un derecho. Esto es indudablemente cierto. Sin embargo, no se entiende cómo el uso de una expresión jurídica fuera del ámbito estrictamente jurídico puede llevar a despojarla de su condición jurídica. Un concepto no pierde su carácter jurídico por el mero hecho de ser utilizado por actores no jurídicos. Las expresiones libertades fundamentales o libertades públicas se utilizan con frecuencia de este modo sin que nadie piense, por esa sola razón, en impugnar su positividad. En segundo lugar, el concepto se refiere al derecho natural con exclusión de toda norma positiva. Es cierto que el concepto se utilizó inicialmente en una perspectiva trascendental. La invocación de principios superiores pretendía limitar el absolutismo del poder situando, por encima del Estado, un derecho inmanente derivado de principios morales. Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, tal presentación pudo ser interesante en otro tiempo, en la medida en que permitía criticar el absolutismo político desde el ángulo de la moral, y luego de la razón universal. Hoy en día, sin embargo, los derechos humanos se recogen en textos cuya legalidad no admite discusión; son, por tanto, normas jurídicas de pleno derecho. Es el caso, en primer lugar, de los textos que no hacen referencia alguna al derecho natural, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Lo mismo ocurre con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, a pesar de las referencias muy explícitas a la doctrina del derecho natural⁴³⁶. Como ha señalado Yann Aguilá, este texto tiene "el carácter de una *decisión real*, y es por tanto una cuestión de derecho positivo, no de derecho natural"⁴³⁷. Los derechos y libertades designados por los hombres y mujeres de 1789 como derechos "naturales" son ahora normas de derecho positivo. Como ha afirmado el profesor Wachsmann, "el llamado derecho natural es absorbido por el derecho positivo, en una enunciación constitutiva que le confiere su única realidad jurídica"⁴³⁸. El hecho de que un derecho o libertad sea calificado de "natural" por un texto normativo no afecta en absoluto a su valor jurídico. El carácter eminentemente jurídico de los derechos humanos se confirmó en 1958, cuando la Constitución reafirmó solemnemente su adscripción a los derechos humanos en el Preámbulo de la Constitución. El Consejo Constitucional extrajo las consecuencias en 1971 al atribuir pleno valor jurídico a la Declaración de 1789⁴³⁹. Lo único que importa para determinar la positividad de los derechos humanos es que estén enunciados por una autoridad normativa y consagrados en un texto de naturaleza genuinamente jurídica. Así pues, los derechos humanos, tal como se enuncian en la Declaración de 1789 y en el Convenio Europeo, constituyen normas de Derecho positivo. Por consiguiente, debe rechazarse el criterio que pretende caracterizar los derechos humanos por su falta de valor jurídico o por una supuesta esencia iusnaturalista.

En realidad, la característica principal y primordial de los derechos humanos reside en el sujeto del derecho al que se atribuyen, es decir, el Hombre⁴⁴⁰. La característica principal de los derechos humanos es que se atribuyen a todos los hombres, pero sólo a los hombres. Por un lado, estos derechos se confieren a todo ser humano presente en el territorio nacional, es decir, al hombre en su esencia universal, sin distinción entre nacionales y extranjeros, o entre extranjeros legales e ilegales. Por otra parte, estos derechos están vinculados a la persona humana; sólo se atribuyen a las personas físicas y no pueden, por hipótesis, ser invocados por las personas jurídicas. Un derecho del que goza una persona jurídica no es un derecho humano. Si ciertos derechos, como el derecho de propiedad, se han extendido posteriormente a las personas jurídicas, no es porque sean derechos humanos.

Bibliothèque de philosophie comparée, 1997, p. 75. Énfasis añadido).

436 La Declaración se refiere expresamente al derecho natural en su Preámbulo: "Los representantes del pueblo francés (...) han resuelto consignar, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre (...)". También hay referencias al derecho natural en algunos artículos de la Declaración, ya que el artículo 2 menciona "los derechos naturales e inalienables del Hombre" y el artículo 4 "el ejercicio de los derechos naturales de todo hombre".

437 Y. AGUILA, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, LGDJ, coll. Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II, 1993, p. 39. Énfasis añadido.

438 P. WACHSMANN, "Déclaration ou constitution des droits?", en *1789 et l'invention de la Constitution* (M. TROPER y L. JAUME eds.), coloquio de los días 2, 3 y 4 de marzo de 1989, LGDJ Bruylant, 1994, p. 50. Es sin duda el artículo 2 de la Declaración el que muestra más claramente el carácter eminentemente jurídico - y al mismo tiempo restrictivo - de los derechos presentados como naturales. El homenaje que esta disposición rinde al derecho natural "oculta su completo repliegue en el derecho positivo". La ruptura que divide las dos frases del artículo es irreparable y sella el fin del derecho natural: "el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión". "Estos derechos *son*": se cierra la enumeración, se rompe la dinámica del derecho natural que permitía a cada uno, o mejor dicho a cada mente ilustrada, descubrir, en su propio beneficio y en el interés general, los principios y derechos derivados de la naturaleza humana. La brutalidad de un texto colocado en la cúspide del orden jurídico positivo indica las limitaciones de este nuevo orden: los llamados derechos naturales son aquellos -y sólo aquellos- enunciados en la Declaración. El orden jurídico es el único dueño de determinar qué derechos consagra" (*op. cit.*, p. 48. Énfasis añadido).

439 CC, nº 71-44 DC, 16 de julio de 1971, *Rec. p. 29*, *GDCC* nº 19.

440 Según M. Peces-Barba Martínez, "El sujeto y su protección son a la vez el núcleo central esencial para comprender el problema y el elemento unificador último, que se refiere a todos los términos utilizados como sinónimos de derechos humanos" (G. PECES-BARBA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 22).

109. El mismo criterio caracteriza los conceptos de libertades individuales y derechos individuales utilizados a veces por los legisladores y los tribunales.

En caso de ingreso involuntario, el artículo L. 3211-3 del Código de Salud Pública establece que "cuando una persona que sufre un trastorno mental es hospitalizada sin su consentimiento, las restricciones al ejercicio de sus libertades individuales deben limitarse a las que exijan su estado de salud y la aplicación de su tratamiento". La ley de 2 de marzo de 1982 también utiliza el concepto de libertad individual, junto con el concepto de libertad pública, para determinar el ámbito de aplicación de la *déféré-liberté*⁴⁴¹.

En la práctica, son los tribunales los que utilizan con más frecuencia estos conceptos, generalmente en caso de conflicto entre, por una parte, los derechos y libertades reconocidos a un individuo y, por otra, una razón de interés general, de interés colectivo o, más ampliamente, cualquier otro interés alegado para justificar una restricción de estos derechos y libertades. Así, el Tribunal de Estrasburgo ha considerado que "es inherente al sistema del Convenio una cierta forma de conciliación entre los imperativos de defensa de la sociedad democrática y los de salvaguardia de los derechos individuales"⁴⁴². Del mismo modo, el Consejo Constitucional ha afirmado que al excluir actos individuales del ámbito de aplicación de los referendos locales, el legislador orgánico, "en razón tanto del régimen especial de tales actos como del riesgo de vulneración de los derechos individuales que su adopción por referéndum podría entrañar, no ha desconocido los límites de las competencias conferidas por la Constitución"⁴⁴³. En una decisión de 1950, el Conseil d'Etat, al pronunciarse sobre la legalidad de una decisión de la *Ordre des experts-comptables* por la que se prohibía a sus miembros intervenir a través de la prensa en relación con cualquier reclamación o acción relativa a asuntos profesionales, declaró que los poderes de las órdenes profesionales "están limitados por las libertades individuales que corresponden a los miembros de la orden al igual que al público en general". Anuló las medidas controvertidas por considerar que sobrepasaban los límites de las restricciones que el Conseil supérieur de l'ordre podía imponer legalmente⁴⁴⁴. En la sentencia *Sieur Verlhac* de 1948, el Conseil d'Etat tuvo que pronunciarse sobre un decreto municipal que pretendía, a través de diversas medidas reglamentarias, promover el alojamiento de las personas sin hogar. El juez administrativo señaló que "incumbía a las autoridades responsables de esta política conciliar, de acuerdo con los principios generales, los intereses del buen orden con el respeto de las libertades individuales"⁴⁴⁵. Del mismo modo, los magistrados judiciales utilizan esta expresión cuando censuran las decisiones de los empresarios que restringen excesivamente los derechos y libertades individuales de sus empleados. Por ejemplo, un tribunal de apelación calificó el derecho a contraer matrimonio de "derecho individual" y censuró una cláusula de un contrato de trabajo que prohibía a las azafatas casarse⁴⁴⁶. Siempre en la relación empleador-empleado, el juez administrativo ha sancionado medidas por las que la empresa se reserva el derecho de abrir los vestuarios del personal en cualquier momento⁴⁴⁷. Por lo tanto, parece que el recurso a las expresiones derechos individuales o libertades individuales expresa la mayoría de las veces un conflicto y una conciliación entre los derechos y libertades reconocidos a los individuos y una razón para restringir su ejercicio. Se refieren al individuo y a su intimidad, y se definen por referencia a su beneficiario. El concepto de libertad pública pone de relieve la dimensión vertical de la libertad.

B. Libertades públicas

110. El concepto de libertad pública se utiliza en algunas constituciones extranjeras, especialmente en las de España y Grecia⁴⁴⁸. Sin embargo, "es sin duda en Francia donde ha ocupado, conceptual y jurídicamente, un lugar no sólo eminente, sino durante mucho tiempo exclusivo"⁴⁴⁹. La expresión aparece por primera vez en

441 La ley se refiere a "actos susceptibles de comprometer el ejercicio de una libertad pública o individual". En su aplicación, el juez administrativo no distingue entre libertades públicas, por un lado, y libertades individuales, por otro.

442 TEDH, 6 de septiembre de 1976, *Klass contra República Federal de Alemania*, § 59, A28.

443 CC, nº 2003-482 DC, 30 de julio de 2003, cons. 7, *Rec.* p. 414. Véase también, refiriéndose a la noción de "libertades individuales" para designar la libertad de ir y venir, la libertad individual y la inviolabilidad del domicilio: CC, nº 94-352 DC, 18 de enero de 1995, cons. 3, *Rec.* p. 140.

444 CE, Ass., 29 de julio de 1950, Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'Etat, *Lebon* p. 492, GAJA nº 69.

445 CE, 6 de febrero de 1948, *Sieur Verlhac*, *Lebon* p. 63.

446 CA París, 30 de abril de 1963, *Epoux Barbier c/ Compagnie Air France*, D. 1963, pp. 428-430, nota A. ROUAST

447 CE, 12 de junio de 1987, *Société Gantois*, *Lebon* p. 208. El reglamento interno de una empresa estipulaba que la dirección se reservaba el derecho de abrir en cualquier momento los vestuarios o taquillas individuales puestos a disposición de cada empleado. El Conseil d'Etat dictaminó que esta disposición "rebasa el ámbito de las restricciones que el empresario puede imponer legalmente a los derechos y libertades de la persona para garantizar la salud y la seguridad en la empresa".

448 Véanse los artículos 65 y 68.

449 L. Favoreu et al, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} ed, Dalloz, serie Précis, 2005, nº 57.

singular en algunos textos constitucionales del período revolucionario y postrevolucionario⁴⁵⁰. Se utilizó en plural en la Constitución de 14 de enero de 1852, cuyo artículo 25 hace del Senado "el guardián del pacto fundamental y de las libertades públicas". El artículo 72 de la Constitución de 1946 estipula que "en los territorios de ultramar, el poder legislativo corresponde al Parlamento en materia de legislación penal, régimen de libertades públicas y organización política y administrativa". Para la aplicación de esta disposición, el gobierno pidió al Conseil d'Etat que precisara el contenido del término "libertades públicas". En su dictamen de 13 de agosto de 1947, el Conseil d'Etat precisó que "la expresión "libertades públicas" comprende, independientemente de la libertad individual, las grandes libertades que, no limitándose únicamente al individuo, se manifiestan al exterior e implican la acción de copartícipes o llamamientos al público...": Por consiguiente, entran en esta categoría de libertades públicas, en particular, la libertad de reunión, la libertad de asociación y con ella la libertad sindical, la libertad de prensa y en general de difusión del pensamiento, la libertad de conciencia y de culto y la libertad de enseñanza"⁴⁵¹. En la práctica, la Cuarta República^e hizo del ámbito de las libertades públicas "una especie de bastión republicano que escapa al imperio del poder reglamentario y se reserva a la competencia exclusiva del poder legislativo soberano"⁴⁵². Aunque el dictamen del Consejo de Estado de 6 de febrero de 1953 no es explícito a este respecto⁴⁵³, las distintas leyes que otorgan competencias al ejecutivo en diversos ámbitos contienen a menudo la salvedad de que "las materias reservadas a la ley (...) y la protección de los bienes y libertades públicas no podrán ser vulneradas"⁴⁵⁴. La solución que reserva al Parlamento el ámbito de las libertades públicas se encuentra en la V República^e en el artículo 34 de la Constitución de 4 de octubre de 1958. También se añadieron varias referencias a las libertades públicas tras la revisión constitucional de 28 de marzo de 2003⁴⁵⁵. El concepto también se utiliza en la Ley de 11 de julio de 1979 (y la Ley de 12 de abril de 2000, que hace referencia a ella), que exige que se motiven las decisiones individuales que restrinjan "el ejercicio de las libertades públicas". La aplicación de estas disposiciones requiere que los tribunales identifiquen las normas correspondientes al concepto de libertades públicas. A efectos de la Ley de 11 de julio de 1979, se consideran libertades públicas: la libertad de comercio e industria⁴⁵⁶, el derecho del propietario a disponer de sus bienes⁴⁵⁷ y el derecho a recibir educación durante el período de escolaridad obligatoria⁴⁵⁸. A efectos del artículo 34 de la Constitución, se han clasificado como

450 El artículo 9 de la Constitución de 24 de junio de 1793 establece que "la ley debe proteger la libertad pública e individual contra la opresión de los gobernantes". En su exposición de motivos, la Carta de 4 de junio de 1814 proclama: "Cuando la violencia arranca concesiones a la debilidad del gobierno, la libertad pública no está menos en peligro que el propio trono". El término libertad pública también se utiliza en singular en el preámbulo del Acta Adicional a las Constituciones del Imperio de 22 de abril de 1815.

451 CE, dictamen de 13 de agosto de 1947, *EDCE* 1956, p. 64. De la lectura de este dictamen se desprenden dos observaciones. En primer lugar, el adjetivo "públicas" significa, negativamente, que estas libertades no se limitan únicamente al individuo y, positivamente, que se manifiestan hacia el exterior e implican la acción de copartícipes o llamamientos al público. Por otra parte, la lista indicativa elaborada por el Conseil d'Etat incluye libertades derivadas de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (como la libertad de conciencia), del Preámbulo de la Constitución de 1946 (como la libertad sindical) y de la ley (como la libertad de reunión y la libertad de asociación).

452 C.-A. Colliard, *Libertés publiques*, 7^{ème} ed, Dalloz, coll. Précis, 1989, p. 21.

453 Cuando se le pidió que se pronunciara sobre el alcance de las delegaciones a las que podía someterse la ley, el Conseil d'Etat afirmó "que ciertas materias están reservadas a la ley, ya sea en virtud de las disposiciones de la Constitución, ya sea por la tradición constitucional republicana resultante, en particular, del Preámbulo de la Constitución y de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, cuyos principios fueron reafirmados por el Preámbulo [...]; que le législateur ne peut, dès lors, étendre à ces matières la compétence du pouvoir réglementaire" (CE, avis, 6 février 1953, *RDP* 1953, p. 170-171. Véase también Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARRA, F. ROLIN, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, 2^{ème} éd, Dalloz, 2002, avis n° 2, pp. 75-80).

454 Véase C.-A. Colliard, *op. cit.* p. 21.

455 En virtud del apartado 4 del artículo 72, la posibilidad de que una entidad territorial esté autorizada a establecer excepciones temporales a las disposiciones legislativas y reglamentarias que regulan el ejercicio de sus competencias queda excluida "cuando estén en juego las condiciones esenciales para el ejercicio de una libertad pública o de un derecho constitucionalmente garantizado". El apartado 4 del artículo 73 establece que, en los departamentos y regiones de ultramar, la posibilidad de adaptar la ley aprobada por el Parlamento queda excluida, en particular, cuando estén en juego "las garantías de las libertades públicas". Su apartado sexto precisa que las competencias previstas en los apartados segundo y tercero no podrán utilizarse "cuando estén en juego las condiciones esenciales para el ejercicio de una libertad pública o de un derecho constitucionalmente garantizado". Por último, el artículo 74 estipula que la colectividad de ultramar puede participar, bajo el control del Estado, en el ejercicio de las competencias que éste conserva "respetando las garantías concedidas en todo el territorio nacional para el ejercicio de las libertades públicas".

456 CE, 17 de junio de 1985, *Dauberville*, *Lebon* p. 184.

457 CE, 23 de octubre de 1996, *Le Pelletier de Rosambo*, *Lebon* T. p. 681.

458 CE, Secc. 25 marzo 1983, *Ministre de l'Education c/ Eponx Mousset*, *Lebon* p. 135, *AJDA* 1983, pp. 296-297, chron. B. LASSERRE y J.-M. DELARUE. Los cronistas señalan que "tal como está redactada, la decisión admite que el derecho a recibir educación escolar (...) puede considerarse una libertad pública" (*op. cit.*, p. 297).

libertades públicas: la libertad de comunicación⁴⁵⁹, el derecho a emprender acciones judiciales⁴⁶⁰ o, más recientemente, el derecho de acceso a los documentos administrativos⁴⁶¹ y el libre acceso de los ciudadanos al ejercicio de una actividad profesional no sujeta a ninguna restricción legal⁴⁶².

¿Qué tienen en común todas estas libertades? En primer lugar, hay que excluir dos criterios. El primer criterio se refiere a los beneficiarios de las libertades públicas. A veces se ha argumentado que sólo las personas físicas pueden ser beneficiarias de las libertades públicas, con exclusión de las personas jurídicas. Este criterio no es pertinente en Derecho positivo en la medida en que las personas jurídicas de Derecho privado, al igual que las de Derecho público, son reconocidas como beneficiarias de las libertades públicas⁴⁶³. El segundo criterio posible es el rango normativo que ocupan estas libertades. Este es un punto en el que reina la mayor confusión en el seno de la doctrina, ya que se han sostenido casi todas las hipótesis. Según el autor, las libertades públicas pueden encontrarse en un nivel constitucional⁴⁶⁴, en un nivel supralegislativo⁴⁶⁵, en un nivel legislativo máximo⁴⁶⁶, en un nivel legislativo mínimo⁴⁶⁷ o en todos los niveles normativos⁴⁶⁸. ¿Cuál es la realidad del Derecho positivo? La primera certeza es que existen libertades públicas constitucionales⁴⁶⁹. Y, si miramos más de cerca, podemos comprobar que en la práctica la inmensa mayoría de las normas calificadas como tales por los tribunales son normas de valor constitucional⁴⁷⁰. Esta situación es, además, coherente con la letra del artículo 34 de la Constitución. Según esta disposición, la ley establece normas relativas a "las garantías fundamentales reconocidas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas". En consecuencia, la ley define las *garantías de las libertades públicas*; no define las libertades públicas propiamente dichas. En aplicación de esta disposición, "la ley concederá, no las libertades, sino las garantías necesarias para su ejercicio"⁴⁷¹. Sin embargo, por supuesto, la ley garantiza lo que

459 CC, nº 84-173 DC, 26 de julio de 1984, *Rec.* p. 63.

460 CC, nº 80-119 L, 2 de diciembre de 1980, *Rec.* p. 74.

461 CE, 29 de abril de 2002, *Ulmann, Lebon* p. 157.

462 CE, Ass., 7 de julio de 2004, *Ministre de l'Intérieur c/ M. X, Lebon* p. 297.

463 Así, las autoridades locales pueden invocar el derecho de propiedad ante el tribunal administrativo (véase P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, coll. BDP, t. 76, 1968, pp. 205-206). El juez anula las decisiones que atentan contra la libertad de comercio e industria de un particular (véase P. BRAUD, *op. cit.*, pp. 209-211). El autor señala asimismo que la ley de 21 de marzo de 1884 y la ley de 1^{er} de julio de 1901 se refieren expresamente a los sindicatos y asociaciones como beneficiarios de la libertad sindical y de la libertad de asociación.

464 Philippe Braud se refiere al "papel exclusivo de las normas constitucionales como fuentes de libertades públicas" (P. BRAUD, *op. cit.*, p. 332). M. Colliard afirma que se trata de libertades "generalmente proclamadas por el legislador constituyente y eventualmente organizadas por el legislador ordinario" (C.-A. Colliard, *op. cit.*, p. 141).

465 Para Rivéro y Moutouh, las libertades públicas son derechos elevados "al rango constitucional en derecho interno, al rango supralegislativo en derecho europeo" (J. Rivéro y H. Moutouh, *op. cit.*, nº 21). Según M. Leclercq, "una libertad pública se presenta como un aspecto circunscrito de la libertad, traducido al derecho por textos constitucionales y/o internacionales y sujeto a un sistema de protección jurídica especificado por estos textos y otros textos posteriores que tienen por objeto, mediante procedimientos adecuados, hacer valer la libertad así definida" (C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, 5^{ème} éd., Litec, 2003, p. 5). En la misma línea, M. Turpin afirma que "Bajo la V^e República, hemos pasado de la protección de las libertades públicas por la ley a la protección contra la ley" (D. TURPIN, "Les libertés publiques sous la V^e République", *RDP* 1998, p. 1833).

466 Su protección se basa "en la ley y en los principios generales del derecho" (L. Favoreu et al, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, nº 1222).

467 Para Gilles Lebreton, las libertades públicas son poderes "reconocidos por normas de valor al menos legislativo" (G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 5^{ème} ed., Armand Collin, 2001, p. 15).

468 Cf. P. AUVRET y J. AUVRET-FINCK, "La complémentarité des systèmes juridictionnels de protection des libertés publiques", en *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 404: "Les libertés publiques sont tout à la fois législatives, *infra* législatives et *supra* législatives".

469 Las normas calificadas de libertades públicas por el Tribunal Constitucional o el tribunal administrativo en el contexto de las disposiciones mencionadas se sitúan en el plano constitucional. Además, el propio Consejo Constitucional habla de "libertades públicas constitucionalmente garantizadas" (CC, nº 94-352 DC, 18 de enero de 1995, cons. 3, *Rec.* p. 140; nº 96-377 DC, 16 de julio de 1996, *Rec.* p. 87; nº 97-389 DC, 22 de abril de 1997, *Rec.* p. 45; nº 99-411 DC, 16 de junio de 1999, *Rec.* p. 75).

470 Esto ya era así en el pasado pero, a falta de la aplicabilidad directa de la Declaración de los Derechos Humanos y del Preámbulo de la Constitución de 1946, era a través de los principios generales del derecho, y en su caso del derecho común, como se protegían las libertades públicas. Estas libertades debían esperar la intervención del Parlamento, o la mediación de los tribunales, para poder ser invocadas. La Constitución representaba la fuente material de las libertades públicas, residiendo su fuente formal en normas de rango inferior que les daban forma concreta. Desde el momento en que la Declaración de 1789 y el Preámbulo de 1946 se convierten en textos jurídicamente vinculantes, las libertades públicas constitucionales pueden invocarse directamente ante los tribunales ordinarios y, en consecuencia, la definición de las libertades públicas basada en su valor legislativo deja de ser operativa.

471 F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 109. Los trabajos preparatorios muestran también que el constituyente tenía la clara intención de distinguir entre la definición de las libertades y la definición de sus garantías, reservando sólo esta última al legislador. El anteproyecto gubernamental del actual artículo 34, que entonces era el artículo 31, proponía la fórmula que conocemos hoy. Ante la Comisión Constitucional Consultiva, Pierre-

está *por encima* de ella, es decir, la Constitución (los convenios internacionales no utilizan la expresión libertades públicas). Las libertades públicas existen sin la intervención del legislador, simplemente en virtud de su reconocimiento constitucional.

Una vez excluidos estos dos criterios, la definición de las libertades públicas debe aclararse determinando el significado del adjetivo "público" dentro de esta expresión. Es en este adjetivo donde reside la clave para identificar las libertades civiles. El epíteto "públicas" podría significar, en primer lugar, que las libertades en cuestión son promulgadas por la autoridad pública⁴⁷². Sin embargo, esta definición es demasiado amplia. En efecto, si todas las normas promulgadas por el Estado se califican de libertades públicas, entonces todas las normas jurídicas se convierten *ipso facto* en libertades públicas, y no hay nada que las distinga de la masa de las demás normas. En realidad, el adjetivo "públicas" debe entenderse referido a las relaciones con los poderes públicos. Se trata de libertades reconocidas a las personas públicas y oponibles únicamente a los poderes públicos. El adjetivo "refleja sobre todo la dimensión 'vertical' de las libertades públicas"⁴⁷³. Como consecuencia lógica, el concepto de libertad pública está en gran medida ausente de la jurisprudencia judicial. La libertad sindical, libertad pública por ser oponible al Estado, no será calificada como tal ante los tribunales.

C. Libertades esenciales

111. Por último, cabe mencionar el concepto de libertad esencial, que pone de relieve la importancia de la libertad así calificada. Esta expresión se utiliza poco en el Derecho francés. Tampoco se utiliza habitualmente en el extranjero. Sin embargo, el tercer párrafo del preámbulo de la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976 afirma que la Revolución de 1974 "devolvió al pueblo portugués los derechos fundamentales y las libertades esenciales".

En Francia, la ley constitucional de 3 de junio de 1958 incluyó un cuarto principio redactado de la siguiente manera: "La autoridad judicial debe permanecer independiente para garantizar el respeto de las libertades esenciales definidas por el Preámbulo de la Constitución de 1946 y por la Declaración de los Derechos Humanos a la que se refiere". El preámbulo de la Constitución de 4 de octubre de 1958, que reafirma el apego a los "derechos humanos", se ha presentado como la traducción de este principio⁴⁷⁴, lo que atestigua una vez más la proximidad que existe entre los distintos conceptos que componen la comunidad de vecinos. El concepto se utilizaba en el contexto de la agresión con lesiones antes de que se estableciera definitivamente el concepto de libertad fundamental⁴⁷⁵. Los

Henri Teitgen había querido ampliar la competencia del legislador a la definición de las libertades públicas propiamente dichas, y no sólo a su garantía, es decir, en palabras de su enmienda, "a las definiciones de las libertades públicas y a las garantías concedidas a los ciudadanos para su ejercicio" (*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. II, La documentation française, p. 1). 2, La documentation française, 1988, pp. 266-267). La Comisión Constitucional Consultiva se mostró convencida y, teniendo en cuenta la enmienda Teitgen, redactó el texto de la siguiente manera: "Las cuestiones relativas a: (...) la definición de las libertades públicas, civiles y sindicales, así como las garantías concedidas a los ciudadanos para su ejercicio, serán reguladas por ley". El texto final adoptado por el Gobierno rechaza esta redacción y vuelve a la fórmula del anteproyecto. Por tanto, sólo las *garantías para el ejercicio de las libertades públicas*, y no la definición de las libertades públicas en sí, entran en el ámbito de aplicación de la ley.

472 En este sentido, el adjetivo introduce "una precisión en cuanto al origen de la coacción social", y remite "a un marco específico: el del Estado, autor (o, más o menos directamente, coautor en el caso de las normas de derecho internacional) de las normas jurídicas esenciales" (P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 4^{ème} ed, Dalloz, coll. Cours, 2002, n.º 1). Según esta interpretación, "lo que hace que una libertad sea 'pública', cualquiera que sea su objeto, es la intervención de las autoridades para reconocerla y desarrollarla" (J. RIVERO y H. MOUTOUH, *op. cit.*, n.º 8).

473 L. Favoreu et al, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} ed, Dalloz, coll. Précis, 2005, n.º 59. Duguit afirmaba que "las leyes sobre las libertades públicas son aquellas que tienen el doble objeto de determinar las obligaciones del Estado y de fijar las garantías de su cumplimiento" (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome V Les libertés publiques, E. de Boccard, 1925, p. 2). En la misma línea, Bonnard afirmaba que "cuando la libertad de un individuo es oponible al Estado, suele calificarse de "libertad pública"" (R. BONNARD, "Les droits publics subjectifs des administrés", *RDJ* 1932, p. 710, nota 1). Con algunos matices, aceptan el mismo concepto Georges Morange (*Contribution à la théorie générale des libertés publiques*, tesis de Nancy, 1940, p. 15) y Jacques Mourgeon (*Les libertés publiques*, Thémis, 1979, p. 21).

474 Sobre el preámbulo de la Constitución de 4 de octubre de 1958, véanse R. PELLLOUX, "Quelques réflexions sur le préambule de la Constitution française de 1958", en *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Pedone, 1960, pp. 389-401; J. GEORGEL, "Aspects du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958", *RDJ* 1960, pp. 85-101; B. GENEVOIS, "Le préambule et droits fondamentaux", en *L'écriture de la Constitution française de 1958, colloque des 8-11 septembre 1988, Aix-en-Provence* (L. FAVOREU, D. GENEVOIS), pp. 85-101. GENEVOIS, "Le préambule et les droits fondamentaux", en *L'écriture de la Constitution de 1958, colloque des 8-11 septembre 1988, Aix-en-Provence* (L. FAVOREU, D. MAUS et J.-L. PARODI dir.), Economica, 1992, pp. 483-499.

475 Véase TC, 10 de diciembre de 1956, *Sieurs Randon et autres*, *Lebon* p. 592, concl. GUIONIN. El Tribunal des conflits afirmó "que los hechos imputados a Sieurs Brunel y Cornevaux constituyen un atentado a la seguridad de la correspondencia postal, libertad esencial garantizada por el artículo 187 del Código Penal, y que por lo tanto constituyen una agresión (...)". El concepto no desapareció completamente una vez consagrada la noción de libertad fundamental. Los tribunales han seguido

tribunales también utilizan a veces esta expresión en casos en los que de esta calificación no se derivan consecuencias jurídicas. En un asunto relativo a la elección terapéutica de un testigo de Jehová, la Cour de cassation desestimó un recurso contra una sentencia del Tribunal de Apelación según la cual "al rechazar la transfusión por motivos religiosos, la víctima había ejercido una elección derivada de una libertad esencial"⁴⁷⁶.

Dentro de la comunidad de vecinos, esta expresión pone de relieve la esencialidad de la libertad. La libertad no es esencial por su valor jurídico - en los dos ejemplos citados, las libertades en cuestión son de carácter legislativo. Es esencial por su importancia. Esta expresión destaca la eminencia de la libertad. En este sentido, se asemeja al significado material del término "fundamental" pero, a diferencia de este último, no tiene una función específicamente fundadora.

Conclusión del capítulo 1

112. El concepto de libertad fundamental, que determina el ámbito de aplicación del artículo L. 521-2, es abierto y maleable. Se trata de una categoría jurídica "indeterminada desde el principio y, por tanto, no definida exhaustivamente"⁴⁷⁷. El legislador no ha limitado en modo alguno la libertad del juez. No ha restringido el concepto ni ha establecido ningún criterio. La fase parlamentaria dejó sin resolver el problema de su definición. Por lo tanto, corresponde únicamente a los tribunales, y en última instancia, definir el alcance de la protección que ofrece el artículo L. 521-2.
113. Las limitaciones jurídicas y lógicas impuestas a los tribunales proporcionan un marco flexible y acogedor. A la hora de determinar cuáles son las libertades fundamentales, el tribunal dispone de un amplio margen de discrecionalidad que le otorga un control absoluto sobre el concepto⁴⁷⁸. El texto del artículo L. 521-2 concede al juez un amplio margen de apreciación, que por supuesto ha explotado. Rechazando las ataduras, define la lista de libertades fundamentales y el contenido y los límites de cada una de ellas de manera flexible y poco formalista. Sobre todo, para dar pleno efecto al procedimiento establecido en el artículo L. 521-2, el Conseil d'Etat ha optado por una definición amplia de las libertades fundamentales.

utilizándolo junto al concepto de libertad fundamental y como sinónimo de éste (véase, por ejemplo, Civ. 1^{ère}, 27 de mayo de 1975, *Legros c/ Maire de Saint-Lumaire*, *Bull. civ.* I, n° 178).

476 Crim. 30 de junio de 1987, *Tetiurahi*, n° 86-91.014.

477 N. JACQUINOT, "La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté: un cas à part?", *AJDA* 2003, p. 658.

478 Varios autores han subrayado la libertad de que goza el juez en este punto. Para Eric Sales, el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa "deja al juez administrativo un gran margen de apreciación no sólo para determinar los textos de referencia susceptibles de ser utilizados en el asunto, sino también para identificar cuáles de los derechos y libertades existentes entran en la categoría de libertades fundamentales" (E. SALES, "Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales", *RDP* 2004, p. 212). Del mismo modo, para M. Glénard, "el juez administrativo dispone de un margen de apreciación casi ilimitado" (G. GLENARD, "Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative", *AJDA* 2003, p. 2009). Catherine Botoko-Claysen ha precisado que el concepto "queda a discreción del juez del procedimiento sumario" (C. Botoko-Claysen, "Le référé-liberté vu par les juges du fond", *AJDA* 2002, p. 1050). En el mismo sentido, véase también G. DRAGO, "Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens", *Dr. adm.* 2004, Estudio n° 11, pp. 7-11, especial p. 8. En términos generales, Eisenmann había afirmado que "si una palabra que expresa un concepto no ha sido definida, es decir, si el concepto no ha sido determinado por el propio legislador, o si el significado de la palabra no es seguro (...), la autoridad responsable de las decisiones individuales está necesariamente llamada a determinar el concepto mismo, a hacerlo libremente" (C. EISENMANN, "Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique", *APD* 1966, t. XI, pp. 25-43, reproducido en *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2002, p. 291). Cabe señalar que, en los años sesenta, los juristas hicieron hincapié en el amplio margen de apreciación de que gozaban los tribunales tras la consagración del concepto de libertad fundamental por el Conseil d'Etat en la sentencia *Dame Klein*. A falta de precisión sobre este punto, declaró el Sr. Auby, "la jurisprudencia de la High Court abre nuevos horizontes al concepto de derecho de paso de hecho, cuyos límites es imposible determinar en la actualidad" (nota bajo TC, 25 de noviembre de 1963, *Commune de Saint-Just Chaleysin, époux Pelé (dos especies)*, *JCP G* 1964, II, 13492).

Capítulo 2 Una definición amplia del concepto de libertad fundamental

114. El enfoque que rige la definición del concepto de libertad fundamental es a la vez amplio, autónomo y casuístico. Esto plantea la cuestión de los criterios de identificación utilizados por el juge administratif des référés.

Un enfoque amplio, autónomo y basado en casos concretos

115. A falta de predeterminación legislativa, correspondía al juez decidir el ámbito de aplicación del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. El Conseil d'Etat disponía de un amplio margen para hacerlo, y optó claramente por un enfoque *amplio* de las libertades fundamentales⁴⁷⁹.

Este sentido omnicomprensivo se justificaba, en primer lugar, por la voluntad de dar pleno efecto al procedimiento sumario, para que el juez administrativo pudiera utilizarlo realmente para garantizar la protección de las personas en cuyo beneficio se había instituido. Su imagen y su legitimidad estaban en juego. Dotado por fin de un instrumento que le permite intervenir rápida y eficazmente, el juez administrativo no quiere aparecer como rezagado en materia de protección de las libertades. Tras constatar que "los justiciables expresan una fuerte expectativa: contar con un juez dotado de amplios poderes cuando está en juego un derecho o una libertad fundamental" y recordar las incursiones intempestivas del juez judicial de urgencia antes de la creación de la référé-liberté, la comisaria del gobierno Isabelle de Silva declaró que "es preferible no *parecer al margen cuando se trata de defender los derechos fundamentales, y dejar al juez que intervenga cuando su cargo lo requiera*"⁴⁸⁰. La decisión *Commune de Venelles* es el símbolo del enfoque amplio adoptado por el juez administrativo. Como señalan Collin y Guyomar, el Conseil d'Etat fue ciertamente audaz al establecer como libertad fundamental el principio de libre administración por parte de los entes locales, "pero lo que estaba en juego era la imagen del juez administrativo, y habría sido muy desafortunado que la Sala de lo Contencioso-Administrativo hubiera dado desde el principio la impresión de querer restringir el uso de herramientas que debían reflejar su modernización"⁴⁸¹. La sombra de la decisión del Tribunal des conflits de 12 de mayo de 1997 y el recuerdo de las invocaciones abusivas de la voie de fait seguían muy presentes. Los tribunales administrativos temían que una interpretación restrictiva del concepto de libertad fundamental anulara la utilidad de los procedimientos sumarios y su capacidad para satisfacer la necesidad de protección judicial de las personas, que hasta entonces sólo habían podido proporcionar los tribunales.

Este enfoque amplio se justificó entonces por la existencia de salvaguardias para evitar que este procedimiento se utilice indebidamente y se trivialice. Incluso si el demandante entra en el ámbito de aplicación del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa - es decir, que está en juego una libertad fundamental - para obtener una medida de salvaguardia, debe demostrar que la libertad en cuestión ha sido gravemente vulnerada, que esta vulneración es manifiestamente ilegal y que requiere la intervención inmediata del juez de medidas provisionales. Estas condiciones son tan exigentes que el juez de medidas provisionales puede, con toda tranquilidad, permitirse una definición amplia de las libertades fundamentales. Abrir el ámbito de aplicación no significa atascar el órgano jurisdiccional ni exponerlo a una afluencia de recursos que le imposibilitaría intervenir en el plazo de 48 horas que tiene para pronunciarse. Por lo demás, aunque el concepto de libertades fundamentales es amplio, no es excesivamente extensible. En todo caso, puede reducirse a un número limitado de derechos y libertades. Como señaló el Vicepresidente del Conseil d'Etat, "no todo derecho consagrado en un texto o en un principio general es una libertad fundamental"⁴⁸². Por lo tanto, se mantiene la diferencia con el procedimiento de suspensión cautelar y se respeta el carácter específico de la solicitud cautelar de control jurisdiccional. El sentido omnicomprensivo del concepto de libertad fundamental no conduce en modo alguno a que los litigios incluidos en el procedimiento del

⁴⁷⁹ Así lo anunció el Presidente Labetoulle incluso antes de la entrada en vigor de la reforma. En un coloquio celebrado el 6 de diciembre de 2000, el actual Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo declaró que para el procedimiento référé-liberté se había optado "por un ámbito de aplicación relativamente limitado (sólo relativamente, ya que el concepto de libertades fundamentales es bastante amplio)" (D. LABETOUILLE, "La genèse de la loi du 30 juin 2000", *op. cit.*, p. 20).

⁴⁸⁰ I. DE SILVA, concl. sobre CE, Secc. 30 octubre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFDA 2002, p. 332. Énfasis añadido.

⁴⁸¹ M. Guyomar y P. Collin, cron. bajo CE, Secc. 18 de enero de 2001, *Commune de Venelles*, AJDA 2001, p. 155.

⁴⁸² R. DENOIX DE SAINT MARC, "Les procédures d'urgence : premier bilan", AJDA 2002, p. 1.

artículo L. 521-1 se remitan al órgano jurisdiccional de medidas provisionales.

116. Para identificar las libertades fundamentales, el juez administrativo rechaza basarse en una doctrina predefinida o delimitar el concepto por referencia al significado que se le atribuye en otros procedimientos. Su enfoque es independiente de toda construcción teórica y de toda calificación textual o jurisprudencial. En este sentido, su enfoque es *autónomo* en la medida en que el juez de medidas provisionales se da a sí mismo *su propia* definición de las libertades fundamentales⁴⁸³. En sus decisiones, precisa que la norma cuya calificación se solicita es o no una libertad fundamental "en el sentido del" artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa⁴⁸⁴. Al utilizar esta expresión, el juez de medidas provisionales pretende demostrar, por una parte, que no es "prisionero de las categorías o definiciones dadas aquí y allá de tal o cual derecho"⁴⁸⁵, y, por otra, que la clasificación no pretende tener un alcance general⁴⁸⁶. El juez va forjando y desarrollando progresivamente una concepción de las libertades fundamentales propia de las medidas cautelares. Ante uno de los "conceptos más delicados que se desprenden de la Ley de 30 de junio de 2000"⁴⁸⁷, el Conseil d'Etat se negó a limitarse a un marco analítico predefinido.
117. Por el contrario, ha optado por abordar este concepto con flexibilidad y sin dogmatismo. Un enfoque diferente habría sido de lo más sorprendente por parte del juez supremo administrativo. Habiendo logrado incluir en el núcleo del artículo L. 521-2 un concepto maleable que le permitía controlar totalmente su ámbito de aplicación, el Conseil d'Etat no iba entonces a atarse las manos dándole una definición precisa y fija que le hubiera hecho perder su flexibilidad condenando para el futuro toda posibilidad de desarrollo⁴⁸⁸. En consecuencia, el juez de medidas provisionales optó por un enfoque *casuístico* del concepto. Negándose a limitarse a un marco rígido y predefinido, determina en el curso de sus decisiones las libertades fundamentales que pretende proteger en virtud del artículo L. 521-2. "Es como si la Alta Asamblea hubiera decidido avanzar a tientas, sin ninguna doctrina preestablecida, y dejar que el flujo natural de los acontecimientos, la sucesión de las decisiones, afinen poco a poco los contornos del concepto"⁴⁸⁹. El método no es nuevo; está favorecido por el Conseil d'Etat.

483 Etimológicamente, autónomo viene del griego *auto*, que significa "uno mismo", y *nomos*, que significa "ley". Por tanto, autónomo significa "que se gobierna a sí mismo".

484 El juez de medidas provisionales se refiere a la noción de "libertad fundamental en el sentido de las disposiciones del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa" (CE, Secc., 30 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tiba*, *Lebon* p. 523; CE, ord. 25 de abril de 2002, *Société Saria Industries*, *Lebon* p. 155; CE, ord. 1^{er} marzo de 2002, *Bonfils*, *Lebon* p. 69; CE, 29 de marzo de 2002, *SCI Stéphane et autres*, *Lebon* p. 117) o "en el sentido del artículo L. 521-2" (CE, ord. 3 de mayo de 2005, *Confédération française des travailleurs chrétiens*, *Lebon T.* p. 1034). También hay referencias al "concepto de 'libertad fundamental' tal como lo entendió el legislador cuando adoptó la ley n° 2000-597, de 30 de junio de 2000, relativa al procedimiento sumario ante la jurisdicción contencioso-administrativa" (CE, ord. 12 de enero de 2001, *Hyacinthe*, *Lebon* p. 12; CE, ord. 4 de marzo de 2002, *Tinor*, n° 243653; para una formulación similar, referida a "las libertades fundamentales en el sentido en que fueron entendidas por el legislador cuando se adoptó la ley...", véase CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud*, *Lebon T.* p. 1126; CE, 15 de febrero de 2002, *Hadda*, *Lebon* p. 45). En la medida en que se refiere a la voluntad del legislador, esta última fórmula puede sorprender y es discutible. El análisis de los trabajos preparatorios demuestra que el legislador no tenía ninguna concepción de las libertades fundamentales. Al no haber identificado los contornos de este concepto, dejó enteramente en manos de los tribunales su definición. Si bien la búsqueda de la voluntad del legislador puede estar justificada en ciertos casos (véase L. PATRAS, *L'interprétation en droit public interne*, T. et A. Joannides, 1962, especial pp. 226-229, citando sentencias del Conseil d'Etat que se refieren explícitamente a la voluntad del legislador para determinar el sentido de un texto), es inadecuada en este caso.

485 G. Bachelier, "Le référé-liberté", *RFDA* 2002, p. 263. En la misma línea, M. Chapus subraya que esta fórmula "es indicativa de una preocupación por garantizar la autonomía del concepto de 'libertad fundamental' en el procedimiento sumario. Al mismo tiempo, tiene la ventaja de permitir al tribunal ampliar (o eventualmente rechazar) el procedimiento cautelar del artículo L. 521-2 sin tener que plantearse, en términos de principios, la cuestión de la justificación (doctrinal, por así decirlo) de su elección" (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 1597).

486 Como señala M. Ricci, "las palabras 'libertades fundamentales' deben interpretarse en el sentido y a los únicos efectos de la référé-liberté" (J.-C. RICCI, "Quels référés pour quels pouvoirs? Le référé-liberté, la notion de libertés fondamentales, le référé-suspension", *RRJ* 2003/5 *L'actualité des procédures d'urgence*, p. 3095). En jurisprudencia administrativa, suele utilizarse la fórmula o solución precedida de la frase "no pretende tener alcance general" (Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 108, 1972, p. 105). Sobre el alcance de esta expresión, véase también R. LATOURNERIE, "Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat", *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Sirey, 1952, p. 199; C. VIGOUROUX, "L'expression 'au sens de' ou le juge linguiste sans être encyclopédiste", en *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, pp. 847-857.

487 L. Touvet, concl. sobre CE, Secc. 18 de enero de 2001, *Commune de Venelles*, *RFDA* 2001, p. 386.

488 Los Comisarios del Gobierno son plenamente conscientes de su deseo de preservar la flexibilidad inicial de este concepto. Cuando proponen criterios para delimitar el concepto de libertad fundamental, se cuidan de no dar definiciones demasiado precisas. Por ejemplo, la Sra. de Silva declaró que los criterios de identificación desarrollados en sus conclusiones eran "suficientemente flexibles" para permitir al Conseil d'Etat "un margen de maniobra considerable" (I. DE SILVA, concl. supra, p. 331).

489 G. GLENARD, "Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de

Por ejemplo, el Presidente Latournerie escribió: "Distanciado por una desconfianza invencible ante cualquier pensamiento o acción imprudente que pudiera, en lo más mínimo, si no enajenar su libertad de movimiento en el futuro, al menos impedirle, la jurisprudencia administrativa nunca se ha obligado a este respecto, y no podría hacerlo sin apartarse de la práctica que hasta ahora le ha asegurado una parte importante de sus éxitos"⁴⁹⁰. El tribunal reconoce o niega la existencia de una libertad fundamental en el curso de sus decisiones, en función de las solicitudes de clasificación de los demandantes. La lista de normas justiciables del artículo L. 521-2 está, pues, estrechamente vinculada a los azares del contencioso y a la aleatoriedad de las remisiones. El tribunal sólo se pronunciará cuando se plantee la cuestión de la admisibilidad de una norma.

Sin embargo, el enfoque del juez administrativo no es sinónimo de puro empirismo o improvisación. El enfoque adoptado es coherente y está marcado por un verdadero rigor conceptual. Como decía Hauriou en otro contexto, "el Conseil d'Etat no sólo tiene una política jurisprudencial, sino también una jurisprudencia, es decir, una construcción jurídica que sólo utiliza determinados materiales y los ajusta únicamente según un determinado plan"⁴⁹¹. Es cierto que este plan no puede comprenderse inmediatamente. Para muchos observadores, el enfoque del juez de medidas provisionales parece desconcertante⁴⁹². El juez no especifica los criterios ni el método que le llevan a mantener la calificación de libertad fundamental aquí, o a rechazarla allí. Procede por vía de afirmación y no da ninguna indicación sobre el enfoque adoptado. "Es cierto que el Conseil d'Etat, a diferencia de la Cour de cassation, no tiene la costumbre de exponer en sus sentencias todas las deducciones jurídicas en las que se basan sus decisiones"⁴⁹³. Como ha afirmado la Sra. Ponthoreau, "desea conservar el control de la evolución del Derecho y, por tanto, no revela todos los términos de las apreciaciones y las opciones adoptadas"⁴⁹⁴. Cuando algunos autores le pidieron que diera una definición general de las libertades fundamentales⁴⁹⁵, el Conseil d'Etat no se arriesgó a adoptar una posición en un considerando de principio⁴⁹⁶. Esta prudencia no es sorprendente, dado que "es raro que el Conseil d'Etat se atreva a dar una definición"⁴⁹⁷. Por lo tanto, no es fácil comprender el método utilizado por el juez de medidas provisionales para identificar las libertades fundamentales. Afirmar, como han propuesto algunos autores, que las libertades fundamentales corresponden a "lo que el juez de medidas provisionales ha reconocido como tal"⁴⁹⁸ o "desea reconocer como tal"⁴⁹⁹ deja sin resolver la cuestión de a qué

justice administrative", *AJDA* 2003, p. 2009.

490 R. Latournerie, *op. cit.*, p. 264.

491 M. HAURIOU, nota en *S.* 1904, III, p. 4.

492 Véase, en particular, el comentario de la redacción de la revista *Droit administratif* sobre el auto de 8 de septiembre de 2005, *Bunel (Dr. adm. 2005, com. n° 159*, en el que se señala que "no es fácil comprender la lógica que subyace al reconocimiento o no reconocimiento por el tribunal administrativo de una libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2 del CJA").

493 E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887, t. I, p. IX.

494 M.-C. PONTTHOREAU, "Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français", *RDJ* 1997, p. 752.

495 ¡Cf. Y. Claisse y J.-A. Cano, "Une loi peut faire le printemps! (primera evaluación de la aplicación de la Ley de 30 de junio de 2000 relativa al procedimiento sumario ante los tribunales administrativos)", *LPA* 9 de abril de 2001, n° 70, p. 11: "Esperemos que en el futuro el Conseil d'Etat, desempeñando plenamente su papel de tribunal regulador, se arriesgue a definir lo que se entiende por "libertad fundamental". Para el litigante - por muy bien informado o asesorado que esté - no todo debe ser una simple cuestión de precedente, tacto, intuición o costumbre".

496 También se negó a declarar si, como pedían algunos demandantes, el concepto de libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2 "abarca todos los derechos y libertades constitucionalmente garantizados" (CE, ord. 10 de abril de 2001, *Merzouk, Lebon T.* p. 1135; CE, ord. 9 de julio de 2001, *Boc*, n° 235696).

497 R. Latournerie, *op. cit.* p. 221. El Presidente Latournerie precisa que "sólo lo hará - y sólo lo hace con extrema circunspección, y más bien implícitamente - cuando suficientes pruebas hayan reducido el riesgo siempre inherente a tal afirmación hasta el punto de prácticamente eliminarlo (...)" (*ibid.*). El tiempo de las pruebas no ha terminado para el concepto de libertad fundamental, y probablemente nunca lo hará, tan ilimitado parece ser el potencial del concepto. Incluso con una jurisprudencia considerable, estable y homogénea, que haya delimitado clara y sólidamente los contornos del concepto, definirlo seguirá siendo una operación arriesgada, que puede condenar la libertad de movimiento del juez. En consecuencia, es razonable suponer que el Conseil d'Etat nunca seguirá este camino. Por otra parte, cabe señalar que ni el juez que se ocupa de la agresión ni el juez que se ocupa de la *déféré-liberté* se han aventurado nunca a definir los conceptos de libertad fundamental y de libertad pública o individual. Frente a un texto impreciso, el juez administrativo "se resiste a dejarse encerrar en una definición dada de una vez por todas y a enajenar su libertad para el futuro" (D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 107, 1972, p. 139).

498 G. Bachelier, *op. cit.* p. 263.

499 E. SALES, *op. cit.* p. 220. Esta expresión fue utilizada por Marcel Waline para describir la jurisprudencia relativa al concepto de servicio público en los años de la posguerra. Como la calificación del servicio público variaba de una decisión a otra sin coherencia aparente y sin que fuera posible situar estas calificaciones dentro de un enfoque global, Waline había reducido la doctrina del Conseil d'Etat a una fórmula que ha permanecido célebre: el servicio público es una actividad que las jurisdicciones calificadas "acuerdan calificar de servicio público" (M. WALINE, "Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?", en *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin* vol. I, Bruyant Sirey, 1963, p.

corresponde realmente este concepto, si no a una lista de normas calificadas como tales por el juez en el curso de sus decisiones. Por el contrario, a la luz de esta lista, pero sin limitarnos a ella -ya que está llamada a evolucionar en función del azar de las remisiones-, debemos esforzarnos por destacar lo que reúne a estas normas para poner de relieve sus características comunes⁵⁰⁰.

Un intento de sistematización

118. ¿Cuáles son, precisamente, las características comunes a todas las normas reconocidas como justiciables en el procedimiento sumario? ¿En qué sentido y con arreglo a qué criterios se diferencian las libertades fundamentales de las demás normas que integran el ordenamiento jurídico? En definitiva, ¿cuáles son las características de la norma susceptible de reconocimiento en virtud del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa?

Para determinar los criterios y elementos constitutivos del concepto de libertad fundamental, el método consiste en partir del objeto que debe analizarse y destacar sus características específicas. Para medir la coherencia de esta categoría jurídica, primero es necesario establecer lo que incluye y lo que excluye. La identificación de las normas que no constituyen libertades fundamentales permite precisar los criterios que deben cumplir las normas en cuestión para ser incluidas en esta categoría, y que precisamente no cumplen las excluidas. Sobre la base de esta doble lista será posible analizar las características comunes a todas las libertades fundamentales, ya que la comparación entre las dos listas revela las singularidades del concepto y lo que constituye su esencia. La puesta en perspectiva de las dos listas permite destacar las características comunes a todas las normas que pueden ser objeto del procedimiento del artículo L. 521-2, independientemente de las diferencias que puedan contener.

Para elaborar este inventario con certeza y exhaustividad, es necesario en primer lugar identificar las fórmulas mediante las cuales el juez reconoce o niega, sin duda posible, la existencia de una libertad fundamental e ignorar las fórmulas ambiguas o que expresan una negativa del juez administrativo a tomar posición⁵⁰¹.

Para reconocer la existencia de una libertad fundamental, el tribunal utiliza diversas fórmulas explícitas⁵⁰²,

220). 1, Bruylant Sirey, 1963, p. 368).

⁵⁰⁰ A este respecto, conviene recordar que Laferrière deseaba la sistematización del derecho, "no sólo porque permite popularizar las doctrinas, sino también porque contribuye a asegurar su fijeza, que es una de las garantías debidas al litigante" (E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887, t. I, p. VIII).

⁵⁰¹ Para establecer estas dos listas con absoluta certeza, sólo se tendrán en cuenta las libertades fundamentales que hayan sido expresamente reconocidas o excluidas de la categoría. Las normas sobre las que el juez de medidas provisionales no se haya pronunciado expresamente no se tendrán en cuenta para determinar los criterios de identificación de una libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. Esta cautela puede parecer excesiva. Sin embargo, creemos que está justificada. Por una parte, las fórmulas implícitas no tienen el grado de certeza que exige una sistematización precisa y rigurosa. Por otro lado, estas fórmulas son a veces objeto de valoraciones divergentes por parte de los comentaristas más autorizados de la jurisprudencia administrativa. Por poner sólo un ejemplo, el profesor Cassia consideraba que el auto del Ayuntamiento de Mandelieu-la-Napoule de 20 de julio de 2001 (*Lebon* p. 388) había consagrado el derecho a la seguridad como libertad fundamental (P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p. 114), mientras que el Presidente Chabanol veía en la misma decisión una exclusión de este derecho del ámbito de las libertades fundamentales (D. CHABANOL, *La pratique du contentieux administratif*, 4^{me} éd, Litec Jurisclasseur, 2002, n° 249). Este ejemplo muestra la cautela que debe presidir el estudio de este concepto, y la necesidad de limitar la investigación a las normas sobre las que se despeja cualquier duda. Además, cabe señalar que cuando el juez del procedimiento sumario pretende consagrar una libertad fundamental o, por el contrario, negar su existencia, lo hace de forma explícita. Así, en el auto *Commune de Montreuil-Bellay* de 12 de noviembre de 2001 (*Lebon* p. 551), el juez de medidas provisionales consagra expresamente "la libertad fundamental de emprender", pero no da esta calificación a la libertad contractual. Por consiguiente, en la presente decisión sólo debe considerarse reconocida la primera.

⁵⁰² Las decisiones indican que la norma invocada "tiene el carácter de una libertad fundamental" (CE, ord. 31 de mayo de 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, *Lebon* p. 253; CE, 29 de marzo de 2002, *SCI Stéphane et autres*, *Lebon* p. 117; CE, 9 de abril de 2004, *Vast*, *Lebon* p. 173; CE, ord. 3 de abril de 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Kurtarici*, *Lebon* T. p. 871), "présente le caractère d'une liberté fondamentale" (CE, 9 de diciembre de 2003, *Aguillon et autres*, *Lebon* p. 497; CE, ord. 16 de febrero de 2004, *Benaisa*, *Lebon* T. p. 826), "revêt le caractère d'une liberté fondamentale" (CE, ord. 16 de julio de 2001, *Feuillatey*, *Lebon* p. 309); "constitue une liberté fondamentale" (CE, ord. 27 de noviembre de 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon* T. p. 874; CE, ord. 11 de agosto de 2005, *Maingeneau*, n° 283462); "es una libertad fundamental" (CE, ord. 19 de agosto de 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux* (IFOREL), *Lebon* p. 311; CE, ord. 3 de mayo de 2005, *Confédération française des travailleurs chrétiens*, *Lebon* T. p. 1034); "figure" au nombre des libertés fondamentales (CE, 15 de febrero de 2002, *Hadda*, *Lebon* p. 45); "est" au nombre des libertés fondamentales" (CE, ord. 15 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Hamani*, *Lebon* p. 466). También puede referirse a "la libertad fundamental de...". (véase, en particular, el citado auto *Commune de Montreuil-Bellay* de 12 de noviembre de 2001) o que "el concepto de libertad fundamental (...) engloba..." (CE, ord. 12 janvier 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Hamani*, *Lebon* p. 466). (CE, ord. 12 enero 2001, *Hyacinthe*, *Lebon* p. 12). Ciertas fórmulas permiten también detectar con certeza la existencia de una libertad fundamental. Es el caso cuando el juez afirma que la acción impugnada "no vulnera el principio de libre expresión del sufragio ni ninguna otra libertad fundamental" (CE, ord. 7 de febrero de 2001, *Commune de Pointe-à-Pître*, *Lebon* T. p. 1129). Esto significa necesariamente que el

todas las cuales tienen estrictamente el mismo significado y alcance⁵⁰³. La existencia de una libertad fundamental también puede establecerse con certeza en el caso de una decisión de admisión. El tribunal accede a la petición del solicitante pero no designa expresamente la libertad fundamental vulnerada por la administración. Dado que el juez sólo puede acceder a la petición del solicitante si se cumplen todas las condiciones exigidas por el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa⁵⁰⁴, de una decisión de este tipo puede deducirse la existencia de una libertad fundamental. Por último, la existencia de una libertad fundamental puede deducirse de la aplicación de la jurisprudencia *Casanovas* cuando la libertad en cuestión se menciona expresamente en la decisión⁵⁰⁵. Así, en la sentencia *Casanovas*, el Conseil d'Etat afirmó, de acuerdo con las conclusiones del Comisario del Gobierno, que la decisión impugnada "se adoptó no por las *opinion*es que el interesado hubiera podido expresar fuera del servicio, sino por su insuficiencia profesional; en estas condiciones, no vulnera ninguna libertad fundamental"⁵⁰⁶. De este modo, consagró la libertad de opinión como libertad fundamental.

Ninguna otra hipótesis permite establecer con certeza la existencia de una libertad fundamental. En particular, la presencia de una libertad fundamental no puede deducirse del hecho de que el órgano jurisdiccional examine si se cumple el requisito de la violación, o de la gravedad de la violación⁵⁰⁷. Del mismo modo, la frase que hace referencia a "las libertades fundamentales invocadas por el demandante"⁵⁰⁸ no debe interpretarse como una aprobación por el órgano jurisdiccional de la calificación adoptada por el demandante, sino como una simple reafirmación de los términos de su demanda, que en modo alguno prejuzga su admisibilidad en el procedimiento del artículo L. 521-2.

Las fórmulas excluyentes explícitas son lo contrario de aquellas en las que el Conseil d'Etat reconoce expresamente la existencia de una libertad fundamental⁵⁰⁹. Cabe señalar que la inexistencia de una libertad

principio de libre expresión del sufragio es una libertad fundamental. Lo mismo ocurre cuando el juez afirma que la administración vulnera las libertades reconocidas a los extranjeros residentes legales tras referirse a la imposibilidad de circular y a la imposibilidad de ejercer una actividad profesional (CE, ord. 11 de junio de 2002, *Aïi Oubba*, Lebon T. p. 869). Al hacerlo, consagra necesariamente las dos libertades mencionadas como libertades fundamentales.

503 El juez considera que todas estas expresiones son sinónimas. Algunos autores han sostenido que las fórmulas "tiene el carácter" o "tiene el carácter" de una libertad fundamental tienen un significado diferente de las demás fórmulas. Reflejan la vacilación del juez cuando establece como libertad fundamental una norma para la que esta caracterización no es evidente. En el auto *Fenillat* antes citado, el juez de medidas provisionales afirmó que el derecho al consentimiento médico "tiene el carácter de una libertad fundamental". Según el Sr. Clément, "esto es indudablemente diferente de ser una libertad fundamental. Si el Alto Tribunal hubiera querido calificar claramente el derecho a la asistencia como libertad fundamental, lo habría hecho". La razón por la que no lo hizo, en su opinión, es que este derecho no está, como el derecho a la propiedad, "contenido en textos importantes". El autor afirma que "la elección de las palabras utilizadas por el Conseil d'Etat podría (...) interpretarse como una vacilación por su parte. Otros, quizás, verán en ello una simple torpeza de la pluma" (C. CLEMENT, *LPA* 26 de marzo de 2003, n° 61, p. 6). Thomas Pez propone una explicación similar. Señala que para el juez administrativo, "el derecho de propiedad tiene el carácter de una libertad fundamental, simplemente el carácter. No es, en sí mismo, una libertad fundamental, de lo contrario el Conseil d'Etat lo habría dicho. En otras palabras, la expresión libertad fundamental engloba el derecho de propiedad, pero el derecho de propiedad no se confunde con ella. El derecho de propiedad se asimila a una libertad fundamental" (T. PEZ, "Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté", *RFD* 2003, pp. 371-372. Énfasis añadido). También en este caso, la fórmula expresa una cierta indecisión por parte del juez. Pero, en realidad, estas explicaciones no corresponden en absoluto a la realidad de la jurisprudencia. Estas variaciones no deben considerarse vacilaciones o errores de pluma, sino simples diferencias sintácticas entre fórmulas cuyo sentido y alcance son estrictamente idénticos. El juez no atribuye ninguna consecuencia a estas diferencias de redacción y las utiliza indistintamente. Por ejemplo, ha afirmado que el derecho de propiedad "tiene el carácter" (decisiones *Commune d'Hyères-Palmiers* y *Stéphaur* antes citadas) o "constituye" (auto *S.C.I. Résidence du théâtre* antes citado) una libertad fundamental.

504 Véase el artículo 221.

505 Véase CE, Secc. 28 de febrero de 2001, *Casanovas*, Lebon p. 108. Véanse los §§ 240-241 *infra*.

506 En cambio, cuando el juez no menciona la libertad en cuestión, no puede extraerse ninguna conclusión. Tal es el caso cuando el órgano jurisdiccional declara que el acto impugnado "no constituye en sí mismo una violación de una libertad fundamental" (CE, ord. 27 de junio de 2002, *Centre hospitalier général de Troyes*, Lebon p. 228) o que el acto impugnado "no puede considerarse en sí mismo como violatorio de una libertad fundamental" (CE, ord. 16 de septiembre de 2002, *Société EURL La Cour des miracles*, Lebon T. p. 314) sin referirse previamente a ningún derecho o libertad definidos.

507 En este caso, el tribunal sólo comprueba si se ha infringido la norma invocada por el demandante, pero no se pronuncia sobre si dicha norma constituye una libertad fundamental. En otras palabras, no es necesario que una norma esté calificada como libertad fundamental para que el tribunal se pronuncie sobre la condición de vulneración. Por ejemplo, el tribunal examinó si se vulneraba el principio de igualdad en una decisión de 2001 (CE, 27 de julio de 2001, *Haddad*, n° 231889) y lo excluyó explícitamente del ámbito de las libertades fundamentales en 2003 (CE, ord. 26 de junio de 2003, *Conseil départemental de parents d'élève de Meurthe-et-Moselle*, n° 257938). Por el contrario, en una decisión de 2002, el juez examinó si se había vulnerado la presunción de inocencia, afirmando que no era necesario investigar si este derecho entraba realmente "en el ámbito de aplicación de las disposiciones del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa" (CE, ord. 20 de febrero de 2002, *Ploquin*, n° 243234); este derecho se consagró en 2003 (CE, ord. 14 de marzo de 2005, *Gollnisch*, Lebon p. 103).

508 Véase, por ejemplo, CE, ord. 4 de febrero de 2003, *Hilario*, n° 253742.

509 El juez afirma así que la norma invocada: "no constituye una libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2" (CE, ord. 24 de enero de 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis*, Lebon p. 37), no tiene "el carácter de una libertad fundamental" (CE, ord. 3 de mayo de 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, Lebon p. 168), que el

fundamental no puede deducirse, por supuesto, de la mera desestimación de la demanda de medidas provisionales⁵¹⁰ o de fórmulas en las que el órgano jurisdiccional se niega expresamente a pronunciarse sobre la cuestión de si la norma invocada constituye una libertad fundamental⁵¹¹. En cambio, la desestimación de la calificación de una libertad fundamental puede resultar de la desestimación de un recurso de casación cuando el recurrente invoca un único motivo de casación, basado en la existencia de una libertad fundamental que el órgano jurisdiccional de primera instancia se negó erróneamente a reconocer. En tal caso, la desestimación del recurso de casación en cuanto al fondo implica necesariamente que el tribunal de casación excluye la calificación de libertad fundamental⁵¹².

A partir de estas fórmulas, es posible elaborar una lista de las normas incluidas y una lista de las normas excluidas de la categoría de libertades fundamentales⁵¹³. Además de esta doble lista, se tomarán en consideración otros dos elementos para establecer los criterios de identificación de una libertad fundamental: por una parte, las indicaciones resultantes de las propias decisiones, en sus fundamentos y citas, y por otra parte, las precisiones e indicaciones proporcionadas por los comisarios del Gobierno en los raros casos en que el juez de la *référé-liberté* se pronuncia como tribunal.

119. A la luz de toda esta información, ¿cuáles son los elementos que diferencian las libertades fundamentales de la masa de otras normas que componen el ordenamiento jurídico? ¿Cuáles son los elementos que confieren a la categoría de las libertades fundamentales su especificidad y la distinguen de otras normas del ordenamiento jurídico? Para que los criterios propuestos sean operativos, es esencial que se cumplan los dos requisitos siguientes: en primer lugar, que las normas clasificadas como libertades fundamentales cumplan todos los criterios sin excepción; y en segundo lugar, que las normas excluidas de la categoría de libertades fundamentales no cumplan al menos uno de los criterios. Los criterios deben ser suficientemente precisos para reflejar el Derecho positivo tal como existe hoy en día; sin embargo, para que tengan alguna posibilidad de perdurar, deben ser compatibles con el enfoque del juez y la flexibilidad que desea dar a su jurisprudencia. Como la jurisprudencia es flexible, los criterios también deben serlo.

En primer lugar, cabe señalar que el hecho de que un derecho o una libertad se sitúen bajo la protección especial de la autoridad judicial no impide que se clasifiquen como libertades fundamentales. Por ejemplo, el derecho de propiedad y la libertad personal han sido reconocidos como libertades fundamentales en el sentido del artículo L. 521-2, a pesar de que tradicionalmente se ha considerado a la autoridad judicial como su guardián natural⁵¹⁴.

Las libertades fundamentales deben definirse sobre la base de dos criterios principales, cada uno de los cuales corresponde a uno de los términos utilizados por el legislador. En primer lugar, la norma en cuestión es una libertad. El tribunal administrativo la analiza de la forma más amplia posible, ya que supera la categoría de los derechos defensivos. Debe analizarse como un derecho público subjetivo de configuración particular. En segundo lugar, la norma en cuestión debe tener carácter fundamental. El juez entiende este adjetivo en sentido material, como sinónimo de eminente o esencial. La fundamentalidad se concreta principal pero no exclusivamente en la

principio es "distinto de las libertades fundamentales" (auto *Gollmisch* antes citado), etc.

⁵¹⁰ Dado que los requisitos para estimar la demanda son acumulativos, basta con que se desestime la demanda si no se cumple alguno de los requisitos, salvo el relativo a la presencia de una libertad fundamental. Si no se cumple uno de los requisitos, el juez de medidas provisionales no está obligado a pronunciarse sobre si se cumplen o no los demás (véase § 221 *infra*).

⁵¹¹ Véase, por ejemplo, la sentencia CE de 18 de octubre de 2002, *Caumes-Rey*, n° 249678, en la que se afirma "que aun suponiendo que el derecho de todo titular del bachillerato a elegir, conforme a las disposiciones de los artículos L. 612-2 y L. 612-3 del Código de la Educación, el centro de enseñanza superior en el que desea cursar estudios universitarios constituya una libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, dicha libertad no se ve directamente afectada por la decisión de un jurado de aplazar a un candidato al bachillerato".

⁵¹² Véase CE, 28 de mayo de 2001, *Raut, Lebon* T. p. 1126.

⁵¹³ Véase el anexo 1.

⁵¹⁴ Para el Tribunal des conflits, "la salvaguardia de la libertad individual y la protección de la propiedad privada son esencialmente competencia de la autoridad judicial" (TC, 18 de diciembre de 1947, *Hilaire, Lebon* p. 516). Esta función privilegiada tiene ahora un fundamento constitucional, sobre la base del artículo 66 de la Constitución en el caso de la libertad individual, y de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República en el caso del derecho de propiedad (CC, n° 89-256 DC, 25 de julio de 1989, *Rec.* p. 53). En la jurisprudencia constitucional, los tribunales tienen competencia especial cuando se trata de estos derechos, pero no competencia exclusiva. En la decisión 256 DC, el Conseil se refirió a la "importancia" de las competencias atribuidas a la autoridad judicial en materia de protección de la propiedad, lo que significa que no existe un monopolio a su favor, como lo confirman decisiones posteriores (véase J. Tremeau, "Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété", *AJDA* 2003, p. 653). En cuanto a la libertad individual, los autores del Código Constitucional señalaron que el Consejo Constitucional distingue entre la libertad individual en el sentido del artículo 66 de la Constitución y la libertad individual en el sentido del artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En el primer caso, la competencia del órgano jurisdiccional es exclusiva; en el segundo, puede ser compartida entre los dos niveles jurisdiccionales (véase T. S. RENOUX y M. DE VILLIERS, *Code constitutionnel*, 3^{ème} ed., Litec, 2005, n° 1245).

constitucionalidad. Cabe señalar que estos dos criterios -derecho público subjetivo y fundamentalidad- son acumulativos. En particular, no basta que una norma sea *fundamental* para que sea una *libertad fundamental*. Por tanto, es erróneo centrarse exclusivamente, como hacen muchos autores, en la esencialidad de la norma sin tener en cuenta su estructura y su finalidad.

Sección 1 La libertad: un derecho público subjetivo

120. A primera vista, podría parecer cuestionable intentar definir un concepto jurídico vago a partir de un concepto doctrinal que es igual o más vago⁵¹⁵. Aunque la cuestión de los derechos subjetivos ha sido objeto de numerosos estudios⁵¹⁶, sigue siendo objeto de una eterna controversia. La propia definición de los derechos subjetivos es incierta, dado el considerable número de formas en que se ha interpretado el concepto⁵¹⁷. No obstante, considerado en un sentido técnico, el concepto de derecho público subjetivo puede resultar una herramienta muy útil para explicar el objeto de la "libertad fundamental" tal como lo concibe el juez administrativo que conoce de las solicitudes provisionales. Si este concepto puede entonces utilizarse, es sólo a condición de que se indique con precisión su significado técnico.⁵¹⁸
121. En Alemania, donde el término derecho subjetivo público se utiliza más comúnmente, el concepto tiene carácter jurídico⁵¹⁹ y, por tanto, los autores lo definen con precisión. Según la definición dada por Bühler en 1914, a la que se sigue haciendo referencia en la actualidad⁵²⁰, "un derecho subjetivo público es la posición jurídica del sujeto de derecho frente al Estado en la que éste puede exigir algo del Estado o hacer algo contra él sobre la base de un acuerdo o de una disposición jurídica vinculante promulgada para proteger sus intereses individuales y que puede invocar frente a la Administración"⁵²¹. Según esta "teoría de la norma protectora" (*Schutznormlehre*), hay dos elementos que permiten establecer la existencia de un derecho público subjetivo: por un lado, una norma objetiva que impone una obligación a la administración y, por otro, el hecho de que esta norma tenga por objeto proteger el interés individual de determinados ciudadanos⁵²². Como afirma M. Autexier, "un derecho público subjetivo presupone la existencia de una norma imperativa que determine las condiciones necesarias para el reconocimiento del derecho, determine a sus titulares y designe a la autoridad pública a la que incumbe la obligación"⁵²³.

515 Véase R. MASTPETIOL, "Ambiguïté du droit subjectif : métaphysique, technique juridique ou sociologie", *APD* 1964, t. IX, pp. 71-81.

516 Véase en particular *APD* 1964, t. IX, *Le droit subjectif en question*; J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, 313 p. (y su crítica por C. EISENMANN, "Une nouvelle conception du droit subjectif: la théorie de M. Jean Dabin", *RDP* 1954, pp. 753-774); P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques* (1963), reeditado en Bibliothèque Dalloz, 2005, 451 p.; J.-J. SUEUR, *Recherches sur le concept de droit subjectif. Essai de méthodologie juridique*, tesis de Niza 1980, 603 pp. Véase más concretamente, sobre el concepto de derecho público subjetivo: N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, coll. NBT, 2003, 805 p.; I. CHOUMENKOVITCH, *Les droits subjectifs publics des particuliers*, tesis París, 1912, 206 p.; J. BARTHELEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 1899, 204 p.; R. BONNARD, "Les droits publics subjectifs des administrés", *RDP* 1932, pp. 695-728.

517 Véase a este respecto la sorprendente -aunque no exhaustiva- presentación gráfica de las "teorías del derecho subjetivo" de C. ATIAS, *Théorie contre arbitraire. Eléments pour une théorie des théories juridiques*, PUF, 1987, p. 70.

518 Charles Eisenmann señaló que "el derecho positivo no proporciona una enumeración de derechos o derechos subjetivos, como tampoco proporciona una definición de derecho subjetivo; es un concepto que ignora; no conoce el término. Este término representa una creación de la ciencia del derecho o 'doctrina' (...)" (C. EISENMANN, *op. cit.*, p. 773). Así, "es la doctrina la que debe establecer su definición en correlación con el contenido que pretende asignarle" (*ibid.*). Los autores no siempre tienen este rigor metodológico. A menudo utilizan el concepto sin precisar en qué sentido lo emplean. Como afirmaba Bonnard en 1935, "la mayoría [de los autores] consideran que el derecho subjetivo es un concepto evidente; por ello se sorprenden mucho e incluso se escandalizan cuando se les presiona para que le den un significado preciso" (R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, Sirey, 1935, p. VI).

519 En el contencioso alemán, la existencia de un derecho público subjetivo condiciona la posibilidad de interponer un recurso ante el tribunal administrativo. Véase D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, coll. BSCP, t. 87, 2001, p. 41 y ss.

520 Véanse los autores citados por D. CAPITANT, tesis antes citada, p. 43, nota 81.

521 O. BÜHLER, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsprechung*, 1914, p. 224, citado por D. CAPITANT, *op. cit.* p. 43.

522 Esta teoría de la norma protectora, desarrollada en el Derecho administrativo alemán, ha sido aceptada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 27, 297, 17 de diciembre de 1969, p. 307, citado por D. CAPITANT, *op. cit.*, p. 53).

523 C. Autexier, *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, n° 209. Cf. también H. MAURER, *Droit administratif allemand. Allgemeines Verwaltungsrecht* (traducido del alemán por M. FROMONT), LGDJ, coll. Manuels, 1992, p. 156: "Se entiende por tal el poder jurídico concedido a un sujeto de derecho por una norma jurídica para exigir, con vistas a la

122. En Francia, el concepto es puramente doctrinal. El profesor Foulquier ha dado una definición muy completa, incorporando los principales elementos de la definición utilizada en Alemania. Para este autor, "un constituyente es titular de un derecho subjetivo cuando reúne las condiciones que le permiten ser considerado beneficiario de la facultad de exigir -reconocida por una norma general o individual, sin estar obligado a utilizar esta facultad, con una finalidad personal socialmente legítima- un determinado comportamiento de las personas públicas -que constituye el objeto de su obligación- para obtener una determinada ventaja moral o material que el ordenamiento jurídico, expresa o implícitamente, ha considerado lícita"⁵²⁴.
123. A partir de estos elementos, es posible definir el concepto teórico de derecho público subjetivo, a los efectos de este estudio, como una obligación jurídica que incumbe a la Administración, dirigida a proteger un interés particular y que afecta a un beneficiario identificado de forma abstracta.

I. Una obligación legal de la administración

124. En primer lugar, la libertad fundamental es una norma de derecho que obliga a la administración a adoptar una determinada actuación. Es una norma de efecto directo oponible a los poderes públicos.

A. Una norma jurídica

125. La libertad fundamental, entendida aquí desde la perspectiva del Derecho subjetivo, no tiene existencia propia o autónoma. El concepto sólo existe a través del Derecho objetivo y gracias a él⁵²⁵. Jean Dabin señaló que "en el lenguaje comúnmente aceptado hoy en día, tanto por los técnicos jurídicos como por los teóricos del Derecho, la expresión "derecho subjetivo" (...) significa una determinada prerrogativa establecida o reconocida por el Derecho objetivo en beneficio de un individuo (o de un grupo)"⁵²⁶. Se trata de una especie perteneciente al género de las prerrogativas reconocidas por el Derecho objetivo. No es más que un elemento de derecho objetivo atribuido a una persona jurídica⁵²⁷. Esta acepción corresponde perfectamente a la de libertad fundamental, que no existe independientemente del derecho.
126. Sólo las normas *jurídicas* pueden tener carácter de libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. La razón de ello es sencilla. Las libertades fundamentales vienen determinadas por los fundamentos jurídicos de la decisión judicial⁵²⁸. Sin embargo, por presunción, éstos sólo pueden proceder del propio ordenamiento jurídico: "los fundamentos jurídicos de las sentencias deben ser siempre y únicamente normas extraídas de la legislación, recogidas en artículos de la ley, Códigos y otras

satisfacción de sus propios intereses, que un tercero realice, tolere o se abstenga de realizar un acto determinado. Los derechos subjetivos pueden basarse en el derecho privado o en el derecho público. Aquí nos ocupamos de este último. *El derecho subjetivo público* es, por tanto -desde el punto de vista del ciudadano-, *la facultad jurídica conferida por el Derecho público a un particular para exigir del Estado, con vistas a perseguir la satisfacción de sus propios intereses, un determinado comportamiento*" (el subrayado es nuestro).

524 N. FOULQUIER, Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle, Dalloz, coll. NBT, 2003, p. 405.

525 Como escribe M. Maurer, "el Derecho *objetivo* y el Derecho *subjetivo* deben distinguirse estrictamente. El Derecho objetivo es la suma total de las normas jurídicas; constituye la base de las obligaciones jurídicas y, en su caso, de los derechos subjetivos que son su contrapartida" (H. MAURER, *op. cit.*, p. 157. Énfasis añadido).

526 J. DABIN, Le droit subjectif, *op. cit.*, p. 2.

527 Según Réglade, "el concepto de derecho subjetivo no es un concepto autónomo, independiente del de norma jurídica o derecho objetivo"; es "un aspecto o, por así decirlo, una emanación de la norma jurídica, denominada derecho objetivo" (M. REGLADE, *Valeurs sociales et concepts juridiques (norme et technique)*, Sirey, 1950, p. 85). Del mismo modo, para Kelsen, el derecho subjetivo no es más que el "reflejo" de una obligación jurídica, es decir, el producto de la reflexión, entendida en el sentido de la física. El derecho reflejo no es más que el reflejo de una obligación y, por tanto, no tiene existencia propia: "ese hecho que llamamos "derecho", o "derecho subjetivo" o "pretensión", de un individuo no es otra cosa que la obligación del otro o de los otros" (H. KELSEN, *Teoría pura, op. cit.*, p. 134). Así, "un derecho reflejo no puede existir sin la correspondiente obligación jurídica. Sólo cuando un individuo está jurídicamente obligado a realizar una determinada conducta frente a otro individuo, este último tiene un 'derecho' a esa conducta frente al primero. Debe decirse más: el 'derecho reflejo' de uno consiste única y exclusivamente en la obligación del otro" (*op. cit.*, pp. 135-136).

528 Como señala Charles Eisenmann, los fundamentos jurídicos de las decisiones judiciales son aquellos que "se refieren al ordenamiento jurídico (de una u otra manera)" (C. Eisenmann, "Jurisdiction et logique (selon les données du droit français)", en *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 480). Estos fundamentos jurídicos incluyen, junto a los elementos específicos, elementos generales y abstractos, es decir, "todos aquellos que se refieren al sentido del Estado de Derecho, que contribuyen a determinar su sustancia" (*ibid.*).

fuentes de derecho oficialmente establecidas"⁵²⁹. El fundamento normativo de las resoluciones judiciales sólo puede corresponder a normas legislativas o, mejor aún, a normas "legisladas, es decir, preestablecidas, preexistentes a cualquier intervención y actuación de los órganos jurisdiccionales"⁵³⁰. La solución judicial debe basarse en la ley - en el sentido más amplio; "sólo puede determinarse por sus normas, deducidas únicamente de sus disposiciones, con exclusión de todas las demás categorías posibles y, sobre todo, con exclusión de las normas creadas, incluso "extraoficialmente", por el propio juez; es únicamente en la "ley" donde debe buscar - y donde encontrará - las bases normativas de sus sentencias"⁵³¹. El juez de medidas provisionales no puede, por tanto, descubrir las libertades fundamentales fuera de las fuentes del Derecho. La norma debe preexistir a su intervención. Por tanto, las libertades fundamentales no pueden buscarse fuera del Derecho positivo. Las libertades fundamentales son, y sólo pueden ser, normas jurídicas. "No hay derechos, en el sentido jurídico del término, sino a través de la ley"⁵³². Según los principios que rigen el modo de producción de las normas en nuestro ordenamiento jurídico, la naturaleza jurídica de una norma se define por su inclusión en el ordenamiento jurídico del Estado, su pertenencia al sistema jurídico del Estado: "sólo la norma aceptada y promulgada por el Estado constituye una norma de Derecho propiamente dicha"⁵³³. Es el Estado, y sólo el Estado, el que decide reconocer los derechos y libertades de los individuos⁵³⁴. Dado que el derecho positivo se limita al derecho estatal, las libertades fundamentales no pueden originarse fuera del ordenamiento jurídico. En consecuencia, las aspiraciones individuales o colectivas no reconocidas por la ley no pueden calificarse como tales. Como afirmó Carré de Malberg, "una facultad, incluso natural, del individuo, mientras no haya sido reconocida, proclamada y sancionada por la ley del Estado, permanece sin valor"⁵³⁵. Debe existir una norma de derecho positivo, ya sea una norma textual como para el derecho de asilo o la libertad de reunión, o una norma judicial como para la libertad personal. En ausencia de tal obligación legal, no puede caracterizarse ninguna libertad fundamental. Por ejemplo, si el acceso a la enseñanza superior no puede considerarse una libertad fundamental⁵³⁶, es porque, como señala el Comisario del Gobierno, dicho acceso "no está garantizado por ningún texto"⁵³⁷. Dado que ninguna fuente jurídica consagra la existencia

529 C. EISENMANN, *op. cit.* p. 484.

530 C. EISENMANN, *op. cit.* p. 485.

531 C. EISENMANN, *op. cit.* p. 485.

532 S. GOYARD-FABRE, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, PUF, coll. Thémis philosophie, 1992, p. 282. Énfasis añadido. El principio es aceptado por todos los autores para las expresiones próximas a los derechos fundamentales, las libertades públicas y los derechos humanos. Para M. Braud, "no hay más libertades públicas que las "nombradas" por la ley, es decir, las explícitamente establecidas por una norma" (P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, coll. BDP, t. 76, 1968, p. 271). Del mismo modo, según M. Colliard, "Les libertés publiques n'existent qu'en droit positif et que par le droit positif (...)" (C.-A. COLLIARD, *Libertés publiques*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 1989, p. 16). Según la Sra. Lochak, "los derechos humanos no tienen existencia real si no son tenidos en cuenta por el derecho positivo" (D. LOCHAK, "L'étranger et les droits de l'homme", en *Service public et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 615). Para M. Mourgeon, "el reconocimiento de los derechos es la condición inicial de su efectividad y exigibilidad, ya que sin él los derechos no pueden invocarse ni utilizarse" (J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, PUF, coll. QSJ, 2003, p. 67). Lo mismo ocurre con el concepto teórico de "derecho fundamental" (véase, en particular, S. DEFIX, *Le concept de droits fondamentaux. Contribution à la détermination d'un droit constitutionnel européen des droits fondamentaux*, tesis Clermont-Ferrand I, 1999, pp. 72 y ss. MOREL, "Protection des droits fondamentaux et systèmes juridiques", en *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, AUPELF - UREF, 1994, p. 318). Los propios autores jusnaturalistas admiten que "la necesidad de respetar los derechos fundamentales implica su reconocimiento en un instrumento jurídico. Esta es la única condición que permite a los individuos invocar sus derechos ante los tribunales" (W. SABETE GHOBRIAL, *De l'obligation de la reconnaissance constitutionnelle des droits fondamentaux. A la recherche d'un fondement de l'obligation*, tesis Bordeaux I, 1994, p. 139). M. Picard reconoce que no se trata de "sostener que los tribunales ordinarios deberían tener la facultad de inventar repentinamente nuevos derechos fundamentales que nunca han sido consagrados en ninguna parte (...)" (E. Picard, "L'émergence des droits fondamentaux en France", *AJDA* 1998, número especial, p. 41).

533 R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (1920-1922), Bibliothèque Dalloz, reeditado en 2003, t. 1, p. 240: "En nuestras sociedades modernas, el derecho 'positivo' es aquel que es refrendado como tal por los poderes públicos conforme a los criterios que ellos mismos establecen a tal efecto" (D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit?*, Odile Jacob, 1997, p. 163). De este modo, "una norma sólo forma parte de un ordenamiento jurídico porque ha sido establecida de conformidad con las disposiciones de otra norma de dicho ordenamiento" (H. KELSEN, *Teoría pura*, *op. cit.*, p. 235). De ello se deduce que "una norma cuya creación no está regulada en modo alguno por una norma superior no puede considerarse establecida en el marco del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no puede formar parte de dicho ordenamiento" (*op. cit.*, p. 236).

534 El Estado "se atribuye el control del proceso de reconocimiento y codificación de los derechos: sigue siendo libre, en última instancia, de determinar como mejor le parezca la naturaleza y el alcance de los derechos que reconoce a las personas que viven en su territorio" (D. LOCHAK, "L'étranger et les droits de l'homme", *op. cit.*, pp. 615-616).

535 R. CARRE DE MALBERG, *Contribution...*, *op. cit.* p. 240. Mientras los valores, intereses o exigencias "no se incorporen al derecho positivo, no son realmente derechos fundamentales; son la expresión de un espíritu sin fuerza" (G. PECES-BARBA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 40).

536 CE, 18 de octubre de 2002, *Caunes-Rey*, n° 249678.

537 Dictamen no publicado de R. Schwartz sobre CE, 18 de octubre de 2002, *Caunes-Rey*, n° 249678.

de tal derecho, el juez administrativo no puede considerarlo como una libertad fundamental.

Como, además, la norma debe ser anterior a la intervención del juez, éste no puede deducir la existencia de una libertad fundamental del concepto general de libertad. Una libertad fundamental no es la libertad en general. Cuando una actividad no se ha establecido como libertad jurídica, es lícita y tolerada, pero no goza de un reconocimiento específico. Es, como suele decirse, una libertad "innominada", una de las múltiples caras de la libertad. Las libertades innominadas "no están previstas en ningún texto y (...) resultan simplemente del principio general de libertad consagrado en el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano"⁵³⁸. Las libertades "innominadas" se oponen a las libertades "nominadas": aquellas cuya existencia está específicamente reconocida por una norma jurídica. Como señaló M. Teitgen, "las libertades que no son nombradas por el derecho positivo (...) no tienen más garantías que la garantía de principio que la *Declaración de los Derechos Humanos* otorga a la libertad individual en general"⁵³⁹. Pueden ejercerse en virtud del principio liberal según el cual no puede impedirse todo lo que no está prohibido por la ley. Pero no pueden considerarse libertades fundamentales. Esta solución se estableció hace tiempo en el contexto de las agresiones con lesiones. Los tribunales se niegan a reconocer como libertades fundamentales libertades innominadas como el derecho de todo ciudadano a visitar monumentos históricos⁵⁴⁰. Sólo las libertades nominativas tienen sustancia jurídica y, como tales, constituyen auténticas normas de Derecho. La existencia de una libertad fundamental no puede deducirse de la ausencia de una orden o prohibición; se requiere la protección directa del beneficiario. En consecuencia, sería cuestionable pretender establecer la existencia de libertades fundamentales sobre la base de la libertad general proclamada en los artículos 2 y 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Si bien el Consejo Constitucional ha podido, a través de una interpretación constructiva, derivar de estas disposiciones derechos y libertades que están ausentes del texto constitucional⁵⁴¹, el juez de medidas provisionales no podía, habida cuenta de su cargo, proceder de la misma manera. Nada le impide calificar de libertad fundamental un derecho o libertad extraído por el Consejo Constitucional de dichas disposiciones y que, como tal, representa una norma preexistente a su intervención. En cambio, sería discutible que el juez de medidas provisionales, resolviendo en un plazo de 48 horas, se reconociera a sí mismo la facultad de crear derechos y libertades sobre la base de estas disposiciones si nunca han sido reconocidas previamente por el Consejo Constitucional - o por el Conseil d'Etat resolviendo el litigio - y, en consecuencia, no preexisten a su intervención.

127. No obstante, cabe preguntarse si, a semejanza de la técnica utilizada a veces para descubrir los principios generales del derecho, el juez de medidas provisionales puede extraer una libertad fundamental de una serie de disposiciones convergentes⁵⁴². Durante los trabajos preparatorios, el ponente del proyecto de ley en la Asamblea Nacional se refirió muy evasivamente a la técnica de los principios generales del derecho en relación con las libertades fundamentales⁵⁴³. Así las cosas, aunque es concebible una comparación con la teoría de los principios generales del derecho, sólo puede ser parcial debido a la diferencia muy significativa que existe, desde el punto de vista del modo de aparición, entre el descubrimiento de un principio general del derecho y el reconocimiento de una libertad fundamental.

Los principios generales del derecho se crean con relativa libertad, y el texto del que se derivan no tiene por qué ser aplicable a la administración. Por otra parte, como se ha establecido anteriormente, una libertad fundamental sólo puede reconocerse si existe una norma jurídica y es oponible a la administración antes de la intervención del juez de medidas provisionales. A este respecto, la consagración de un principio general de derecho exigirá a veces al juez administrativo un gran trabajo de creación, en la medida en que hace exigible a la administración una obligación que no lo era antes de la intervención del juez⁵⁴⁴. El establecimiento del principio

538 J.-M. Auby y R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, t. 1, 3^{ème} ed, LGDJ, 1984, p. 687.

539 P.-H. TEITGEN, *La police municipale. Etude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, Sirey, 1934, p. 132. Énfasis añadido.

540 Véase concl. GAZIER sobre CE, 18 de noviembre de 1949, *Carlier*, RDP 1950, p. 172.

541 Por ejemplo, el artículo 4 de la Declaración de 1789 sirvió de base para el reconocimiento de la libertad de empresa (CC, n° 81-132 DC, cons. 16, *Rec.* p. 18; CC, n° 98-401 DC, 10 de junio de 1998, cons. 3, *Rec.* p. 258). Se ha afirmado que en la jurisprudencia constitucional esta disposición estaba destinada a desempeñar un papel comparable al de la libertad general de actuar del artículo 2.1 de la Ley Fundamental alemana, el de un *Auffanggrundrecht* (derecho fundamental neto) que permite la protección de determinados derechos y libertades no incluidos en el texto constitucional pero susceptibles de estar vinculados a la idea general de libertad (véase en este sentido T. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, LGDJ, coll. BSCP, vol. 112, 2003, pp. 146 y ss.)

542 Este proceso de reconocimiento por síntesis es una de las cuatro formas de reconocer un principio general del derecho. Sobre las diferentes formas de creación de los principios generales del derecho, véase J.-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Dalloz, coll. NBT, 2003, p. 383 y ss.

543 Véase el artículo 77.

544 Es cierto que se ha afirmado que "los principios no escritos siempre se han derivado en mayor o menor medida de las normas escritas" (J.-M. BELORGEY, "La place des principes non écrits dans les avis et les décisions du Conseil d'Etat français", *RA* 1999, número especial 4, p. 79), que "el principio general del derecho es deducido por el juez del derecho existente" (B. GENEVOIS, "Principes généraux du droit", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 2000, n° 36) o que estos

crea una nueva obligación jurídica para la administración. Si tomamos el ejemplo de la sentencia *Ville de Toulouse* de 23 de abril de 1982⁵⁴⁵, antes de consagrarse como principio general del derecho, el derecho a un salario al menos igual al salario mínimo interprofesional de crecimiento no era más que una disposición del Código del Trabajo que, como tal, no podía hacerse valer frente a la administración. A raíz de esta decisión, se ha impuesto a las autoridades una nueva obligación legal que antes no existía.

Por otra parte, cuando un tribunal reconoce una libertad fundamental, no crea una nueva norma u obligación jurídica; existe antes de que intervenga el tribunal y ya es oponible a la administración en virtud de un texto o de la jurisprudencia. El juez se limita a matizarla. No se inspira en el espíritu de las disposiciones legislativas, sino en las propias disposiciones. La obligación era exigible frente a él; sólo sigue siendo exigible a través de la categoría de las libertades fundamentales. Si bien ya no se discute que el juez administrativo es la fuente del derecho⁵⁴⁶, no puede, sin erigirse en verdadera fuente de las libertades fundamentales, reconocer este estatuto a "derechos", "libertades" o "garantías" que nunca han sido declarados oponibles a la autoridad administrativa. Además, si bien es concebible que el Conseil d'Etat pueda aplicar la ley en el marco de un recurso sobre el fondo, sería inconcebible prever un poder de creación tan amplio en manos de un juez que resuelve solo y en 48 horas. El juez no puede oponer a la administración una norma que el legislador no le ha hecho aplicable, por ejemplo, una disposición del Código del Trabajo que el juez administrativo le exigiría cumplir por primera vez, es decir, sin habérsela aplicado previamente mediante los principios generales del derecho. Por tanto, el poder creativo del tribunal en este ámbito es limitado. Si el tribunal puede identificar una libertad fundamental mediante la cristalización de disposiciones convergentes, sólo podrá hacerlo sobre la base de disposiciones *expresamente aplicables* a la administración antes de su intervención.

La jurisprudencia relativa al artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa presenta dos aplicaciones. En primer lugar, el juez utilizó esta técnica de reconocimiento-síntesis para definir un elemento constitutivo de una libertad fundamental. El juez se refirió a un "derecho a beneficiarse de un procedimiento de examen de la propia solicitud de asilo que respete las garantías que deben acompañarle"⁵⁴⁷. Este componente del derecho de asilo se deduce no de una disposición específica, sino de todas las garantías concedidas al interesado en este ámbito, que exigen la posibilidad de estar presente durante el examen de su solicitud para poder aportar las justificaciones requeridas y responder a las preguntas de las autoridades encargadas del caso. En segundo lugar, el juez de medidas provisionales parece haber reconocido la existencia de una libertad fundamental sobre la base de disposiciones convergentes que garantizan su protección. En el auto *Peqini de 29* de julio de 2003, el juez de medidas provisionales afirmó que "tal inobservancia de las normas que rigen la extradición constituye una violación grave de *una libertad*

principios se descubren "por cristalización de elementos latentes en el derecho existente" (S. HUBAC y J.-E. SCHOETTL, *chron. under CE*, Ass. 11 julio 1984, *Surbini*, *AJDA* 1984, p. 543). Sin embargo, es cierto que antes de su consagración por el juez, estos principios no tienen como tales una existencia jurídica. La fuente formal de los principios generales del derecho sólo puede ser el propio tribunal administrativo (R. CHAPUS, "De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif", *D.* 1966, *chron.* n° XX, pp. 99-106, especial p. 104). Como señala el profesor Moderne, "no es en absoluto seguro que estos principios se encuentren en una especie de estado latente en un sistema jurídico antes de ser identificados y proclamados oficialmente por una autoridad cualificada" (F. MODERNE, "Légitimité des principes généraux du droit", *RFDA* 1999, p. 728). Por el contrario, representan una creación normativa por parte del juez: "antes de ser enunciados por él, los principios generales del derecho no tienen existencia jurídica" (P. WACHSMANN, "La volonté de l'interprète", *Droits* 1999/28, p. 36). Como afirma M. Jeanneau, el juez hace que "los datos brutos utilizados sufran una verdadera transformación, dándoles así acceso a la vida jurídica" (B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954, p. 123).

545 CE, Secc. 23 abril 1982, *Ville de Toulouse c/ Aragnou, Lebon* p. 151, concl. D. LABETOUILLE.

546 Los doctrinarios se han resistido durante mucho tiempo a reconocer el poder normativo de la jurisprudencia (véase M. Waline, "Le pouvoir normatif de la jurisprudence", *La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, t. 2, LGDJ, 1950, pp. 613 y ss. DUPEYROUX, "La jurisprudence, source abusive de droit", en *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz Sirey, 1960, pp. 349-377; J. ROCHE, "Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence", *AJDA* 1962, pp. 532 y ss.; *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux de l'association Henri Capitant, Economica, 1980). El Conseil d'Etat relativizó su función creadora recurriendo a la manida estratagema, el sofisma tradicional según el cual la jurisprudencia se compone de "principios que el juez formaliza pero que preexisten a su intervención" (H. Savoie, concl. sobre CE, Ass., 6 de febrero de 1998, *Tête et association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, *RJDA* 5/98, n° 669, p. 387). El Conseil d'Etat no pretende ser el autor de los principios generales del derecho. Se presenta como servidor de un conjunto de normas no escritas que le vienen impuestas desde el exterior y que "se limita a observar" (M. LETOURNEUR, "Les principes généraux dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", *EDCE* 1949, nota p. 31). Hoy en día, esta presentación ha cambiado. Como señala M. Morvan, "el mito de la preexistencia de los principios (en particular los "principios generales del derecho" establecidos desde 1945 por el Conseil d'Etat) ya no abusa de ningún observador y ha sido definitivamente criticado" (P. Morvan, "En droit, la jurisprudence est une source de droit", *RRJ* 2001/1, p. 83, nota 27). Los propios tribunales afirman que la jurisprudencia es una fuente de derecho al igual que la ley. Por ejemplo, en la sentencia *Tête* antes citada, el Conseil d'Etat aceptó una excepción de ilegalidad en relación con el Derecho comunitario basada no en una ley, sino en su propia jurisprudencia, declarando que "las normas nacionales aplicables en la fecha de la decisión impugnada (...) no eran compatibles con los objetivos de la Directiva de 18 de julio de 1989; por lo tanto, no pueden servir de base jurídica a la decisión impugnada". Sobre esta cuestión, véase en general el estudio del profesor Morvan antes citado, pp. 77-110.

547 CE, ord. 25 noviembre 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ Nikoghosyan, Lebon T.* p. 927.

fundamental"⁵⁴⁸. Esta fórmula se presta a dos interpretaciones. O bien el derecho a ser extraditado respetando las normas que rigen la extradición es una libertad fundamental. A este respecto, cabe señalar que el demandante alegó que se había vulnerado su "libertad de ir y venir, su seguridad y el *derecho a ser extraditado con arreglo a las garantías procesales*". O bien la Administración había vulnerado una libertad fundamental a la que el juez de medidas cautelares no se refirió expresamente, que podría ser la libertad de circulación o la libertad personal - a la que luego se hace referencia en la resolución, pero sólo para matizar la urgencia⁵⁴⁹. Si se adoptara la primera interpretación, significaría que el juez habría identificado esta libertad sobre la base de una síntesis de los distintos textos y principios jurisprudenciales aplicables a la materia, que forman en su conjunto las "normas que regulan la extradición" a las que se refiere el juez.

Sin embargo, no basta con que exista una norma jurídica para que constituya una libertad en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. En el caso de un derecho *público* subjetivo, también es necesario que dicha norma sea vinculante para la autoridad pública, es decir, que la obligación jurídica que conlleva sea directamente exigible frente a la autoridad administrativa.

B. Una norma jurídica directamente oponible a la administración

128. Las libertades fundamentales, en el sentido del artículo L. 521-2, tienen su fuente en una norma oponible a los poderes públicos. Esto significa que la administración debe ser responsable del derecho o libertad en cuestión, pero también que los particulares deben poder invocarlos ante los tribunales ordinarios⁵⁵⁰.

1. El requisito del efecto directo

129. El requisito del efecto directo fue formulado expresamente por los comisarios del Gobierno y el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat.

Pascale Fombeur lo mencionó por primera vez en su dictamen sobre la sentencia *Casanovas*. La Sra. Fombeur

⁵⁴⁸ CE, ord. 29 julio 2003, *Pegini, Lebon* p. 345.

⁵⁴⁹ El juez declaró que, "dada la importancia para la libertad individual de las garantías que rodean el procedimiento de extradición, se cumple la condición de urgencia (...)".

⁵⁵⁰ Cabe señalar que este requisito de que las normas sean justiciables también se encuentra en ordenamientos jurídicos extranjeros. En Alemania, por ejemplo, "la característica esencial de un derecho fundamental es que sea justiciable" (C. Autexier, *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, n° 109). "Un enunciado que no puede ser aplicado por un juez deja siempre perplejo al jurista alemán, que no lo considerará un derecho fundamental, sino, en el mejor de los casos, un objetivo asignado a la acción del Estado" (*ibid.*). En España, la Constitución distingue tres series de disposiciones. Los "derechos fundamentales y libertades públicas" (sección 1^{era} del capítulo 2 del título 1^{er}) pueden invocarse ante los tribunales ordinarios y están protegidos por el recurso de *amparo*. Los "derechos y deberes de los ciudadanos" (sección segunda del capítulo 1 del título 1^{er}) también pueden invocarse ante los tribunales ordinarios, pero no tienen garantizado el *amparo*. Por último, la Constitución se refiere a los "principios rectores de la política social y económica" (capítulo 3 del título 1^{er}), que incluyen la obligación de los poderes públicos de garantizar la protección de la familia (artículo 39), la acción de los poderes públicos para promover el desarrollo económico y social (artículo 40), el "derecho a la protección de la salud" (artículo 43) y el "derecho" de acceso a la cultura (artículo 44). El artículo 53-3 de la Constitución establece que los principios rectores de la política social y económica "pueden ser simplemente invocados ante los tribunales ordinarios en los términos definidos por las leyes que los desarrollan". Por tanto, "no se trata de auténticos derechos subjetivos *stricto sensu* que los ciudadanos puedan hacer valer directamente ante los poderes públicos", sino de "mandatos constitucionales cuyo destinatario directo es, ante todo, el legislador" (M. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER y J. LEGUINA VILLA, "Informe español", *AJJC* 1990/VI, p. 123). En Colombia, la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución se limita a los "derechos fundamentales" que son "de aplicación inmediata" en virtud del artículo 85. Los demás derechos constitucionales no gozan de esta particularidad. Los demás derechos constitucionales no gozan de esta protección especial (véase R.A. BREWER CARIAS, "La justice constitutionnelle et le pouvoir judiciaire", en *Études de droit public comparé*, Bruylant, 2001, p. 1082). En Portugal, "sólo son *directamente aplicables* los preceptos constitucionales relativos a los 'derechos, libertades y garantías' (y los derechos fundamentales de naturaleza análoga). Esto significa básicamente (...) que el contenido y alcance de estos derechos se determinan a nivel constitucional, de modo que corresponde a los operadores jurídicos (ya sea la Administración o los Tribunales) aplicarlos, aunque no exista una ley que les dé forma concreta; en cambio, la configuración exacta y el alcance de los derechos 'sociales' siguen dependiendo de la intervención legislativa posterior, que les da forma y configuración concretas, y sólo entonces adquieren su plena eficacia y exigibilidad" (J.-M. CARDOSO DA COSTA, "Informe portugués", *AJJC* 1990/VI, VIII: *Conferencia de Tribunales Constitucionales*, Ankara 7-10 de mayo de 1990, p. 181. Subrayado). En consonancia con la división entre estos dos tipos de normas, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea distingue entre "derechos", que deben respetarse, y "principios", cuya aplicación debe promoverse.

afirma que "el derecho al empleo no es evidentemente un derecho cuyo beneficio pueda reclamarse directamente ante un tribunal ordinario; *a fortiori*, no se verá como una libertad fundamental para la aplicación del artículo L. 521-2"⁵⁵¹. Así pues, se establece expresamente una correlación entre el efecto directo del reglamento y su admisibilidad al procedimiento del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. En el caso que nos ocupa, el derecho al empleo recogido en el apartado 5^{ème} del Preámbulo de la Constitución de 1946, el hecho de que esta disposición no pueda invocarse ante los tribunales ordinarios es un obstáculo para que se reconozca como libertad fundamental. Este razonamiento pretende limitar el alcance de las libertades fundamentales a aquellos derechos y libertades que un demandante puede hacer valer directamente ante un tribunal ordinario. Por tanto, excluye las normas constitucionales que sólo vinculan al legislador. Isabelle de Silva también afirmó este requisito de exhaustividad en su dictamen sobre la sentencia *Tliba*. Para la Sra. de Silva, la calificación de libertad fundamental debe descartarse cuando "el derecho está formulado en términos muy generales, o implica una obligación por parte del Estado cuyos contornos son difíciles de determinar, o se asemeja a una declaración de intenciones - pensamos en el 'derecho al empleo' o en el 'principio de igualdad ante las cargas derivadas de catástrofes nacionales' (...)"⁵⁵². Esta exigencia no se limita a las normas constitucionales. También en el ámbito de las normas de Derecho internacional, debe conducir a la exclusión del reconocimiento de una libertad fundamental para "las obligaciones impuestas a los Estados o formuladas en términos demasiado generales" para que el Conseil d'Etat pueda reconocerles un efecto directo en beneficio de los particulares⁵⁵³. "A la inversa, una estipulación que produce efectos directos en beneficio de los particulares podría, en ciertos casos, encubrir un derecho o una libertad fundamental (...)"⁵⁵⁴.

La exigencia de efecto directo de la norma de libertad fundamental fue entonces explícitamente afirmada por el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat en un auto de 3 de mayo de 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*⁵⁵⁵. Las asociaciones demandantes pidieron al juez administrativo que reconociera como libertad fundamental un "derecho" a la vivienda, que habían visto consagrado en el derecho constitucional y convencional. Los demandantes se basaban, en primer lugar, en un objetivo de valor constitucional: la posibilidad para todos de disponer de una vivienda digna⁵⁵⁶; y, en segundo lugar, en "las estipulaciones relativas al acceso a la vivienda de las personas contenidas en determinados convenios internacionales ratificados por Francia"⁵⁵⁷. El juez de medidas provisionales se negó a ver en estas disposiciones el reconocimiento de un derecho a la vivienda que los particulares pudieran reclamar ante los tribunales ordinarios. Estas disposiciones no crean una obligación jurídica directamente oponible a los poderes públicos y, por consiguiente, no confieren a los particulares un derecho a obtener una vivienda de la administración. La redacción de la ordenanza es especialmente explícita a este respecto. En cuanto a la fuente internacional, el juez señala que las estipulaciones invocadas "crean obligaciones únicamente entre los Estados partes en estos convenios y no producen efectos directos frente a los particulares". En cuanto a la fuente constitucional, la posibilidad de que toda persona disponga de una vivienda digna representa un objetivo impuesto al legislador, pero en ningún caso un derecho subjetivo que pueda invocarse ante los tribunales ordinarios. Al consagrar un objetivo, afirmó el juez de medidas cautelares, el Consejo Constitucional "no consagró la existencia de un derecho a la vivienda con rango de principio constitucional"⁵⁵⁸. En ambos casos, la falta de efecto directo

551 P. Fombeur, concl. sobre CE, Secc. 28 febrero 2001, *Casanovas*, RFDA 2001, p. 402.

552 I. DE SILVA, concl. sobre CE, Secc. 30 octubre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFDA 2002, p. 329.

553 I. DE SILVA, *op. cit.* p. 330.

554 Ibid.

555 CE, ord. 3 de mayo de 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, Lebon p. 168, AJDA 2002, pp. 818-821, nota E. DESCHAMPS

556 Reconocido por el Consejo Constitucional en la decisión *Diversité de l'habitat* (CC, nº 94-359 DC, 19 de enero de 1995, Rec. p. 176) y confirmado posteriormente (véase CC, nº 98-403, 29 de julio de 1998, Rec. p. 276).

557 La decisión no proporciona ninguna información sobre los convenios en cuestión. No obstante, la Sra. Deschamps (véase más arriba) indica que se había invocado ante el tribunal de primera instancia el artículo 21 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Esta disposición dice lo siguiente: "En materia de alojamiento, los Estados contratantes, en la medida en que esta cuestión esté prevista por las leyes y reglamentos o sujeta a la vigilancia de las autoridades públicas, concederán a los refugiados que residan legalmente en su territorio un trato tan favorable como sea posible; este trato no será en ningún caso menos favorable que el concedido, en las mismas circunstancias, a los extranjeros en general".

558 Como afirma M. Zitouni, "aunque los poderes públicos deben esforzarse por alcanzar este objetivo, sin estar sujetos a una obligación de resultado", los particulares no pueden "hacer valer un derecho subjetivo a obtener una vivienda" (F. ZITOUNI, "L'enrichissement du droit au logement", en *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat* (GRIDAUH dir.) Dalloz, 2001, p. 173). La posibilidad de acceder a una vivienda digna incumbe al legislador y no a la administración. "Se trata de un objetivo asignado al legislador por la Constitución, con vistas a satisfacer mejor el derecho fundamental a la dignidad humana. Por lo tanto, no existe un derecho fundamental a una vivienda digna, en la medida en que la Constitución no lo enuncia en ninguna parte" (J. Tremeau, nota en CC, nº 98-403 DC, 29 de julio de 1998, RFD 1998, p. 767). Una interpretación idéntica prevalece, en cuanto al alcance de esta norma, en los litigios constitucionales extranjeros. El artículo 47 de la Constitución española establece: "Todos los españoles tienen derecho a una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos contribuirán a crear las condiciones necesarias y establecerán las normas adecuadas para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación". En la misma línea, el artículo 65 de la Constitución portuguesa establece que "toda persona tiene derecho, para sí y su familia, a una vivienda de

de la norma es un obstáculo para su reconocimiento como libertad fundamental. El juez de medidas cautelares sólo otorga este estatus a las normas que confieren derechos reales a sus beneficiarios.

130. En otras palabras, las libertades fundamentales son normas autoejecutables. Deben ser autosuficientes y poseer las cualidades necesarias para conferir a los individuos derechos que puedan invocarse directamente ante los tribunales. Este criterio lleva a excluir de la categoría de libertades fundamentales las normas jurídicas⁵⁵⁹ que, al no estar destinadas a crear derechos para los individuos, no son directamente invocables ante los tribunales ordinarios⁵⁶⁰. Según la definición dada por la Sra. Tigroudja, "una norma jurídica incompleta o inaplicable es (...) aquella que, por su naturaleza (imprecisa y general) y/o su finalidad (por ejemplo, regular el ejercicio de un derecho), requiere la intervención posterior de los poderes públicos y, en particular, con mayor frecuencia, del legislador"⁵⁶¹. Sin embargo, este criterio no excluye automáticamente del ámbito de las libertades fundamentales cualquier norma constitucional o convencional que no tenga efecto directo. El legislador aún puede adoptar medidas para aplicar dichas normas, en cuyo caso dará pleno efecto a las disposiciones constitucionales e internacionales que no lo tengan. En este caso, los derechos y libertades pueden hacerse valer ante los tribunales ordinarios, pero sólo dentro de los límites de las leyes aprobadas por el Parlamento para prever su aplicación. Sólo a través de la ley pueden invocarse ante los tribunales ordinarios los derechos y libertades proclamados en disposiciones que no tienen efecto directo. De lo anterior se desprende que una disposición sólo puede considerarse una libertad fundamental si ella misma tiene efecto directo o, en su defecto, ha sido objeto de medidas de ejecución que la hagan directamente aplicable. Por lo tanto, pueden darse tres situaciones.

2. Tres situaciones

dimensiones adecuadas, que responda a las normas de higiene y comodidad y que preserve la intimidad personal y familiar". Como señala Laurence Gay, "ni el objetivo en Francia, ni los principios escritos o pretorianos sobre el "derecho a la vivienda" en el extranjero se interpretan en el sentido de dar directamente la posibilidad de obtener un techo" (L. GAY, "Propriété et logement. Réflexions à partir de la mise en œuvre du référé-liberté" (2^{nde} partie), *RFDC* 2003, p. 544). El Tribunal de Apelación de París consideró que la posibilidad de que todas las personas dispongan de una vivienda digna debe ser aplicada por el legislador y no justifica las infracciones del derecho de propiedad derivadas de la ocupación de un edificio privado (CA París, 26 de noviembre de 1997, *D.* 1998, IR. 6, citado por A. LEVADE, "L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable", en *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 699). Aunque el juez ordinario no pueda aplicar este objetivo, es sin embargo libre de inspirarse en él o de tomarlo en consideración como argumento superabundante. Véase CAA Nancy, 4 de diciembre de 2003, *Commune de Verdun*, *AJDA* 2004, pp. 82-83: el tribunal aplicó las disposiciones de la Ley de 31 de mayo de 1990, conocida como "Ley Besson", a la luz de este objetivo para concluir que se había incumplido la exigencia de una vivienda digna y considerar responsable a la Commune de Verdun por este motivo. El Tribunal afirmó "que los viajeros, a falta de instalaciones adecuadas en el terreno en cuestión, accesorios indispensables de sus caravanas, no se beneficiaron de un alojamiento decente cuando hicieron escala en el territorio de la Comuna de Verdún".

559 Hay que distinguir entre normatividad, que es la capacidad de producir efectos jurídicos, y aplicabilidad, que se refiere al efecto directo o invocabilidad de la norma. Una norma que no produce efectos directos es, no obstante, una norma jurídica. Como señaló Doyen Vedel, "la imprecisión de la disposición no elimina su carácter normativo" (G. VEDEL, "La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité", en *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, coll. Recherches politiques, 1989, p. 55). Las normas de carácter incompleto constituyen reglas de derecho; sin embargo, no vinculan a la administración con respecto a los particulares. Aunque estén dirigidas al Estado (en el caso de compromisos internacionales que crean obligaciones sólo entre Estados) o al legislador (en el caso de objetivos de valor constitucional, leyes-programa y otros compromisos plurianuales), constituyen no obstante obligaciones jurídicas que pueden ser sancionadas por los tribunales. Véase, para una declaración de inconstitucionalidad por desconocimiento de un objetivo de valor constitucional: CC, n° 86-210 DC, 29 de julio de 1986, cons. 23, *Rec.* p. 110.

560 Los derechos son directamente aplicables si su consagración "es suficiente para generar derechos subjetivos que los particulares puedan hacer valer efectivamente frente a los poderes públicos" (E. WILLEMART, "La valorisation formelle des droits fondamentaux: une tradition européenne commune?", *Annales de droit de Louvain*, 1997, p. 394).

561 H. TIGROUDJA, "Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux", *AJDA* 2003, p. 156. En general, este criterio, bien conocido por los internacionalistas, no se limita a los compromisos internacionales. De hecho, es un requisito que debe cumplir cualquier norma que un litigante pretenda invocar ante un tribunal ordinario. La plenitud de la norma es un criterio de aplicabilidad de cualquier norma jurídica. "Sería erróneo hacer del criterio de la perfección de la norma una condición del efecto directo de ésta, que es propio del derecho de los compromisos internacionales. En efecto, si bien es cierto que el juez administrativo utiliza este criterio para descartar la aplicabilidad directa de disposiciones internacionales consideradas demasiado vagas o generales para ser vinculantes, procede del mismo modo cuando se enfrenta a normas internas de esta calidad" (*ibíd.*). El criterio de exhaustividad de la norma encuentra su justificación teórica en el principio de separación de poderes. Al distinguir entre el autor de la norma y el órgano encargado de aplicarla, este principio confía al juez la tarea de aplicar el Derecho y no de crearlo. El juez - y en particular el juez de medidas provisionales - no puede, sin extralimitarse en sus competencias, estimar una demanda sobre la base de una norma que el legislador no ha querido hacer oponible a la autoridad administrativa.

131. Hay que distinguir si la disposición controvertida tiene efecto directo, carece de efecto directo o, por último, carece de efecto directo pero ha sido aplicada por el legislador.

a. Efecto directo

132. La primera situación corresponde a las normas jurídicas que tienen efecto directo en sí mismas. Esta categoría está constituida por normas que, por su carácter global, confieren a sus beneficiarios prerrogativas directamente invocables ante los tribunales.
133. La norma de apoyo puede ser, en primer lugar, una disposición legislativa. Es el caso, por ejemplo, de la libertad de reunión. Su fuente es el artículo 1^{er} de la ley de 30 de junio de 1881, que proclama solemnemente en su artículo 1^{er} que "Las reuniones son libres". Esta disposición es directamente aplicable. Del mismo modo, al prever que una persona sometida a una orden de ingreso involuntario tiene "en cualquier caso" derecho "a comunicarse con las autoridades mencionadas en el artículo 3222-4", el artículo L. 3211-3 del Código de Salud Pública confiere directamente al paciente el derecho a comunicarse con las autoridades administrativas y judiciales. Cabe señalar una particularidad en relación con el derecho al consentimiento médico, que se estableció sobre la base de dos fuentes legislativas distintas, de las cuales sólo una es formalmente aplicable a la administración: por un lado, el artículo L. 1111-4 del Código de Salud Pública y, por otro, el artículo 16-3 del Código Civil⁵⁶². Sin embargo, es razonable pensar que esta segunda disposición sólo desempeña aquí un papel de apoyo y se menciona principalmente para justificar el carácter fundamental de este derecho. Además, no volverá a mencionarse en decisiones posteriores, basándose el juez únicamente en las disposiciones del Código de Salud Pública⁵⁶³.
134. La norma de libertad fundamental también puede encontrar su fuente en una disposición escrita de la Constitución, siempre que tenga efecto directo. Por ejemplo, el apartado 7^o del preámbulo de la Constitución de 1946, que consagra el derecho de huelga, ha sido reconocido desde hace tiempo como una disposición con efecto directo⁵⁶⁴. Del mismo modo, el principio de libre administración de los entes locales se basa en el artículo 72 de la Constitución, al que los tribunales administrativos han reconocido efecto directo⁵⁶⁵.
135. La libertad también puede encontrar su fuente en un principio no escrito. Es el caso, por ejemplo, de la libertad personal, establecida como principio de valor constitucional en 1988⁵⁶⁶. Del mismo modo, el derecho a llevar una vida familiar normal tiene efecto directo como principio general del Derecho⁵⁶⁷ y como principio constitucional⁵⁶⁸.

b. Sin efecto directo

136. El estatuto de libertad fundamental se excluye para las normas legislativas, constitucionales o internacionales que se asemejan a meros objetivos o, más generalmente, no tienen carácter global.
137. Ciertas normas legislativas sólo consagran objetivos simples. Por tanto, no pueden beneficiarse de la protección del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. En un auto de 19 de enero de 2005, el juez de medidas provisionales se negó a calificar de libertad fundamental un objetivo enunciado en el Código de Procedimiento Penal. El demandante había invocado una violación del "derecho a la reinserción de las personas encarceladas", que había visto reconocido en varios textos, en particular en los artículos 727 y 728

562 CE, ord. 16 de julio de 2001, *Feuillatey*, *Lebon* p. 309.

563 Véase CE, ord. 8 septiembre 2005, *Ministre de la Justice c/ Bunel*, *Lebon* p. 388.

564 Incluso si esta solución no resultaba evidente por su redacción. Véanse las observaciones de los autores de los *Grands arrêts* bajo CE, As. 7 de julio de 1950, *Dehaene*, *GAJA* n° 68. Véase también P. TERNEYRE, "alinéa 7", en *Le préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse, commentaires* (G. CONAC, X. PRETOT, G. TEBOUL dir.), Dalloz, 2001, pp. 169-178.

565 Esta disposición puede ser invocada ante su tribunal en ausencia de interposición de la ley. Véase CE, 28 de diciembre de 1992, *Ville de Romainville et autres*, *Lebon T. p.* 1010; CE, 6 de mayo de 1996, *Commune de Villeurbanne et autres*, *Lebon T. p.* 1119 (que menciona expresamente el "principio de libre administración de las colectividades locales previsto en el artículo 72 de la Constitución"); CE, 14 de junio de 1999, *Commune de Montreuil-sous-Bois*, *Lebon T. p.* 936; CE, 23 de febrero de 2000, *Commune d'Heyrieux*, *Lebon T. p.* 1190; CE, Ass, 12 de diciembre de 2003, *Département des Landes*, *Lebon p.* 502.

566 Véase el artículo 203.

567 CE, As. 8 de diciembre de 1978, *GISTI*, *Lebon* p. 493, *GAJA* n° 96.

568 CC, n° 93-325 DC, 12-13 de agosto de 1993, *Rec.* p. 224, *GDCC* n° 46.

del Código de Procedimiento Penal. El juez consideró que estas disposiciones "no permiten incluir entre las libertades fundamentales el objetivo de política criminal según el cual la ejecución de las penas privativas de libertad en materia correccional o penal tiene por objeto no sólo castigar al condenado, sino también favorecer su reforma y preparar su posible reinserción"⁵⁶⁹.

138. Las normas internacionales sin efecto directo también quedan excluidas del ámbito de las libertades fundamentales. El tribunal administrativo debe distinguir entre normas *autoejecutables* y normas incompletas. La dificultad surge del hecho de que el Derecho internacional no está claramente dividido entre normas que producen efectos jurídicos vinculantes y normas que no los producen, sino que se compone de una multitud de disposiciones que a veces pueden entrar en el ámbito del *Derecho indicativo*, a veces en el del Derecho imperativo y a veces en el del Derecho internacional convencional clásico. En principio, se considera que los convenios internacionales debidamente ratificados y publicados producen efectos directos en el Derecho interno, lo que permite invocarlos en apoyo de un recurso contencioso⁵⁷⁰. Sin embargo, esta presunción cederá en el caso de "estipulaciones cuya finalidad sea indudablemente garantizar derechos en beneficio de los particulares, pero que estén formuladas en términos demasiado generales para bastar por sí mismos y ser susceptibles de aplicación inmediata a casos particulares. En tal caso, lo que obstaculiza el efecto directo no es la finalidad de la norma, sino su *falta de precisión* o su carácter *condicional* (...). La finalidad de una norma internacional es proteger a los individuos, garantizarles derechos, pero presupone necesariamente la intervención de una legislación nacional de aplicación, sin la cual es impotente para producir efectos concretos"⁵⁷¹. En este punto, la situación de los instrumentos internacionales varía. Si bien el carácter *autoejecutable* del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es indiscutible⁵⁷², no lo son las disposiciones imprecisas y demasiado generales de la Carta Social Europea⁵⁷³, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁷⁴ y de la Convención de Nueva York de 26 de enero de 1990 sobre los Derechos del Niño⁵⁷⁵. Estas disposiciones consagran tantos objetivos en los que es imposible detectar la consagración de un derecho o, en su caso -si se cumplen los demás criterios-, de una libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa.

139. Estas normas también se encuentran entre las disposiciones escritas y no escritas de la Constitución. Algunas tienen un origen textual y aparecen esencialmente en el preámbulo de la Constitución de 1946 y en la Carta del Medio Ambiente; otras tienen un origen jurisprudencial y han sido identificadas por el Consejo Constitucional, la mayoría de las veces basándose en las disposiciones escritas de la constitución⁵⁷⁶. Ya

569 CE, ord. 19 de enero de 2005, *M. Laurent X., Lebon* p. 23.

570 Desde la sentencia *Dame Kirkwood*, las normas convencionales figuran "no sólo entre las reglas de derecho que todos los poderes públicos deben respetar (...) sino también entre las que todo ciudadano puede invocar y, en su caso, hacer valer ante los tribunales internos" (M. WALINE, nota bajo CE, 30 de mayo de 1952, *Dame Kirkwood*, RDP 1952, p. 781). Desde la adhesión de nuestro ordenamiento jurídico al principio monista en virtud del artículo 26 de la Constitución de 1946 confirmado por el artículo 55 de la Constitución de 1958, los tratados internacionales, incorporados al ordenamiento jurídico nacional por efecto de su ratificación y publicación en el Diario Oficial, "se presumen generalmente productores de efectos directos en el derecho interno, es decir, creadores de derechos subjetivos que los particulares pueden invocar ante el juez nacional" (R. ABRAHAM, concl. sobre CE, Secc, 23 de abril de 1997, *GISTI, RFDA* 1997, p. 589).

571 R. Abraham, concl. citado anteriormente, p. 590. Énfasis añadido.

572 Véase E. Decaux, "Les droits fondamentaux en droit international", *AJDA* 1998 número especial, p. 71.

573 CE, 20 de abril de 1984, *Ministre du budget c/ Valton et Crépeaux, Lebon* p. 148.

574 CE, Ass. 5 de marzo de 1999, *Rouquette, Lebon* p. 37, *RFDA* 1999, pp. 357-371, concl. C. MAUGÜE.

575 El Conseil d'Etat evalúa la aplicabilidad directa de las disposiciones de este texto caso por caso. Ha aceptado el efecto directo del artículo 3.1, que otorga "consideración primordial" al "interés superior del niño" en todas las decisiones que le conciernen (CE, 22 de septiembre de 1997, *Cinar, Lebon* p. 379; *RFDA* 1998, p. 562 y ss, concl. R. ABRAHAM) pero no a otros artículos por los que los Estados reconocen el derecho del niño a la salud, a la seguridad social o a un nivel de vida adecuado (CE, Secc., 23 de abril de 1997, *GISTI, Lebon* p. 142; *RFDA* 1997, pp. 585-596, concl. R. ABRAHAM).

576 Los doctrinarios suelen reservar la expresión "objetivo de valor constitucional" únicamente a los objetivos de origen jurisprudencial (véase B. FAURE, "Les objectifs de valeur constitutionnelle: une nouvelle catégorie juridique?", *RFDC* 1995, pp. 47-77; A. LEVADE, "L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable", en *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, pp. 687-702; F. LUCHAIRE, "Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel: l'objectif de valeur constitutionnelle", *RFDC* 2005, pp. 675-684; T. S. RENOUX y M. DE VILLIERS, *Code constitutionnel*, 3^{ème} ed, Litec, 2005, n° 419). Sin embargo, este reduccionismo no parece justificado en la medida en que, por una parte, los objetivos identificados por el Consejo Constitucional no se describen todos como tales en sus decisiones y, por otra, el Consejo describe a veces objetivos textuales como tales. Por otra parte, todos son de la misma naturaleza y están sujetos al mismo régimen jurídico. Pierre de Montalivet ha agrupado acertadamente todos estos objetivos, tanto textuales como jurisprudenciales, bajo el término genérico de objetivo de valor constitucional (P. de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, tesis París II, 2004, 695 p.).

deriven del texto o de la jurisprudencia, estas normas tienen el carácter de "objetivos de naturaleza constitucional"⁵⁷⁷. Asignan una finalidad al legislador, cuya acción regulan, pero no son oponible a la administración⁵⁷⁸. Su naturaleza de objetivos resulta no de las calificaciones utilizadas por el Consejo Constitucional⁵⁷⁹ sino sobre todo del carácter impreciso⁵⁸⁰ o programático⁵⁸¹ de su redacción, que revela una ausencia de intención por parte de la autoridad normativa de reconocer derechos directamente invocables. Por sí mismos, carecen de efecto directo y no pueden invocarse en apoyo de un recurso judicial interpuesto ante el tribunal administrativo⁵⁸².

Por esta razón, a los "objetivos" se les niega el estatuto de libertades fundamentales. Por ejemplo, al garantizar a las personas "la protección de la salud", el apartado 11 del preámbulo de la Constitución de 1946 no confiere en modo alguno a los interesados un derecho subjetivo oponible a los poderes públicos. Esta norma, que carece de efecto directo, se asemeja a un simple objetivo⁵⁸³ y, por tanto, no puede servir de base para reconocer una libertad

⁵⁷⁷ Cf. utilizando esta expresión en relación con los apartados 10 y 11 del Preámbulo de la Constitución de 1946: CC, n° 97-393 DC, 18 de diciembre de 1997, cons. 30, *Rec.* p. 320.

⁵⁷⁸ Sólo el Parlamento debe cumplirlos. El objetivo es un instrumento para orientar o dirigir la acción legislativa en una dirección concreta. Como "directriz" u "hoja de ruta" para el legislador, impone a éste la obligación de perseguir determinados fines sin conferir a los particulares derechos subjetivos directamente invocables. La naturaleza y función de estos objetivos es similar a la del *Staatsziel* o *Staatszielbestimmungen* alemán o a los "principios rectores de la política social y económica" recogidos en la Constitución española (Capítulo 3 del Título 1^{er}). El objetivo aparece ante todo como una finalidad social, que justifica distintos tipos de intervención pública y proporciona una base jurídica a las restricciones impuestas a los derechos y libertades constitucionales (en particular, el derecho de propiedad o la libertad de empresa) por las leyes que prevén su aplicación. La autoridad administrativa, en cambio, no está *vinculada* por estas normas. A lo sumo, el Gobierno es responsable, en el marco de sus competencias y en concurrencia con el Parlamento, de la *aplicación* de estos objetivos (CC, n° 89-269 DC, 22 de enero de 1990, cons. 25-26, *Rec.* p. 33; n° 97-393 DC, 18 de diciembre de 1997, cons. n° 29, *Rec.* p. 320; n° 94-359 DC, 19 de enero de 1995, *Rec.* p. 176; n° 93-325 DC, cons. 125, *Rec.* p. 224; n° 93-330 DC, 29 de diciembre de 1993, cons. 13, *Rec.* p. 572).

⁵⁷⁹ El Consejo Constitucional describe con frecuencia los objetivos constitucionales como "principios" o "derechos". Por ejemplo, el Consejo se refiere a la protección de la salud como un "principio" (CC, n° 74-54 DC, 15 de enero de 1975, cons. 10, *Rec.* p. 19; n° 80-117 DC, 22 de julio de 1980, cons. n° 4, *Rec.* p. 42). También se ha referido al "derecho a la salud" (CC, n° 77-92 DC, 18 de enero de 1978, cons. 2, *Rec.* p. 21) o ha clasificado el "derecho" al empleo entre los "derechos y libertades fundamentales" (CC, 98-401 DC, cons. 3, *Rec.* p. 258). A pesar de estas clasificaciones, es un hecho común que el "derecho" al empleo y la protección de la salud constituyen meros "objetivos" para el Consejo (véase utilizando la expresión para la protección de la salud: CC, n° 89-269 DC, 22 de enero de 1990, cons. 26, *Rec.* p. 33). De ello se desprende que, si bien una norma calificada por el Consejo como objetivo carece necesariamente de efecto directo, una norma calificada por el Consejo como derecho o principio no debe considerarse por esa sola razón como una norma directamente aplicable. Por lo tanto, el factor que debe tenerse en cuenta no es la denominación que le haya dado el Consejo Constitucional, sino únicamente si es o no aplicable. Sólo la materia y el grado de exhaustividad de la norma son relevantes a la hora de valorar su capacidad para producir efecto directo por sí misma.

⁵⁸⁰ Si los principios enunciados en el preámbulo de la Constitución de 1946 son inaplicables, es, para M. Rials, porque están "débilmente determinados" (S. RIALS, "Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V^e République", *RDP* 1984, p. 592). Para ser directamente aplicables, carecen de un grado suficiente de precisión (véase G. BRAIBANT y B. STIRN, *Le droit administratif français*, 6^{ème} ed, Presses de sciences po et Dalloz, 2002, p. 236). En cuanto al preámbulo de la Constitución de 1946, véase M. CLAPIE, *De la consécration des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps. Etude de droit public*, tesis de Montpellier, 1992, p. 75 y ss.

⁵⁸¹ Recurriendo a un concepto utilizado en el Derecho constitucional italiano, diríamos que se trata de normas "programadoras", es decir, normas "que controlan la actividad futura del legislador, prescribiendo fines más o menos generalmente determinados" (V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, 2^{ème} ed., CEDAM, Padone, 1974, t. II, p. 179, citado por M. CLAPIE, *op. cit.*, p. 158). Estas normas no confieren ninguna prerrogativa a los sujetos de derecho: "a diferencia de un derecho clásico, un objetivo constitucional no puede adoptar la forma de un derecho subjetivo susceptible de ser invocado frente a los poderes públicos o en las relaciones de derecho privado" (B. MATHIEU, "La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. A propos de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998", *CCC* n° 6, 1999, p. 65).

⁵⁸² No representan normas constitucionales que el constituyente pueda invocar ante un tribunal. El decano Favoreu subraya que "es difícil ver en ellos auténticos derechos" (L. Favoreu, "Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982", *RDP* 1983, p. 389). "El concepto de objetivo constitucional no se refiere directamente a derechos o libertades constitucionales sino, esencialmente, a principios rectores que deben guiar al legislador y que el juez utiliza como norma de referencia para apreciar la constitucionalidad de las disposiciones adoptadas" (B. MATHIEU y M. VERPEAUX, *LPA* 21 de septiembre de 1999, n° 188, p. 13). Por consiguiente, el motivo basado en la vulneración de un objetivo constitucional no puede invocarse en apoyo de un recurso interpuesto ante los tribunales ordinarios. "A diferencia de los derechos fundamentales, los objetivos de valor constitucional no son justiciables (...). Esto significa que no pueden invocarse ante los tribunales ordinarios en apoyo de un recurso contencioso" (J. Tremeau, nota en CC, n° 98-403 DC, 29 de julio de 1998, *RFDC* 1998, p. 767).

⁵⁸³ Véase S. Juan, "L'objectif à valeur constitutionnelle du droit à la protection de la santé: droit individuel ou collectif?", *RDP* 2006, pp. 439-457. Cabe señalar que los instrumentos internacionales que hacen referencia a este principio tampoco tienen efecto directo (véase L. CASSAUX-LABRUNEE, "Le droit à la santé", en *Libertés et droits fondamentaux* (R. CABRILLAC, A.-M. FRISON-ROCHE, T. REVET dir.), 11^{ème} ed., Dalloz, 2005, p. 755).

fundamental⁵⁸⁴. El mismo análisis se aplica al "derecho a obtener un empleo" proclamado por el apartado 5^{ème} del preámbulo de la Constitución de 1946. No puede considerarse que esta disposición confiera un derecho al trabajo en caso de inactividad; "no establece una norma que pueda invocarse directamente para exigir un empleo"⁵⁸⁵. No reconoce ninguna prerrogativa que un particular pueda invocar directamente ante los tribunales ordinarios⁵⁸⁶. La misma suerte parece correr el "derecho" al medio ambiente consagrado en los siguientes términos en el artículo 1^{er} de la Carta del Medio Ambiente: "toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado y respetuoso con la salud". Dados los términos tan generales de su redacción, es muy poco probable que esta disposición pueda servir de base para el reconocimiento de un derecho subjetivo⁵⁸⁷ y, en consecuencia, para el reconocimiento de una libertad fundamental⁵⁸⁸.

En general, proclamar estos principios "es, por parte del Constituyente, asignar un objetivo a la acción del legislador, no conferir al hombre un poder susceptible de aplicación efectiva"⁵⁸⁹. Estas disposiciones contienen principios "cuya aplicación requiere la intervención de una ley que les dé forma concreta"⁵⁹⁰. Una vez que el legislador ha actuado, se da pleno efecto a estos principios, haciéndolos directamente invocables ante los tribunales.

c. Sin efecto directo, aplicación legislativa

140. Gracias a las medidas de aplicación adoptadas por el legislador, varias normas constitucionales sin efecto directo han sido reconocidas como libertades fundamentales en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. La intermediación de la ley da pleno efecto a los principios constitucionales en cuestión, dentro de los límites del texto legislativo que los aplica.

141. Por ejemplo, el derecho de asilo se basa en el párrafo 4^{ème} del preámbulo de la Constitución de 1946 (completado por el artículo 53-1 de la Constitución de 4 de octubre de 1958). Esta disposición en sí no tiene efecto directo y, por tanto, no puede invocarse directamente en apoyo de una acción judicial⁵⁹¹. No obstante, este derecho se aplica principalmente a través de la Ley de 25 de julio de 1952 y la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados. Estos textos confieren al derecho constitucional de asilo pleno efecto en

584 CE, ord. 8 septiembre 2005, *Ministre de la Justice c/ Bunel, Lebon* p. 388.

585 G. BRAIBANT y B. STIRN, *op. cit.* p. 236.

586 El principio enunciado sólo se asemeja a un objetivo impuesto al legislador, que es "responsable de establecer las normas más adecuadas para garantizar el derecho de toda persona a obtener un empleo, con el fin de permitir el ejercicio de este derecho al mayor número posible de personas" (CC, n° 83-156 DC, de 28 de mayo de 1983, cons. 4, *Rec.* p. 41).

587 Los autores analizan este principio como un objetivo sin efecto directo. M. Mathieu señala que entra en la categoría de los objetivos constitucionales y que no pretende convertirse en un derecho subjetivo cuyo respeto pueda exigir un particular (B. MATHIEU, "Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement", *CCC* n° 15, p. 145). Véase también, en el mismo sentido, N. CHAHID-NOURAI, "La portée de la Charte pour le juge ordinaire", *AJDA* 2005, pp. 1175-1181, especial p. 1178. Véase *contra*, defendiendo la idea de una afectación directa del derecho al medio ambiente, a pesar de la redacción elegida por el constituyente: A. PERI, "La Charte de l'environnement: reconnaissance du droit à l'environnement comme droit fondamental?", *LPA* 24 de febrero de 2005, n° 39, pp. 8-18. En la misma línea, el decano Prieur sostiene que "la medida cautelar prevista en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa será (...) utilizable en la medida en que el juez acepte que el derecho al medio ambiente se ha convertido en una libertad fundamental, constitucionalidad que implica fundamentalidad. Hasta la fecha, ningún derecho constitucionalmente reconocido ha sido excluido del ámbito de aplicación de la medida cautelar" (M. Prieur, "Du bon usage de la charte constitutionnelle de l'environnement", *Environnement* 2005, estudio n° 5, p. 5). Si bien es cierto que la constitucionalidad implica automáticamente la fundamentalidad, este requisito no basta por sí solo para calificar una libertad de fundamental. Al criterio de fundamentalidad se añade, en particular, la exigencia de un efecto directo de la norma en cuestión, lo que, en el caso del "derecho" al medio ambiente, parece dudoso.

588 Para una decisión contraria de un tribunal de primera instancia, que califica este derecho de libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, véase TA Châlons-en-Champagne, ord. 29 abril 2005, *Conservatoire du patrimoine naturel et autres*: *AJDA* 2005, pp. 1357-1360, nota H. GROUD y S. PUGEAULT; *JCP A* 2005, 1216, nota P. BILLET; *Environnement* 2005, com. n° 61, nota C. NOUZZA.

589 J. RIVERO, "Les droits de l'homme, catégorie juridique?", en *Perspectives del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, vol. III, Instituto de estudios de Administración local, 1969, p. 32.

590 R. BADINTER y B. GENEVOIS, "Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux", *Informe presentado en la VIII Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeas*, Ankara, 7-10 de mayo de 1990, *RFDA* 1990, p. 333.

591 CE, 27 de septiembre de 1985, *Association France Terre d'Asile et autres*, *Lebon* p. 263. El Conseil d'Etat consideró que el principio enunciado en el párrafo 4^{ème} del Preámbulo de la Constitución de 1946 "sólo vincula a la autoridad reglamentaria, a falta de precisiones suficientes, en las condiciones y dentro de los límites definidos por las disposiciones contenidas en las leyes o en los convenios internacionales incorporados al derecho francés; por consiguiente, las asociaciones demandantes no pueden invocar útilmente este principio con independencia de dichas disposiciones para criticar la legalidad del artículo 9 del decreto impugnado".

el derecho positivo. Cuando se cumplen las condiciones para la concesión de asilo, los extranjeros tienen un derecho real, oponible como tal a los poderes públicos, a beneficiarse del mismo. El derecho de asilo puede invocarse ante los tribunales ordinarios como libertad fundamental si se cumplen también los demás criterios.

El "principio de expresión pluralista de las corrientes de pensamiento y opinión" reconocido como libertad fundamental en la Orden de *Tibéri* de 24 de febrero de 2001⁵⁹² también puede considerarse incluido en esta categoría. Según una interpretación, este principio era en sí mismo, en el momento de su reconocimiento por el juez de medidas provisionales, una norma constitucional con efecto directo. Si bien el Consejo Constitucional ha consagrado como "objetivos" la preservación del carácter pluralista de las corrientes socioculturales⁵⁹³, el pluralismo de las publicaciones diarias de información política y general⁵⁹⁴ y el pluralismo de los medios de comunicación⁵⁹⁵, por otra parte ha calificado de "principio" el pluralismo de las corrientes de ideas y opiniones⁵⁹⁶. Como señala M. de Montalivet, "el Consejo nunca ha mencionado el carácter "objetivo" del pluralismo de las corrientes de ideas y opiniones, a diferencia de lo que ha hecho con el pluralismo de las corrientes de expresión socioculturales"⁵⁹⁷. Por tanto, podría haberse previsto que, como principio, el pluralismo de las corrientes de pensamiento y de opinión representara una norma con efecto directo, que permitiera invocarlo ante los tribunales ordinarios. Pero en realidad, como se ha demostrado anteriormente, la calificación dada por el Consejo Constitucional no permite que la norma así designada sea justiciable ante los tribunales ordinarios. En efecto, las normas calificadas de "principios" pueden asemejarse en su finalidad a meros objetivos. Además, dado que el Conseil no ha sido coherente en el uso del término, no debe darse excesiva importancia a los cambios de denominación que se producen en su jurisprudencia⁵⁹⁸. Parece que desde el punto de vista de su estructura, y más allá de sus cambiantes calificaciones, el pluralismo de las corrientes de ideas y opiniones siempre se ha contemplado como un objetivo en el derecho constitucional jurisprudencial.

De hecho, parece que es a través de la legislación como se invoca este principio ante los tribunales ordinarios. Esta interpretación se justifica por dos razones. En primer lugar, la formulación precisa utilizada por el juez de medidas provisionales no tiene equivalente en la jurisprudencia constitucional. No se trata de una repetición de una fórmula del Consejo Constitucional, sino de un préstamo directo de los términos de la Ley de 30 de septiembre de 1986. El juez de medidas provisionales afirma que "el artículo 1^{er} de la Ley de 30 de septiembre de 1986 confía al

592 CE, ord. 24 febrero 2001, *Tibéri, Lebon* p. 85.

593 CC, n° 82-141 DC, 27 de julio de 1982, cons. 5, *Rec.* p. 48; 86-217 DC, 18 de septiembre de 1986, cons. 8, *Rec.* p. 141.

594 CC, n° 84-181 DC, 10-11 de octubre de 1984, cons. 38, *Rec.* p. 78.

595 CC, n° 86-210 DC, 29 de julio de 1986, cons. 23, *Rec.* p. 110; n° 86-217 DC, 18 de septiembre de 1986, cons. 35, *Rec.* p. 141.

596 El Consejo Constitucional ha calificado de "principio" el pluralismo de ideas y opiniones, tanto como juez electoral (CC, 23 de agosto de 2000, *Larrouturou*, cons. 6, *Rec.* p. 137) como juez de la constitucionalidad de las leyes (CC, n° 2003-468 DC, cons. 11, *Rec.* p. 325; n° 2004-490 DC, 12 de febrero de 2004, cons. 84, *Rec.* p. 41; n° 2004-507 DC, 9 de diciembre de 2004, cons. 24, *Rec.* p. 219).

597 P. DE MONTALIVET, tesis citada, p. 245. No obstante, la doctrina que redujo esta dimensión del pluralismo a un mero "objetivo", a pesar de que el Tribunal Constitucional nunca le había atribuido esta calificación, consideró la sentencia *Tibéri* como una decisión audaz. Algunos miembros del Conseil d'Etat argumentaron que el juez de medidas provisionales había consagrado el pluralismo como objetivo (véase I. DE SILVA, concl. sobre CE, Secc. 30 octubre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *RFDA* 2002, p. 329; el auto de *Tibéri* consagra el pluralismo, "que es un objetivo de valor constitucional, no una libertad"; véase en el mismo sentido cron. M. Guyomar y P. Collin bajo CE, Secc. 30 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *AJDA* 2001, p. 1055). Los autores académicos han desarrollado el mismo análisis. Según M. Sales, "el Conseil d'Etat demuestra una gran discreción al transformar en principio lo que hasta entonces sólo había calificado de objetivo" (E. SALES, "Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales?", *RDP* 2004, p. 224). M. Pez afirma que "El Conseil d'Etat se niega a hacer por el derecho a una vivienda digna lo que ha aceptado para el pluralismo" (T. PEZ, "Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté", *RFDA* 2003, p. 382). Del mismo modo, el decano Favoreu afirmó que el auto de *Tibéri* "calificaba de libertad fundamental lo que el Consejo Constitucional considera como uno de los "objetivos de valor constitucional" destinados a reforzar la libertad de comunicación audiovisual, junto con el objetivo de transparencia financiera: el Conseil d'Etat amplía así el concepto de libertad fundamental en la medida en que el objetivo de valor constitucional destinado a reforzar la libertad fundamental que es la libertad de comunicación audiovisual se convierte a su vez en una libertad fundamental" (L. FAVOREU, "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *D.* 2001, p. 1741). Para la Sra. Deschamps, el juez de medidas provisionales fue "innovador, en el auto de *Tibéri*, al atreverse a calificar de libertad fundamental un simple objetivo de valor constitucional" (E. DESCHAMPS, nota bajo CE, ord. 3 de mayo de 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, *AJDA* 2002, p. 820).

598 En los litigios constitucionales, el Consejo Constitucional se refirió inicialmente a "la exigencia de pluralismo de las corrientes de pensamiento y de opinión" (CC, n° 89-271 DC, 11 de enero de 1990, *Ammistia de los parlamentarios*, cons. 12, *Rec.* p. 21; n° 2000-428 DC, cons. 21, *Rec.* p. 70). Después de describir esta norma como un "principio" en la decisión *Larrouturou* antes mencionada, unos meses más tarde, siempre en casos electorales, el Conseil se refirió a "la exigencia constitucional del pluralismo de las corrientes de ideas y opiniones" (CC, 6 de septiembre de 2000, *Pasqua*, cons. 6, *Rec.* p. 144). Del mismo modo, aunque había parecido necesario matizarlo como principio en los litigios constitucionales, el Consejo declaró en una decisión de 1^{er} de julio de 2004 "que el pluralismo de pensamiento y de opinión es en sí mismo un objetivo de valor constitucional" (CC, n° 2004-497 DC, 1^{er} de julio de 2004, cons. 23, *Rec.* p. 107).

Conseil supérieur de l'audiovisuel la misión de velar por el respeto de los principios definidos en los artículos 1^{er} y 3, entre los que figuran la igualdad de trato y la expresión del pluralismo de pensamiento y de opinión". Mientras que la fórmula constitucional se refiere al pluralismo de las corrientes de *pensamiento y de opinión*, la ley - y el juez de medidas provisionales - se refieren al pluralismo de las corrientes de *pensamiento* y de opinión. En opinión del juez, es como norma legislativa y no constitucional como el pluralismo tiene efecto directo⁵⁹⁹. En segundo lugar, esta posición coincide con la del Consejo Constitucional, que considera que el pluralismo se beneficia de un efecto directo gracias a la *intervención del legislador*. En la Decisión 93-333 DC de 21 de enero de 1994, el Consejo declaró que "en el ejercicio de sus competencias, el Conseil supérieur de l'audiovisuel estará sometido, como toda autoridad administrativa, a un control de legalidad que podrá ser ejercido tanto por el Gobierno como por cualquier persona que tenga interés en ello; corresponderá al tribunal administrativo velar en particular por el respeto del objetivo del pluralismo"⁶⁰⁰. Esta reserva de interpretación confiere un papel importante al tribunal administrativo en el control del respeto del objetivo del pluralismo. La referencia a "cualquier persona" indica que el objetivo puede ser invocado por cualquier particular ante los tribunales ordinarios. Según M. Cassia, esta reserva confiere "un carácter de exigibilidad a este objetivo ante el juez ordinario en el sentido de que se dirige a los particulares y no sólo a los poderes públicos"⁶⁰¹. Es a través de la ley, y en el marco y las condiciones que ésta define, como se reconoce que el principio es invocable. "El Conseil parece reconocer así una cierta aplicabilidad del objetivo de pluralismo, pero el litigante sólo puede invocarlo porque fue aplicado por la Ley de 30 de septiembre de 1986 y el CSA actúa sobre la base de dicha Ley. En este sentido, el objetivo no puede invocarse directamente ante los tribunales ordinarios, sin la intermediación de una ley"⁶⁰². Por lo tanto, es la ley la que da pleno efecto a este principio.

142. Esta jurisprudencia plantea la cuestión de si se puede dar pleno efecto a los derechos constitucionales⁶⁰³ cuando han sido aplicados por la legislación. Se trata, por una parte, del derecho a la educación y, por otra, del derecho a la asistencia social. La situación de estos dos principios difiere de la de los demás derechos examinados hasta ahora en que han sido objeto de medidas de aplicación por parte del legislador *que les confieren el carácter de prerrogativas* oponibles a los poderes públicos e invocables ante los tribunales. Ya se ha establecido que, en ausencia de una extensión legislativa, un derecho-reclamo constitucional o convencional no puede conferir prerrogativa alguna a un particular. Para que tal derecho sea exigible, debe existir un marco legislativo en el que pueda ejercerse. Sólo un derecho exigible organizado y aplicado por ley puede analizarse como derecho subjetivo y, en su caso, como libertad fundamental. Los particulares sólo pueden invocar el beneficio de los derechos de crédito cuando han sido objeto de medidas de ejecución que los hacen directamente aplicables. Según M. Sasso, "los derechos subjetivos sólo existen en la medida en que el legislador, al aplicar estos principios, ha manifestado la voluntad de conferir tales derechos a los particulares"⁶⁰⁴. Una vez aplicados, nada impide la invocabilidad de los derechos reivindicatorios. Aunque muchos autores dudan de su admisibilidad en el procedimiento de référé-liberté⁶⁰⁵, cabe señalar que, hasta la fecha, el Conseil d'Etat sólo

599 La Constitución no se menciona en ninguna parte del auto del juez de medidas provisionales. No hay ninguna referencia al principio constitucional ni en los motivos ni en los vistos. Es probable que la norma constitucional sólo entrara en juego como criterio fundamental en la consagración de este principio como libertad fundamental. Así pues, el juez de medidas cautelares utiliza una combinación de normas para reconocer esta libertad: la Constitución le confiere carácter fundamental y la ley le confiere efecto directo. Sobre este tema, véase H.-M. CRUCIS, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française*, LGDJ, coll. BDP, t. 161, 1991, 377 pp.

600 CC, n° 93-333, 21 de enero de 1994, cons. 14.

601 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, serie Systèmes Droit, 2003, p. 111.

602 P. de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, tesis París II, 2004, p. 523.

603 Los derechos de crédito se entienden como derechos cuyo objeto principal es la atribución de un beneficio a los individuos. Son derechos que implican predominantemente la obligación de atribuir bienes (véase L. Favoreu et al, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd, Dalloz, coll. Précis, 2005, n° 129 y ss.). La consideración de la modalidad deóntica *dominante* permite excluir del concepto de derechos de reivindicación ("droits-à") los derechos de libertad ("droits-de") que pueden implicar, con carácter accesorio, una intervención financiera de los poderes públicos, por ejemplo la obligación de desplegar servicios de policía para garantizar la efectividad de la libertad de reunión. Sobre la cuestión de los derechos de reivindicación, véase L. GAY, *Les droits-créances constitutionnels*, tesis Aix-en-Provence 2001, 562 p. La proclamación de estos derechos en el Preámbulo de la Constitución de 1946 se presentó como destinada a hacer del individuo el "acreedor de la Nación" (véase G. VEDEL y J. RIVERO, "Les principes économiques et sociaux de la Constitution: Le préambule", *Dr. soc.* 1947, pp. 13-35). Su reconocimiento se inscribe en el modelo "de un Estado de bienestar capaz de contribuir, mediante prestaciones positivas, a la creación de esta "seguridad material" garantizada a todos" (L. FERRY y A. RENAUT, *Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, 3^{ème} éd., PUF, coll. Philosophie politique, 1992, p. 31. Subrayado).

604 L. SASSO, "Les fonctions des droits fondamentaux en Europe", en *Questions sur le droit européen*, colloque Caen, 23 de febrero de 1996 (C. GREWE ed.), Presses universitaires de Caen, 1996, p. 177.

605 Así, el Presidente Vandermeeren consideraba poco probable que el Conseil d'Etat considerara libertades fundamentales "derechos que constituyen 'pretensiones' frente al Estado (derecho al empleo, a la protección de la salud, al ocio, etc.)" (R. VANDERMEEREN, *D.* 2002, SC contentieux administratif, p. 2229). Según los Sres. Bourrel y Gourdou, los derechos "suelen tener un contenido bastante vago y a veces son más bien peticiones de principio, como el famoso 'derecho al trabajo'. Se ve enseguida lo difícil que es incluir esos derechos económicos y sociales en el control del juez de medidas provisionales, a menos que éste se transforme en un verdadero administrador, obligando a los poderes públicos a subsanar las

ha tenido que pronunciarse sobre derechos-reclamación que no incluían medidas legislativas de aplicación. En ausencia de efecto directo, su exclusión del ámbito de las libertades fundamentales era, por tanto, natural. En cambio, la situación del derecho a la educación y del derecho a la asistencia social es diferente, ya que ambos han sido objeto de medidas de aplicación que les confieren el rango de prerrogativa directamente oponible a la autoridad administrativa.

El derecho a la educación, proclamado en el apartado 13^{ème} del preámbulo de la Constitución de 1946, ha sido objeto de medidas legislativas y reglamentarias de aplicación. Los textos subconstitucionales que completan y precisan esta disposición le confieren el estatuto de prerrogativa directamente oponible a los poderes públicos. Por esta razón, el juez administrativo ha considerado que el derecho a la educación constituye una libertad pública durante el período de escolaridad obligatoria⁶⁰⁷. Cuando tuvieron que pronunciarse sobre la admisibilidad de este derecho al procedimiento previsto en el artículo L. 521-2, los tribunales inferiores no dudaron en calificarlo de libertad fundamental⁶⁰⁸. La cuestión nunca se planteó directamente ante el Conseil d'Etat. Sin embargo, los comisarios gubernamentales que se han pronunciado sobre la cuestión se han posicionado muy claramente a favor del reconocimiento de este derecho como libertad fundamental durante el periodo de escolarización obligatoria. Para Rémy Schwartz, "el derecho a la enseñanza pública, garantizado por el artículo 13 del preámbulo de 1946, es indudablemente (...) una libertad fundamental, al menos ciertamente hasta la edad de la escolaridad obligatoria". Sostiene que "una denegación de acceso al servicio público de educación (...) constituiría, en nuestra opinión, una violación de una libertad fundamental para un niño de hasta 16 años de edad o, quizás más ampliamente, para un niño susceptible de ser matriculado en la enseñanza secundaria"⁶⁰⁹. El Sr. Collin desarrolla un análisis similar. Tras recordar las disposiciones del párrafo 13^{ème} del preámbulo de la Constitución de 1946, afirma: "Es fácil deducir de ello que existe un derecho de acceso a la educación, garantizado por la escolarización obligatoria de los niños de 6 a 16 años y la organización de la enseñanza nacional por el Estado". Al igual que Rémy Schwartz, limita el alcance de esta libertad fundamental al periodo de escolarización obligatoria: "el derecho, para una persona mayor de la edad de escolarización obligatoria, de acceder al servicio público de la enseñanza secundaria no constituye una libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2 del CJA"⁶¹⁰.

La cuestión del derecho a la asistencia social nunca se ha planteado ante el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat y no ha dado lugar a ninguna demanda destacable en primera instancia⁶¹¹. No obstante, cabe señalar que este derecho, que tiene una base constitucional⁶¹², se hace plenamente efectivo en las condiciones definidas por el legislador. Por el momento, sin embargo, la cuestión sigue abierta.

II. Un interés individual preorientado

143. El objetivo de una norma de libertad fundamental es proteger un interés identificado de forma abstracta. Su objeto puede referirse a una actividad, una cualidad o una posición del sujeto; también podría referirse a la atribución de un beneficio a éste. Desde el punto de vista de su modo de realización, la libertad fundamental

posibles deficiencias en la aplicación efectiva de sus 'reivindicaciones' constitucionales" (A. BOURREL y J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2003, pp. 76-77). En el mismo sentido, véase M. GUYOMAR y P. COLLIN, cron. bajo CE, Secc. 30 octubre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tiba*, *AJDA* 2001, p. 1056.

606 "La nación garantiza la igualdad de acceso de niños y adultos a la educación, la formación profesional y la cultura. La organización de la enseñanza pública y laica a todos los niveles es un deber del Estado".

607 Véase el artículo 110.

608 TA París, ord. 30 de enero de 2001, *Ben Ayed*, *Dr. adm.* 2001, n° 102; TA Melun, ord. 23 de marzo de 2006, *Pineda*, n° 06-1796/5, *AJDA* 2006, obs. C. de MONTECLER; TA Versailles, ord. 18 de marzo de 2006, X, *v/ Université Paris X*, n° 0602618.

609 Comentarios inéditos de R. Schwartz sobre CE, 18 de octubre de 2002, *Caunes-Rey*, n° 249678. De acuerdo con los textos que lo regulan, el Comisario del Gobierno tiene la clara intención de limitar el alcance de esta libertad fundamental al período de escolarización obligatoria: "Si bien el acceso al servicio público de la enseñanza constituye, a nuestro juicio, de acuerdo con la tradición republicana, una libertad fundamental mientras la escolarización es obligatoria, esto ya no es así después. El acceso a la universidad es, pues, un derecho para los bachilleres, pero no una libertad fundamental".

610 Conclusiones inéditas de P. Collin sobre CE, 29 de noviembre de 2002, *Arakino*, *Lebon* p. 422.

611 No obstante, cabe destacar una decisión del juez de medidas provisionales del Tribunal Administrativo de Marsella de 4 de octubre de 2002 (*Psbenychnyak*, n° 024716/0). Basándose en el derecho a una vida digna, el juez de medidas provisionales ordenó a un departamento que restableciera la asistencia social que se le había retirado, consistente en el alojamiento de un padre refugiado y su hijo. El auto afirma "que el derecho a una vida digna constituye una libertad fundamental, de la que la asistencia a la infancia y la ayuda a domicilio son manifestaciones que entran en el ámbito de aplicación del artículo L. 521-2".

612 El párrafo 11^{ème} del Preámbulo de la Constitución de 1946 establece que la nación "garantiza a todos, en particular a los niños, a las madres y a los trabajadores de edad avanzada, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio. Todo ser humano que, por razones de edad, estado físico o mental o situación económica, no pueda trabajar, tiene derecho a obtener de la comunidad medios adecuados de subsistencia".

puede requerir la acción o la abstención de la autoridad pública.

A. Un interés identificado de forma abstracta

144. Para ser calificada de libertad fundamental, la norma cuestionada debe tener por objeto la protección de un interés individual⁶¹³. Debe ser posible identificar el interés y el ámbito protegido por la ley. Abandonando los esquemas y clasificaciones tradicionales, el juez de medidas cautelares muestra cierta flexibilidad en la aprehensión del interés protegido por la norma de libertad fundamental.

1. La existencia de un interés individual

145. La norma de libertad fundamental es una norma cuya finalidad es garantizar la protección de un interés individual específico. Tiende a asegurar la capacidad de libre disposición y realización del sujeto. Exige de los poderes públicos una actuación de carácter específico. Debe ser posible identificar de forma abstracta el ámbito protegido por la norma. El interés se refiere a una acción, una situación o una cualidad cuyo contenido debe ser determinable *in abstracto* sin tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso. Es el caso, por ejemplo, de una norma que protege la opinión, la propiedad o la libre administración de los entes locales. Los beneficiarios de estas normas tienen interés en la preservación de su objeto. Tienen *derecho* e interés en la preservación de sus opiniones, en la libre disposición de sus bienes y en la posibilidad de administrarse libremente.
146. Si no es posible determinar de forma abstracta el interés protegido por la norma, no puede considerarse una libertad fundamental. Este requisito explica la exclusión del principio de continuidad de los servicios públicos del ámbito de aplicación del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. Aunque este principio es de naturaleza fundamental⁶¹⁴, no es una libertad fundamental porque no está específicamente dirigido a proteger un interés del sujeto⁶¹⁵. La misma razón explica por qué la igualdad, principio de derecho objetivo, no se ha considerado una libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. Varios autores han cuestionado la negativa a incluir el principio de igualdad en la categoría de libertades fundamentales, argumentando que es fundamental para nuestro ordenamiento jurídico⁶¹⁶. Es innegable que la igualdad es un principio fundamental⁶¹⁷. Sin embargo, la fundamentalidad no basta para

⁶¹³ En la célebre frase de Jhering, los derechos subjetivos se definen como "intereses jurídicamente protegidos" (véase J. Hummel, "La volonté dans la pensée juridique de Jhering", *Droits* 1999, pp. 71-81). El profesor Foulquier utiliza una formulación similar, que elimina cualquier ambigüedad, para definir los derechos subjetivos como "intereses jurídicamente consagrados". Justifica esta alteración de la fórmula de Jhering por el deseo de eliminar la idea de que los derechos subjetivos sólo existen si están protegidos por los tribunales, opinión defendida en particular por Kelsen (*Teoría pura, op. cit.*, spe p. 141) y Bonnard (artículo antes citado, spe p. 707). Como señala el autor, "según el Palais-Royal y la mayoría de los juristas, la acción judicial no condiciona la existencia de un derecho subjetivo. Simplemente contribuye a su perfeccionamiento" (N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, coll. NBT, 2003, p. 281).

⁶¹⁴ El principio de continuidad de los servicios públicos es fundamental por su valor constitucional. También ha sido calificado de "principio fundamental" por el Conseil d'Etat (CE, 13 de junio de 1980, *Bonjean, Lebon* p. 274).

⁶¹⁵ Para M. Lachaume, "no es propiamente un derecho fundamental lo que está directamente en cuestión aquí" (J.-F. LACHAUME, "Droits fondamentaux et droit administratif", *AJDA* 1998, número especial, p. 93).

⁶¹⁶ Así, M. Brenet afirma que la solución del Conseil d'Etat "es injustificable por su propia naturaleza" y se pregunta "si el Conseil d'Etat no ha sobrepasado los límites de lo razonable", dado que "nadie discute que el principio de igualdad goza de una protección jurídica notable, tanto a nivel nacional como supranacional, y que transmite un valor cuyo alto grado de "esencialidad" es indiscutible" (F. BRENET, "La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA", *RDP* 2003, p. 1576). Del mismo modo, el profesor Cassia afirma que la exclusión del principio de igualdad "no puede basarse en ninguna justificación jurídica, ya que todos los textos constitucionales y los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos lo consagran" (P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence, op. cit.*, p. 112). La cuestión de su admisibilidad al procedimiento del artículo L. 521-2 no planteó la menor duda a M. Verpeaux, quien afirmó que "el principio de igualdad constituye, si se puede decir así, una de las libertades fundamentales más esenciales que el procedimiento de référé-liberté tiene una vocación evidente de proteger" (M. VERPEAUX, nota bajo CE, Secc., 18 de enero de 2001, *Commune de Venelles, RFD* 2001, p. 685).

⁶¹⁷ Su carácter fundamental no admite la menor discusión. A la luz de la definición del Consejo del adjetivo "fundamental" (véase *infra*, § 169 y ss.), no cabe duda de que el principio de igualdad, consagrado en un gran número de fuentes, empezando por la Constitución, representa una norma fundamental. Véase, en particular, G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, coll. Systèmes, 1996, 143 p.; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica PUAM, coll. DPP, 1997, 397 p.; N. BELLOUBET-FRIER, "Le principe

calificar una norma de *libertad* fundamental. Si el principio de igualdad no es una libertad fundamental, es simplemente porque no constituye un derecho subjetivo y, más precisamente (en la medida en que es una norma oponible a la administración y dotada de efecto directo, satisfaciendo así el primer criterio de un derecho subjetivo) porque no protege un interés individual. Lo que le falta a este principio para ser analizado como libertad fundamental es que no confiere a los sujetos un *derecho subjetivo* a la igualdad. Es difícil entender el principio de igualdad como una auténtica prerrogativa individual. Por ejemplo, Isabelle de Silva afirmó que "impugnarlo no vulnera necesariamente un 'derecho' (...)"⁶¹⁸. En la misma línea, el profesor Fromont afirmó que "equiparar el principio de igualdad a una libertad es muy artificial"⁶¹⁹. Cabe señalar que la doctrina jurídica alemana no considera que la igualdad sea un derecho subjetivo⁶²⁰. Como ha demostrado M. Jouanjan, el principio de igualdad, que puede analizarse como un principio de no discriminación, tiene la particularidad de ser un derecho "modal". Esto significa que impone a los poderes públicos una forma particular de actuación y no un contenido específico. Este principio "no prohíbe al Estado actuar de determinadas maneras, sino sólo de determinadas maneras"⁶²¹. La igualdad "no protege (...) una actividad o cualidad humana, o una institución creada por la ley"⁶²². M. Jouanjan afirma que "con respecto a la norma única de la igualdad ante la ley, no se protege por tanto al individuo, ni se obliga al poder público a actuar con un contenido determinado, sino sólo con una modalidad específica"⁶²³. Además, a diferencia de las normas que el Conseil d'Etat ha incluido en la categoría de libertades fundamentales, lo que la igualdad exige en cada caso depende de las circunstancias de hecho de cada caso. La aplicación de la igualdad se basa siempre en un juicio de realidad ("x es similar a y" o "x no es similar a y"). Sólo sobre la base de este juicio de realidad podemos determinar si es posible o necesario tratar dos situaciones dadas de forma idéntica o diferente. El interés que está en juego en la igualdad es, pues, sólo derivado. No está predeterminado en qué consiste realmente en cada caso; sólo se descubre por comparación con otros intereses en juego. Dado que siempre se descubre por comparación con otras situaciones subjetivas, el interés en juego es intersubjetivo y no puramente subjetivo; "un ámbito protegido por la igualdad no puede determinarse materialmente *a priori*"⁶²⁴. Su contenido concreto sólo puede determinarse a partir del propio caso concreto.

El juez exige, pues, la presencia de un interés para calificar la existencia de una libertad fundamental. También utiliza una definición amplia de los intereses protegidos.

2. Ir más allá de lo convencional

147. El interés se refiere al objeto protegido y a la forma de conseguirlo. El interés protegido por la norma de la libertad fundamental es concebido de la manera más amplia posible por el juez de medidas provisionales. Negándose a ceñirse a un esquema concreto, no pretendió limitar las libertades fundamentales a un tipo específico de interés. El carácter autónomo del concepto de libertades fundamentales desarrollado por el juez administrativo se manifiesta de nuevo a este nivel. Trasciende las categorías y presentaciones tradicionales. No se limita a derechos defensivos, no implica exclusivamente un deber de abstención por parte de la autoridad pública y no protege únicamente una oportunidad de actuar. Si seguimos la teoría del estatuto de Jellinek⁶²⁵, basada en el tipo de relación jurídica mantenida entre el sujeto de derecho y la autoridad pública, las libertades fundamentales no se limitan únicamente a un estatuto negativo, sino que también pueden tener un estatuto

d'égalié", *AJDA* 1998, número especial, pp. 152-164; G. BRAIBANT, "Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat", en *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, coll. Recherches politiques, 1989, pp. 97-110.

618 I. DE SILVA, concl. sobre CE, Sec. 30 octubre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFD 2002, p. 329. Sobre la relación entre el principio de igualdad y los "derechos fundamentales", véase F. BENOIT-RHOMER, "L'égalité dans la typologie des droits", en *Classer les droits de l'homme* (E. BRIBOSIA y L. HENNEBEL eds.), Bruylant, coll. Penser le droit, 2004, pp. 135-152.

619 M. FROMONT, "Le principe de proportionnalité", *AJDA* 1995 número especial, p. 165.

620 Así, Jellinek descarta que el principio de igualdad ante la ley pueda considerarse un derecho subjetivo (véase O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica PUAM, coll. DPP, 1992, p. 176). Del mismo modo, el profesor Luhmann afirma que la idea de igualdad se encuentra en el derecho objetivo (véase O. Jouanjan, *op. cit.*, p. 177).

621 O. JOUANJAN, *op. cit.* p. 178.

622 G. Müller, citado por O. Jouanjan, *op. cit.* p. 178.

623 O. JOUANJAN, *op. cit.* p. 178-179.

624 O. JOUANJAN, *op. cit.* p. 179.

625 Cf. G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, 2^{ème} ed., Mohr, 1905, p. 85 y ss. Para una presentación, véase en particular: W. PAULY, "Le droit public subjectif dans la doctrine des statuts de Jellinek", en *Figures de l'Etat de droit* (O. JOUANJAN ed.), PUS, 2001, pp. 293-312; T. RAMBAUD, "Actualité de la pensée constitutionnelle de Goerg Jellinek (1851-1911)", *RDP* 2005, pp. 707-732, especial p. 723.

positivo⁶²⁶, como el derecho de asilo, o un estatuto activo⁶²⁷, como la libre expresión del sufragio. Del mismo modo, la libertad fundamental, en el sentido del artículo L. 521-2, no se limita a los poderes de autodeterminación, poderes que el hombre ejerce sobre sí mismo⁶²⁸. El concepto de juez de medidas cautelares escapa a la presentación convencional. En consecuencia, su concepción de las libertades no puede leerse ni explicarse a través del prisma de los esquemas tradicionales, ya que ello daría una visión parcial e incluso distorsionada de su jurisprudencia.

148. El juez de medidas cautelares no se centra ni en las calificaciones dadas por los textos ni en las controversias doctrinales relativas a la existencia de una posible diferencia entre "derechos" y "libertades". Sobre este punto, se han elaborado ingeniosas construcciones para establecer o negar una diferencia entre "derechos" y "libertades". Algunos autores distinguen entre dos tipos de normas, basándose en la finalidad de la norma en cuestión. Los "derechos" permiten exigir a los poderes públicos que actúen en forma de demanda; las "libertades" permiten exigir a los poderes públicos que se abstengan⁶²⁹. Otros autores, al constatar la ausencia de una distinción clara entre ambas expresiones en Derecho positivo, matizan más el alcance que debe atribuirse a las variaciones léxicas en torno a las palabras "derecho" y "libertad". En consecuencia, relativizan o rechazan tal distinción categórica entre derechos y libertades, que en realidad "son difíciles de distinguir"⁶³⁰

626 El estatus positivo corresponde a los derechos que generalmente requieren una acción positiva por parte del Estado.

627 *El estatuto activo* confiere el derecho a participar en la producción de normas, especialmente a través del derecho de voto y de elegibilidad: el *estatuto activus* garantiza la participación en el Estado, en la "formación de la voluntad estatal" (G. JELLINEK, *op. cit.*, p. 136).

628 Para el Sr. Lebreton, las libertades "son siempre poderes de autodeterminación, es decir, poderes que las personas ejercen sobre sí mismas. Por ejemplo, la libertad de ir y venir puede analizarse como el poder, ejercido sobre uno mismo, de desplazarse. En esencia, pues, las libertades se ejercen de forma independiente, sin que sea necesaria la intervención de otros. Teóricamente, sólo requieren una actitud de abstención, de no obstrucción, por parte de los demás para cumplirse, y en modo alguno un comportamiento positivo, una obligación de actuar" (G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 5^{ème} ed., Armand Collin, 2001, p. 11). Una doctrina casi unánime considera igualmente que las "libertades" confieren poderes de autodeterminación y sólo requieren una actitud de abstención por parte de los poderes públicos. Véase P. MBONGO, "Constitution française et libertés. Dits, non-dits, clairs-obscur et idées reçues", *RA* 2002, p. 602 ("la notion de 'liberté' renvoie nécessairement (...) à une faculté de choix, à un pouvoir d'autodétermination de l'individu"); J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, 9^{ème} ed., PUF droit, coll. Thémis droit public, 2003, p. 6 (los autores consideran la libertad como un "poder de autodeterminación", es decir, "un poder que el hombre ejerce sobre sí mismo"; las consecuencias de las libertades "son puramente negativas: se reducen a la obligación de respetar, por abstención, la libertad de los demás"); F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 77 ("la liberté reste toujours un *droit à l'abstention d'autrui*", cursiva añadida); J. MORANGE, "Liberté", en *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.* ("sólo hay (...) libertad jurídica cuando el Estado reconoce al individuo, en el contexto actual, el derecho a ejercer una actividad determinada libre de presiones externas"). Del mismo modo, para Philippe Braud, las libertades públicas son "obligaciones de no hacer" (P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, coll. BDP, vol. 76, 1968, p. 85), "obligaciones negativas" (*op. cit.*, p. 85), obligaciones de abstención (*op. cit.*, p. 88).

629 Mientras que los derechos "se inscriben en una relación entre sus acreedores y sus deudores", las libertades "son espacios de autonomía, tierras de nadie cuasi jurídicas reconocidas por el príncipe o el legislador, dentro de las cuales sus beneficiarios pueden decidir actuar como mejor les parezca" (A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, Ellipses, 1998, p. 10). En la misma línea, Mathieu y Verpeaux afirman que "la diferencia entre derechos y libertades abarca esencialmente la diferencia entre la afirmación de principios relativos a la autonomía de los individuos o libertades clásicas y los derechos de reivindicación, es decir, las obligaciones que incumben al Estado en materia social" (B. MATHIEU y M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 16). De acuerdo con esta interpretación estricta, M. Verpeaux considera como "libertades" aquellos "derechos" que otorgan a los individuos o a las comunidades la posibilidad de elegir o el rechazo de la coacción. El derecho a la educación, reconocido en particular en el Preámbulo de la Constitución de 1946, no es pues una libertad, a diferencia de la libertad de enseñanza, ya que reconoce la elección tanto de la escuela como del contenido de la enseñanza" (M. VERPEAUX, "La liberté", número especial *AJDA* 1998, p. 144). Para M. Lebreton, las libertades son poderes de autodeterminación, poderes que el hombre ejerce sobre sí mismo (véase la nota anterior), mientras que los derechos en sentido estricto son "poderes que el hombre no ejerce sobre sí mismo, sino sobre los demás"; se diferencian de las libertades en que "se refieren a poderes para exigir comportamientos positivos de los demás, y no simplemente la abstención" (G. LEBRETON, *op. cit.*, pp. 11-12). Del mismo modo, los Sres. Rivero y Moutouh identifican "una diferencia de naturaleza entre las libertades, poderes de autodeterminación que sólo tienen repercusiones negativas sobre los demás, y la mayoría de los demás derechos, poderes para imponer comportamientos positivos a los demás o a la colectividad" (J. RIVERO y H. MOUTOUH, *op. cit.*, p. 6). Los Sres. Collin y Guyomar afirman también que "para decirlo en términos simples, incluso simplistas, la garantía de una libertad exige la prohibición de una injerencia excesiva de la autoridad pública, mientras que el ejercicio de un derecho presupone la acción de esa misma autoridad pública con vistas a hacerlo efectivo" (M. GUYOMAR y P. COLLIN, *chron. sous CE, Sect.*, 30 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tiba*, *AJDA* 2001, p. 1055).

630 F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 5^{ème} ed, Dalloz, 2000, n° 256. Como ha señalado acertadamente Xavier Bioy, si bien la distinción entre derechos y libertades puede tener un interés teórico, "el derecho positivo en la materia no muestra distinción alguna" (X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public (Recherches sur le sujet des droits fondamentaux)*, Dalloz, NBT, 2003, pp. 498-499). En el mismo sentido, véase: P. Pactet, "Quelques réflexions sur les principes relatifs aux libertés et aux droits sous la V^e République", en *Etudes offertes à C.-A. Colliard. Droits et libertés à la fin du XX^e siècle : influence des données*

. Siguiendo los pasos de estos autores, el juez administrativo aborda con prudencia las controversias teóricas relativas a una posible oposición entre "derechos" y "libertades". No se detiene en los títulos utilizados y sólo se interesa por el objeto de la norma en cuestión. Las normas calificadas de "libertad" (de circulación, de reunión, de empresa), de "derecho" (de propiedad, de asilo, de llevar una vida familiar normal, de consentir un tratamiento médico), de "principio" (carácter pluralista de la expresión de las corrientes de opinión y de pensamiento, libre administración de las colectividades locales, presunción de inocencia) o de "posibilidad" (ejercicio de la defensa ante un juez) son todas ellas susceptibles de protección en virtud del artículo L. 521-2. Lejos de detenerse en el vocabulario utilizado por los textos, el juez de medidas provisionales se centra exclusivamente en la naturaleza de la prerrogativa conferida al beneficiario o, más exactamente, en la finalidad de la norma.

B. El objeto protegido

149. El objeto protegido por la norma de libertad fundamental puede ser una actividad, una cualidad o una posición del sujeto. También es concebible que el juez incluya en el ámbito de las libertades normas relativas a la atribución de prestaciones.

1. Una actividad (por hacer)

150. La mayoría de las libertades fundamentales reconocidas por el juez de medidas cautelares se refieren a la protección de la posibilidad de hacer (o no hacer) algo. Son libertades en sentido estricto. Protegen una actividad o acción concreta: emprender, viajar, reunirse. También pueden, en su dimensión negativa, plasmarse en libertades de no hacer, por ejemplo, no ser obligado a realizar trabajos forzados. Como estas normas corresponden al sentido clásico del término "libertad", su reconocimiento no plantea, en principio, ninguna dificultad. Dentro de esta primera categoría, sólo la consagración del derecho de propiedad y del principio de libre administración de los entes locales han suscitado debate.

151. El interés protegido por el derecho de propiedad es la posibilidad, para su beneficiario (ya sea propietario o arrendatario), de poder disponer -en el sentido más amplio- del bien sobre el que ejerce sus derechos (en virtud de la ley o de una obligación contractual) sin injerencias ni trabas de terceros. En este sentido, se trata de una libertad en sentido estricto, una auténtica posibilidad de hacer. El ordenamiento jurídico excluye el uso de la propiedad por cualquier persona distinta del propietario o arrendatario. El juez de medidas provisionales subrayó el carácter exclusivo del derecho de propiedad al afirmar que "implica generalmente que terceros no pueden utilizar el bien sin autorización del propietario"⁶³¹. En palabras de René Capitant, "la propiedad es una libertad, porque es el derecho de su titular a realizar actos de uso, disfrute y disposición de la cosa, que son actos discrecionales, libres, no sujetos ni a obligación ni a prohibición". Y, continuaba, es una libertad "protegida por la prohibición de que terceros interfieran en su ejercicio"⁶³². La idea fue retomada por Robert y Duffar. Para estos autores, "la propiedad es indiscutiblemente una libertad" porque "presupone una obligación general, impuesta a todos los que no son propietarios de la cosa, de aceptar que el propietario ejerza plenamente su derecho sobre ella y de abstenerse de hacer cualquier cosa que pueda interferir en él"⁶³³. Así es como los Constituyentes de 1789 entendieron el derecho de propiedad, concebido como la libertad de usar y disponer de los bienes propios sin que nadie se lo impida o dificulte⁶³⁴.

Sin embargo, argumentando que el derecho de propiedad es un derecho real, un juez de procedimiento sumario del Tribunal Administrativo de París desarrolló la idea de que este derecho no podía analizarse como una libertad⁶³⁵. Basándose en el artículo L. 521-2, este juez adoptó una interpretación estricta del concepto de libertad,

économiques et technologiques, Pedone, 1984, pp. 575-588.

631 CE, ord. 20 julio 2001, *Commune de Mandeliën-la-Napoule*, *Lebon* p. 388.

632 R. CAPITANT, *Cours de principes du droit public*, DES de droit public 1956-1957, *Les cours de droit*, p. 38.

633 J. Robert y J. Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Domat Montchrestien, 7^{ème} ed., 1999, p. 20. Véase también J. Tremeau, "Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété", *AJDA* 2003, pp. 653-658.

634 Véase J.-L. MESTRE, "La propriété, liberté fondamentale pour les Constituants de 1789", *RFDA* 2004, pp. 1-5.

635 Hay que señalar que esta jurisprudencia discrepante no debe considerarse como una rebelión de todo un tribunal contra la solución dada por el Conseil d'Etat, sino como la opinión de un juez de medidas provisionales cuya posición estaba aparentemente aislada dentro de su tribunal. Para una aplicación ortodoxa de la jurisprudencia del Conseil d'Etat - calificando el derecho de propiedad de libertad fundamental - por un juez de medidas provisionales del mismo tribunal, véase por

entendida como el derecho "a disponer de un poder de autodeterminación", añadiendo que "no hay ninguna razón para suponer que el legislador haya querido dar a la palabra libertad, en las disposiciones mencionadas, un sentido distinto del tradicionalmente utilizado en el derecho público francés". El auto precisa que "aunque a veces se ha considerado que el derecho de propiedad es una condición para el ejercicio de ciertas libertades, nunca se ha considerado que constituya una de las libertades públicas". Por último, la decisión afirma que "aunque los atributos del derecho de propiedad tienen el efecto de conferir a su titular el "libre" uso, disfrute y disposición de la cosa poseída, no pueden por sí mismos tener la consecuencia de hacer de este derecho real una libertad en el sentido antes mencionado"⁶³⁶. La posición adoptada por este juez fue censurada por el Tribunal Supremo⁶³⁷ y condenada enérgicamente por el Conseil d'Etat⁶³⁸. Por otra parte, esta jurisprudencia disidente recibió el inesperado apoyo de un representante de la comunidad académica. Respaldo plenamente el enfoque desarrollado por el juez de medidas provisionales del Tribunal Administrativo de París, el Sr. Pez afirma que la libertad "pertenece más a la categoría de los derechos de la persona que a la de los derechos reales. Dado que el derecho de propiedad es el derecho real por excelencia, podemos comprender la reticencia del juez del tribunal administrativo a confundirlo con la libertad"⁶³⁹. Este argumento, basado en la naturaleza del derecho de propiedad como derecho real, no es en absoluto convincente. En efecto, como se ha indicado anteriormente, el derecho de propiedad, antes de ser un derecho sobre una *cosa*, es ante todo un derecho contra *las personas*. Por lo tanto, como señaló Kelsen, la distinción establecida entre derechos reales y derechos personales puede considerarse "una distinción falaz"⁶⁴⁰. En estas condiciones, la asimilación del derecho de propiedad a una libertad fundamental no plantea, en principio, ninguna dificultad. Por su estructura y su objeto, este derecho presenta todas las características de un derecho subjetivo y se inscribe innegablemente en la primera categoría de libertades fundamentales, la de la libertad *de hacer*.

152. El principio de libre administración de los entes locales también entra en esta categoría. Este principio, que tiene su fuente en el artículo 72 de la Constitución, corresponde a una libertad de acción. Este carácter justifica su consagración como libertad fundamental, aunque, a primera vista, no se trate de una solución evidente.

A primera vista, la libre administración puede analizarse como un simple principio de organización del Estado. Defendiendo esta concepción "institucional" de la libre administración, Verpeaux afirma que constituye un principio de organización del mismo modo que la separación (horizontal) de poderes. Para el autor, estos dos principios no son más que garantías del ejercicio de los derechos o libertades, pero no representan en sí mismos libertades. "Ambos no constituyen derechos, sino que pueden concebirse como condiciones consideradas constitucionalmente necesarias, por el artículo 72 de la Constitución en el caso de uno, por el artículo 16 de la Declaración de Derechos en el caso del otro, para la afirmación de las libertades reconocidas en otras disposiciones que ya no son orgánicas pero que se refieren a derechos sustantivos"⁶⁴¹. En Alemania, la libertad de administración no se considera un derecho, sino una garantía institucional⁶⁴². Según el Tribunal Constitucional

ejemplo TA París, ord. 12 de diciembre de 2002, *Société Kerry*, nº 0216294/9-1, citado por T. PEZ, nota en TA París, ord. 3 de febrero de 2003, *SCI OBK, RFDA* 2003, p. 577, nota 7.

636 TA París, orden de 9 de noviembre de 2002, *Société Brink's France*, nº 0215084/9-1, D. 2002, p. 3151. Véase, repitiendo esta fórmula y negando que el derecho de propiedad sea una libertad fundamental: TA París, ord. 3 de febrero de 2003, *SCI OBK, RFDA* 2003, pp. 576-578, nota T. PEZ; ord. 20 febrero 2003, *Société Outremer Finance Limited*; ord. 30 de julio de 2003, *Société Resimmo*.

637 Todos los autos remitidos al Tribunal Supremo fueron anulados por error de derecho. Véase CE, 2 de julio de 2003, *Société Outremer Finance Limited, Lebon* p. 306, *AJDA* 2003, pp. 1780-1785, concl. G. BACHELIER; *JCP A* 2003, 1384, nota J.M.; CE, 29 de octubre de 2003, *Société Resimmo, Lebon* p. 911.

638 Véanse, en particular, las citadas conclusiones del Comisario del Gobierno, Gilles Bachelier.

639 T. PEZ, nota supra, p. 576. Véase, del mismo autor, y en el mismo sentido, "Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté", *RFDA* 2003, pp. 370-385.

640 H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, op. cit. p. 136. Como explica Kelsen, para mantener esta distinción entre derecho real y derecho personal, el primero se define como el derecho de un individuo a disponer de una cosa de una determinada manera: "se olvida entonces que *este derecho consiste únicamente en el hecho de que los demás individuos están jurídicamente obligados a tolerar esta disposición, es decir, a no impedirlo ni obstaculizarlo en modo alguno*; y en consecuencia, el *jus in rem* es al menos también *jus in personam*". También en el caso del *droit réel* es primordial la relación entre personas humanas; y esta relación consiste en la obligación de comportarse de una determinada manera con respecto a un individuo concreto. La relación con la cosa sólo tiene una importancia secundaria: sólo sirve para precisar la relación primaria; es la conducta de un individuo en relación con una cosa determinada, conducta que todos los demás individuos están obligados a tolerar en relación con el primero" (op. cit., pp. 136-137). Énfasis añadido.

641 M. VERPEAUX, nota bajo CE, Secc., 18 de enero de 2001, *Commune de Venelles, RFDA* 2001, p. 684. Cabe señalar que la comparación entre estas dos formas de separación de poderes tropieza aquí con un límite evidente. En efecto, mientras que la división horizontal pone en juego entidades dotadas de personalidad jurídica (persona jurídica Estado, colectividades territoriales), la división vertical se refiere a "poderes" (ejecutivo, legislativo) que no tienen, como tales, una existencia orgánica.

642 Formulada por primera vez por Carl Schmitt (cf. C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution* (1928), PUF, coll. Léviathan, 1993, pp. 308-309), la idea de garantía institucional implica una obligación por parte del Estado de crear o

Federal, "el apartado 2 del artículo 28 no protege a los entes locales individualmente, sino como institución"⁶⁴³. Si los entes locales pueden invocar este principio en apoyo de un recurso constitucional, es sólo en la medida en que protege su existencia y no en la medida en que reconoce la capacidad de actuación del ente local. Si se entiende como un principio institucional, no puede calificarse de derecho fundamental.

Así las cosas, es posible ir más allá de este planteamiento institucional y considerar la libre administración como un derecho subjetivo reconocido a favor de las entidades locales, y que confiere a éstas una auténtica posibilidad "de hacer". De lo que se trata aquí es de la posibilidad de que un ente local se administre a sí mismo, es decir, que se autoadministre o ejerza libremente sus prerrogativas. Desde el punto de vista de la materia de que se trata, el reconocimiento de este principio como libertad fundamental es, pues, perfectamente coherente con las soluciones adoptadas para otras libertades. Además, este reconocimiento no es contrario a la orientación adoptada por la jurisprudencia y la doctrina en la materia. Por una parte, el principio de la libre administración de los entes locales había sido establecido como libertad fundamental por un tribunal de apelación en el asunto de la agresión de hecho⁶⁴⁴. Por otro lado, algunos autores han aceptado la asimilación de este principio al concepto teórico de "derecho fundamental"⁶⁴⁵. Por último, la Constitución constituyente había concebido el principio de libre administración en 1946 y 1958⁶⁴⁶. Por consiguiente, dado que el interés en cuestión había sido claramente identificado -el derecho a la autonomía-, nada se oponía a su reconocimiento como libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. A diferencia de la descentralización, que no es más que un principio de organización administrativa, la libertad de administración es un derecho subjetivo que una entidad local puede invocar⁶⁴⁷.

2. Una cualidad o posición del sujeto (ser)

153. Las libertades fundamentales no se limitan a oportunidades de hacer cosas, es decir, libertades en sentido estricto. No todas ellas pueden reducirse a permisos para *actuar* o adoptar un comportamiento determinado. El Presidente Vandermeeren ha subrayado que ciertos derechos, como el derecho de asilo, están cubiertos por el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, aunque "no puedan analizarse, en sentido estricto, como "libertades"⁶⁴⁸.

154. Es cierto que, en varias ocasiones, los tribunales han parecido encerrarse en una lectura estricta del término "libertad", presentando artificialmente en términos de *posibilidades* derechos que, a primera vista, no tenían esta naturaleza. El juez intentó entonces designar las normas calificadas de "derechos" mediante el término "libertad" o sus derivados, el adjetivo "libre" y el adverbio "libremente". En el auto *Hyacinthe*, es - según los

mantener instituciones de derecho privado, como el matrimonio y la familia, o de derecho público, como la autonomía universitaria.

643 BVerfG, 18 de septiembre de 1995, *NJW* 1995, p. 3378, citado por L. SASSO, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux*, tesis Caen, 1999, p. 118.

644 CA Papeete, ch. civ, 26 de febrero de 1992, *Vernaudon c/ Juventin*, *JCP G* 1992, II, 21926, nota A. MOYRAND

645 Véase, en particular, D. DE BECHILLON, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, *Economica PUAM*, coll. DPP, 1996, p. 300; X. PHILIPPE, *Droit administratif des libertés*, *Economica*, 1998, p. 14; J.-F. LACHAUME, "Droits fondamentaux et droit administratif", *AJDA* 1998, número especial, p. 94). El principio de libre administración también se califica de "libertad pública" (M. BOURJOL, "Constitution", *Jcl. Collectivités locales*, fasc. 20 (2000), n° 24, n° 25, n° 28, n° 30).

646 A raíz de los debates de la Comisión Constitucional de 1946, la Asamblea Constituyente quiso consagrar auténticas libertades locales y no un simple principio de organización administrativa (véase C. BACOYANNIS, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, *Economica PUAM*, coll. DPP, 1993, pp. 96-97 especiales). Durante los trabajos preparatorios de la Constitución de 1958, las expresiones "libre administración", "libertad de las colectividades territoriales", "libertad comunal" y "libertades locales" se utilizaron como sinónimos (*op. cit.*, p. 98).

647 En cuanto a los beneficiarios de este derecho, cabe señalar que la libre administración estaba tradicionalmente vinculada a un grupo humano. M. BACOYANNIS subraya que el derecho a la autonomía no se confiere a la persona jurídica "colectividad territorial", sino al grupo natural que se define por su adscripción a un territorio y que preexiste a su renovación por el Estado. La expresión "colectividad territorial" se refería inicialmente a un conjunto formado por todos los grupos humanos definidos por su adscripción a un territorio determinado (C. BACOYANNIS, *op. cit.*, p. 100). En la misma línea, M. MARCOU indica que la terminología utilizada "remite al carácter original de las comunidades locales basadas en el asentamiento, el grupo humano" (G. MARCOU, "Le référé administratif et les collectivités territoriales", *LPA* 14 de mayo de 2001, n° 95, p. 47). Rompiendo con este planteamiento, el Conseil d'Etat amplió la perspectiva al considerar que la libre administración no es prerrogativa de un grupo humano, sino de una persona jurídica. Lo único que importa es que la comunidad en cuestión tenga personalidad jurídica y sea una de las personas jurídicas protegidas por la fórmula genérica del artículo 72 de la Constitución. Si el juez administrativo hubiera adoptado el enfoque tradicional, ello habría supuesto reservar el beneficio de esta libertad a la comuna -única entidad que cumple los criterios mencionados- y negárselo a las demás entidades territoriales -departamento, región, agrupación de entidades-, que representan creaciones artificiales.

648 R. VANDERMEEREN, *D.* 2002, SC contentieux administratif, p. 2228.

Sres. Collin y Guyomar⁶⁴⁹ - para justificar la inclusión del "derecho" de asilo en el ámbito de las libertades fundamentales, el juez de medidas provisionales afirmó que este derecho "tiene como corolario el derecho a solicitar el estatuto de refugiado, cuya concesión es determinante para el ejercicio por los interesados de las libertades generalmente reconocidas a los extranjeros"⁶⁵⁰. Del mismo modo, para el Conseil d'Etat, el derecho a llevar una vida familiar normal ha sido calificado de libertad fundamental "en la medida en que tiene por objeto proteger *la libertad de toda persona a vivir con su familia* frente a injerencias excesivas de los poderes públicos"⁶⁵¹. En la misma línea, el derecho de propiedad se ha considerado desde el ángulo de la "libre" disposición de los bienes o del "libre" acceso a la vía pública, sugiriendo que este derecho no era en sí mismo una libertad fundamental y que este estatuto debía reservarse a cada uno de sus componentes. Sin embargo, como ha señalado el profesor Cassia, este intento de asociar "derechos" a "libertades" resulta a veces "artificial"⁶⁵². Ello explica que este método de reconocimiento no se haya generalizado. En la práctica, muy pocos "derechos" han sido reclasificados artificialmente como "libertades". Por ejemplo, no se han utilizado tales fórmulas para el derecho de huelga o el derecho a consentir un tratamiento médico. Por último, las fórmulas utilizadas para los derechos que fueron objeto de estas enmiendas no se han utilizado sistemáticamente con posterioridad. En particular, en numerosas ocasiones los tribunales han consagrado directamente el "derecho" de propiedad sin hacer referencia a la libre disposición de los bienes por parte del propietario⁶⁵³. En cuanto al derecho de asilo, la referencia a las "libertades generalmente reconocidas a los extranjeros" no identifica necesariamente una libertad. Es una repetición de una fórmula utilizada por el Consejo Constitucional en la decisión *Maîtrise de l'immigration*⁶⁵⁴. En definitiva, parece que el único objetivo de estas formulaciones era ocultar que se había rebasado el sentido estricto del término "libertad". Sin embargo, con respecto a la jurisprudencia que se ha desarrollado sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, está claro que las libertades fundamentales no se limitan a las oportunidades de actuar, es decir, a la protección de acciones o actividades específicas.

155. Para el juez administrativo, las libertades también pueden tener por objeto proteger cualidades, características o posiciones del sujeto. Es el caso, por ejemplo, de la libertad personal, la presunción de inocencia o el derecho de asilo. Estos principios no protegen en modo alguno la posibilidad de hacer algo, sino esencialmente el derecho a no ser sometido a torturas y tratos inhumanos o degradantes, el derecho a no ser presentado como autor de una falta o delito antes del resultado de un proceso penal y el derecho a obtener la protección de las autoridades de la República para las personas perseguidas a causa de su acción en favor de la libertad⁶⁵⁵. También parece posible incluir la libertad de opinión, que no protege una acción -expresar una opinión- sino una posición del sujeto -no ser penalizado, sancionado o discriminado por sus opiniones-. El verdadero sentido de esta libertad no es permitir que cada uno tenga las opiniones que quiera, sino garantizar que no se vulnerará ninguno de sus derechos y que no será discriminado por el uso que haga de esta libertad⁶⁵⁶. A ello se añade también el derecho a llevar una vida familiar normal, que ante todo protege una situación: la posibilidad de ser y vivir en familia.

3. Una prestación (crédito)

156. Por último, podría contemplarse que el objeto de la libertad fundamental se refiera a un beneficio, es decir, a la obtención de un bien o a la prestación de un servicio. De hecho, el Conseil d'Etat se ha negado a excluir por principio los derechos de crédito del ámbito de aplicación del procedimiento de référé-liberté, y todo hace

649 M. Guyomar y P. Collin, chron. under CE, Sect. 30 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, AJDA 2001, pp. 1055-1056.

650 CE, ord. 12 de enero de 2001, *Hyacinthe, Lebon* p. 12.

651 CE, Secc. 30 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523.

652 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p. 115.

653 Véase, por ejemplo, CE, ord. 22 octubre 2001, *Gonidec et Brocas*, no. 239165; CE, ord. 10 de enero de 2005, *Société SIMBB et autres*, n° 276137.

654 En esta decisión, el Consejo se refiere al derecho de asilo como "un derecho fundamental cuyo reconocimiento determina el ejercicio por los interesados de las libertades y derechos que la Constitución reconoce con carácter general a los extranjeros residentes en el territorio (...)" (CC, n° 93-325 DC, 13 de agosto de 1993, cons. 81, *Rec.* p. 224).

655 Sobre el contenido de estos diversos derechos, véase *infra*, § 196 y ss.

656 La redacción utilizada en los textos que proclaman la libertad de opinión expresa perfectamente esta idea. Las disposiciones en cuestión no sólo declaran que "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento", sino que también afirman que "Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones, aun las de carácter religioso" (artículo 10 de la Declaración de 1789), "Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones" (artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) o incluso que "Nadie podrá ser perjudicado en su trabajo o empleo a causa de sus orígenes, opiniones o creencias" (5^{ème} párrafo del Preámbulo de la Constitución de 1946).

pensar que, siguiendo el ejemplo de sus comisarios de gobierno y de los jueces de primera instancia, aceptará clasificar como tales los derechos que hayan sido objeto de medidas legislativas de aplicación. La Sra. de Silva se reservó muy explícitamente la posibilidad de asimilar los derechos reivindicatorios a las libertades fundamentales: "El enfoque que les proponemos no se basa, pues, en una oposición entre "derechos" y "libertades", ni en una exclusión de principio de los derechos calificados de "derechos reivindicatorios"⁶⁵⁷ .

157. Según los Sres. Sin embargo, según Collin y Guyomar, parece "difícilmente discutible" que, salvo las "excepciones" que consideran que son el derecho de asilo y el derecho a solicitar el estatuto de refugiado, "los 'derechos' consagrados en la Constitución, en el sentido corriente del término, y en particular todos los derechos de reivindicación surgidos después de la Liberación, no están destinados a beneficiarse de la protección específica del procedimiento sumario". Los autores prosiguen: "Cabe pensar, en particular, en el "derecho a obtener un empleo" proclamado por el Preámbulo de la Constitución de 1946, que no puede recibir como tal la etiqueta de "libertad fundamental". El Conseil d'Etat sólo ha incluido el derecho a llevar una vida familiar normal en el ámbito del procedimiento de *référé-liberté* esforzándose por vincularlo a una libertad constitucionalmente garantizada, que es en sí misma una libertad individual de primer orden. Nos parece más probable que se trate de una señal de que el Conseil d'Etat pretendía marcar el límite de la ampliación del ámbito de aplicación de este procedimiento y no la primera etapa de la apertura de este procedimiento al conjunto de los derechos económicos y sociales"⁶⁵⁸ . Estas afirmaciones parecen discutibles y no se corresponden con la realidad del derecho positivo.

En primer lugar, los Sres. Collin y Guyomar parecen reunir en una misma categoría jurídica los derechos económicos y sociales y los derechos de reclamación, mientras que los primeros tienen un alcance más amplio que los segundos. En particular, la categoría de los derechos económicos y sociales no se limita a los derechos de crédito, sino que se extiende también a una serie de derechos de libertad, entre los que figuran, en particular, la libertad de asociación y el derecho de huelga, que han sido reconocidos como libertades fundamentales en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. Del mismo modo, el derecho a llevar una vida familiar normal no constituye un derecho de crédito, sino un derecho de libertad, en la medida en que no exige en modo alguno el derecho a una prestación de los poderes públicos. En segundo lugar, si debe excluirse el derecho al empleo, único derecho real mencionado por los autores, es únicamente en la medida en que no tiene efecto directo, como afirmó muy claramente la Sra. Fombeur en sus conclusiones sobre la sentencia *Casanova*⁶⁵⁹ . En estas circunstancias, no se puede sostener razonablemente que el Conseil d'Etat pretendiera excluir, por principio, los derechos de crédito del ámbito de aplicación de la *référé-liberté*. Si determinados derechos de crédito se excluyeron expresamente de la categoría de libertades fundamentales, fue únicamente porque no tenían efecto directo⁶⁶⁰ . Estos derechos requieren una aplicación legislativa para ser aplicables. En palabras de Dean Favoreu, "lo que a menudo se denomina 'derechos reivindicatorios' tienen una configuración particular, pero en realidad son libertades fundamentales. Simplemente no están protegidos de la misma manera que los demás, y puede ocurrir que el procedimiento de *référé-liberté* no pueda utilizarse en su beneficio porque, como dice el Comisario del Gobierno, sólo producen efectos en relación con los que están en el poder. Sin embargo, no podemos descartar la posibilidad de que el derecho de petición pueda tener un efecto directo sobre los particulares"⁶⁶¹ .

158. Desde el punto de vista de su modo de realización, el objeto protegido por la libertad puede implicar una actitud pasiva o activa por parte de los poderes públicos. Al ser la libertad un derecho subjetivo, adopta la forma de un derecho jurídico que permite a su beneficiario exigir el cumplimiento de los deberes de abstención o de acción que le incumben a los poderes públicos.

C. Cómo se realizan las libertades

159. "Tener un derecho subjetivo sobre un determinado sujeto significa poder reclamarle un comportamiento determinado"⁶⁶² . En el contexto del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, las "libertades" no pueden definirse como si sólo exigieran la abstención de las autoridades públicas. No pueden reducirse a obligaciones estrictamente negativas que incumben a la administración. Algunas libertades fundamentales, como la propiedad o el pluralismo, exigen tanto la acción como la abstención; otras, como el asilo, sólo exigen

657 I. DE SILVA, concl. sobre CE, Secc. 30 octubre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFDA 2002, p. 330.

658 M. Guyomar y P. Collin, op. cit., p. 1056.

659 Véase el artículo 129.

660 Véase *supra*, §§ 129-139.

661 L. FAVOREU, "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *D.* 2001, p. 1742.

662 R. GUASTINI, "Réflexion sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l'interprétation", *RD* 1991, p. 1080.

la acción⁶⁶³. Muchas libertades implican una cierta distribución de los dos aspectos. Así pues, tienen una doble dimensión, que adopta la forma de abstención de actuar o de abstención de no actuar.

- 160.** Consideradas en su dimensión negativa⁶⁶⁴, las libertades tienen por objeto oponerse a la acción de los poderes públicos. Está prohibido intervenir o interferir en el ámbito protegido por la libertad. Su aplicación adopta la forma de una obligación de no injerencia y presupone la abstención de los poderes públicos. Permite a su beneficiario repeler las perturbaciones y exigencias del Estado. En este sentido, la libertad es fácil de proteger. Basta con que el tribunal imponga el cumplimiento de las disposiciones que garantizan la abstención administrativa, dejando sin efecto los actos o actuaciones que contravengan esta garantía.
- 161.** En su dimensión positiva, las libertades fundamentales presuponen la acción de los poderes públicos. El Estado no debe, por su negativa, omisión o abstención, afectar al ámbito protegido por la libertad. Está obligado a promover o garantizar la libertad, a contribuir activamente a su realización. En este sentido, la libertad exige que los poderes públicos actúen o adopten medidas para garantizarla. Por ejemplo, el pluralismo puede exigir que el Conseil supérieur de l'audiovisuel emprenda acciones positivas para garantizar su respeto. En los casos en que se deniega la asistencia de la policía para hacer cumplir una orden judicial de desalojo de ocupantes ilegales, el respeto del derecho de propiedad exige la actuación de la autoridad administrativa. Esta dimensión positiva no es específica del procedimiento de référé-liberté. Ya a principios del siglo XX^e, el juge de l'excès de pouvoir reconoció que el respeto de la libertad de culto podía implicar una intervención positiva de la autoridad administrativa⁶⁶⁵. El principio de las obligaciones positivas se ha utilizado ampliamente en los litigios constitucionales⁶⁶⁶ y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁶⁷. El interés individual protegido debe reconocerse como perteneciente a un sujeto de derecho o a una categoría identificada de sujetos de derecho.

⁶⁶³ Como han señalado los Sres. Guyomar y Collin, el ejercicio del derecho de asilo "exige claramente la acción de los poderes públicos y no la abstención" (véase supra, p. 1055).

⁶⁶⁴ En Alemania, la función defensiva se presenta como la función más importante de los derechos fundamentales. En un célebre pasaje de la sentencia *Liith*, el Tribunal Constitucional Federal declaró que "los derechos fundamentales tienen indudablemente por objeto, en primer lugar, proteger una esfera de libertad del individuo contra las injerencias de los poderes públicos; son *Abwehrrechte* [derechos defensivos o derechos de defensa] del ciudadano frente al Estado" (BVerfGE 7, 198, *Liith*, 15 de enero de 1958, p. 204, citado por D. CAPITANT, tesis, p. 105). Los autores que adoptan una visión teórica del concepto de derecho fundamental afirman también que, en los derechos constitucionales europeos, la función de los derechos fundamentales es "proteger al individuo en su esfera de libertad contra las injerencias de los poderes públicos" (C. GREWE y H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995, n° 131). Se concede al individuo una esfera libre del Estado (*Staatsfrei*, en expresión de Jellinek: véase O. BEAUD, "La théorie allemande des droits fondamentaux", *op. cit.*, p. 45).

⁶⁶⁵ Véase N. Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, coll. NBT, 2003, p. 548.

⁶⁶⁶ Véase L. SASSO, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux*, tesis Caen, 1999, 384 p. Esta teoría se ha aplicado en la jurisprudencia del Tribunal de Karlsruhe. Por ejemplo, se ha sostenido que el Estado alemán no sólo debe abstenerse de impedir que un particular cree una escuela o un periódico, sino que también debe adoptar las medidas necesarias para garantizar un cierto pluralismo en la educación o en la prensa (véase M. FROMONT y H. SIEDENTOPF, "Administration et Constitution en République fédérale d'Allemagne", *AEAP* 1993/XVI, pp. 177-178). En un acto de audacia, el Tribunal Administrativo Federal dedujo de la Constitución el derecho de un indigente a la asistencia pública que no estaba previsto en la normativa que organizaba este tipo de asistencia (véase D.-H. SCHEUING, "La protection des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne", en *Perspectives del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, vol. III, Instituto de estudios de Administración local, 1969, p. 327, referencias nota 55). Sobre esta cuestión, véase más generalmente D. CAPITANT, tesis antes citada, p. 173 y ss. En Francia, el carácter preventivo del control dificulta el descubrimiento y la imposición de obligaciones positivas. No obstante, se ha interpretado que algunas decisiones del Consejo Constitucional contienen tales obligaciones. Así, la decisión 181 DC se ha interpretado en el sentido de que obliga al legislador a prever las instituciones necesarias para preservar la libertad de expresión y el pluralismo (CC, n° 84-181 DC, 10-11 de octubre de 1984, *Rec.* p. 78).

⁶⁶⁷ El Tribunal Europeo ha declarado en repetidas ocasiones que las obligaciones del Estado en virtud del Convenio no se limitan a abstenerse de violar sus disposiciones, sino que también pueden dar lugar a obligaciones de actuar. En la sentencia *X. e Y. contra los Países Bajos*, de 25 de marzo de 1985 (Serie A n° 91), relativa a los abusos sexuales de un menor discapacitado mental mayor de dieciséis años, el Tribunal sostuvo que la legislación neerlandesa era insuficiente para cumplir los requisitos del artículo 8 del Convenio. Para asegurar una "protección concreta y efectiva" de los derechos garantizados por este artículo, la legislación neerlandesa debería haber previsto una legislación penal más protectora. La sentencia *Plattform Ärzte für das Leben contra Austria* de 21 de junio de 1988 (Serie A, n° 139) también es indicativa de esta jurisprudencia. Este caso se refería a una manifestación que había tenido lugar en malas condiciones debido a una contramanifestación que había sido mal contenida por la policía. El Tribunal declaró: "En una democracia, el derecho de contramanifestación no puede llegar a paralizar el ejercicio del derecho de manifestación. En consecuencia, la libertad real y efectiva de reunión pacífica no puede conciliarse con un mero deber de no injerencia por parte del Estado; un planteamiento puramente negativo no sería coherente con el objetivo y la finalidad del artículo 11". Al igual que el artículo 8, a veces exige medidas positivas, si es necesario incluso en las relaciones entre particulares" (§ 32).

III. Un beneficiario identificado

162. El tercer criterio para identificar un derecho público subjetivo es la existencia de un beneficiario identificado. Dado que el texto del artículo L. 521-2 no impone ninguna cualificación particular para beneficiarse de una norma de libertad fundamental, el juez de medidas provisionales ha adoptado el enfoque más amplio posible. Reconoce que cualquier persona puede beneficiarse de las libertades fundamentales independientemente de su nacionalidad o forma jurídica⁶⁶⁸.

A. Particulares

163. En principio, cualquier persona puede invocar el beneficio de las libertades fundamentales reconocidas en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. La jurisprudencia que se ha desarrollado sobre esta base ha consagrado el principio del disfrute universal de las libertades fundamentales. En primer lugar, estas libertades se aplican no sólo a los ciudadanos nacionales, sino también a los extranjeros, estén o no presentes en territorio francés. Esta solución, perfectamente clásica, es coherente con la jurisprudencia que se ha desarrollado en relación con los actos de hecho⁶⁶⁹ y con la orientación general del Derecho constitucional europeo⁶⁷⁰. Las libertades fundamentales también se reconocen a los particulares en situaciones especiales. Así, los funcionarios públicos disfrutaban plenamente de ellas⁶⁷¹, a pesar de las limitaciones que les impone su estatuto, que, en palabras de Maurice Hauriou, los convierte en "ciudadanos especiales"⁶⁷². Los presos también gozan de libertades fundamentales. Para el juez de medidas provisionales, "las personas detenidas en centros penitenciarios no están privadas por este solo hecho del derecho a ejercer libertades fundamentales susceptibles de beneficiarse del procedimiento especial instituido por el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa"⁶⁷³. Es igualmente aplicable a las personas hospitalizadas en un establecimiento psiquiátrico⁶⁷⁴ o a las personas incapacitadas. Por ejemplo, el derecho a llevar una vida familiar puede beneficiar a un hijo menor separado de sus padres y ser invocado directamente por éste⁶⁷⁵.

164. Dicho esto, el principio de universalidad del disfrute de las libertades fundamentales no es absoluto. Pueden

668 En 1990, también prevaleció un enfoque amplio en el proyecto de revisión constitucional relativo a la introducción de una cuestión prejudicial de constitucionalidad. El ponente del proyecto en la Asamblea Nacional había declarado que los derechos fundamentales "serían tanto los de los ciudadanos franceses como los de los extranjeros, y tanto los de las personas físicas como los de las personas jurídicas" (Informe de Michel SAPIN sobre el proyecto de ley constitucional por la que se instaure el control de constitucionalidad por vía de excepción, informe n° 1288, 19 de abril de 1990, p. 33).

669 Una jurisprudencia constante reconoce a los extranjeros el acceso a los procedimientos administrativos y, por consiguiente, el beneficio de las libertades fundamentales reconocidas en ellos. ¡Véanse, en particular, las referencias citadas por Jean-Yves Plouvin en su estudio "Au secours, le juge civil des référés arrive! (ou de la réduction du juge administratif par le juge judiciaire des référés)", *GP* 4 de marzo de 1989, 1, pp. 102-106.

670 En Alemania, los "derechos fundamentales con un contenido derivado de los derechos humanos" son válidos "tanto para los alemanes como para los extranjeros" (A. DITTMANN, "Rapport allemand", *AJJC* 1991/VII, Cours constitutionnelles et droits fondamentaux, colloque Aix-en-Provence, 12 y 13 de julio de 1991, p. 177 y ss.). En Portugal, el principio del disfrute universal de los derechos fundamentales se recoge expresamente en la Constitución de 1976, cuyo artículo 15.1 establece que "los extranjeros y apátridas que se encuentren o residan en Portugal gozarán de los mismos derechos y estarán sujetos a los mismos deberes que los ciudadanos portugueses". En España, el artículo 13.1 dispone que "los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley". El artículo 128 de la Constitución belga establece que "todo extranjero presente en territorio belga gozará de la protección reconocida a las personas y a los bienes, salvo las excepciones establecidas por la ley". En Francia, el Consejo Constitucional reconoce en principio que los extranjeros gozan de derechos y libertades constitucionales sujetos a ciertas restricciones relativas al orden público y a la residencia legal (véase en particular CC, n° 93-325 DC, 13 de agosto de 1993, *Rec.* p. 224; n° 97-389 DC, 22 de abril de 1997, *Rec.* p. 45). Cabe añadir que, en virtud del artículo 1^{er} del Convenio Europeo de Derechos Humanos, los Estados contratantes deben reconocer los derechos y libertades consagrados en el Convenio "a toda persona que se halle bajo su jurisdicción".

671 Véase en particular CE, Secc. 28 de febrero de 2001, *Casanovas, Lebon* p. 108.

672 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 3^{ème} ed, Sirey, 1933, p. 744.

673 CE, ord. 27 mayo 2005, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres, Lebon* p. 232. Sin embargo, el ejercicio de estas libertades debe hacer frente a las limitaciones asociadas a su confinamiento y, por lo tanto, está "subordinado a las limitaciones inherentes a su detención". Véase, en el mismo sentido, CE, ord. 8 septiembre 2005, *Ministre de la Justice c/ Bunel, Lebon* p. 388 : " s'agissant des personnes détenues dans les établissements pénitentiaires, leur situation est nécessairement tributaire des sujétions inhérentes à leur détention".

674 Véase, por ejemplo: CE, 15 de mayo de 2002, *Baudoin*, n° 239487.

675 CE, ord. 29 septiembre 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, n° 272584.

producirse discriminaciones secundarias entre individuos en lo que respecta al disfrute de determinadas libertades. Estas diferencias y distinciones no son arbitrarias, sino que se justifican simplemente por la naturaleza o las características particulares de las libertades en cuestión. Además, sólo afectan a categorías específicas de beneficiarios. Por ejemplo, el disfrute de determinadas libertades fundamentales sólo es concebible para los nacionales y los extranjeros que residen legalmente y no puede, por tanto, ser reclamado por los extranjeros que residen ilegalmente⁶⁷⁶. Del mismo modo, la libre expresión del sufragio, como prerrogativa vinculada a la ciudadanía, está reservada a las personas que tienen la condición de electores, es decir, las personas que poseen la ciudadanía francesa o la ciudadanía comunitaria - precisándose que para estas últimas, este derecho sólo es lógicamente accesible para las elecciones municipales y europeas⁶⁷⁷. En cuanto al derecho de asilo, su reconocimiento se limita necesariamente a los extranjeros. Por definición, este derecho sólo puede ser invocado por los no nacionales. Debido a la configuración específica de este derecho, sólo los extranjeros pueden reclamarlo. Así pues, el principio de universalidad sólo está sujeto a excepciones justificadas por la naturaleza particular de los derechos en cuestión, cuyo disfrute presupone necesariamente un estatuto particular por parte de quienes lo invocan. El planteamiento también es amplio en el sentido de que los tribunales también han reconocido el beneficio de las libertades fundamentales a las personas jurídicas.

B. Persona jurídica

165. Todas las personas jurídicas, ya sean de derecho privado o público, tienen derecho a las libertades fundamentales.
166. Su reconocimiento en beneficio de las personas jurídicas de Derecho privado no ha planteado, en principio, ninguna dificultad. Si bien es cierto que el objetivo principal de las libertades fundamentales es proteger a las personas físicas, nada se opone a que su beneficio se extienda a las personas jurídicas. En la medida en que, al igual que los seres físicos, pueden expresar su voluntad a través de sus órganos de decisión y representación, las personas jurídicas reciben de la ley el mismo trato que las personas físicas⁶⁷⁸. Gozan de lo que se denomina protección "aspectual"⁶⁷⁹. Esto significa que pueden disfrutar de libertades fundamentales, pero sólo si el ejercicio de esas libertades es compatible con su tipo o naturaleza. Algunas libertades, como el derecho a llevar una vida familiar normal o el derecho de asilo, están vinculadas a la persona física y sólo pueden entenderse por referencia a los individuos. Su exclusión en favor de las personas jurídicas resulta simplemente de la naturaleza de las cosas, de la diferencia irreductible que existe entre los seres de carne y hueso y los seres inmateriales. En cambio, las personas jurídicas pueden beneficiarse plenamente de las libertades fundamentales que, al no presuponer en modo alguno características intrínsecas o naturales del hombre, son compatibles con su naturaleza. Así pues, el juez de medidas provisionales ha reconocido sin dificultad el beneficio de determinadas libertades fundamentales a las personas jurídicas de Derecho privado, en particular el derecho de propiedad⁶⁸⁰ o la libertad de reunión⁶⁸¹. También en este caso, la solución es perfectamente clásica. Se ajusta a la jurisprudencia en materia de ejecución administrativa⁶⁸² y de derechos constitucionales europeos⁶⁸³.

⁶⁷⁶ Véase CE, ord. 5 marzo 2001, *Préfet de l'Hérault c/ Hajjaj, Lebon T.* p. 1130.

⁶⁷⁷ A este respecto, cabe señalar que las Constituciones portuguesa (artículo 15.2) y española (artículo 13.2) prevén expresamente una excepción al principio de universalidad para el derecho de voto. Lo mismo ocurre en otros países (véase *AJJC 1991/VII, op. cit.*, pp. 211 y ss.).

⁶⁷⁸ Sobre la asimilación de las personas jurídicas a las personas físicas, véase Y. GUYON, "Droits fondamentaux et personnes morales de droit privé", *AJDA 1998*, número especial, pp. 136-142.

⁶⁷⁹ L. Favoreu et al, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} ed, Dalloz, serie Précis, 2005, n° 111.

⁶⁸⁰ CE, ord. 23 marzo 2001, *Société Lidl, Lebon p.* 154.

⁶⁸¹ CE, ord. 19 de agosto de 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL), Lebon p.* 311.

⁶⁸² El juez que conoce de los delitos de lesiones acepta desde hace tiempo la posibilidad de que las personas jurídicas puedan beneficiarse de las libertades fundamentales. Véase, por ejemplo: TC, 8 de abril de 1935, *Action française, Lebon p.* 1226, concl. JOSSE, *GAJA* n° 51; Civ. 1^{ère}, 3 de mayo de 1983, *Syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes et autres c/ Télédiffusion de France, Bull. civ. I*, n° 138.

⁶⁸³ En Francia, el Consejo Constitucional declaró muy pronto que la titularidad de los derechos y libertades constitucionales no era prerrogativa de las personas físicas (véanse, en particular, CC, n° 79-109 DC, 9 de enero de 1980, *Rec. p.* 29; n° 81-132 DC, 16 de enero de 1982, *Rec. p.* 18; n° 82-137 y 138 DC, 25 de febrero de 1982, *Rec. p.* 38; n° 86-207 DC, 25-26 de junio de 1986, *Rec. p.* 61; 98-401 DC, 10 de junio de 1998, *Rec. p.* 258). En Portugal, el artículo 12.2 de la Constitución establece que "todas las personas jurídicas gozan de los derechos y están sujetas a los deberes compatibles con su naturaleza". En Alemania, el artículo 19 III de la Ley Fundamental establece una cierta restricción al prever la aplicación de los derechos fundamentales "a las personas jurídicas nacionales cuando su naturaleza lo permita". Como señala el Sr. Dittmann, "la inclusión de las personas jurídicas en la protección otorgada por los derechos fundamentales sólo se aplica a las personas jurídicas nacionales, es decir, a las personas jurídicas que tienen efectivamente su sede en el territorio de la República Federal de

167. El principio de conceder libertades fundamentales a las personas jurídicas de derecho público ha planteado más dificultades. La resistencia no ha procedido del propio Conseil d'Etat, sino de los doctrinarios, o más bien de una parte de ellos. El debate surgió cuando se consagró como libertad fundamental el principio de libre administración de los entes locales en la sentencia *Commune de Venelles*⁶⁸⁴. En sus conclusiones, el Comisario del Gobierno Laurent Touvet defendió un enfoque amplio del ámbito de los beneficiarios de las libertades fundamentales. Basó su argumentación en la redacción del artículo L. 521-2, que no limita en modo alguno el círculo de beneficiarios. El Sr. Touvet también afirmó que "aunque las víctimas de las infracciones contempladas en este artículo serán la mayoría de las veces particulares, no puede excluirse que organismos públicos puedan infringir una libertad fundamental de otro organismo público"⁶⁸⁵.

La atribución de las libertades fundamentales a las personas jurídicas de derecho público ha sido criticada por algunos autores. El Sr. Marcou, por ejemplo, ha sostenido que las libertades fundamentales sólo pueden concederse "a las personas privadas, ya sean personas físicas, que es donde se originó el concepto, o personas jurídicas"⁶⁸⁶. En cuanto al concepto teórico de "derecho fundamental", la doctrina parece dividida. Mientras que el Sr. Picard se declaró hostil al reconocimiento de tales derechos en favor de los organismos públicos⁶⁸⁷, el Sr. Drago se declaró favorable⁶⁸⁸. En general, las objeciones a la concesión de libertades fundamentales a los organismos públicos se basan en la siguiente idea: puesto que la naturaleza de las libertades fundamentales es proteger a los individuos, el Estado no puede ser a la vez destinatario y beneficiario de las libertades. Si las libertades fundamentales se dirigen contra el Estado, no pueden ser disfrutadas por entidades que a su vez son atribuibles al Estado (es decir, la entidad pública Estado, las autoridades locales y los establecimientos públicos), ya que de lo contrario el Estado se dirigiría contra sí mismo. Como ha señalado el Sr. Pfersmann, este razonamiento se basa en una confusión entre el concepto *teórico* y el concepto *jurídico* de Estado. Entendido como concepto teórico, el Estado designa un orden jurídico. Entendido como concepto de derecho positivo, corresponde a tal o cual conjunto de órganos a los que el ordenamiento jurídico confiere este nombre, es decir, una colectividad territorial que abarca todo el territorio. Las libertades fundamentales son subconjuntos del Estado en sentido teórico, ya que son normas que atribuyen derechos subjetivos a beneficiarios identificados. En nuestro ordenamiento jurídico, nada impide que las normas así descritas se impongan al poder público - el Estado como concepto jurídico⁶⁸⁹.

En el contexto de la agresión, rara vez se ha planteado la cuestión de la invocación de las libertades fundamentales por los organismos públicos. No obstante, al menos en dos ocasiones, el Tribunal des conflits ha aceptado reconocer la existencia de actos de agresión debidos a la usurpación por una autoridad administrativa de las competencias de otra autoridad administrativa⁶⁹⁰. En derecho constitucional, la situación es mixta en lo que respecta a la atribución de derechos y libertades constitucionales a los organismos públicos. No obstante, la posición de los tribunales constitucionales va predominantemente en el sentido de reconocer esta titularidad⁶⁹¹. Al reconocer también el beneficio de las libertades fundamentales a los organismos públicos, el juez de medidas

Alemania. A diferencia de las personas físicas, las personas jurídicas extranjeras no pueden beneficiarse de la protección de los derechos fundamentales". Sólo se les reconocen derechos de carácter procesal (A. DITTMANN, informe citado, pp. 183-187). En España, "para las personas jurídicas de derecho privado, puede decirse que la situación de las personas jurídicas es idéntica a la situación alemana" (P. CRUZ VILLALON, "Informe español", *AJJC* 1991/VII, p. 229).

684 Le han seguido otras libertades, en particular el derecho de propiedad (CE, ord. 21 de noviembre de 2002, *Gaz de France, Lebon* p. 408; CE, 19 de noviembre de 2001, *Commune d'Escuillens et Saint Just de Bellegard*).

685 L. TOUVET, concl. sobre CE, Secc. 18 de enero de 2001, *Commune de Venelles, RFDA* 2001, p. 386.

686 G. MARCOU, "Le référé administratif et les collectivités territoriales", *LPA* 14 de mayo de 2001, n° 95, p. 47.

687 E. PICARD, "La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental?", *AJDA* 1998, pp. 651-666, spe pp. 661-662.

688 R. Drago, "Droits fondamentaux et personnes publiques", *AJDA* 1998, número especial, pp. 130-135.

689 Véase L. Favoreu et al, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} ed, Dalloz, serie Précis, 2005, n° 112.

690 Véase TC, 15 de marzo de 1951, *Comptoir limier, Lebon* p. 630; TC, 28 de febrero de 1952, *de Kernier, Lebon* p. 620, citado por M.-C. ROUAULT, *JCP G* 1992, II, 21804, p. 14. Para una aplicación de la agresión de hecho en una relación entre personas públicas, y en beneficio de una colectividad local, véase, más recientemente: Civ. 1, 28 de noviembre de 2006, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés, Bull. civ. I*, n° 529, *JCP A* 2007, 2118, nota O. RENARD-PAYEN.

691 El Consejo Constitucional ha establecido que las personas jurídicas de derecho público pueden ser beneficiarias o titulares de derechos y libertades constitucionales. En particular, el Consejo ha declarado en varias ocasiones que la protección constitucional de la propiedad "se refiere no sólo a la propiedad privada de los particulares, sino también, en pie de igualdad, a la propiedad del Estado y de otros organismos públicos" (CC, n° 86-207 DC, 25-26 de junio de 1986, cons. 58, *Rec. p.* 61; n° 86-217 DC, 18 de septiembre de 1986, cons. 47, *Rec. p.* 141; n° 94-346 DC, 21 de julio de 1994, cons. 3, *Rec. p.* 96). En España, el Tribunal Constitucional se mostró inicialmente hostil a la idea de que los organismos públicos pudieran invocar derechos fundamentales. Tras una evolución de la jurisprudencia, dictaminó que los poderes públicos pueden ser titulares de tales derechos (cf. P. CRUZ VILLALON, "Informe español", *AJJC* 1991/VII, pp. 231-235). En Alemania, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 19 III no puede beneficiar normalmente a las personas jurídicas de derecho público, debido a que la autoridad pública no puede ser a la vez acreedora y deudora del derecho fundamental (BVerfGE 21, 362 [369], citado por C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, n° 113). Sólo puede ser de otro modo para los derechos de naturaleza procesal (BVerfGE 13, 132 [140], citado por C. AUTEXIER, *op. cit.* n. 113).

provisionales ha establecido la comprensión más amplia posible del círculo de beneficiarios.

- 168.** Una libertad, en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, se analiza como un derecho público subjetivo. El reconocimiento de una libertad presupone que el juez de medidas cautelares responda positivamente a las tres preguntas siguientes. En primer lugar, ¿es el principio en cuestión una norma jurídica? En segundo lugar, ¿tiene la norma un efecto directo que la haga oponible a la Administración? Por último, ¿tiene por objeto proteger un interés individual de su beneficiario, ya sea una persona física o jurídica y, más concretamente, una actividad, una cualidad o una posición del sujeto, o incluso la obtención de un servicio? Si se puede responder afirmativamente a cada una de estas preguntas, el juez se encuentra ante un derecho público subjetivo. Sin embargo, las libertades fundamentales no son un tipo ordinario de derecho subjetivo. Al igual que los derechos fundamentales alemanes, representan "los derechos públicos subjetivos más importantes"⁶⁹².

692 R. ARNOLD, "Le contrôle juridictionnel des décisions administratives en Allemagne", *AJDA* 1999, p. 659.

Sección 2. El criterio de fundamentalidad

169. Para poder acogerse al procedimiento del artículo L. 521-2, la libertad debe ser "fundamental". Para el tribunal administrativo, la fundamentalidad es una propiedad que no puede reducirse a una fuente específica. Al identificar el carácter fundamental, el tribunal contraponen las normas constitucionales, *todas las cuales* son fundamentales, y las normas subconstitucionales, sólo algunas de las cuales pueden ser fundamentales.

I. La fundamentalidad no está vinculada a una fuente

170. En Alemania, la fundamentalidad se reduce a un nivel normativo preciso: el constitucional. En la expresión "droit fondamental", como señala M. Capitant, "el carácter constitucional se expresa mediante la palabra 'fondamental', que no significa otra cosa"⁶⁹³. En la doctrina jurídica francesa, los partidarios del enfoque formal también asocian la fundamentalidad a un nivel normativo específico: el nivel supralegislativo. Para el Juge des référés, en cambio, la fundamentalidad no está vinculada a una fuente específica. Esto significa, por una parte, que no está vinculada a una fuente única y, por otra, que las fuentes prestadas sólo representan fuentes materiales.

A. La diversidad de las fuentes

171. Existen cuatro criterios para determinar la fuente de una libertad fundamental. Aparte de estas hipótesis, es lógicamente imposible vincular una libertad fundamental a una norma precisa. Por lo tanto, es imposible establecer o conocer la fuente en la que se basó el tribunal para consagrar dicha libertad.

En primer lugar, la fuente puede mencionarse expresamente en la motivación de la resolución. De todas las libertades reconocidas, los casos son relativamente raros. En primer lugar, está el principio de libre administración de los entes locales, al que se refiere explícitamente el artículo 72 de la Constitución⁶⁹⁴. Luego está el derecho "constitucional" de asilo⁶⁹⁵. Es cierto que la palabra "constitucional" se utiliza sobre todo para precisar *el alcance* del derecho en cuestión, es decir, para distinguirlo del asilo convencional protegido por la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. No obstante, precisa incidentalmente *la fuente*, ya que el derecho constitucional de asilo se funda por definición en la Constitución (más precisamente en el apartado 4 del preámbulo de la Constitución de 1946, completado por el artículo 53-1 de la Constitución de 1958). También cabe mencionar dos libertades de origen legislativo: en primer lugar, la libertad de comunicación de los pacientes hospitalizados, libertad "reconocida por el artículo 3211-3 (...) del Código de Salud Pública"⁶⁹⁶; en segundo lugar, el consentimiento a los tratamientos médicos, libertad "protegida por las disposiciones del artículo 16-3 del Código Civil y por las del artículo L. 1111-4 del Código de Salud Pública"⁶⁹⁷.

En segundo lugar, en los casos en que la decisión es dictada por un órgano colegiado, el comisario gubernamental indica casi siempre la fuente en la que se basa la libertad. Así, en sus conclusiones sobre la sentencia *Aguillon* de 9 de diciembre de 2003, Jacques-Henri Stahl indicó que el Conseil d'Etat podía "sin dificultad" consagrar el derecho de huelga como libertad fundamental en la medida en que este derecho "está constitucionalmente

693 D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, coll. BSCP, t. 87, 2001, p. 3, nota 4.

694 CE, Secc. 18 de enero de 2001, Morbelli, maire de la Commune de Venelles, *Lebon* p. 18.

695 CE, ord. 12 de enero de 2001, *Hyacinthe*, *Lebon* p. 12; CE, ord. 2 de mayo de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Dziri*, *Lebon* p. 227; CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud*, *Lebon* T. p. 1126; CE, 15 de febrero de 2002, *Haada*, *Lebon* p. 45; CE, ord. 25 de marzo de 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov*, *Lebon* p. 146.

696 CE, 15 de mayo de 2002, *Baudoin*, n° 239487. El artículo L. 3211-3 del Código de Salud Pública establece que una persona hospitalizada de forma involuntaria "tiene derecho: (...) 1° a comunicarse con las autoridades mencionadas en el artículo L. 3222-4; (...) 4° a enviar o recibir cartas".

697 CE, ord. 16 de julio de 2001, *Fenillatay*, *Lebon* p. 309. Sin embargo, la formulación utilizada es ambigua. Puede interpretarse de dos maneras, ya que "proteger" una libertad puede significar tanto *consagrarla* como *aplicarla*. Un análisis de las citas sugiere, no obstante, que es preferible la primera solución: no se menciona la Constitución y sólo se hace referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la condición de ilegalidad manifiesta. Sin embargo, esto no basta para disipar cualquier incertidumbre, ya que la Constitución puede servir de base para la consagración de una libertad fundamental sin ser mencionada por el tribunal (véase, más adelante, la cuarta hipótesis de identificación de la fuente de las libertades fundamentales, en particular las sentencias *Marcel* y *Kurtarici*).

garantizado por las disposiciones del Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946⁶⁹⁸. Así pues, el derecho de huelga está expresamente vinculado a una única fuente: el Preámbulo de la Constitución de 1946 y, más concretamente, su apartado 7.^{ème}

En tercer lugar, la fuente de una libertad fundamental puede identificarse a partir de los vistos de la decisión. El artículo R. 741-2 del Código de Justicia Administrativa obliga al tribunal a mencionar en la motivación de su decisión los textos que aplica. El término aplicación se entiende en sentido amplio, como sinónimo de utilización⁶⁹⁹. La dificultad surge del hecho de que un texto - con excepción de los textos de procedimiento - puede mencionarse tanto para establecer la existencia de una libertad fundamental como para apreciar la condición de ilegalidad manifiesta; incluso puede utilizarse para ambas condiciones. Cuando varios de los textos mencionados son el fundamento de la libertad, es difícil determinar cuál o cuáles -sin descartar una base combinada- sirven realmente para establecer la libertad⁷⁰⁰. Sea como fuere, y limitándonos a algunos casos, el análisis de las citas pone de manifiesto la heterogeneidad de los fundamentos utilizados. El juez de medidas provisionales se refirió a la Constitución "en particular al artículo" 4, combinado con la Ley de 30 de junio de 1881 sobre reuniones públicas, para consagrar el derecho de un partido político legalmente constituido a celebrar reuniones⁷⁰¹. Se refirió a la Constitución y "en particular" a su Preámbulo para consagrar la libre disposición de los bienes por su propietario⁷⁰², la libertad de empresa⁷⁰³, la libertad religiosa⁷⁰⁴ y la libertad individual⁷⁰⁵.

En cuarto y último lugar, la fuente puede identificarse repitiendo palabra por palabra una fórmula de un texto o de una jurisprudencia reiterada. La sentencia *Tliba* de 30 de octubre de 2001 ilustra este método de identificación⁷⁰⁶. En esta decisión, el Conseil d'Etat disponía de dos fórmulas que le permitían reconocer la protección de la familia como libertad fundamental: por una parte, la fórmula constitucional, que se refiere al "derecho a llevar una vida familiar normal"⁷⁰⁷, y por otra, la expresión convencional, que consagra el "derecho al respeto de la vida familiar" (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Mientras que el juez de primera instancia había constatado una vulneración del "derecho de la Sra. Tliba al respeto de su vida familiar", expresando así un vínculo con la fuente convencional, el Conseil d'Etat prefirió hablar del "derecho a llevar una vida familiar normal" de la persona afectada. Observadores autorizados han señalado que la elección de las palabras "no fue casual"⁷⁰⁸. Al utilizar esta fórmula, el Consejo vincula implícita pero necesariamente esta libertad fundamental a la fuente constitucional. Del mismo modo, en el auto *Kurtarici* antes citado, la formulación utilizada constituye un préstamo no del Derecho europeo, sino de la jurisprudencia constitucional. En estas circunstancias, y aunque la Constitución no sea mencionada por el juez en su decisión, no cabe duda de que representa la fuente

698 J.-H. STAHL, concl. sobre CE, 9 de diciembre de 2003, *Aguillon et autres*, *Dr. soc.* 2004, p. 173.

699 No es necesario que el texto se *applique* formalmente para que figure en la motivación. Un texto es mencionado por el juez en cuanto lo utiliza o se basa en él para dictar su resolución (véase Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 108, 1972, pp. 78-79).

700 En algunas decisiones, es relativamente fácil distinguir entre el texto utilizado para establecer una libertad y el texto utilizado para apreciar la ilegalidad. Por ejemplo, en la sentencia *Kurtarici*, el Convenio Europeo, mencionado en los motivos, se utiliza a continuación en los fundamentos para apreciar la proporcionalidad de la violación del derecho del demandante al respeto de la vida familiar. Por tanto, cabe suponer que el texto se tiene en cuenta para apreciar la legalidad del acto impugnado (CE, ord. 3 de abril de 2002, *Ministerio del Interior contra Kurtarici*, *Lebon T.* p. 871). A veces la división es más difícil de lograr, como en el auto de 3 de mayo de 2005, *Confédération française des travailleurs chrétiens*, *Lebon T.* p. 1034. La decisión, que consagra como libertad fundamental la libertad del asalariado a no ser obligado a realizar un trabajo forzoso, incluye en sus citas cuatro textos "de fondo": la Constitución y en particular su preámbulo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Código de Trabajo y la Ley nº 2004-626 de 30 de junio de 2004 que modifica el Código de Trabajo instituyendo una "jornada de solidaridad" que adopta la forma de una jornada suplementaria de trabajo no remunerado para los asalariados. De estos cuatro textos, tres se mencionan en los motivos de la decisión. El Código de Trabajo y la Ley de 30 de junio de 2004 se mencionan para presentar la denominada "jornada de solidaridad". El Convenio Europeo de Derechos Humanos -y más concretamente su artículo 4- se menciona en relación con el requisito de que el acto impugnado sea manifiestamente ilegal. La Constitución, en cambio, no se menciona en los motivos. Por tanto, su presencia en los motivos sólo puede explicarse por el hecho de que constituye la base de esta libertad fundamental. De lo contrario, no se justificaría su inclusión en los motivos. Sin embargo, hay un elemento que suscita dudas: la prohibición del trabajo forzoso, consagrada explícitamente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no está reconocida ni en el texto constitucional ni en la jurisprudencia constitucional. No obstante, la conexión constitucional está justificada por el juez que, al mencionar la libertad de trabajo en el mismo considerando, deriva implícita pero necesariamente de este principio la prohibición del trabajo forzoso. Aunque el Convenio Europeo de Derechos Humanos desempeñó un papel en esta consagración, la redacción de la decisión sugiere que es estrictamente subsidiario.

701 CE, ord. 19 de agosto de 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311.

702 CE, ord. 23 marzo 2001, *Société Lidl*, *Lebon* p. 154.

703 CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, *Lebon* p. 551.

704 CE, ord. 16 de febrero de 2004, *Benaïssa*, *Lebon T.* p. 826.

705 CE, ord. 27 marzo 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, *Lebon* p. 158.

706 CE, Secc. 30 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *Lebon* p. 523.

707 Véase el artículo 135.

708 M. Guyomar y P. Collin, op. cit., p. 1055.

material de esta libertad fundamental. El mismo razonamiento puede aplicarse también a la consagración de la libertad personal⁷⁰⁹, que es un concepto de origen constitucional. También en este caso, su origen es cierto, aunque el juez no mencione la Ley Fundamental ni en los fundamentos de su decisión ni en las citas de la misma.

172. De lo anterior se desprende que los tribunales no extraen las libertades fundamentales de un nivel normativo determinado. La fundamentalidad no puede reducirse a un nivel determinado en la jerarquía de las normas. Las libertades fundamentales reconocidas tienen su origen en la Constitución o en el Derecho común⁷¹⁰. Las obligaciones jurídicas clasificadas como libertades fundamentales se derivan de normas situadas en distintos niveles de la jerarquía. También representan fuentes materiales.

B. Fuentes materiales

173. La norma que sirve de base o soporte al establecimiento de una libertad fundamental no es sino la fuente material de dicha libertad. Además, no puede ser de otro modo, en la medida en que el juez de medidas cautelares no *aplica como tal* -es decir, formalmente- el texto portador de la norma de libertad fundamental. El concepto de libertad fundamental, como el de principio general del derecho, es una categoría jurídica que permite la aplicación mediata de las normas textuales o jurisprudenciales que la fundamentan. En ambos casos, se requiere una norma para su reconocimiento (una norma textual para el principio general del derecho, una norma textual o jurisprudencial para la libertad fundamental). Pero una vez que se ha reconocido la libertad o el principio fundamental, entonces existe independientemente de la norma que lo sustenta y se vuelve autónomo respecto a ella. Según la jurisprudencia, los principios generales del Derecho se aplican "incluso sin texto"⁷¹¹. Esto tiene dos consecuencias para la teoría de los principios generales del derecho. Por una parte, esta aplicación mediata permite al juez tomarse una libertad en relación con el texto y liberarse del estrecho marco de su enunciado. Por otra parte, el principio goza de mayor estabilidad que el texto original, aunque éste sea de rango constitucional. Como señaló el Presidente Genevois, "la ausencia de vínculo con un texto constitucional garantiza una mayor durabilidad de los 'principios generales del derecho'⁷¹². Este enfoque "tiene la ventaja de no vincular el principio identificado a un texto formal y de garantizar su pervivencia en la Constitución que sirvió para su protección jurídica (...) "⁷¹³.

174. Varios factores sugieren que el tribunal pretende recurrir en gran medida a esta técnica en el contexto del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. En primer lugar, la formulación de la libertad fundamental se transforma con frecuencia en relación con la formulación de la norma fuente, es decir, el texto o la jurisprudencia utilizados para establecerla. Por ejemplo, el derecho a llevar una vida familiar se reformula como "libertad de vivir con la familia"⁷¹⁴, "derecho de toda persona a vivir con su familia"⁷¹⁵, "derecho a una existencia familiar normal"⁷¹⁶, "derecho a una vida familiar"⁷¹⁷ o "derecho al respeto de la vida familiar"⁷¹⁸. Del mismo modo, mientras que el artículo L. 1111-4 del Código de Salud Pública hace referencia al "consentimiento libre e informado de la persona" a un tratamiento médico, el juez, basándose en esta disposición, consagrará "el derecho de un paciente mayor de edad a dar su consentimiento a un tratamiento médico, cuando esté en condiciones de expresarlo"⁷¹⁹. En una decisión posterior, este derecho se convirtió

709 CE, ord. 2 abril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel*, *Lebon* p. 167.

710 Por otra parte, parece posible afirmar, a la luz de todas las resoluciones dictadas, que los instrumentos internacionales, y en particular el Convenio Europeo de Derechos Humanos, nunca han servido hasta ahora de base para reconocer una libertad fundamental. En la práctica, el juez de medidas provisionales sólo se refiere a las libertades fundamentales al apreciar la legalidad de la situación que se le plantea.

711 Véase J.-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Dalloz, coll. NBT, 2003, especial p. 380.

712 B. GENEVOIS, "Principes généraux du droit", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 2000, n° 57.

713 M. MIGNON, "La valeur juridique du Préambule de la Constitution selon la doctrine et la jurisprudence", *D.* 1951, p. 130, citado por F. BATAILLER, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, LGDJ, coll. BDP, t. 68, 1966, p. 587, nota 15. Véase en el mismo sentido: K. BUTERI, *L'application de la Constitution par le juge administratif*, tesis Aix-en-Provence, 2000, pp. 167-168.

714 CE, ord. 5 marzo 2002, *Fikry*, *Lebon T.* p. 872.

715 CE, ord. 10 de julio de 2002, *Boulemia*, n° 248422.

716 CE, ord. 29 septiembre 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, n° 272584.

717 CE, ord. 19 de enero de 2005, *M. Laurent X.*, *Lebon* p. 23.

718 CE, ord. 25 noviembre 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Nikoghosyan*, *Lebon T.* p. 927.

719 CE, ord. 16 de julio de 2002, *Feuillatey*, *Lebon* p. 309.

en "el consentimiento libre e informado del paciente a la atención médica que recibe"⁷²⁰. Del mismo modo, el "derecho a comunicar", recogido en el artículo L. 3211-3 del Código de Salud Pública, se convierte en "libertad de comunicación"⁷²¹. En todos los casos, por tanto, la norma en bruto sufre una transformación a nivel de su formulación. En segundo lugar, la fuente normativa de la libertad fundamental no siempre es enunciada por el juez, lo que puede sugerir que no tiene que resultar necesariamente de un texto específico. En tercer lugar, algunas declaraciones de miembros de la jurisdicción contencioso-administrativa corroboran esta impresión. Así, según el Presidente Racine, el "concepto de libertad fundamental (...) toma forma a partir de un hábil sincretismo de derecho constitucional, derecho convencional y principios generales del derecho"⁷²². Del mismo modo, Collin y Guyomar afirman que "corresponderá a los tribunales definir la frontera entre las libertades fundamentales (...) y los *meros* derechos reconocidos por la Constitución, que por su propia naturaleza está destinada a desplazarse a medida que evolucionan la sociedad y la jerarquía de sus valores"⁷²³. Esta afirmación puede sorprender, ya que reduce la Constitución, texto fundacional de nuestro ordenamiento jurídico, que se sitúa en la cúspide del ordenamiento jurídico y no reconoce nada superior a ella, al rango de una norma "simple", ordinaria y corriente. En realidad, sin embargo, esta fórmula expresa la voluntad de transponer la filosofía de los principios generales del derecho a las libertades fundamentales, con el fin, en particular, de dotarlas de una capacidad de resistencia al cambio superior a la de los textos que contribuyen a darles origen. Las libertades constitucionales están por naturaleza vinculadas al texto que las consagra y pueden desaparecer en caso de revisión constitucional o de cambio de Constitución. Las libertades fundamentales, por el contrario, estarían desvinculadas de cualquier texto y, en consecuencia, serían insensibles a los cambios normativos susceptibles de afectar a la propia Ley Fundamental. Una vez consagrada, la libertad fundamental se convertiría así en autónoma en relación con los datos jurídicos que sirvieron para consagrarla. Reconocida como libertad fundamental e incorporada al artículo L. 521-2, la norma comienza a existir por derecho propio, cobrando una nueva vida independiente de la norma que le dio origen. Se desprende de su soporte original y experimenta una novación. Considerada en el contexto del artículo L. 521-2, deja de ser una libertad constitucional o legislativa para convertirse en una libertad fundamental. Se independiza de su fuente original.

Así pues, no existe una fuente precisa y formal de la fundamentalidad. Si la fundamentalidad no puede reducirse a una fuente, es necesariamente porque se trata de una propiedad o cualidad de la norma.

II. La fundamentalidad es una propiedad

175. La esencia de la fundamentalidad no está vinculada al valor jurídico de la norma que encarna la libertad. Ciertamente, este último no es irrelevante (al menos si es constitucional), pero sólo representa una indicación para el juez. Actúa como indicador de la fundamentalidad. Nada más. La jerarquía de las normas no interviene como tal en la identificación de la fundamentalidad. Lo que caracteriza esta propiedad es la importancia o esencialidad de una norma. Como dice Gilles Bachelier, "lo que cuenta es el carácter eminente de la libertad o del derecho en cuestión"⁷²⁴. Lo que hace que una libertad sea fundamental es su carácter esencial. El juez de medidas provisionales ha optado muy claramente por un enfoque material de la fundamentalidad.
176. Para apreciar el carácter fundamental de una libertad, el juez administrativo debe medir el apego de los ciudadanos a la misma. Para ello cuenta con la ayuda de varios criterios o índices que contribuyen a limitar la subjetividad inherente a tal operación. El criterio principal y casi exclusivo es el del valor jurídico supremo. Por hipótesis, las normas de valor constitucional son todas -formal y materialmente- fundamentales. Por el contrario, las normas subconstitucionales no constituyen la base de un ordenamiento jurídico, es decir, son formalmente fundamentales⁷²⁵. Si algunas de ellas pueden resultar fundamentales, es sólo por su importancia, es decir, exclusivamente desde un punto de vista material o sustantivo. La jurisprudencia demuestra así que existe una oposición, no entre normas "disponibles" (legislativas o sublegislativas) y normas "indisponibles" (supralegislativas), sino entre normas constitucionales (que son todas y necesariamente fundamentales) y todas las demás normas (de las que sólo algunas son fundamentales)⁷²⁶. La fuente constitucional prevalece sobre

720 CE, ord. 8 septiembre 2005, *Ministre de la Justice c/ Bunel, Lebon* p. 388.

721 CE, 15 de mayo de 2002, *Baudoin*, n° 239487.

722 P.-F. RACINE, "Les grands principes spécifiques au procès administratif", *Droit des libertés fondamentales* (R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET dir.), 9^{ème} ed, Dalloz, 2003, p. 545.

723 M. Guyomar y P. Collin, cron. bajo CE, Secc. 18 de enero de 2001, *Commune de Venelles*, *AJDA* 2001, p. 156. Énfasis añadido.

724 G. Bachelier, "Le référé-liberté", *RFDA* 2002, p. 263. Énfasis añadido.

725 Por el contrario, sólo existen y pueden invocarse en virtud de la propia Ley Fundamental.

726 La Sra. de Silva expresa perfectamente esta escisión establecida entre las normas constitucionales y todas las demás normas cuando afirma que "Un derecho o una libertad consagrados en la Constitución, en primer lugar, o incluso en un convenio internacional, una ley o un principio general del derecho, pueden calificarse de "fundamentales" en el sentido del

todas las demás fuentes de descubrimiento de las libertades fundamentales⁷²⁷. Las demás fuentes sólo desempeñan un papel subsidiario y complementario.

El papel prioritario de la Constitución en la determinación de la fundamentalidad se explica por una simple consideración: la adhesión de los ciudadanos a un derecho o libertad se formaliza directamente en la Ley Fundamental. No obstante, los ciudadanos también pueden expresar su adhesión a un derecho o libertad sin que figure en la Constitución. Simplemente recogido en una norma infraconstitucional, puede sin embargo ser esencial, es decir, de naturaleza materialmente fundamental. Así, aunque la Constitución es la fuente principal de las libertades fundamentales, no es su fuente exclusiva. La fuente constitucional alberga necesariamente el carácter fundamental; las fuentes infraconstitucionales sólo pueden revelarlo en casos excepcionales. Esta posición privilegiada de la Constitución explica por qué los tribunales prefieren a veces "interiorizar" las normas convencionales y vincularlas a una norma constitucional convirtiéndolas en un elemento constitutivo de dicha norma⁷²⁸.

A. Las normas constitucionales son necesariamente fundamentales (fundamentalidad formal y material)

177. La constitucionalidad no es una condición de la fundamentalidad, pero es más que una indicación. No es necesaria, en la medida en que las normas no constitucionales pueden ser reconocidas como fundamentales. Sin embargo, es más que un indicio, ya que basta por sí sola para calificar una norma de fundamental. Es un criterio, incluso con mucho el más importante, ya que basta por sí solo para caracterizar el carácter fundamental de una norma. Es el criterio por excelencia de la fundamentalidad. Las normas constitucionales se presumen fundamentales⁷²⁹. Responden a las dos acepciones del término "fundamental". Por una parte, tienen carácter *esencial*, lo que justifica su consagración en un texto no sujeto a mayorías parlamentarias. Por otra parte, son *el fundamento de* nuestro ordenamiento jurídico y político. Por esta razón, la constitucionalidad es, por su propia naturaleza, un indicador de fundamentalidad.

178. Las normas constitucionales son formalmente fundamentales; de hecho, son las únicas normas formalmente fundamentales. Como ha señalado Robert Alexy, "las normas constitucionales de derecho son formalmente fundamentales como consecuencia del lugar que ocupan en la cúspide de la jerarquía del ordenamiento jurídico (...) "⁷³⁰. La Constitución es el "fundamento del ordenamiento jurídico"⁷³¹, "la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la vida de la comunidad"⁷³². La unidad y la coherencia de un ordenamiento

artículo L. 521-2" (I. DE SILVA, concl. sobre CE, Secc., 30 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFDA 2002, p. 329). Énfasis añadido).

⁷²⁷ Cuando una libertad está reconocida, en términos similares, por la Constitución y por un convenio internacional, el juez administrativo elegirá sistemáticamente la formulación constitucional. Por lo que se refiere al derecho a llevar una vida familiar normal, los Sres. Collin y Guyomar han afirmado que "aunque la invocación de este derecho parece ahora indisolublemente ligada a la protección que le confieren las disposiciones del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, conviene recordar que este derecho tiene, ante todo, rango constitucional" (M. GUYOMAR y P. COLLIN, op. cit., p. 1055).

⁷²⁸ Así, la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes, enunciada en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no tiene equivalente en la Constitución francesa. Por tanto, el texto constitucional no podría servir de base para reconocer esta prohibición como libertad fundamental. Si el tribunal deseaba proteger el principio establecido por esta disposición, debía basarse en el texto del Convenio Europeo. Sin embargo, en lugar de consagrar esta prohibición como una libertad fundamental por derecho propio, el juez de medidas cautelares optó por hacer del principio enunciado en el artículo 3 del Convenio un *componente* de una libertad reconocida en el Derecho constitucional, que a veces sería la libertad individual y a veces la libertad personal (véase *infra*, § 203).

⁷²⁹ La única cuestión es si se trata de una simple presunción o de una presunción irrefutable. En el estado actual de la jurisprudencia, los tribunales nunca se han negado a calificar una libertad constitucional de libertad fundamental. Si a determinadas normas constitucionales se les ha denegado el estatuto de libertad fundamental, es sólo porque no tenían la naturaleza de libertades (es decir, no cumplían los criterios de derecho público subjetivo), y no porque no tuvieran carácter fundamental. Parece muy poco probable que el juez administrativo se niegue a calificar una norma constitucional como norma fundamental.

⁷³⁰ R. ALEXY, *A theory of constitutional rights* (traducido del alemán por J. RIVERS), Oxford University Press, 2003, p. 349.

⁷³¹ G. VEDEL, "Les bases constitutionnelles du droit administratif", *EDCE* 1954, p. 21.

⁷³² B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, STH, 1988, p. 189.

jurídico se forman en torno a su Ley Fundamental. Por su particular estabilidad, es el fundamento de un ordenamiento jurídico⁷³³; establece sus bases. Es la base de la validez de todas las demás normas⁷³⁴. Dado que el ordenamiento jurídico se concibe como una pirámide de normas jerarquizadas⁷³⁵, las normas subconstitucionales deben respetar las disposiciones de la Constitución. En las condiciones establecidas por los textos y la jurisprudencia, la validez de una disposición convencional, legislativa o administrativa puede impugnarse ante el tribunal constitucional o los tribunales ordinarios⁷³⁶. En caso de conflicto con la Ley Fundamental, la norma subconstitucional será, según los casos, anulada o privada de efecto. Los derechos y libertades constitucionales son *ipso facto* fundamentales en la medida en que figuran entre las normas de valor constitucional, es decir, que constituyen la base del ordenamiento jurídico. Lo mismo ocurre en Alemania, donde las libertades establecidas en la Parte I de la Ley Fundamental "tienden a constituir la base de todo el Derecho alemán"⁷³⁷. En la misma línea, el Sr. Starck afirma que "los derechos fundamentales son las normas básicas de todo ordenamiento jurídico"⁷³⁸.

179. Las normas constitucionales también son materialmente fundamentales. Como norma de consenso⁷³⁹, la Constitución es la sede de los valores y libertades esenciales⁷⁴⁰. Por tanto, se supone que es en la Constitución donde encontramos las libertades más importantes. Los derechos recogidos en la Constitución se consideran lo suficientemente primordiales o esenciales como para estar fuera del alcance de las mayorías parlamentarias⁷⁴¹. Corresponden a "posiciones a las que se atribuye tal importancia que la decisión sobre su

733 Cuanto más se asciende en la jerarquía de las normas, más engorroso se vuelve el procedimiento de adopción y modificación de los actos normativos, es decir, más vinculantes son las formalidades y más difícil resulta obtener el consentimiento: la estabilidad de las normas es, por tanto, proporcional al rango que ocupan. En la cima de la jerarquía de las normas, las reglas y principios constitucionales gozan de una notable estabilidad. "Las normas de derecho contenidas en el bloque de constitucionalidad tienen mucha más seguridad de ser permanentes o duraderas que las contenidas en los estatutos ordinarios. Por tanto, la ley tiene un coeficiente de seguridad mucho mayor cuando tiene rango constitucional que cuando tiene rango legislativo ordinario (...)" (L. FAVOREU, "Droit et loi. Brèves réflexions d'un Constitutionnaliste", en *La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique. Droit et loi*, colloque des 22 et 23 mai 1985, PUAM, 1987, p. 13).

734 H. KELSEN, *Teoría pura...*, *op. cit.*, p. 199: "Si se plantea la cuestión del fundamento de la validez de una norma jurídica perteneciente a un ordenamiento jurídico determinado, la respuesta sólo puede consistir en relacionarla con la norma fundamental de ese ordenamiento jurídico, en otras palabras: radica en la afirmación de que esta norma fue creada de conformidad con la norma fundamental".

735 Véase H. KELSEN, *op. cit.*, p. 224 y ss.

736 El control de constitucionalidad de las leyes y de los compromisos internacionales garantiza la supremacía efectiva de la Constitución sobre todas las demás normas jurídicas (cf. H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", *RDP* 1928, pp. 197-257; C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, thèse Paris 1928, reeditado 1986, Economica PUAM, coll. DPP, 383 p.). El tribunal administrativo vela por que la autoridad administrativa respete las normas constitucionales.

737 M. FROMONT y A. RIEG, *Introduction au droit allemand*, tome I Les fondements, Cujas, 1977, p. 153.

738 C. STARCK, *La Constitution cadre et mesure du droit*, Economica, 1994, p. 104.

739 Como ha señalado M. Zagrebelsky, el "momento constitucional" es por definición el momento de la cooperación general: "En los momentos constituyentes, las voluntades políticas de los sujetos políticos se reúnen con un fin común: establecer los principios que dominan los intereses particulares de cada individuo para permitir la convivencia de todos" (G. ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur* (traducido del italiano por M. LEROY), PUAM, 2000, p. 111). En este sentido, "la Constitución es el consenso básico de un pueblo sobre su modo de vida" (U. KARPEN, "L'Etat de droit", en *La Constitution de la République fédérale d'Allemagne. Essai sur les droits fondamentaux et les principes de la Loi fondamentale avec une traduction de la Loi fondamentale* (U. KARPEN ed.), Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, p. 174). Como afirma Yann Aguila, "La Constitución, más que la ley, constituye el verdadero fundamento en el que, más allá de las mayorías parlamentarias efímeras, se asienta la continuidad de la nación" (Y. AGUILA, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II, 1993, p. 11).

740 Su finalidad misma es "definir un sistema de valores comunes a un grupo humano" (B. MATHIEU y M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 19). Como señala M. de Béchillon, "La expresión constitucional de una norma, cualquiera que sea su naturaleza, expresa, por el hecho mismo de que pretende ser constitucional, un valor fundador para el conjunto de la sociedad" (D. DE BECHILLON, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica PUAM, coll. DPP, 1996, p. 241. Énfasis añadido). Énfasis añadido). En todos los países, "la norma fundamental tiene el papel primordial de establecer y fundar un consenso político general, en particular en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas" (P. BON, "Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale", en *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, éditions du CNRS, 1991, p. 40). Es la "carta de la organización del Estado y de los valores fundamentales" (U. KARPEN, *op. cit.*, p. 175). El Presidente Marceau Long señaló que "situada en la cima de la jerarquía de las normas, la Constitución consagra los principios fundadores de nuestro orden social, cuyo contenido se refiere a los valores políticos o morales" (M. LONG, Prefacio a la obra de Y. AGUILA antes citada). En otras palabras, "garantiza derechos y principios fundamentales" (O. SCHRAMECK, "Droit administratif et droit constitutionnel", *AJDA* 1995, número especial Le droit administratif, p. 34).

741 "Son derechos que el legislador ordinario (por oposición al legislador constituyente) no está autorizado a limitar, modificar o abolir" (R. GUASTINI, "Réflexion sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l'interprétation", *RDP* 1991, p. 1080).

aceptación o no aceptación no puede confiarse a una simple mayoría parlamentaria⁷⁴². De hecho, existe desde hace tiempo un estrecho vínculo entre constituciones y libertades⁷⁴³. En Francia, el principio de una definición constitucional de los derechos y libertades se estableció ya en la Revolución⁷⁴⁴. Las Constituciones que se han sucedido desde 1791 han incluido en principio una lista de derechos y libertades. Incluso las Constituciones más autoritarias contienen al menos una garantía explícita de las principales libertades (Título VII para la Constitución de An VIII; artículos 1^{er} a 26 para la Constitución de 1852). Sin embargo, esta tradición llegó a su fin con las Leyes Constitucionales de 1875. Entre 1870 y 1946, es decir, durante más de 65 años, dejó de aplicarse el principio de definición constitucional de los derechos y libertades. "Este largo paréntesis explica por qué, cuando la Asamblea Constituyente de 1946 intentó revivir la tradición de una garantía constitucional de las libertades, perdió el mecanismo original (...)"⁷⁴⁵. En lugar de consagrar las libertades en el propio texto de la Constitución, reiteró su adhesión a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y añadió una serie de derechos económicos y sociales al preámbulo de la Constitución. Del mismo modo, pero por razones diferentes, los redactores de la Constitución de 4 de octubre de 1958 no elaboraron un catálogo ordenado de derechos y libertades, sino que se limitaron a remitir en su preámbulo a la Declaración de 1789 y al Preámbulo de la Constitución de 1946⁷⁴⁶. La ausencia de una declaración constitucional de derechos y libertades suscitó dudas sobre su valor jurídico. En 1971, el Consejo Constitucional confirmó el pleno valor jurídico del Preámbulo de la Constitución y, por la misma razón, de la Declaración de 1789 y del Preámbulo de 1946, a los que remite⁷⁴⁷.

- 180.** La constitucionalidad implica automáticamente la fundamentalidad. Todas las normas constitucionales son fundamentales debido a la conjunción, en lo que a ellas respecta, de las dos acepciones del término fundamental. Nada puede afectar al carácter fundamental de un derecho. En particular, las restricciones legislativas al ejercicio de un derecho constitucional no eliminan en modo alguno su carácter fundamental⁷⁴⁸. Dicho esto, el juez administrativo considera que una norma también puede ser fundamental desde un punto de vista estrictamente sustantivo. Si bien la Constitución agota la fundamentalidad formal, no agota en absoluto la fundamentalidad material. Por ejemplo, los derechos pueden entrar en el ámbito de aplicación del

742 R. ALEXY, "Idée et structure d'un système de droit rationnel", *APD* t. 33 *La philosophie du droit aujourd'hui*, 1988, p. 32.

743 Hegel ya había afirmado que "Constitución significa libertades en general y la organización y realización de estas libertades" (G.W.F. HEGEL, *Encyclopédie des Sciences philosophiques*, § 540, citado por A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, Ellipses, 1998, p. 7). Como ha observado M. Ardant, "los primeros textos de valor constitucional de la era moderna, los textos ingleses de los siglos XIII^e a XVIII^e: Magna Carta de 1215, Petition of Rights de 1628, Habeas Corpus de 1679, Bill of Rights de 1689, se ocupaban menos de las instituciones que de la libertad en sus diversas formas y de los procedimientos destinados a protegerla. Cuando, a finales del siglo XVIII^e, los americanos y los franceses decidieron poner por escrito un conjunto de normas relativas a la organización y el funcionamiento del poder, colocaron con toda naturalidad Declaraciones de Derechos a la cabeza de estas constituciones, poniendo así todo el texto bajo el signo de las libertades" (P. ARDANT, "Les Constitutions et les libertés", *Pouvoirs* n° 84, 1998, p. 61).

744 Véase L. Hamon, "La définition constitutionnelle des droits et libertés en France", en *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Economica PUAM, coll. DPP, 1987, pp. 41-62.

745 J. Rivero y H. Moutouh, *Libertés publiques*, t. 1, 9^{ème} ed, PUF droit, coll. Thémis droit public, 2003, p. 144.

746 Esta ausencia se debe ante todo a la insuficiente legitimidad de los redactores de la nueva Constitución. En efecto, fue el gobierno presidido por el General de Gaulle, y no una asamblea elegida por sufragio universal, el encargado de redactarla. En el acta de la reunión del grupo de trabajo del 12 de junio de 1958 se indica que "no es conforme a la tradición política y jurídica francesa que una declaración de derechos sea redactada por el Gobierno" (*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. II, La documentation française, vol. I, p. 1). 2, La documentation française, 1988, p. 243). La misma explicación fue repetida por el Sr. Janot, Comisario del Gobierno, ante el Comité Consultivo Constitucional (*op. cit.*, p. 95). En segundo lugar, el tiempo apremiaba a los redactores: debían actuar con rapidez. El acta de la reunión del 12 de junio indica que "la solución más apropiada parece ser redactar un artículo que mantenga en vigor la Declaración de 1789 y la adenda de 1946" (*op. cit.*, p. 243). La elección de un preámbulo de referencia permitió ganar mucho tiempo y favoreció la aparición de un consenso. La continuación del conflicto argelino también influyó en el fracaso de la redacción de un catálogo de derechos y libertades, en particular debido a la existencia de ciertas leyes represivas cuya constitucionalidad podía ser objeto de serios debates. Sobre este tema, véase V. TCHEN, "Questions sur un silence: les droits fondamentaux dans l'élaboration de la cinquième République", *Revue juridique d'Auvergne*, vol. 97-98/3, número especial simposio, pp. 119-140; B. GENEVOIS, "Le préambule et les droits fondamentaux", en *L'écriture de la Constitution de 1958*, colloque des 8-11 septembre 1988, Aix-en-Provence (L. FAVOREU, D. MAUS et J.-L. PARODI dir.), Economica, 1992, pp. 483-499.

747 Véase CC, n° 71-44 DC, 16 de julio de 1971, *Rec.* p. 29, *GDCC* n° 19.

748 Sobre este punto, el Sr. Pez cuestionó el carácter fundamental del derecho de propiedad, señalando las limitaciones que el legislador le ha impuesto desde hace mucho tiempo (T. PEZ, "Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté", *RFDA* 2003, p. 372). Es cierto que la jurisprudencia constitucional consagra *hoy* el derecho de propiedad, es decir, un derecho que ha sufrido múltiples "limitaciones exigidas en nombre del interés general" (CC, n° 81-132 DC, cons. 16, *Rec.* p. 18). Sin embargo, esta circunstancia no puede debilitar la constitucionalidad de este derecho ni, por consiguiente, su carácter fundamental.

procedimiento de medidas provisionales "aunque sólo sean 'fundamentales' en cuanto al fondo"⁷⁴⁹. La fundamentalidad, en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, no se limita a la constitucionalidad.

B. Las libertades infraconstitucionales pueden ser fundamentales (fundamentalidad exclusivamente material o sustancial)

181. El juez no pretende excluir ningún nivel normativo del ámbito de aplicación de las medidas cautelares. En consecuencia, acepta reconocer la existencia de libertades fundamentales sobre la base de normas subconstitucionales⁷⁵⁰. Esta voluntad de apertura se manifestó claramente en el primer año de aplicación del procedimiento. En sus conclusiones sobre la sentencia *Tliba*, la Sra. de Silva dijo a la Sección: "No creemos que se limite estrictamente al ámbito constitucional: algunos principios que figuran en convenios internacionales - por ejemplo, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño - pueden ser "fundamentales" en un momento dado. También es cierto que, cualquiera que sea la extensión que se dé al sustrato constitucional, el nivel de protección jurídica puede evolucionar con el estado de la sociedad y, ante nuevas vulneraciones -por ejemplo, las que afectan al derecho a la intimidad, o las relativas al ámbito de la bioética-, puede reconocerse que determinadas normas que emanan de fuentes complementarias implican un derecho fundamental"⁷⁵¹. Tener en cuenta las fuentes complementarias - convenios internacionales, leyes y principios generales del derecho - debería permitir dar flexibilidad a la jurisprudencia y favorecer así el descubrimiento de las libertades fundamentales en función de las expectativas y la evolución de la sociedad. Como explica el Sr. Glénard, el Conseil d'Etat pretende "adoptar una concepción lo menos formal posible del concepto de libertad fundamental", dejándose "la posibilidad de derivar una libertad fundamental de una ley o de un principio general del derecho cuando su objeto destaque por su importancia"⁷⁵².

La referencia a los principios generales del Derecho⁷⁵³ puede resultar sorprendente si tenemos en cuenta el valor de esta categoría jurídica. Sin embargo, la perspectiva cambia radicalmente si tenemos en cuenta la importancia de las normas así calificadas⁷⁵⁴ y la notable estabilidad que las caracteriza. Dicho esto, no todos los principios generales del derecho están destinados a convertirse en libertades fundamentales. Para justificar esta calificación, deben tener el carácter de una libertad y ser de naturaleza fundamental. Estos requisitos no deben perderse de vista. A este respecto, el Sr. Brenet afirma que "es difícil ver qué podría impedir [al tribunal administrativo] poner fin a la aplicación del artículo L. 521-2 del CJA, la violación de los principios que prohíben a la administración despedir a una empleada embarazada u obligarla a reclasificar, o incluso a despedir, a la empleada en caso de incapacidad física que le impida desempeñar su puesto de trabajo o, en otro ámbito, las violaciones de la libertad de elección de médico y de la libertad de prescripción del paciente"⁷⁵⁵. Existen serias dudas sobre si la obligación de despedir a un funcionario puede considerarse una libertad. En cuanto a los dos últimos ejemplos citados por el autor, su esencialidad es discutible. Cabe pensar que la violación de estas normas es más propia de la competencia del juez de medidas cautelares.

Por lo que se refiere al establecimiento de una libertad fundamental sobre la base de una disposición legislativa,

749 B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^{ème} éd, PUF, coll. Droit fondamental, 2002, n° 278.

750 Por el momento, las libertades fundamentales derivadas de normas subconstitucionales son todas normas legislativas. Ninguna libertad fundamental parece haber sido reconocida sobre la base de un tratado internacional o de un principio general del Derecho (hay que señalar que la redacción de los autos no siempre permite determinar con precisión la fuente de la que deriva la libertad). Es razonable suponer que esta situación no refleja en modo alguno la voluntad del tribunal de excluir estas fuentes del ámbito de aplicación de la fundamentalidad.

751 I. DE SILVA, concl. sobre CE, Secc. 30 octubre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFDA 2002, p. 329.

752 G. GLENARD, *op. cit.* p. 2016.

753 Referencia explícita en las conclusiones de la Sra. de Silva (véanse las conclusiones anteriores, p. 329).

754 Según el Presidente Genevois, "el concepto de principio general del derecho debe reservarse a las normas que tienen cierta permanencia, se sitúan en un nivel elevado de la jerarquía de los actos jurídicos y corresponden a valores que se consideran esenciales en nuestro ordenamiento jurídico. Concretamente, si bien el criterio de la generalidad del principio no tiene un alcance absoluto para identificar un principio general del derecho, el criterio cualitativo sigue siendo indispensable" (B. GENEVOIS, "Principes généraux du droit", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 2000, n° 103). Para M. Genevois, "es la importancia de la norma, aplicable a un ámbito determinado, en virtud de su permanencia y de su conexión con valores esenciales, lo que mejor permite identificar un principio general del derecho entre las demás manifestaciones del poder normativo de la jurisprudencia" (*op. cit.*, n° 105).

755 F. BRENET, "La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA", RDP 2003, p. 1557.

no está exento de riesgos habida cuenta del carácter precario y subordinado de la ley en la actualidad. No sólo la ley siempre puede quedar sin efecto por motivos de inconstitucionalidad o no convencionalidad, sino que también puede ser derogada por el Parlamento en cualquier momento. Sin embargo, hay que relativizar la importancia de este riesgo. Si bien es cierto que una ley puede ser invalidada o privada de efecto *a posteriori* por uno de los jueces de la ley⁷⁵⁶, esta posibilidad es altamente improbable en el caso de normas legislativas que el juez de medidas cautelares ha calificado de libertades fundamentales. En primer lugar, es difícil ver qué norma constitucional, convencional o comunitaria podría entrar en conflicto con, por ejemplo, la libertad de reunión o el consentimiento a un tratamiento médico. Además, si bien los textos legislativos se caracterizan hoy en día por una verdadera inestabilidad⁷⁵⁷, este fenómeno no afecta en la práctica a las normas que consagran las libertades o contribuyen a su aplicación. Si bien éstas pueden modificarse, limitarse o ampliarse, nunca se trata de suprimirlas. Además, habida cuenta del concepto de libertades fundamentales desarrollado por los tribunales administrativos, no es imposible que una libertad fundamental sobreviva a la desaparición del texto que le dio origen.

182. En cuanto a su identificación, el carácter fundamental de una norma infraconstitucional se aprecia según un criterio puramente material. Es en este punto donde surge la principal diferencia entre las normas constitucionales y las normas infraconstitucionales. Mientras que el criterio del valor jurídico supremo basta por sí solo para reconocer el carácter fundamental de una norma determinada, una disposición de rango infraconstitucional sólo será fundamental si posee un carácter eminente o esencial. Por definición, la fundamentalidad puramente material no se formaliza en un texto ni se sitúa en un nivel normativo específico.

En esta fase no se utiliza ningún criterio jurídico para distinguir entre normas fundamentales y no fundamentales. El Tribunal no da preferencia al nivel normativo más elevado. No da preferencia a los tratados sobre la ley en la búsqueda de la fundamentalidad sustantiva. A este respecto, las normas subconstitucionales están todas en pie de igualdad. Desde un punto de vista sustantivo, la fuente convencional no es más fundamental que la fuente legislativa. No goza de un mayor grado de fundamentalidad. Un ejemplo significativo es el auto de 19 de agosto de 2002, *FN IFOREL*, en el que el juez de medidas provisionales consagró la libertad de reunión como libertad fundamental⁷⁵⁸. Esta libertad está ausente del texto constitucional y no ha sido reconocida por el Consejo Constitucional. No obstante, está consagrada a nivel subconstitucional por dos disposiciones: el artículo 1^{er} de la ley de 30 de junio de 1881 relativa a las reuniones públicas y el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para defender la libertad de reunión en virtud del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, el juez de medidas provisionales podía elegir entre estas dos fuentes; también podía optar por una base combinada. De las citas de la decisión se desprende claramente que el juez vinculó esta libertad fundamental únicamente a la fuente legislativa, sin mencionar el Convenio Europeo. Esta elección demuestra que en esta fase no se tiene en cuenta la jerarquía de las normas. Se prefiere la fuente legislativa, que tiene menos valor jurídico⁷⁵⁹, a la fuente convencional.

Medir la fundamentalidad material de una norma es una operación relativamente delicada que requiere un cierto esfuerzo de apreciación por parte del juez. Cuando se enfrenta a una norma constitucional, las cosas son sencillas: todo lo que tiene que hacer es establecer su valor jurídico supremo, del que se desprende de pleno derecho su carácter fundamental. Se le impone; no tiene, pues, que medirla. Su valoración es mucho más importante cuando se trata de apreciar el carácter fundamental de una norma no constitucional y, en consecuencia, de seleccionar entre la colosal masa de normas⁷⁶⁰ aquellas que destacan por su eminencia o esencialidad. Para ello, el juez no se aventura

⁷⁵⁶ La anulación puede provenir del Consejo Constitucional en aplicación de la jurisprudencia sobre el *estado de emergencia en Nueva Caledonia* (véase *DGCC* n° 37). Una sentencia de los tribunales de Estrasburgo o Luxemburgo también puede neutralizar los efectos de una disposición legislativa. Por último, la declaración de inconstitucionalidad puede proceder de los propios tribunales ordinarios, aunque es difícil imaginar que el Conseil d'Etat declare la inconstitucionalidad de una disposición legislativa que él mismo había declarado libertad fundamental.

⁷⁵⁷ A este respecto, se ha observado que "la permanencia, la abstracción y la generalidad han dado paso a la proliferación y la contingencia de las leyes, así como al carácter detallado de su contenido" (N. POULET-GIBOT LECLERC, *La place de la loi dans l'ordre juridique interne*, PUF, 1992, p. 129). La ley pierde sus cualidades tradicionales, especialmente su inmutabilidad (véase F. TERRE, "La crise de la loi", *APD* t. 25, *La loi*, 1980, pp. 17-28). En efecto, "en cuanto se vuelve precisa y detallada, corre el riesgo de ser *anulada* más rápidamente" (J. CHEVALLIER, "La dimension symbolique du principe de légalité", *RDP* 1990, p. 1666. Énfasis añadido). Tratando de adaptarse a situaciones cambiantes y evolutivas, el derecho parece cada vez más "transitorio" y la legalidad se vuelve "móvil" (C. MORAND, "Le droit et l'Etat-providence", *Revue de droit suisse* 1988, p. 542). Para su vicepresidente, "el derecho debería ser solemne, breve y permanente"; en cambio, "hoy es locuaz, precario y trivializado" (R. DENOIX DE SAINT MARC, "Trop de lois tue la loi!", *Journal du dimanche*, 21 de enero de 2001, p. 7). Estos ataques del Conseil d'Etat al proceso legislativo no son nuevos y se sistematizaron en el Informe Público de 1991, que denunciaba "la frecuencia de los cambios" en la legislación ("De la sécurité juridique", *EDCE* 1991, n° 43, pp. 23-24).

⁷⁵⁸ CE, ord. 19 de agosto de 2002, Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL), *Lebon* p. 311.

⁷⁵⁹ Véase CE, Ass. 20 octubre 1989, *Nicolo*, *Lebon* p. 190, concl. P. FRYDMAN, *GAJA* n° 102.

⁷⁶⁰ Véanse las cifras citadas por P. TRONQUOY (en *Le droit dans la société française*, La documentation française, 1998, 104 p.), en particular por lo que se refiere al número de leyes y tratados internacionales aplicables en Francia.

en el terreno de los valores, ni aprecia la fundamentalidad sobre la base de un juicio personal⁷⁶¹. Se esfuerza por medir la importancia de las libertades en cuestión. En un auto de 22 de octubre de 2001, *Caillat y otros*, el juez de medidas provisionales declaró que "a pesar del carácter de interés general reconocido por la Ley de 16 de julio de 1984 a las actividades físicas y deportivas y, en particular, al desarrollo del deporte de alto nivel, ni el derecho a practicar un deporte ni el derecho a participar en competiciones deportivas constituyen libertades fundamentales en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa"⁷⁶². Con esta formulación, el juez de medidas provisionales dio a entender que había calibrado la importancia de los derechos en cuestión. Al tener cuidado de precisar que la ley reconoce que las actividades físicas y deportivas son de "interés general", admite que el objeto de los derechos en cuestión no carece ciertamente de importancia, pero que esta importancia no es suficiente para que estos derechos se consideren fundamentales.

183. En la práctica, parece posible destacar cuatro criterios para evaluar la esencialidad de una norma convencional o legislativa o de un principio general del Derecho.

El primer criterio es el grado de protección de la libertad. El grado de protección se demuestra por la facilidad con que puede ejercerse una libertad, las garantías vinculadas a su ejercicio y la ausencia de excepciones o calificaciones al principio. Así, la Ley de 4 de marzo de 2002 consagra sin reservas ni restricciones el derecho al consentimiento para recibir asistencia médica. El artículo L. 1111-4 del Código de Salud Pública establece una serie de garantías precisas y detalladas para el ejercicio de este derecho. En opinión del juez de medidas provisionales, estas garantías justifican la clasificación del derecho al consentimiento como libertad fundamental⁷⁶³.

El segundo criterio es la constancia o permanencia histórica de un derecho. El hecho de que esté arraigado en nuestro ordenamiento jurídico es un indicio de su naturaleza esencial. Es el caso de la libertad de reunión, consagrada en el derecho interno desde hace más de un siglo. Del mismo modo, para justificar el carácter fundamental del secreto de la correspondencia, la Comisaria del Gobierno Sophie Boissard afirma, ante todo, que "la violación de este secreto, expresamente consagrado en un decreto de 5 de diciembre de 1789, ha sido un delito constantemente castigado desde el Código Penal de 25 de septiembre de 1791"⁷⁶⁴. Esta longevidad no es casual. Para el Comisario del Gobierno, revela la importancia o el carácter esencial de este derecho. La Sra. Boissard podría haber señalado que este principio figuraba en el Código Penal vigente, es decir, limitado únicamente al derecho positivo. La referencia al carácter duradero del principio y a su constante reafirmación por el legislador tiende a demostrar su importancia fundamental.

El tercer criterio es la relación entre la libertad en cuestión y los derechos y libertades constitucionalmente protegidos. Este criterio es mencionado a veces por los comisarios del Gobierno. Por ejemplo, en relación con el derecho a solicitar asilo territorial, la Comisaria del Gobierno Sophie Boissard argumentó, para justificar la clasificación como libertad fundamental, que "aunque el derecho de asilo territorial no está, en sí mismo, reconocido por la Constitución, no es menos cierto que está destinado a garantizar derechos y libertades que tienen, a su vez, valor constitucional, en particular el derecho a la vida y la salvaguardia de la dignidad humana"⁷⁶⁵. En este caso, sin embargo, el Conseil d'Etat no siguió el razonamiento del Comisario del Gobierno. Prefirió vincularlo al derecho constitucional de asilo utilizando la técnica del corolario, haciendo del asilo territorial un elemento constitutivo del derecho constitucional de asilo. En general, este criterio de identificación es relativamente impreciso en la medida en que puede considerarse que cualquier norma subconstitucional tiene, estrecha o remotamente, un vínculo con la Constitución, debido a la amplitud de su articulado. No obstante, el juez será sensible al vínculo directo que pueda existir entre una norma constitucional y una norma legislativa que constituya su prolongación o contribuya a su aplicación. Por ejemplo, la libertad de comunicación de los pacientes hospitalizados puede considerarse una extensión, en materia médica, de la libertad general de comunicación consagrada en la Constitución. En una línea similar, en la Decisión 97-389 DC, el Consejo Constitucional se refirió a las "disposiciones protectoras de la libertad individual contenidas en la legislación relativa al tratamiento de datos, a los ficheros de datos y a las libertades individuales"⁷⁶⁶. De este modo, presentó la Ley de 6 de enero de 1978

⁷⁶¹ Su enfoque puede, en algunos aspectos, recordar al método desarrollado por el Tribunal Supremo para identificar la fundamentalidad en virtud de la cláusula *del debido proceso legal* (véase *supra*, § 66).

⁷⁶² CE, ord. 22 octubre 2001, *Caillat et autres*, *Lebon* p. 479.

⁷⁶³ Véase a este respecto, P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 4^{ème} ed. 2002, Dalloz, coll. Cours, 2002, n° 222: "También hay que admitir que las libertades pueden calificarse de fundamentales habida cuenta de la importancia de las garantías legislativas a las que están sujetas: cabe pensar que al consagrar el derecho de un paciente mayor de edad a dar su consentimiento a un tratamiento médico, el Conseil d'Etat ha emprendido este camino". Hay que añadir que este derecho se ve ampliado por el artículo 16-3 del Código Civil. Aunque esta disposición no es formalmente aplicable a la administración, contribuye sin embargo a reforzar su carácter fundamental.

⁷⁶⁴ S. BOISSARD, concl. sobre CE, 9 de abril de 2004, *Vast*, *RFDA* 2004, p. 779.

⁷⁶⁵ S. BOISSARD, conclusiones inéditas sobre la CE, 15 de febrero de 2002, *Hadda*, *Lebon* p. 45. No obstante, cabe señalar que si bien el principio de salvaguardia de la dignidad de la persona humana es una norma de valor constitucional, no ocurre lo mismo en absoluto con el derecho a la vida.

⁷⁶⁶ CC, n° 97-389 DC, 22 de abril de 1997, cons. 5, *Rec.* p. 45.

relativa a la informática, a los ficheros y a las libertades como una prolongación de la libertad individual consagrada por la Constitución.

Por último, podría pensarse que la consagración en normas convergentes es también un indicio de fundamentalidad. Por el momento, no se encuentra ninguna aplicación de este criterio en las decisiones del Conseil d'Etat⁷⁶⁷. Se aplicará, en su caso, cuando una norma esté consagrada en varias fuentes subconstitucionales convergentes.

Conclusión del capítulo 2

184. Para el juge administratif des référés, una libertad fundamental se analiza como un derecho público subjetivo esencial, midiéndose la esencialidad principalmente, pero no exclusivamente, en función de la constitucionalidad⁷⁶⁸. Las normas clasificadas como libertades fundamentales cumplen todas, sin excepción, todos los criterios; las normas excluidas de la protección de la L. 521-2 no cumplen al menos uno de los criterios. Es poco probable que esta combinación de criterios cambie en el futuro, en parte por su carácter amplio y en parte por la estabilidad que caracteriza a la jurisprudencia administrativa⁷⁶⁹. Una vez que el juez de medidas provisionales ha reconocido la existencia de una libertad fundamental, debe determinar su significado, contenido y límites. Aquí encontramos el mismo enfoque que rige el descubrimiento de las libertades fundamentales, es decir, una interpretación amplia del ámbito de aplicación de las medidas cautelares.

767 Este criterio sólo fue desarrollado por los Comisarios del Gobierno, y entonces sólo en abundancia, ya que cada vez se refería a normas constitucionales. La Sra. de Silva recordó que la libertad de ir y venir está reconocida por los artículos 2-2 y 2-3 del 4^{ème} Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos (concl. citada anteriormente, p. 332). La Sra. Fombeur subrayó que la libertad de opinión de los funcionarios se menciona explícitamente en el artículo 6 de la Ley de 13 de julio de 1983 relativa al estatuto general de los funcionarios y que su libertad sindical se menciona en el artículo 8 (conclusiones antes citadas, p. 403). No obstante, conviene recordar que estas referencias son estrictamente superfluas, ya que la consagración constitucional de una norma basta por sí sola para establecer su carácter fundamental.

768 Esta prioridad da un nuevo vigor al fenómeno de la constitucionalización del derecho, que se define como "la difusión progresiva de las normas derivadas de la Constitución y de la jurisprudencia del Consejo Constitucional en todas las ramas del derecho, poniendo de manifiesto un derecho constitucional que ya no es una simple regla de organización de los poderes públicos, sino un derecho material, efectivo y sancionado" (G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, coll. Thémis droit public, 1998, p. 65). Sobre el fenómeno de la constitucionalización, véase L. Favoreu, "L'apport du Conseil constitutionnel au droit public", *Pouvoirs* n° 13, 1980, pp. 17-26; ID, "La constitutionnalisation du droit", en *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, pp. 25-42; ID, "L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit", en *Itinéraires. Etudes en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, 1982, pp. 235-244, especial p. 244; S. MOUTON, *La constitutionnalisation du droit en France*, thèse Toulouse I, 1998, 833 p.; B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, actes de l'atelier du III^e Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Dijon, 14-16 juin 1996, Economica PUAM, coll. DPP, 1998, 204 p. Sobre la constitucionalización del derecho administrativo, véase P. BON, "Constitution de 1958 et droit administratif", *LPA* 1^{er} diciembre 1993, n° 144, pp. 4-8.

769 Véase H. LE BERRE, Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998, LGDJ, coll. BDP, t. 207, 1999, spe. p. 626 y ss.

Capítulo 3

Definir el contenido de las distintas libertades fundamentales: un enfoque enriquecedor

185. Para aplicar el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, el juez de medidas provisionales debe establecer el contenido y los límites de cada una de las libertades fundamentales reconocidas. La operación de definición, que está sujeta a ciertas restricciones, es necesaria para determinar con precisión lo que permite o abarca una determinada libertad. En general, los tribunales se inclinan por una definición concreta y amplia del contenido de cada libertad. La única excepción es el derecho al consentimiento médico.

Sección 1. La operación de definición La operación de definición: necesidad y limitaciones

186. Los derechos y libertades que pueden acogerse al procedimiento del artículo L. 521-2 suelen tener un contenido poco concreto. Esta falta de precisión es consecuencia de la redacción generalmente vaga y general de las normas a las que el juez administratif des référés reconoce el estatuto de libertad fundamental⁷⁷⁰. Esto es cierto, en primer lugar, para las libertades que tienen su fuente en la Constitución⁷⁷¹. También es cierto, pero de forma menos marcada y sistemática - debido a su naturaleza más fácilmente revisable - para las libertades fundamentales de origen legislativo. Es el caso, por ejemplo, de la libertad de reunión. En cambio, el derecho al consentimiento médico está definido de forma muy precisa en cuanto a su contenido.

187. Debido a esta indeterminación, a menudo es difícil conocer *a priori* el alcance exacto de la protección cubierta por cada libertad fundamental. En particular, cuando se trata de una libertad de acción, es difícil saber con precisión qué límites se imponen a las acciones permitidas y a las que no lo están. Dado que el ámbito protegido por las libertades fundamentales no puede identificarse a partir de la mera formulación de su enunciado, corresponde al juez de medidas provisionales, en el curso de su jurisprudencia, determinar su coherencia y sus límites⁷⁷². El juez debe precisar constantemente el contenido de las libertades fundamentales y establecer sus

770 La misma observación se aplica al concepto teórico de derecho fundamental o libertad fundamental. "Cualquiera que sea la fuente considerada", afirma la Sra. Delmas-Marty, "los derechos y libertades fundamentales tienen las mismas características de normas débilmente determinadas por el texto que las enuncia ("predeterminación débil")" (M. DELMAS-MARTY, en *Libertés et droits fondamentaux*: (M. DELMAS-MARTY y C. LUCAS DE LEYSSAC eds.), Seuil, 1996, p. 28).

771 En este sentido, M. Bockenforde observó que "las disposiciones de la Ley Fundamental alemana relativas a los derechos fundamentales, al igual que las de otras constituciones que establecen un Estado constitucional, son, en su letra y su forma lingüística, fórmulas lapidarias y disposiciones de principio que en sí mismas carecen en gran medida de precisión en cuanto a su contenido" (E.-W. BOCKENFORDE, "Théorie et interprétation des droits fondamentaux", en *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique*, Bruylant LGDJ, coll. La pensée juridique, 2000, p. 253). Esta falta de precisión en la redacción, que era la intención de los redactores, pretende asegurar la preeminencia de los principios garantizados más allá de cualquier definición demasiado estricta del contenido de los distintos derechos y libertades. El carácter abierto de estos principios facilita su adaptación a los cambios sociales, tecnológicos, culturales o de otro tipo que puedan producirse. En Francia, esta indeterminación también puede explicarse por consideraciones históricas, en particular en el caso de las disposiciones de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En efecto, la cuestión del contenido de los derechos y libertades había preocupado poco a los redactores de estas disposiciones, que no las habían concebido como reglas de derecho sino como un resumen de su filosofía política, como un credo y no como la formulación de una norma jurídica (véase S. RIALS, *La Déclaration de 1789*, Hachette, 1988, 771 p.). El carácter débilmente determinado de las disposiciones también se ha destacado para los derechos y libertades reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Como señaló el Sr. Melchior, el Convenio "abunda en nociones vagas y conceptos indeterminados o imprecisos. La mayoría de las veces, los derechos garantizados se citan o enumeran simplemente; sus elementos constitutivos no se definen. Incluso cuando el contenido del derecho es objeto de alguna precisión, de un principio o de un intento de definición - como es el caso del derecho a una buena administración de justicia garantizado en el artículo 6 de la Convención - lo cierto es que los términos utilizados en esta ocasión se prestan a interpretaciones muy diversas, desde las minimalistas hasta las maximalistas" (M. MELCHIOR, "Notions 'vagues' ou 'indéterminées' et 'lacunes' dans la Convention européenne des Droits de l'homme", en *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, 2^{ème} ed, Carl Heymanns Verlag KG, 1990, p. 411).

772 En general, cuando los derechos y libertades son indeterminados, corresponde a los tribunales definir su contenido. Como señala la Sra. Delmas-Marty, el carácter débilmente determinado de estos derechos "lleva al órgano jurisdiccional, cualquiera que sea, a participar en la labor de determinación del sentido de la norma, mediante una

consecuencias prácticas en las situaciones jurídicas concretas a las que se enfrenta. Para la aplicación de este procedimiento, la operación de definición presenta, pues, un gran interés práctico, ya que es en relación con el contenido material de una libertad como se apreciará la existencia de una posible vulneración. Para determinar si se ha vulnerado o desconocido una libertad fundamental, es necesario conocer en primer lugar su consistencia y alcance.

188. Una vez más, se trata de un problema de interpretación para el juez de medidas provisionales. Una vez más, en función de la interpretación adoptada, el juez opta por definir el alcance del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa de forma más o menos amplia. El problema, sin embargo, se plantea en términos diferentes en relación con la interpretación del propio concepto de libertad fundamental. En efecto, la norma preexiste a su intervención. En consecuencia, ya ha sido interpretada, aplicada, ejecutada o clarificada. Para cada libertad fundamental, existe una definición de referencia - resultante bien de un texto, bien de una interpretación jurisprudencial - a la luz de la cual pueden determinarse la consistencia y los contornos de cada libertad. Desde un punto de vista cronológico, el juez de medidas provisionales interviene después de otros órganos o instituciones que, cada uno en su ámbito de competencia, han promulgado, adaptado o interpretado la norma en cuestión. Es el segundo en conocer del asunto, lo que puede influirle a la hora de determinar el contenido de las libertades fundamentales.
189. El margen de libertad del juez en relación con el texto que establece una libertad depende del grado de precisión del texto. Cuando la redacción es imprecisa, como suele ser el caso, el juez dispone de un margen de libertad considerable en relación con el enunciado textual. En cambio, en los raros casos en los que el contenido y los límites del derecho han sido fijados de forma clara y precisa por el legislador ordinario o constitucional, el juez de medidas provisionales debe aplicar la norma tal como la define precisamente el texto. No tiene que fijar o modificar los límites, ya que la propia autoridad normativa que creó la norma pretendía determinar su alcance. Cuando el contenido de una libertad fundamental está definido con precisión por un texto, éste es vinculante para el juez: "el legislador o la asamblea constituyente, según el caso, está en condiciones de imponer el sentido preciso de un derecho fundamental cuando lo enuncia en un texto legislativo o constitucional (...)"⁷⁷³. Cabe señalar que la asunción de una definición detallada del contenido de las libertades sólo se limita en la práctica a las libertades fundamentales de origen legislativo e incluso, con mayor precisión, a algunas de ellas. En cuanto a las libertades constitucionales, su contenido no está definido con precisión por el texto constitucional. La cuestión que se plantea entonces es en qué medida el juez administrativo en procedimiento sumario está vinculado por la interpretación dada por el tribunal constitucional⁷⁷⁴.

interpretación creativa ('codeterminación fuerte')" (M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 28). Los órganos jurisdiccionales interesados realizan esta determinación de diversas maneras, a veces basándose en consideraciones teóricas, a veces adhiriéndose a un enfoque pragmático, y a veces combinando ambos. Al interpretar las disposiciones del Convenio Europeo, el Tribunal de Estrasburgo ha dado muestras de cierto pragmatismo, que consiste en dar pleno efecto a los principios enunciados sin sobrepasar ciertos "límites". Como señala el Sr. Melchior, "parece imposible determinar estos límites racionalmente, aplicando un principio jurídico. Sólo resultan de una apreciación del sentido de la medida, de la aplicación de una especie de pragmatismo. Este pragmatismo consiste (...) en apreciar lo que puede ser aceptado por los Estados, quizá no sin dificultades, pero en cualquier caso, sin imposibilidad manifiesta. Prudencia y progresividad: éstas son las dos virtudes que caracterizan este pragmatismo. En otras palabras, es importante que el Tribunal y la Comisión calculen y estimen hasta dónde deben llegar en la adopción de sus posiciones, para no cruzar la línea más allá de la cual los Estados dejarían de someterse al mecanismo del Convenio, a las exigencias que el Convenio les impone" (M. MELCHIOR, *op. cit.*, p. 412). Por lo que respecta a la interpretación de los derechos constitucionales, en Alemania existen nada menos que cinco teorías de interpretación de los derechos fundamentales: la teoría liberal, la institucional, la axiológica, la democrática y funcional y la social (véase E.-W. BOCKENFORDE, *op. cit.*, pp. 256-273). El contenido sustantivo de un derecho puede variar significativamente en función de la orientación teórica adoptada.

⁷⁷³ G. DRAGO, "Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens", *Dr. adm.* 2004, Estudio nº 11, p. 9.

⁷⁷⁴ En la medida en que las libertades situadas a nivel supralegislativo son todas de rango constitucional, la cuestión de la autoridad de interpretación en la práctica sólo concierne al Consejo Constitucional. En caso de reconocimiento de libertades convencionales, también podría plantearse con respecto a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. El problema se plantearía entonces en términos estrictamente idénticos, a reserva de la existencia de un recurso que podría dar lugar a la intervención del juez europeo después de la del juez nacional. Por otra parte, la cuestión de la autoridad de la interpretación no concierne al tribunal. Como órgano jurisdiccional ordinario, al igual que el tribunal administrativo, se sitúa al mismo nivel que éste en la jerarquía de los órganos del Estado. En derecho, su interpretación no vincula en modo alguno al juez de medidas provisionales. En palabras de M. Drago, existe una "autonomía de definición de los derechos fundamentales" entre el orden jurisdiccional administrativo y el orden jurisdiccional judicial: "El juez administrativo no está vinculado por la definición de un derecho fundamental dada por el juez judicial y, a la inversa, el juez judicial no tiene que tener en cuenta la definición dada por el juez administrativo" (G. DRAGO, *op. cit.*, p. 9). La cuestión de la autoridad tampoco se plantea en el caso de las libertades fundamentales que pueden derivarse de principios generales del derecho; además, es difícil imaginar que un juez administrativo decida, en un procedimiento sumario, ir en contra de una posición adoptada en cuanto al fondo. Por último, no se mencionará la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en la medida en que ninguna

190. A la hora de precisar el contenido, los contornos y los límites de cada libertad fundamental de origen constitucional, ¿el juez administrativo que conoce de las demandas provisionales está vinculado por la definición dada por el Consejo Constitucional? Hace varios años, el Sr. Braconnier afirmaba que la llegada del Consejo a la escena jurisdiccional pondría "fundamentalmente en tela de juicio el monopolio, hasta ahora compartido entre los tribunales administrativos y judiciales, de la determinación de los grandes principios protectores de los derechos fundamentales"⁷⁷⁵. En cierto modo, el Consejo de Estado y el Consejo Constitucional estaban llamados a "cazar en el mismo territorio"⁷⁷⁶. Podría entonces afirmarse que, en el doble movimiento de constitucionalización y europeización del derecho, los tribunales administrativos perderían toda iniciativa en la determinación del contenido de las libertades. "En la medida en que el Consejo Constitucional francés y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos controlan por sí solos la casi totalidad del proceso de interpretación de los derechos fundamentales de la persona, la jurisprudencia administrativa está condenada, a largo plazo, a no ser más que la expresión de principios establecidos fuera del orden jurisdiccional administrativo. En algunos aspectos, la idea puede parecer excesiva, incluso poco realista. Sin embargo, creemos que es coherente con el desarrollo paralelo y cada vez más coordinado del Derecho constitucional y europeo como protectores de los derechos humanos"⁷⁷⁷. ¿Cuál es la situación desde un punto de vista estrictamente jurídico? ¿Existe, en Derecho estricto, una norma que obligue al juez de medidas cautelares a definir el contenido de los derechos y libertades de acuerdo con la interpretación que les dé el tribunal constitucional⁷⁷⁸?

En derecho, la autoridad que se atribuye a la jurisprudencia del Consejo Constitucional es, para el juez administrativo, puramente *persuasiva*. En primer lugar, la jurisprudencia forjada por el Consejo en sus decisiones no goza de la autoridad de cosa juzgada, que sólo se aplica a la parte dispositiva de la decisión. Esta autoridad sólo se extiende a la motivación de la decisión cuando ésta constituye el soporte necesario de la parte dispositiva⁷⁷⁹. Como señala M. Aguila, "en derecho puro, nada obliga a un tribunal administrativo o a un órgano jurisdiccional a seguir una interpretación adoptada por el Consejo Constitucional"⁷⁸⁰. Los tribunales ordinarios están vinculados por las decisiones del Consejo, pero no por su jurisprudencia. En segundo lugar, el concepto de "autorité de la chose interprétée" no es de naturaleza jurídica y tropieza, cuando menos, con un problema de eficacia. Este concepto, que pretende ser jurídico, ha sido desarrollado por los autores con el fin de establecer la fuerza vinculante de la jurisprudencia -y no sólo de las decisiones- a nivel constitucional, comunitario y europeo⁷⁸¹. Según el profesor Andriantsimbazovina, es la función de guardián de la norma constitutiva de un ordenamiento jurídico la que constituye la base de la naturaleza jurídica de la autoridad de la cosa juzgada. Cada ordenamiento jurídico se basa en una norma constitutiva (la Constitución de 4 de octubre de 1958 para el ordenamiento jurídico nacional); y cada ordenamiento jurídico tiene un tribunal que custodia esta norma constitutiva (el Consejo Constitucional

libertad fundamental se deriva actualmente de una norma de Derecho comunitario primario o derivado.

⁷⁷⁵ S. BRACONNIER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruylant, 1997, p. 434.

⁷⁷⁶ D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, 2^{ème} ed, PUF, serie Droit fondamental, 1994, p. 169. Como ha afirmado el Decano Favoreu, el problema consiste en "saber cómo la Alta Jurisdicción Administrativa aceptará aplicar un derecho que emana de principios constitucionales establecidos por el Consejo Constitucional, y no ya de su propia jurisprudencia" (L. FAVOREU, "L'apport du Conseil constitutionnel au droit public", *Pouvoirs* n° 13, 1980, p. 25).

⁷⁷⁷ S. BRACONNIER, *op. cit.* p. 440-441.

⁷⁷⁸ La cuestión es la de la *autoridad que se atribuye a la jurisprudencia* del Consejo Constitucional. Sobre este tema, véase en particular J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français. Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, coll. BDP, t. 192, 1998, 663 p.; L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, LGDJ, coll. BDP, t. 187, 1999, 799 p.; V. BACQUET-BREHANT, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude d'une norme dépourvue de sanction*, LGDJ, coll. BSCP, t. 220, 2005, 462 p.; J. RODEVILLE-HERMANN, "L'évolution des fonctions du principe d'autorité de chose jugée dans les rapports du juge administratif avec le juge judiciaire, le Conseil constitutionnel et la Cour de justice des Communautés européennes", *RDP* 1989, pp. 1735-1779; J. MEUNIER, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Bruylant, coll. La pensée juridique, 1994, especial pp. 319-351. A.-S. OULD-BOUBOUTT, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica PUAM, 1987, spe pp. 310-349.

⁷⁷⁹ Véase la jurisprudencia constitucional, administrativa y judicial citada por el Presidente Genevois en *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, STH, 1988, p. 58 y ss.

⁷⁸⁰ Y. AGUILA, "Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle", *RFDC* 1995, p. 21.

⁷⁸¹ Iniciado a propósito de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (véase, en particular, J. BOULOUIS, "A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes", en *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. I, LGDJ, 1974, p. 149), el concepto se ha extendido a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase, en particular, G. COHEN-JONATHAN, "La convention européenne des droits de l'homme", *Economica PUAM*, 1989, p. 255) y a la del Consejo Constitucional (véase, en particular, L. FAVOREU, "Les effets des décisions du Conseil constitutionnel à l'égard du juge administratif français", *RIDC* 1987, p. 463). El profesor Andriantsimbazovina ha teorizado notablemente esta cuestión (véase la tesis antes citada, pp. 365 y ss.).

para el ordenamiento jurídico interno). El custodio de la norma constitutiva está investido de la función de garantizar la coherencia interna del ordenamiento jurídico y la uniformidad de la interpretación de la norma constitutiva de dicho ordenamiento jurídico. Según M. Andriantsimbazovina, "cada norma constitutiva de un ordenamiento jurídico tiene un intérprete auténtico; para lograr la uniformidad de interpretación de esta norma constitutiva, es obvio que la interpretación de la norma constitutiva por el órgano jurisdiccional encargado de hacerlo debe prevalecer sobre todos los demás órganos jurisdiccionales que integran el ordenamiento jurídico de que se trate"⁷⁸². Esta presentación, sin embargo, es discutible. En primer lugar, puede cuestionarse la función de guardián *exclusivo* de la Constitución así atribuida al tribunal constitucional, sobre todo cuando éste no controla los actos del ejecutivo o, más generalmente, los de la autoridad administrativa. En segundo lugar, y suponiendo que esté bien fundada, la teoría de la cosa juzgada tropieza en cualquier caso con un problema de *eficacia*. A falta de un mecanismo procesal que permita al Tribunal Constitucional imponer sus decisiones al juez ordinario, el respeto de su jurisprudencia dependerá en última instancia de la buena voluntad de este último. Como ha señalado el profesor Moderne, "como órgano jurisdiccional, el Consejo Constitucional no es el superior jerárquico del Consejo de Estado. Difícilmente dispone de medios para imponer sus soluciones a los tribunales supremos de los dos órdenes, que como él son soberanos y escapan a su control"⁷⁸³. Incluso hoy en día, el debate sobre la autoridad de lo interpretado sigue siendo "fascinante pero esencialmente teórico"⁷⁸⁴.

La autoridad que confiere la jurisprudencia del Consejo Constitucional no es jurídicamente vinculante, sino de naturaleza puramente persuasiva⁷⁸⁵. Sólo es vinculante si el tribunal administrativo está convencido de la corrección y adecuación de la solución adoptada. En estas condiciones, aunque se recomienda encarecidamente al tribunal administrativo que tenga en cuenta la jurisprudencia del Consejo Constitucional a la hora de determinar el contenido de las libertades fundamentales, no está jurídicamente obligado a hacerlo. "Libre de descubrir las libertades fundamentales protegidas por el artículo L. 521-2, el juez administrativo también es libre de definir las. Puede darles un contenido material específico que concuerde con mayor o menor precisión con la jurisprudencia del Consejo Constitucional que aplica la misma libertad"⁷⁸⁶.

191. Las limitaciones señaladas muestran que el juez de medidas provisionales dispone de un margen de maniobra considerable para determinar el contenido de las libertades fundamentales. Los contornos y componentes de cada una de estas libertades se revelan y precisan en el curso de las decisiones. La definición del contenido de cada libertad depende, por supuesto, de la oportunidad de las remisiones. Como los tribunales sólo se pronuncian sobre lo que se les pide que se pronuncien, el contenido dado a una libertad es susceptible de evolucionar y enriquecerse en función de los azares de los litigios. Por consiguiente, no se trata aquí de examinar el contenido de todas las libertades fundamentales, sino de centrarse en algunos ejemplos significativos sobre los que los tribunales se han pronunciado expresamente. A partir de estos ejemplos, es posible identificar las principales tendencias de la jurisprudencia y destacar los elementos clave que la caracterizan. A este respecto, el principio general que rige la definición del contenido de las libertades fundamentales es darles un contenido amplio, concreto y extenso, de conformidad con los textos aplicables. En una ocasión, sin embargo, el tribunal ha reducido el contenido de una libertad fundamental en relación con la ley fuente.

⁷⁸² J. Andriantsimbazovina, *op. cit.* p. 438.

⁷⁸³ F. MODERNE, "Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d'Etat?", en *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, coloquio 21 y 22 de enero de 1988, LGDJ Montchrestien, 1988, p. 318. En cambio, cuando existe un mecanismo de remisión prejudicial o de recurso directo, el tribunal constitucional dispone de medios para imponer sus interpretaciones al tribunal ordinario. En Francia, "a falta de uno u otro mecanismo, el Consejo de Estado sigue siendo un tribunal soberano orgánicamente independiente del Consejo Constitucional" (T. LARZUL, *Les mutations des sources du droit administratif*, L'Hermère, 1994, p. 83). Como resume M. Drago, "el tribunal administrativo y el tribunal judicial, este último en particular en la jurisprudencia relativa a la agresión de hecho, demuestran legítimamente su autonomía en la definición de los derechos fundamentales que utilizan, ya que no están vinculados por ninguna obligación procesal de aplicar las decisiones del Consejo Constitucional o las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ciertamente, los dos órdenes jurisdiccionales franceses reconocen tanto la importancia de la jurisprudencia constitucional y europea como la necesidad imperativa de no apartarse de ellas, pero ningún procedimiento puede obligarles a aplicar exactamente esta jurisprudencia" (G. DRAGO, *op. cit.*, p. 9).

⁷⁸⁴ R. Abraham, "Le juge administratif et la Cour de Strasbourg", en *Quelle Europe pour les droits de l'homme* (P. Tavernier ed.), Bruylant, 1996, p. 243.

⁷⁸⁵ Cf. L. FAVOREU y T.-S. RENOUX, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, coll. Droit public, 1992, n° 348: "A diferencia de la autoridad de *cosa juzgada* vinculada a las decisiones del Consejo Constitucional, que se aplica a la aplicación de un texto, a la solución dada a la *cuestión de su constitucionalidad*, a la *interpretación dada a dicho texto* y también a la *interpretación de las disposiciones de la Constitución a la luz* de las cuales se ha apreciado la validez de este texto, la *autoridad atribuida a la jurisprudencia* del Consejo Constitucional, independientemente de cualquier aplicación del texto examinado por el Tribunal Constitucional y, correlativamente, de cualquier referencia a las disposiciones constitucionales a la luz de las cuales se ha examinado dicho texto, es a lo sumo la de la *persuasión*" (subrayado).

⁷⁸⁶ B. FAURE, "Juge administratif statuant en urgence. Référé-liberté", *Jcl. Justice administrative*, fasc. 51 (11, 2002), n° 34.

Sección 2. Una definición amplia

192. El juez define el contenido de las libertades fundamentales de acuerdo con los textos que las regulan. Extrayendo todas las consecuencias de estas disposiciones, da a estas libertades una definición amplia y extensa.

I. Una definición conforme a la legislación aplicable

193. Para determinar el contenido de un derecho o libertad, el tribunal parte en primer lugar de la norma y de la orientación general que pretende su autor. Por vaga que sea su formulación, la norma tiene un sentido que puede ser muy general. El tribunal respeta esta prescripción, que sirve de punto de partida para definir el contenido de la libertad en cuestión. El tribunal no le dará un significado que sea visiblemente contrario a la letra del texto y a la intención de su autor. La definición del contenido del derecho depende de la legislación que lo regula. No desnaturalizará su contenido ni pondrá en tela de juicio lo que constituye su esencia, bajo pretexto de interpretación. Del mismo modo que no puede "crear" por sí mismo una libertad fundamental, el juez de medidas provisionales no puede "inventar" un elemento constitutivo de dicha libertad que no esté reconocido por la ley. Varios ejemplos ilustran este enfoque lógico.
194. En primer lugar, el de la libre administración de los entes locales. En el asunto *Commune de Venelles*, el primer juez malinterpretó el significado de este principio, al considerar que la libre administración podía aplicarse a las relaciones entre los órganos de una entidad local, en este caso entre un alcalde y su consejo municipal⁷⁸⁷. Evidentemente, este no es el sentido del principio. En el derecho constitucional francés y extranjero, la libertad de administración es el derecho de una entidad local a gestionar libremente los asuntos de su competencia, es decir, a ejercer sus propias competencias sin injerencias de otra autoridad pública⁷⁸⁸. Significa que una entidad pública, ya sea el Estado, otra entidad local o un organismo de cooperación intermunicipal, no puede interferir en su libre funcionamiento. Sólo puede entrar en juego en las relaciones entre una entidad local y una tercera entidad pública. Este es el sentido del principio de libre administración, como recordó el Conseil d'Etat al afirmar que la negativa del alcalde de Venelles a las solicitudes de convocatoria del consejo municipal "sólo afecta a las relaciones internas del municipio y, por tanto, no puede considerarse que vulnera este principio"⁷⁸⁹. Si bien es posible enriquecer este principio considerando, en el marco y sobre la base de los textos que lo organizan, que implica, por ejemplo, la existencia de recursos suficientes, la autonomía funcional o la libertad de gestión del personal, es, por otra parte, antinatural pretender aplicar este principio a las relaciones internas de un ente local. La libre administración no se aplica a las relaciones internas de un ente territorial, sino a las relaciones entre un ente territorial y otro ente público. Al negarse a consagrar la libre administración desde este punto de vista, el Conseil d'Etat no mostró ninguna restricción ni reduccionismo. Al contrario, "consagró la libre administración de las entidades territoriales en su integridad; por el mero hecho de que el titular de esta libertad sea una persona jurídica, sólo los órganos de dicha persona jurídica pueden invocarla"⁷⁹⁰. El principio protege a la propia entidad local frente a otros organismos públicos, no a un organismo frente a la conducta de otro.
195. Otro ejemplo lo proporciona el principio de libre expresión del voto, al que, según el juez, "pretenden contribuir" las disposiciones de los artículos L. 28 y R. 10 del Código Electoral. En virtud de estas disposiciones, los electores, los candidatos y los partidos políticos tienen derecho a que se les notifique el censo electoral y las correcciones introducidas en él cada año por la comisión administrativa. Tal como está organizado por la ley, el principio de libre expresión del voto da derecho, por tanto, a los interesados a una comunicación *global del censo electoral* y no a una comunicación por colegio electoral. Por consiguiente, este

787 Cf., adoptando una interpretación idéntica del principio: CA Papeete, ch. civ, 26 de febrero de 1992, *Vernaudon c/ Juventin*, JCP G 1992, II, 21926, y la nota crítica de A. MOYRAND. El Tribunal de Apelación había afirmado que "este principio debe protegerse contra el Estado pero también contra ciertas emanaciones de estas colectividades locales y contra estas colectividades locales mismas", asimilándose el Presidente de la Asamblea Territorial a una "emanación" de la colectividad local.

788 Según la jurisprudencia constitucional, "la libre administración puede considerarse como la libertad de los entes locales para gestionar sus propios asuntos" (L. Favoreu y A. Roux, "¿Es la libre administración de los entes locales una libertad fundamental? ROUX, "La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale", CCC n° 12, 2002, p. 92). Una solución idéntica prevalece, por ejemplo, en el Derecho austriaco: "El derecho a la autoadministración sólo se viola si una autoridad pública adopta decisiones por las que se deniega como tal el derecho del municipio a gestionar determinados asuntos de su dominio" (O. PFERSMANN, "Informe austriaco", *AIJC* 1991/VII, p. 208).

789 CE, Secc. 18 de enero de 2001, Morbelli, maire de la Commune de Venelles, *Lebon* p. 18.

790 L. FAVOREU, "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *D.* 2001, p. 1742.

principio no se pone en tela de juicio cuando un alcalde se niega a acceder a una solicitud de comunicación de la lista *por separado para cada colegio electoral*⁷⁹¹. Así pues, en general, los tribunales definen el contenido de la libertad de acuerdo con la legislación que la organiza y aplica. Así, la libertad sindical "tiene como corolario la libre constitución de sindicatos de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley"; en cambio, a falta de una disposición legal que la consagre, "no implica que un sindicato pueda establecer su sede en locales administrativos sin el acuerdo de las autoridades a las que pertenecen dichos locales"⁷⁹².

196. La jurisprudencia relativa al derecho de asilo es también especialmente interesante en la medida en que demuestra, por una parte, que el juez de medidas provisionales no puede incluir en una libertad fundamental un "derecho" no reconocido por la ley y, por otra, que no puede mantener un derecho una vez que ha desaparecido de la legislación.

En primer lugar, el juez administrativo no puede ir en contra de la voluntad del legislador y conceder al constituyente un derecho que ninguna autoridad normativa le habría reconocido. Por ejemplo, el artículo 53-1 de la Constitución reconoce que las autoridades francesas pueden conceder asilo a un extranjero cuando el examen de su solicitud sea competencia de otro Estado⁷⁹³. Sin embargo, esta disposición no reconoce al Estado un *derecho* a aplicar esta prerrogativa, sino que se limita a organizar una *posibilidad*. Por consiguiente, salvo que se ignore el principio de separación de poderes, el juez no puede reconocer como elemento constitutivo del derecho de asilo un "derecho" -que no existe- a que el Estado haga uso de esta facultad. Hacer uso de esta posibilidad es una prerrogativa del Estado, no un derecho del solicitante de asilo⁷⁹⁴. En ausencia de una obligación por parte de la administración, esto no puede dar lugar a un derecho subjetivo para el solicitante. En el mismo sentido, extrayendo las consecuencias de los términos de la ley, el juez afirma que el derecho constitucional de asilo no implica que deba expedirse un nuevo permiso de residencia después de que una primera solicitud haya sido rechazada por extemporánea. La ley no reconoce tal derecho⁷⁹⁵. Del mismo modo, a falta de una disposición en este sentido, el derecho de asilo "no exige ni implica que un solicitante del estatuto de *apátrida* deba ser admitido temporalmente a residir en Francia durante el tiempo necesario para examinar una solicitud de estatuto de apátrida"⁷⁹⁶.

A la inversa, un derecho reconocido como constitutivo de una libertad puede desaparecer si cambia la legislación. Los tribunales no pueden mantener un derecho como componente de una libertad después de que el legislador lo haya suprimido. Por ejemplo, el asilo territorial, reconocido por la Ley de 11 de mayo de 1998, se consideraba un elemento protegido del derecho constitucional de asilo⁷⁹⁷. Al haber sido suprimido por la Ley de 10 de diciembre de 2003, que lo sustituyó por un mecanismo denominado "protección subsidiaria"⁷⁹⁸, el juez de medidas provisionales no puede mantener *contra legem* un derecho que ya no existe. Así pues, el contenido de una libertad fundamental puede variar en función de la evolución de la legislación. Debe seguir los cambios, tanto si enriquecen como si empobrecen el contenido de los derechos.

197. En cambio, una vez respetado el contenido general de una libertad, el juez de medidas cautelares le da una

791 CE, ord. de 7 de febrero de 2001, *Commune de Pointe-à-Pitre, Lebon T.* p. 1129. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat anuló el orden por la que el primer juez había conminado al alcalde a expedir copias de las listas electorales y de las tablas correctoras elaboradas *para cada colegio electoral*.

792 CE, ord. 28 marzo 2006, *Commune de Saint- Chély d'Apcher*, n° 291399, citado en el Recueil *Lebon*.

793 En los casos en que, en aplicación del Convenio de Dublín de 15 de junio de 1990 (sustituido por el Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003), otro Estado miembro de la Unión Europea es responsable del examen de la solicitud de asilo, el artículo 53-1 reconoce expresamente el derecho de las autoridades de la República Francesa "a conceder asilo a todo extranjero perseguido a causa de su acción en favor de la libertad o que busque la protección de Francia por otro motivo".

794 Véase CE, ord. 2 mayo 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Dzjiri, Lebon* p. 227. Véase también CE, ord. 4 de septiembre de 2003, *Thanattikoul, Lebon T.* p. 928; CE, ord. 21 de febrero de 2005, *Sutaev*, no. 277757.

795 Véase CE, ord. 16 de diciembre de 2005, *Kabengera et association Forum réfugiés*, n° 287905; CE, ord. 5 de octubre de 2005, *Ministre de l'Intérieur c/ Abalo, Lebon T.* p. 1036, *AJDA* 2006, pp. 204-206, nota D. RIBES. El juez subraya que corresponde al extranjero interesado presentar su solicitud en las condiciones previstas por las disposiciones legales y reglamentarias vigentes. Entre estas condiciones figura la obligación de presentar una solicitud completa ante la Oficina francesa de protección de refugiados y apátridas en un plazo de 21 días a partir de la expedición del permiso de residencia provisional. La orden precisa "que este plazo, que es obligatorio, se ha fijado para garantizar un examen rápido de las solicitudes de asilo". En consecuencia, tras la denegación de una solicitud de asilo presentada después de la expiración de este plazo, "el interesado *no tendrá derecho a que se le expida un permiso de residencia provisional* y podrá ser rechazado con independencia de los casos enumerados en el artículo L. 741-4 del Código sobre Entrada y Residencia de Extranjeros y Derecho de Asilo".

796 CE, ord. 2 mayo 2006, *Amiraleva, alias Kirilova, épouse Koulayeva*, n° 292910, mencionada en el Recueil *Lebon*.

797 Véase el artículo 201. El Ministro del Interior podía, previa consulta al Ministro de Asuntos Exteriores, conceder asilo territorial a un extranjero cuya vida o libertad estuviera amenazada en su país. El alcance del asilo territorial era más amplio que el cubierto por el estatuto de refugiado: las amenazas de cualquier tipo, procedentes o no de las autoridades públicas del Estado de origen, permitían solicitar la protección del Ministro del Interior.

798 Esta protección se concede por un periodo renovable de un año a las personas que, sin poder solicitar el estatuto de refugiado, están expuestas a graves amenazas por parte de las autoridades del Estado, de organizaciones que controlan parte del territorio de un Estado o de agentes no estatales, en particular milicias o grupos armados.

definición amplia y extrae todas las consecuencias que pueden derivarse de ella. De este modo, puede explorar las distintas ramificaciones y deducir todas las implicaciones respetando la legislación vigente.

II. Una definición amplia, concreta y extensa

198. En primer lugar, el tribunal defiende las libertades fundamentales que reconoce en su integridad. Entre una interpretación minimalista y una interpretación maximalista del contenido de un derecho, el juez de medidas provisionales se inclina la mayoría de las veces por el enfoque más amplio posible⁷⁹⁹. Así, el secreto de la correspondencia no se limita a los intercambios de carácter exclusivamente privado, sino que abarca más ampliamente toda la correspondencia personal. Como señala la Comisaria del Gobierno Sophie Boissard, "protege todo correo enviado en sobre cerrado a una persona designada, incluso a una dirección distinta de la de su residencia personal, como su lugar de trabajo"⁸⁰⁰. El alcance de la libertad de reunión también está ampliamente definido. En particular, el concepto de reunión se extiende a las universidades de verano organizadas por los partidos políticos al final de los períodos de vacaciones, en ciudades turísticas o centros turísticos⁸⁰¹. La libertad de ir y venir también está consagrada en todas sus dimensiones. Incluye la libertad de circulación dentro del territorio nacional⁸⁰², la libertad de viajar fuera del territorio francés⁸⁰³ y la libertad de regresar al territorio francés⁸⁰⁴.

Del mismo modo, el derecho a llevar una vida familiar normal, tradicionalmente circunscrito a los litigios con extranjeros, se entiende de forma más amplia como el derecho, para cualquier persona, a ser y vivir en familia. La importante consecuencia de este enfoque amplio es que este derecho ya no es competencia de la policía administrativa. En los litigios con extranjeros, este derecho incluye tradicionalmente el derecho a la reagrupación familiar⁸⁰⁵ y también se ve afectado "cuando la decisión de la autoridad pública separa a una familia ya constituida y legalmente establecida en suelo francés"⁸⁰⁶. Sin embargo, para el juez de medidas provisionales, este derecho es más amplio, ya que puede cuestionarse, por ejemplo, en el caso de una decisión de internamiento en un centro psiquiátrico ordenada por la autoridad prefectural, en particular cuando el centro psiquiátrico está demasiado alejado geográficamente del lugar de residencia de los miembros de la familia⁸⁰⁷.

199. La presunción de inocencia también está ampliamente extendida. En el auto *Gollnisch* de 14 de marzo de 2005, el juez de medidas provisionales consideró que este principio se extiende más allá del ámbito del proceso penal⁸⁰⁸. El respeto de este principio "implica que, en un proceso penal, la culpabilidad de una persona procesada no puede presentarse públicamente como establecida antes de que se haya dictado una sentencia condenatoria que sea irrevocable". Para el juez de medidas cautelares, "el cumplimiento de este requisito es esencial, no sólo ante los órganos encargados de la instrucción y posterior enjuiciamiento del caso, sino también frente a otras autoridades públicas". En consecuencia, estas autoridades tienen ciertas obligaciones que el juez establece de forma muy precisa. Ciertamente, el respeto de este principio no debe "impedir que la autoridad encargada de la acusación o de la investigación reúna todos los elementos susceptibles de apoyar, en su opinión, una declaración de culpabilidad". Además, "la presunción de inocencia debe conciliarse con la información al público sobre el desarrollo de los procedimientos penales en curso, de conformidad con las normas establecidas por las leyes y reglamentos". Sin embargo, en caso de que se acuse a un profesor-

799 La misma voluntad se observa en el Tribunal de Estrasburgo. Éste "adopta una interpretación amplia y extensiva de los derechos garantizados, tanto en lo que se refiere a su contenido como a su alcance (...)" (M. MELCHIOR, *op. cit.*, p. 411).

800 S. BOISSARD, concl. sobre CE, 9 de abril de 2004, Vast, *RFDA* 2004, p. 779. El Tribunal de Casación también adopta un punto de vista amplio. El Tribunal de lo Social considera que el empresario no puede tener conocimiento de los mensajes personales recibidos o enviados por el trabajador sin el consentimiento de éste (*Soc.*, 2 de octubre de 2001, *Société Nikon France SA et M. Onof*, *Bull. civ.* V, n° 291; *Dr. soc.* 2001, p. 915, nota J.-E. RAY).

801 CE, ord. 19 de agosto de 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311.

802 CE, ord. 8 noviembre 2001, *Kağısız*, *Lebon* p. 545.

803 CE, ord. 9 enero 2001, *Deperthes*, *Lebon* p. 1; CE, ord. 11 de octubre de 2001, *Tabibou*, *Lebon T.* p. 1133.

804 CE, ord. 11 de junio de 2002, *Aït Oubba*, *Lebon T.* p. 869

805 CE, ord. 13 de enero de 2006, *Rasamoelina*, n° 288434. Este derecho permite a los extranjeros que residen de forma estable y legal en Francia traer a Francia a sus hijos menores y a su cónyuge (CE, As., 8 de diciembre de 1978, *GISTI*, *Lebon* p. 793, *G.A.J.A.* n° 96; CC, n° 93-325 DC, 12-13 de agosto de 1993, cons. 70, *Rec.* p. 224, *GDCC* n° 46).

806 I. DE SILVA, concl. sobre CE, Secc. 30 octubre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *RFDA* 2002, p. 331.

807 CE, ord. 14 de octubre de 2004, *Arre*, n° 273047.

808 CE, ord. 14 de marzo de 2005, *Gollnisch*, *Lebon* p. 103. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también afirma que la presunción de inocencia debe ser respetada por las autoridades públicas y no sólo en los procedimientos penales (véase TEDH, 10 de febrero de 1995, *Allenet de Ribemont c. Francia*, serie A, n° 308; *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (F. SUDRE et alii), 3^{ème} éd., PUF, coll. Thémis droit, 2005, sentencia n° 29).

investigador de haber incumplido gravemente sus obligaciones éticas, los poderes del decano académico están limitados por la obligación de respetar la presunción de inocencia. En tal caso, puede incoar un procedimiento disciplinario si el presidente de la institución no lo hace, tras reunir las pruebas necesarias. Tiene la posibilidad legal de informar al público sobre el desarrollo del procedimiento. Sin embargo, si decide comunicar sobre el asunto, "debe abstenerse de prejuzgar el resultado del procedimiento, a menos que ello menoscabe la presunción de inocencia".

Al proporcionar orientaciones muy precisas sobre cómo conciliar la necesidad de informar al público con la presunción de inocencia, el juez da una definición *concreta* de este principio en el contexto de los procedimientos disciplinarios. En términos prácticos, determina los límites y la coherencia de la presunción de inocencia en una situación de hecho concreta. Este enfoque es consecuencia del carácter concreto del control ejercido por el juez de medidas provisionales. La cuestión del contenido de los derechos se plantea desde un ángulo diferente al del contencioso constitucional. A diferencia de un juez que ejerce un control abstracto, el juez de medidas provisionales puede definir el contenido de las libertades fundamentales lo más cerca posible de la realidad. De este modo, se ve llevado a determinar cuál debe ser, de manera general, el alcance de una libertad dada en una situación de hecho determinada.

200. Sin embargo, el planteamiento no sólo es amplio y concreto, sino también extensivo. Los elementos contenidos en una libertad fundamental pueden ser identificados o revelados por el juez si constituyen su extensión necesaria. El juez de medidas provisionales extrae de la norma de libertad fundamental todo el potencial que contiene. Parte del núcleo duro que constituye la libertad en cuestión, es decir, lo que forma su esencia. A partir de ahí, respetando su sustancia básica, se permite deducir de esta norma básica todos los elementos que pueda contener y explorar todas las ramificaciones que pueda tener. A veces, este elemento constitutivo estará expresamente unido a una norma que lo consagra. Por ejemplo, la "libre disposición de los bienes necesarios para el ejercicio del culto religioso" se deriva de la Ley de 9 de diciembre de 1905, varias de cuyas disposiciones conceden a las asociaciones religiosas y a los fieles la libre disposición de los bienes destinados al culto religioso⁸⁰⁹. En otras ocasiones, este elemento constitutivo se deduce del texto que proclama la libertad fundamental y se combina con los textos que la desarrollan en un ámbito específico. Por ejemplo, el juez afirma que la libertad de ir y venir "tiene como corolario que toda persona cuya nacionalidad e identidad francesas estén acreditadas pueda, bajo reserva de la protección del orden público y del respeto de las órdenes de prohibición dictadas por la autoridad judicial, obtener un pasaporte a petición suya"⁸¹⁰. En este caso, el componente de la libertad de ir y venir se deduce de las disposiciones combinadas de la Constitución y de los textos relativos a las condiciones de expedición y renovación de los pasaportes. Estas libertades "engendradas" se califican a veces de "corolario" o "accesorio" de la libertad de circulación. Derivadas de ellas, constituyen entonces una faceta o un componente de la misma⁸¹¹.

Para consagrar una libertad corolaria, y siguiendo el ejemplo del criterio de accesoriadad utilizado en materia de dominio público, el juez de medidas cautelares tiene en cuenta la utilidad que presenta para la libertad clave o el vínculo que la une a ésta. Esta técnica de reconocimiento de nuevos derechos y libertades no es exclusiva del juez de medidas cautelares. Se ha aplicado en litigios constitucionales, especialmente en Francia⁸¹² y Portugal⁸¹³, en

⁸⁰⁹ CE, ord. 25 agosto 2005, *Commune de Massat, Lebon* p. 386. El juez indicó que la libertad de culto, regulada por la ley de 9 de diciembre de 1905 sobre la separación de las Iglesias y el Estado, "no se limita al derecho de todo individuo a expresar las convicciones religiosas de su elección respetando el orden público". En el marco de esta ley, "incluye también la libre disposición de los bienes necesarios para el ejercicio de un culto".

⁸¹⁰ CE, ord. 26 abril 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI, Lebon* T. p. 1034; CE, ord. 10 de agosto de 2005, *Diabira*, n° 283444.

⁸¹¹ Por ejemplo, el juez de medidas provisionales describe la libertad de disponer de la propiedad en sentido estricto - es decir, el *abusus* - como un "corolario" del derecho de propiedad (CE, ord. 21 de noviembre de 2002, *Gaz de France, Lebon* p. 408). Es sabido que el *abusus* es un atributo y no un corolario del derecho de propiedad. La libre disposición no se deriva del derecho de propiedad, sino que es uno de sus elementos constitutivos. Forma parte del "contenido del derecho de propiedad" (P. Delvolve, *Droit public de l'économie*, Dalloz, précis, 1998, n° 107). Es el "atributo capital de la propiedad" (J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, 19^{ème} ed., PUF, 2000, n° 25); constituye "un atributo esencial del derecho de propiedad" (CC, n° 96-373 DC, 9 de abril de 1996, cons. 22, *Rec. p.* 43; n° 98-403 DC, 29 de julio de 1988, cons. 40, *Rec. p.* 276). Por consiguiente, el concepto de "corolario", tal como lo utiliza el juez de medidas provisionales, debe entenderse como sinónimo de "componente". Por ejemplo, el derecho a solicitar asilo territorial se describió como corolario del derecho constitucional de asilo cuando en realidad era uno de sus elementos constitutivos.

⁸¹² El Consejo Constitucional ha declarado que el principio de irretroactividad de la legislación penal tiene como corolario la prohibición de que el legislador "reactive una prescripción legalmente adquirida en este ámbito" (CC, n° 88-250 DC, 29 de diciembre de 1988, cons. 6, *Rec. p.* 267). El principio de contradicción se ha descrito explícitamente como un corolario del principio de los derechos de la defensa (CC, n° 89-268 DC, 29 de diciembre de 1989, cons. 58, *Rec. p.* 110). Véase B. MATHIEU, "Pour une reconnaissance de 'principes matriciels' en matière de droits fondamentaux", *D.* 1995, pp. 211-212.

⁸¹³ Para el Tribunal Constitucional portugués, el derecho a la doble instancia en el proceso penal es un corolario del principio de las garantías de defensa del acusado; el derecho a conocer y reconocer la paternidad es un corolario del derecho a

la jurisprudencia del Tribunal Supremo español⁸¹⁴ y en decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸¹⁵. En el marco del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, esta técnica ha dado lugar a aplicaciones notables en relación con el derecho de asilo y, más aún, con el derecho de propiedad.

201. Para el juez de medidas provisionales, el derecho de asilo incluye, en primer lugar, el derecho a solicitar el estatuto de refugiado⁸¹⁶. A continuación, incluye el derecho a permanecer en suelo francés mientras se tramita la solicitud ante la Oficina francesa de protección de refugiados y apátridas y, en su caso, ante la Comisión de recursos de los refugiados⁸¹⁷. El derecho de residencia temporal se ejerce en las condiciones y dentro de los límites fijados por la ley⁸¹⁸. Dado que todas las garantías mencionadas están previstas por la ley, era perfectamente natural que el juez de medidas provisionales las reconociera. Por otra parte, el juez tomó una iniciativa mucho mayor al reconocer que la libertad fundamental de solicitar el estatuto de refugiado incluye el derecho a beneficiarse de un procedimiento de examen de la propia solicitud de asilo que respete las garantías que deben acompañarle⁸¹⁹. El reconocimiento de este derecho es el resultado de una síntesis de varias disposiciones aplicables en este ámbito⁸²⁰.

202. Sin embargo, es en relación con el derecho de propiedad donde la técnica del corolario ha dado lugar a sus aplicaciones más notables. De forma relativamente clásica, el juez de medidas cautelares consideró en primer lugar que este derecho incluye *el abusus, es decir*, el derecho a disponer de la propiedad en sentido estricto⁸²¹, así como el *usus* y el *fructus*, el derecho del propietario a utilizar su propiedad y cosechar los beneficios⁸²². Los tribunales también han reconocido que el corolario del derecho de propiedad es el derecho de los residentes

la "identidad personal" y del derecho a la "integridad moral" de las personas; el derecho de una persona a oponerse, por motivos de conciencia, a la utilización de su propio cadáver es un corolario del derecho a la integridad moral (cf. J.-M. CARDOSO DA COSTA, "Informe portugués", *AJJC* 1990/VI, *VIII^e Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos*, Ankara 7-10 de mayo de 1990, pp. 185-186).

⁸¹⁴ El Tribunal Supremo ha dictaminado que el derecho de los padres a elegir el centro educativo de sus hijos es un corolario del derecho a la gratuidad de la enseñanza (sentencia del Tribunal Supremo español de 21 de julio de 2000, reproducida en *Recueil de décisions des hautes juridictions administratives* 2003, n° 3, La documentation française, 2004, pp. 200-208).

⁸¹⁵ Como señala la Sra. Potvin-Solis, "la interpretación evolutiva del Tribunal ha permitido proteger ciertos derechos que no estaban incluidos inicialmente, mediante la teoría de la 'protección por rebote'" (L. POTVIN-SOLIS, *op. cit.*, p. 245; véanse especialmente los ejemplos citados en las pp. 662 y ss.).

⁸¹⁶ CE, ord. 12 de enero de 2001, *Hyacinthe, Lebon* p. 12; CE, ord. 25 de marzo de 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon* p. 146. Antes de su supresión por la Ley de 10 de diciembre de 2003, el solicitante también tenía derecho a solicitar asilo territorial al Ministro del Interior (CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud, Lebon* T. p. 1126; CE, 15 de febrero de 2002, *Hadda, Lebon* p. 45).

⁸¹⁷ El derecho constitucional de asilo, que tiene como corolario el derecho al estatuto de refugiado, "implica que un extranjero que solicita el reconocimiento del estatuto de refugiado debe, en principio, ser autorizado a permanecer en el país hasta que se haya adoptado una decisión sobre su solicitud" (CE, ord. 25 de marzo de 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon* p. 146; CE, ord. 4 de septiembre de 2003, *Thanattikul, Lebon* T. p. 928). El derecho de residencia temporal también era válido en el contexto del asilo territorial mientras los servicios del Ministerio del Interior examinaban la solicitud (CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud, Lebon* T. p. 1126). Este derecho fue consagrado por el Consejo Constitucional en la citada decisión 93-325 DC. Para el Consejo, "el respeto del derecho de asilo, principio de valor constitucional, implica en general que los extranjeros que invoquen este derecho sean autorizados a permanecer temporalmente en Francia hasta que se adopte una decisión sobre su solicitud" (Cons. 84).

⁸¹⁸ Por consiguiente, los extranjeros no pueden acogerse a este derecho si presentan su solicitud fuera de plazo (véase *el apartado* 196). Este derecho también puede ser denegado por la autoridad administrativa si la solicitud es manifiestamente infundada. Véase CE, ord. 24 de octubre de 2005, *MBIZI MPASSI*, n° 286247; CE, ord. 17 de marzo de 2006, *Saidov*, n° 291214: el derecho a solicitar el estatuto de refugiado "implica que un extranjero que solicita el reconocimiento del estatuto de refugiado está autorizado, en principio, a permanecer en el país hasta que se haya adoptado una decisión sobre su solicitud; (...) sólo en caso de que la solicitud sea 'manifiestamente infundada', el Ministro del Interior podrá, previa consulta a la Oficina Francesa de Protección de los Refugiados y Apátridas (OFPRA), denegarle el acceso al país".

⁸¹⁹ CE, ord. 25 noviembre 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Nikoghosyan, Lebon* T. p. 927.

⁸²⁰ Véase *supra*, §127. En la sentencia *Nikoghosyan*, el juez de medidas provisionales indicó que la libertad fundamental de solicitar el estatuto de refugiado se vería comprometida si el examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros de las Comunidades Europeas por un nacional de un tercer país tuviera lugar sin la presencia del solicitante, que era la única persona capaz de aportar las pruebas requeridas y responder a las preguntas de las autoridades responsables de examinar el caso.

⁸²¹ Véase, por ejemplo: CE, ord. 21 novembre 2002, *Gaz de France, Lebon* p. 408 (réalisation d'un projet de vente); CE, ord. 1^{er} juin 2001, *Ploquin, Lebon* T. p. 1126 (posibilidad de vender un rebaño de vacuno)

⁸²² Véase, por ejemplo, la citada orden de *Gaz de France*, que se refiere a la "libertad de disponer de la propiedad" como la capacidad del propietario de obtener de la propiedad los ingresos que podría esperar de ella. Los bienes en cuestión pueden ser tanto muebles como inmuebles (CE, ord. 8 noviembre 2005, *Moissinac Massenat, Lebon* p. 491). Hay que señalar que el juez de medidas provisionales se refiere aquí a la "libre disposición" de los bienes, pero esta vez en su sentido común, como sinónimo de libre utilización, y no en su sentido estricto o de derecho civil. Se refiere a la posibilidad de utilizar un bien en sentido amplio y no se reduce a la mera posibilidad de enajenarlo.

locales a tener libre acceso a la vía pública⁸²³. También incluye el derecho al aplazamiento del pago en virtud del artículo L. 277 del Libro de Procedimientos Tributarios⁸²⁴. Más audazmente, el juez de medidas provisionales ha declarado que el derecho de propiedad incluye el derecho del arrendatario a "disponer" del bien arrendado⁸²⁵. Así pues, el libre uso de un inmueble está protegido esté en las manos que esté, ya sean las del propietario o las del inquilino (cuando el propietario cede contractualmente el disfrute del inmueble a un tercero por un periodo limitado). En este caso, el arrendatario se beneficia *del usus* y puede invocarlo ante el juez de medidas provisionales⁸²⁶. También en este caso, el término "disponer" debe entenderse como sinónimo de "utilizar", ya que en cualquier caso el arrendatario sólo se beneficia del *usus* y del *fructus*, pero no *del abusus*. En sus resoluciones, el juez de medidas provisionales presenta el derecho del arrendatario a la propiedad como un "corolario" del derecho de propiedad. Algunos autores han criticado esta correlación alegando que el derecho del arrendatario no puede derivar del derecho de propiedad⁸²⁷. Su crítica se basa en la idea de que el derecho del arrendador, un derecho real, no puede ser la base del derecho del arrendatario, un derecho personal⁸²⁸. Sin embargo, este planteamiento es demasiado simplista. Es necesario razonar en términos de normas y obligaciones jurídicas y no sobre la base de una "distinción falaz"⁸²⁹ entre derechos reales y derechos personales. A través de este vínculo deductivo, el juez administrativo simplemente deriva una norma de otra norma en la medida en que ambas se refieren a un objeto idéntico: el bien arrendado. La Administración tiene la obligación legal de respetar las prerrogativas conferidas al arrendatario por convenio. Aunque el derecho primario del arrendatario es obtener del arrendador el disfrute del bien arrendado, tal derecho es, no obstante, oponible a todas las personas, incluidos los terceros en el acuerdo, entre los que se encuentran las personas jurídicas de derecho público⁸³⁰.

203. Por último, existen ciertas libertades fundamentales cuyo contenido es tan indeterminado que el juez que conoce de la demanda de medidas cautelares dispone de un margen de apreciación casi ilimitado para decidir a qué se refiere. El concepto de "libertad personal", que apareció en la jurisprudencia constitucional en la Decisión 244 DC831, es sin duda un modelo en su género. De hecho, este concepto se ve afectado por una gran incertidumbre en cuanto a su contenido. En cuanto a los escasos elementos jurisprudenciales en los que es posible basarse en la jurisprudencia constitucional, M. Renoux ha afirmado que "el respeto de los derechos de la persona es un principio fundamental del derecho constitucional". Renoux afirmó que "el respeto de la libertad personal se opone a que cualquier persona física, y desde luego cualquier persona jurídica, sea objeto de medidas coercitivas, quisquillosas o vejatorias que, sin afectar a su libertad individual y en particular a su libertad de ir y venir, definen sin embargo innecesariamente una técnica de disminución progresiva de su

823 CE, ord. 31 de mayo de 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, *Lebon* p. 253.

824 CE, ord. 13 de junio de 2007, *Soppelsa*, n° 306252, publicado en el Recueil *Lebon*.

825 CE, 29 de marzo de 2002, *SCI Stéphaneur et autres*, *Lebon* p. 117: "el derecho de propiedad tiene, al igual que su corolario que es el derecho del arrendatario a disponer libremente del bien arrendado, el carácter de una libertad fundamental en el sentido del citado artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa".

826 Por otra parte, el juez que conoce de la agresión con lesiones siempre se ha negado a extender el beneficio del derecho de propiedad al arrendatario. La interferencia en el uso de la propiedad debe afectar al propietario y sólo puede ser invocada por él. En consecuencia, el arrendatario de un inmueble no puede invocar la existencia de una agresión contra él (Civ. 1^{ère}, 18 de junio de 1974, *Bull. civ.* I, n° 197).

827 Algunos han sostenido que el razonamiento del juez de medidas cautelares se asemeja a "un juego de manos" (Y. Lequette, nota bajo CE, 29 de marzo de 2002, *SCI Stéphaneur* y CE, ord. 27 de noviembre de 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *RFD* 2003, p. 386) o que la deducción se basa "en una conexión un tanto artificial" (E. Sales, "Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales?", *RDP* 2004, p. 239).

828 El Sr. Pez afirma que "el objeto del derecho de propiedad es una cosa, un bien (el edificio), mientras que el objeto del derecho de arrendamiento es una obligación, una prestación (el libre disfrute del edificio). El derecho de propiedad es una relación entre una persona y una cosa (*jus in re*: derecho sobre una cosa), el derecho de arrendamiento una relación entre dos personas (*jus ad personam*: derecho contra una persona)" (T. PEZ, "Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté", *RFD* 2003, p. 376). El corolario de un derecho real puede ser otro derecho real, no un derecho personal. (...). El derecho del arrendatario contra el arrendador no deriva del derecho del arrendador sino del arrendamiento, no de la propiedad sino de la obligación" (*op. cit.*, p. 377). "El arrendatario tiene ciertamente derechos, pero no directamente sobre la propiedad que ocupa: sus derechos se ejercen sobre el arrendador, de quien tiene derecho a obtener el disfrute de su propiedad" (*ibid.*).

829 H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, *op. cit.* p. 136. Véase *supra*, § 151.

830 Cabe señalar que, en una decisión de 26 de mayo de 1993, el Tribunal Constitucional Federal alemán llegó a un resultado idéntico al poner en juego una dimensión objetiva del derecho de propiedad. El profesor Fromont señala que en esta decisión el Tribunal Constitucional amplió la garantía constitucional de la propiedad al derecho del inquilino a su vivienda y "más concretamente a su derecho de posesión, ya que en el Derecho civil alemán la protección objetiva de la posesión conduce a considerar al inquilino como poseedor" (M. Fromont, "République fédérale d'Allemagne: la jurisprudence constitutionnelle en 1992 et 1993", *RDP* 1995, p. 340). Sobre esta decisión, véase también T. MEINDL, *op. cit.* MEINDL, *op. cit.* p. 145.

831 CC, n° 88-244 DC, 20 de julio de 1988, *Rec.* p. 119.

libertad de acción y, en particular, de su autonomía de la voluntad"⁸³². Como señala el Sr. Lichère, la consagración de la libertad personal en el artículo L. 521-2 "es interesante desde el punto de vista de la potencialidad de la libertad en cuestión, a pesar de la vaguedad que la rodea y quizás precisamente a causa de esa vaguedad". Afirma que el concepto pretoriano de libertad personal "podría convertirse (...) para el juez administrativo en un concepto funcional, permitiéndole incluir libertades no consagradas explícitamente en un texto"⁸³³.

El velo que rodea este concepto se ha levantado en parte gracias a una serie de decisiones dictadas por el juez de référé-liberté. En primer lugar, esta libertad se consideró vulnerada en un asunto relativo a la retirada de documentos de identidad a los miembros de una familia de nacionalidad francesa⁸³⁴ y en una denegación injustificada de expedición de pasaporte a los hijos de la demandante⁸³⁵. Del mismo modo, se ha dictaminado que la libertad personal "implica, en el caso de las personas de nacionalidad francesa, que puedan, después de que la administración haya podido cerciorarse de que los documentos presentados por el solicitante son de tal naturaleza que permiten establecer su identidad y nacionalidad, recibir un documento nacional de identidad"⁸³⁶. El juez también pudo precisar "que esta libertad implica, en particular, que un extranjero objeto de una medida de expulsión no puede ser devuelto a un Estado en el que existan motivos serios y probados para creer que estaría expuesto a un riesgo real para su persona como consecuencia de las autoridades de dicho Estado, o por personas o grupos de personas que no estén bajo el control de las autoridades públicas, cuando, en este último caso, las autoridades del Estado de destino no estén en condiciones de prevenir tal riesgo proporcionando una protección adecuada"⁸³⁷. Sin embargo, fue la sentencia *Bunel* la que proporcionó la orientación más valiosa sobre esta libertad, al referirse al "derecho de toda persona al respeto de su libertad personal, lo que implica, en particular, que no podrá ser sometida a limitaciones que excedan de las impuestas para la protección del orden público o el respeto de los derechos de los demás"⁸³⁸. El objetivo de la libertad personal es, por tanto, limitar el grado de restricciones que pesan sobre el individuo. Tiende a liberar al individuo de obligaciones, sujeciones y sacrificios que van más allá de lo que normalmente implica la situación en la que se encuentra.

Por último, cabe señalar que el contenido de la libertad personal puede solaparse, en determinados puntos, con el de la libertad individual. En asuntos relativos a la expulsión de extranjeros condenados a deportación, se ha sostenido que la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes es un elemento constitutivo de la libertad individual y de la libertad personal⁸³⁹. Al vincular el derecho a no ser sometido a tortura ni a tratos inhumanos o degradantes a la libertad personal y a la libertad, el juez de medidas cautelares pretendía incluir el derecho a la integridad física en estas libertades.

204. Al determinar el contenido de estas libertades, el juez de medidas provisionales también debe fijar sus límites. Por ejemplo, afirma que, para su beneficiario, la libertad de emprender "significa la libertad de ejercer una

⁸³² T. S. RENOUX y M. DE VILLIERS, *Code constitutionnel*, 3^{ème} ed, Litec, 2005, n° 1245.

⁸³³ F. LICHERE, Note sous CE, ord. 27 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, JCP G 2002, II, 10003, p. 40. Sobre este concepto, véase A. PARIENTE, "La liberté personnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", *La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, pp. 267-282; P. PEREON, *La protection constitutionnelle de la liberté personnelle*, tesis Toulon, 2001, 529 p.; *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté?* (H. ROUSSILON y X. BIOY dir.), Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2006, 156 p.

⁸³⁴ CE, ord. 2 avril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel*, *Lebon* p. 167.

⁸³⁵ CE, ord. 4 de diciembre de 2002, *Du Couëdic de Kéranant*, *Lebon* T. p. 875.

⁸³⁶ CE, ord. 26 avril 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI*, *Lebon* T. p. 1034.

⁸³⁷ CE, ord. 14 de enero de 2005, *Bondo*, *Lebon* T. p. 915.

⁸³⁸ CE, ord. 8 septembre 2005, *Ministre de la Justice c/ Bunel*, *Lebon* p. 388.

⁸³⁹ La redacción de la orden *Hamani* es especialmente significativa a este respecto, ya que utiliza ambas expresiones. Para impugnar la orden prefectoral que fijaba Argelia como país de destino de la expulsión, el demandante invocó las disposiciones del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El juez de medidas provisionales declaró que "se refería así a la *libertad individual*, que es una de las libertades fundamentales a las que se aplica el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa". Tras examinar los argumentos del demandante destinados a establecer la realidad de las amenazas que alegaba, el juez dictaminó que la decisión de fijar Argelia como país de destino no podía considerarse una "injerencia manifiestamente ilícita en la *libertad personal*" (CE, ord. 15 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Hamani*, *Lebon* p. 466). Anteriormente, y sin reconocer explícitamente la libertad personal como libertad fundamental, el juez de medidas provisionales había afirmado en el auto *Djalout* que "la determinación del país de retorno puede afectar gravemente a la *libertad personal* de un extranjero en caso de que se vea expuesto a riesgos del tipo de los contemplados en el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales" (CE, ord. 27 de marzo de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, *Lebon* p. 158). En la decisión *Chikb*, posterior al auto *Hamani*, sólo mencionó la libertad personal. Los hechos de este caso son estrictamente idénticos a los de *Hamani*. El demandante, que había sido deportado a Argelia, invocó el artículo 3 del Convenio Europeo para impugnar la orden por la que se fijaba Argelia como país de destino. El juez declaró que "se refería así a su *libertad personal*, que es una de las libertades fundamentales a las que se aplica el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa" (CE, auto de 20 de diciembre de 2001, *Chikb*, n° 241154).

actividad económica respetando las leyes y reglamentos vigentes y de conformidad con los requisitos impuestos por la ley"⁸⁴⁰. En realidad, este límite parece ser común a todas las libertades de acción, cuyo ejercicio está estrictamente regulado. Por ejemplo, el juez de medidas cautelares ha transpuesto su aplicación al derecho de propiedad, libertad fundamental que "tiene como corolario la libertad del propietario de disponer de sus bienes de conformidad con las *leyes y reglamentos*"⁸⁴¹. Del mismo modo, el libre ejercicio de sus mandatos por parte de los representantes electos locales no es absoluto; puede limitarse, pero "sólo puede limitarse o restringirse por razones fundadas en disposiciones o principios generales del derecho destinados a garantizar el buen funcionamiento de los órganos deliberativos de las entidades territoriales de la República o de sus órganos ejecutivos"⁸⁴². El tribunal también dictaminó que el derecho a consentir un tratamiento médico podía limitarse cuando existiera riesgo de que el paciente muriera. Dado que esta limitación no aparece en ninguna disposición, la libertad de consentir un tratamiento se ha definido de tal forma que disminuye su contenido en relación con la norma fuente. Se trata de la única libertad fundamental cuyo contenido se ha interpretado de forma inferior al enunciado textual que la consagra en el Derecho positivo.

Sección 3. El contraejemplo del consentimiento a la asistencia médica

205. El principio del consentimiento médico implica que los pacientes son libres de elegir los cuidados que reciben⁸⁴³. En concreto, permite a los pacientes oponerse a cuidados no deseados. La cuestión es hasta qué punto la profesión médica debe acatar los deseos del paciente, sobre todo cuando éste rechaza un tratamiento médico esencial para su supervivencia. "La cuestión esencial es si debe respetarse la decisión eminentemente personal de un paciente, a la que está tan apegado que la mantiene a riesgo de su vida"⁸⁴⁴. ¿Puede la profesión médica violar los deseos del paciente para salvarlo? Cuando el paciente, sin buscar la muerte, la ve sin embargo como una posible consecuencia de su elección, cuando someterse a un tratamiento le parece tan insoportable que prefiere renunciar a su vida, ¿puede imponérsele por la fuerza, contra su voluntad, un tratamiento al que se niega categóricamente? A la pregunta de si debe respetarse sistemáticamente la voluntad del paciente, el legislador ha dado una respuesta positiva: la ley ha establecido el respeto de la voluntad del paciente como principio absoluto. *Contra legem*, el juez administrativo ha dado una respuesta negativa, al considerar que la voluntad del paciente ya no se tiene en cuenta cuando su vida está amenazada. El juez de medidas provisionales atenuó el principio proclamado por la ley convirtiéndolo en un principio meramente relativo.

I. Un principio absoluto para los legisladores

206. La normativa tradicional no establecía una jerarquía entre la obligación del médico de prestar asistencia y el respeto del consentimiento del paciente. En respuesta a una petición implícita de aclaración por parte del Conseil d'Etat, el legislador estableció el derecho al consentimiento médico como principio absoluto.

A. Las incertidumbres de la regulación tradicional

207. La normativa tradicional no definía claramente los límites del derecho al consentimiento. El artículo 36 del Código de Deontología Médica, emanado del Decreto de 6 de septiembre de 1995, no reservaba el caso específico de la urgencia vital, pero tampoco se refería a ella. Las disposiciones legislativas tampoco establecían

840 CE, ord. 25 abril 2002, *Société Saria Industries, Lebon* p. 155.

841 CE, ord. 13 de julio de 2005, *Société Combé Chavat 2*, n° 282220.

842 CE, ord. 11 de abril de 2006, *Tefaarere, Lebon* p. 197. De esta misma decisión se desprende que el libre ejercicio de su mandato por los representantes electos locales incluye el derecho de un representante electo a dimitir.

843 Para una visión general de la jurisprudencia administrativa, judicial y europea, véase GP 5 de enero de 1999, número especial *Le consentement aux actes médicaux*, pp. 1-50; J.-P. GRIDEL, "Le refus de soins au risque de la mort", GP 19-20 de junio de 2002 número especial Droit de la santé, pp. 997-1003; A. GARAY, "Le consentement à l'acte médical au regard de la Convention européenne des droits de l'homme", LPA 18 de junio de 1997, n° 73, pp. 9-12.

844 A. DORSNER-DOLIVET, "Le consentement au traitement médical : une liberté fondamentale en demi-teinte", RFD 2003, p. 529.

una jerarquía entre la obligación de asistencia del médico y el consentimiento del paciente. El artículo 16-3 del Código Civil, resultante de la Ley de 29 de abril de 1994, conocida como Ley de *Bioética*, establece la exigencia del consentimiento previo a cualquier acto médico al disponer: "La integridad del cuerpo humano sólo podrá ser violada en caso de necesidad terapéutica para la persona. Deberá obtenerse previamente el consentimiento de la persona interesada, salvo cuando su estado haga necesaria una intervención terapéutica a la que no esté en condiciones de prestar su consentimiento". Esta disposición, que excluye el caso de urgencia, tiene un ámbito de aplicación limitado: corresponde a la situación de un paciente incapaz de expresar su voluntad y no a la de un paciente mayor de edad capaz de expresar su voluntad. Además, el artículo L. 1111-2 del Código de Salud Pública autorizaba "al paciente (...) a oponerse a cualquier investigación o tratamiento", pero existía una gran incertidumbre en cuanto al alcance de este artículo. El texto procedía originalmente de la Ley de 9 de junio de 1999, cuyo Título 1^{er} estaba dedicado a "los derechos de los pacientes", pero el propio título de la ley pretendía "garantizar el derecho de acceso a los cuidados paliativos". En consecuencia, el texto "sugería que el derecho a oponerse a los cuidados debía considerarse como un derecho a oponerse a la terapia prolongada y a elegir un enfoque paliativo"⁸⁴⁵.

208. Es en este contexto jurídico incierto en el que se planteó el caso *Senanayake*. Un hospital había realizado una transfusión de sangre a pesar de la oposición del paciente, y el juez tuvo que determinar si la realización de un acto médico contra la voluntad del paciente constituía una falta susceptible de generar la responsabilidad de la administración⁸⁴⁶.

El Tribunal Administrativo de Apelación de París considera que la obligación de asistencia del médico debe prevalecer absolutamente sobre el consentimiento del paciente cuando está en juego su supervivencia. La decisión establece una regla general: "la obligación del médico de respetar siempre la voluntad de un paciente capaz de expresarla (...) está limitada (...) por la obligación del médico, de acuerdo con la finalidad misma de su actividad, de proteger la salud, es decir, en última instancia la vida, del individuo". En estas circunstancias, la conducta del médico al realizar actos esenciales para la supervivencia del paciente "no puede" calificarse de ilícita, aunque viole la obligación de respetar los deseos del paciente⁸⁴⁷. Implícitamente, este razonamiento significa que la obligación de salvar la vida prevalece sobre la obligación de respetar la voluntad de la persona en todos los casos, pero también excluye sistemáticamente la comisión de una falta. Se interpuso un recurso de casación ante el Conseil d'Etat. El comisario del Gobierno, Didier Chauvaux, propuso una solución diametralmente opuesta a la adoptada por el tribunal de apelación. Abogó por someterse sin reservas a los deseos del paciente, incluso cuando la vida de éste se viera inmediatamente amenazada por su oposición a un procedimiento médico: "Creemos (...) que en los casos en que el paciente está consciente y en plena posesión de sus facultades mentales en el momento en que su vida se ve amenazada, y en que mantiene clara y firmemente su negativa a someterse a un determinado procedimiento, el deber de los médicos es abstenerse"⁸⁴⁸.

La discrepancia entre la solución adoptada por el tribunal administrativo de apelación y la propuesta por el comisario del Gobierno se explica por las incertidumbres de la normativa aplicable. Para el Conseil d'Etat, esta ambigüedad sobre el estado de la ley era precisamente la razón para negarse a establecer jerarquía alguna entre la obligación del médico de prestar asistencia y el respeto del consentimiento del paciente⁸⁴⁹. El Conseil descartó la primacía general de la obligación de asistencia, como había hecho el Tribunal de Apelación, o el principio del consentimiento, como proponía el Comisario del Gobierno. No apoya ninguna de estas soluciones. El juez de cassation criticó al tribunal por haber "pretendido dar primacía general a la obligación del médico de salvar la vida sobre la de respetar la voluntad del paciente". Sin embargo, refiriéndose al caso, admitió que la elección del médico de realizar un acto esencial para la supervivencia del paciente y proporcionado a su estado, dada la situación extrema

⁸⁴⁵ A. DORSNER-DOLIVET, *op. cit.* p. 532.

⁸⁴⁶ El paciente había rechazado una transfusión por ser testigo de Jehová. Sobre la cuestión del rechazo de la transfusión *sanguínea*, véase *Consentement éclairé et transfusion sanguine. Aspects juridiques et éthiques* (A. GARAY y S. GROMB eds.), ENSP, 1996, 254 p.

⁸⁴⁷ CAA París, 9 de junio de 1998, *Donyob et Senanayake* (2 espèces), RFDA 1998, pp. 1231-1242, concl. Mme HEERS. Esta solución fue el resultado de un debate del Comisario Heers, vinculado a las incertidumbres legislativas.

⁸⁴⁸ Conclusión de D. CHAUVAUX sobre CE, Ass. 26 de octubre de 2001, *Senanayake*, RFDA 2002, p. 151. El Comisario del Gobierno declaró: "Nos parece radicalmente imposible considerar que el derecho de una persona a recibir asistencia pueda transformarse en una obligación de someterse a ella" (*op. cit.*, p. 150): "Un paciente que rechaza un procedimiento médico simplemente elige, como es libre de hacer, no ejercer su derecho a la asistencia, y sus deseos deben respetarse" (*op. cit.*, p. 151).

⁸⁴⁹ CE, Ass. 26 de octubre de 2001, *Senanayake*, *Lebon* p. 514; RFDA 2002, pp. 156-162, nota D. DE BECHILLON; Dr. adm. com. n° 40, nota E. AUBIN; D. 2001, IR, p. 3253, obs. X.; AJDA 2002, pp. 259-263, nota M. DEGUERGUE; LPA 15 de enero de 2002, n° 11, pp. 18-21, nota C. CLEMENT; RDSS 2002, n° 38(1), pp. 41-51, nota de L. DUBOUIS; C. GUE'TTIER, *chron.* LPA 19 de agosto de 2002, n° 165, pp. 8-13; GP 16-17 de octubre de 2002, p. 27 y ss., nota de J.-J. FRION. Véase también el estudio de A. MEERSCH, "Le refus de soins devant le Conseil d'Etat", Dr. adm. 2002, *chron.* n° 13; J. MOREAU, JCP G 2002, II, 10025.

en la que se encontraba, no constituía una falta a pesar de la obligación de respetar sus deseos⁸⁵⁰. La decisión de administrar un tratamiento de soporte vital corresponde en última instancia al equipo médico, aunque el paciente se niegue a recibirlo. En este caso, aunque el paciente había expresado claramente su oposición al tratamiento, el médico no hizo responsable al hospital si hizo caso omiso de esta negativa.

209. De este modo, el Conseil d'Etat llegó a la misma solución que la Cour administrative d'appel, utilizando medios jurídicos que no son fundamentalmente diferentes, pero a través de un enfoque que evita cuidadosamente pronunciarse sobre la cuestión de la jerarquía entre la obligación del médico y el consentimiento del paciente. "Evidentemente", afirma M. de Béchillon, "el objetivo de esta sentencia era devolver al legislador una pelota con la que el Conseil d'Etat no quería jugar en absoluto"⁸⁵¹. En efecto, como afirma el autor, "si el Conseil d'Etat anuló la decisión del tribunal administrativo de apelación, no fue en absoluto porque desaprobaba el resultado, ni siquiera, fundamentalmente, el razonamiento, sino porque pretendía perseguir otro objetivo, que puede calificarse de político: emplazar al legislador a asumir sus responsabilidades tomando la iniciativa de declarar *con carácter general* si, en Francia, se ha decidido o no permitir que un paciente exija que se le deje morir"⁸⁵². Para decirlo claramente, "el juez confronta al legislador con sus responsabilidades instándole a consagrar una nueva norma mediante una simple alternativa: permitir que el paciente decida su destino, o incluso su muerte, u obligar al médico a salvarle a pesar suyo"⁸⁵³.

B. Establecimiento de un principio absoluto en 2002

210. Requerido para asumir sus responsabilidades, el legislador aclaró el estado de la ley con la Ley de 4 de marzo de 2002. Consagra explícitamente el derecho al consentimiento como principio absoluto. En línea con las soluciones que prevalecen en el derecho europeo y en muchos otros países, afirma la primacía del consentimiento sobre la obligación de prestar asistencia.

211. Dos textos sirven de referencia a escala europea. La *Declaración sobre la promoción de los derechos de los pacientes en Europa*, firmada en Amsterdam del 28 al 30 de marzo de 1994, contiene un apartado 3 dedicado al consentimiento. Tras recordar que no puede realizarse ningún acto médico sin el consentimiento previo e informado del paciente, este apartado reconoce el derecho del paciente a rechazar un acto médico o a interrumpirlo, exigiendo al médico que explique claramente las implicaciones de dicho rechazo o interpretación. En ningún caso, sin embargo, esta declaración permite al médico anular la negativa del paciente por motivos de necesidad vital. Asimismo, el 4 de abril de 1997 se firmó bajo los auspicios del Consejo de Europa un *Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina*⁸⁵⁴. Este texto constituye un convenio marco: constituye un mínimo y reserva a cada Estado signatario la posibilidad de tratar más adelante cuestiones específicas con mayor detalle (artículo 27). El artículo 5 establece que una intervención en el ámbito de la salud sólo puede llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona; reconoce que la persona puede retirar libremente su consentimiento en cualquier momento. Este mínimo no excluye el caso de necesidad vital. Cualquier adición que se le pueda hacer en el derecho interno sólo puede ir en la dirección de una mayor protección, y no tendrá la posibilidad de introducir tal restricción. En ambos instrumentos, el derecho al consentimiento se presenta como un principio absoluto. De la lectura de estos textos "se desprende que la necesidad vital no permite al médico anular la oposición del paciente al tratamiento"⁸⁵⁵.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictaminado que "la imposición de un tratamiento médico sin el consentimiento del paciente si éste es mayor de edad y está en su sano juicio equivaldría a una violación de la integridad física de la persona afectada que podría poner en tela de juicio los derechos protegidos por el artículo

850 El razonamiento se expresa en un considerando muy preciso: "Considerando que, dada la situación extrema en la que se encontraba el Sr. Senanayake, los médicos que lo atendieron optaron, con el único fin de salvarlo, por realizar un acto *indispensable para su supervivencia y proporcionado a su estado*; que, en estas condiciones, y cualquiera que fuera su obligación de respetar sus deseos basados en sus convicciones religiosas, no cometieron una falta que pudiera generar la responsabilidad de la Assistance publique-Hôpitaux de Paris".

851 D. DE BECHILLON, *op. cit.* p. 161.

852 D. DE BECHILLON, *op. cit.* p. 162.

853 A. PARIENTE, "Le refus de soins : réflexions sur un droit en construction", *RDP* 2003, p. 1432.

854 Consejo de Europa, ETS n° 164.

855 A. DORSNER-DOLIVET, *op. cit.* p. 531. Sobre estos textos, véase Dorsner-Dolivet, pp. 530-531.

8§1 del Convenio (intimidad)"856 . En una sentencia anterior, el Tribunal de Estrasburgo ya había declarado que "una intervención médica bajo coacción, aunque sea de importancia mínima, debe considerarse una vulneración de ese derecho"857 .

Un enfoque similar puede observarse en el derecho comparado. En Estados Unidos, los tribunales dan preferencia incondicional a los deseos del paciente. Así, para el Tribunal Superior de Nueva Jersey, "un Testigo de Jehová en plena posesión de sus facultades o una persona de opinión similar tiene plena latitud para rechazar la totalidad o parte de un tratamiento médico, incluso si su decisión conduce al sacrificio de su vida"858 . El Tribunal de Apelación de Inglaterra ha establecido el principio de que todo adulto tiene normalmente derecho a decidir si acepta o no un tratamiento médico, incluso si la negativa puede provocar un daño permanente a su salud o la muerte, e incluso si las razones de la negativa son irracionales859 . Del mismo modo, en Canadá, en 1990, el Tribunal de Apelación de Ontario condenó al pago de una indemnización de 20.000 dólares por daños y perjuicios a un médico que había realizado una transfusión de sangre a una persona inconsciente que llevaba una tarjeta en la que se indicaba que se negaba a recibir transfusiones860 . En Japón, el Tribunal Supremo concedió 5.000 dólares a los herederos de un testigo de Jehová que fue transfundido contra su voluntad861 .

212. La ley de 4 de marzo de 2002862 se inscribe en este enfoque dirigido a promover la autonomía y los deseos del paciente. Otorga a los pacientes el derecho a rechazar cualquier acto médico en el sentido de la lógica norteamericana"863 . La redacción de este texto es innovadora: reconoce un derecho a rechazar la asistencia introduciendo en el Código de Salud Pública el artículo L. 1111-4, que trata la cuestión del consentimiento. El legislador ha optado por hacer del consentimiento un derecho absoluto, cuyo reconocimiento y ejercicio no están sujetos a ninguna reserva o límite.

El primer apartado reafirma el principio del consentimiento. A diferencia de los textos anteriores, que establecían que era el paciente quien aceptaba los cuidados propuestos por el médico, esta disposición prevé una verdadera concertación entre los dos protagonistas, con el paciente realmente implicado en la decisión médica. "Más que el consentimiento, reconoce al paciente el poder de decidir sobre su propia salud"864 .

Los apartados 2 y 3 tratan de la denegación de asistencia. El apartado 2^{ème} reitera la necesidad de que "el médico [respete] la voluntad de la persona tras informarle de las consecuencias de su elección". A continuación, contempla la situación en la que "la voluntad de la persona de rechazar o interrumpir un tratamiento pone en peligro su vida" para obligar "al médico [a] hacer todo lo posible para convencer a la persona de que acepte los cuidados esenciales". Así pues, esta disposición "confiere al paciente, capaz de expresarse y debidamente informado, un derecho a oponerse a un tratamiento con riesgo para su vida"865 . El respeto de "la autonomía de la voluntad del paciente es tal que si éste rechaza un tratamiento médico, el médico está obligado a respetar esta elección"866 . El apartado 3^{ème} afirma la prevalencia del consentimiento de un paciente mayor de edad y capaz de expresar su voluntad libre e informada, incluso en caso de urgencia vital: "No podrá realizarse ningún acto o tratamiento médico sin el consentimiento libre e informado de la persona interesada, y dicho consentimiento podrá ser retirado en cualquier momento". Como afirma el Sr. Mathieu, "el médico ya no tiene poder para anular los deseos del paciente, ni siquiera

856 TEDH, 29 de abril de 2002, *Pretty c/ Reino Unido*, § 63, *AJDA* 2003, pp. 1383-1338, nota B. LE BAUT-FERRARESE, "La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade: la consécration par l'arrêt *Pretty* du droit du refus de soins". El problema del consentimiento al tratamiento es abordado por el Tribunal de Estrasburgo incidentalmente en esta sentencia. La cuestión central no era el rechazo de la asistencia, sino la existencia de un posible "derecho" a morir. El Tribunal dictaminó que el Convenio no concede a las personas un derecho al suicidio asistido. El derecho a la vida proclamado por el Convenio no podía constituir la base de un derecho simétrico a morir.

857 *Asuntos X. c. Países Bajos*, 4 de diciembre de 1978, y *X. c. Austria*, 13 de diciembre de 1979, citados por B. LE BAUT-FERRARESE, *op. cit.* p. 1385.

858 Decisión de la División de Apelación del Tribunal Superior de Nueva Jersey, *In re Hughes*, 611 A.2d, 1148 (N.J. 1992), citada por A. PARIENTE, *op. cit.* en p. 1425.

859 Tribunal de Apelación inglés, *Re T* [1992] 4 All ER 649, citado por D. CHAUVAUX, *op. cit.* pp. 154-155.

860 Tribunal de Apelación de Ontario, 3 de marzo de 1990, *Malette v. Shulman*, 72 O.R. (2d) 417, citado por D. CHAUVAUX, *op. cit.* en p. 154.

861 Tribunal Supremo de Japón, 29 de febrero de 2000, *Takeda c/ Etat*, citado por D. CHAUVAUX, *op. cit.* p. 154.

862 Ley de 4 de marzo de 2002 sobre los derechos de los pacientes y la calidad del sistema sanitario, DO 5 de marzo de 2002, p. 4118.

863 A. PARIENTE, *op. cit.* p. 1423.

864 B. MATHIEU, "Les droits des personnes malades", *LP A* 19 de junio de 2002, n° 122, número especial "La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système français" (A. LAUDE ed.), p. 16.

865 A. DORSNER-DOLIVET, *op. cit.* p. 531.

866 P. MISTRETTA, "La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Réflexions critiques sur un Droit en pleine mutation", *JCP G* 2002, I, 141, p. 1079.

en caso de urgencia vital"⁸⁶⁷. La Ley de 4 de marzo de 2002 "reconoce expresamente el derecho del paciente a oponerse a una intervención, incluso en caso de riesgo vital"⁸⁶⁸. El texto no limita la preeminencia del consentimiento a los casos en que la vida del paciente no corre peligro. No contempla ninguna circunstancia en la que pueda anularse el consentimiento. Como señala M. Pariente, "en cualquier caso, la posibilidad de que un paciente consciente rechace los cuidados hasta el punto de morir es teóricamente posible y está legalmente prevista y autorizada por la ley"⁸⁶⁹. La ley pone fin al límite que aparecía en la jurisprudencia *Senanayake* en caso de riesgo vital. La elección del paciente es soberana y debe respetarse.

Los dos últimos párrafos del artículo L. 1111-4 del Código de Salud Pública tratan de las particularidades del consentimiento de las personas incapaces de expresar su voluntad (4^{ème} párrafo) o incapaces (5^{ème} párrafo)⁸⁷⁰.

213. En su comentario a la sentencia *Senanayake*, el Sr. de Béchillon afirmó que si una disposición legislativa impusiera al facultativo la obligación de abstenerse de tratamiento ante el rechazo claramente expresado del paciente a recibir asistencia, el médico tendría "no sólo el derecho sino también el deber de no transfundir a su paciente"⁸⁷¹. Al haber sido anulada por el legislador la reserva formulada por el Conseil d'Etat, el conjunto de la doctrina concluyó que la jurisprudencia *Senanayake* había caducado tras la adopción de la ley de 4 de marzo de 2002⁸⁷². Los trabajos preparatorios también confirman esta interpretación. El ponente del proyecto de ley en la Asamblea Nacional declaró que "el principio del consentimiento del paciente otorga a éste el derecho a rechazar el tratamiento propuesto" y que, en consecuencia, "no puede haber tratamiento o examen diagnóstico impuestos"⁸⁷³. A la pregunta de un diputado sobre si los médicos deberían "dejar morir a un Testigo de Jehová que rechaza una transfusión de sangre", el Ministro de Sanidad declaró que "no se trata de transfundir a alguien que se niega por cualquier razón". Sólo se puede transfundir a una persona que no se haya opuesto al procedimiento. La transfusión "sólo es posible cuando la vida de la persona está en peligro y no puede negarse ni dar su consentimiento, como es el caso del coma"⁸⁷⁴. Si, por el contrario, la persona ha rechazado explícitamente la transfusión antes de perder el conocimiento, debe respetarse su voluntad.

El texto era preciso y la intención del legislador inequívoca. No obstante, el requisito legislativo de la primacía absoluta del consentimiento ha sido "rechazado por la jurisprudencia"⁸⁷⁵.

II. Un principio relativo para el juez

214. Para el juez de medidas provisionales, el derecho a elegir un tratamiento médico y, en particular, a oponerse a un tratamiento no deseado, es un derecho relativo. El alcance de esta libertad fundamental no se extiende a

⁸⁶⁷ B. MATHIEU, *op. cit.* p. 16.

⁸⁶⁸ A. DORSNER-DOLIVET, *op. cit.* p. 532.

⁸⁶⁹ A. PARIENTE, *op. cit.* p. 1433.

⁸⁷⁰ El apartado 4^{ème} estipula que no podrá realizarse ninguna intervención o investigación, salvo en caso de urgencia o de imposibilidad, sin que se haya consultado a la persona de apoyo de confianza o a la familia o, en su defecto, a un allegado. Dado que este texto reserva expresamente el derecho a actuar en caso de urgencia, es razonable pensar que el legislador habría excluido también esta circunstancia en el caso de un adulto capaz de expresar su voluntad, si realmente hubiera querido hacerlo. Pero no lo hizo. La misma observación puede hacerse en el caso de un menor o de un adulto bajo tutela.

⁸⁷¹ D. DE BECHILLON, *op. cit.* p. 159.

⁸⁷² M. Mathieu afirma que podemos "considerar que la ley ha privado al médico de la elección que implícitamente le dejaba el Conseil d'Etat y le exige que dé prioridad a su obligación de respetar los deseos del paciente sobre su deber de salvarle la vida" (B. MATHIEU, *op. cit.*, p. 16). Tras la adopción de este texto, "la jurisprudencia que legitima una transfusión de sangre realizada contra la voluntad expresa de un testigo de Jehová (C.E., 26 de octubre de 2001) ya no debería aplicarse" (Y. LAMBERT-FAIVRE, "Les droits des malades, usagers du système de santé", *D.* 2002, p. 1296). Véase en el mismo sentido P. MISTRETTA, *op. cit.*; F. BELLIVER y J. ROCHFELD, *RTD civ* 2002, p. 574; J.-P. GRIDDEL, *op. cit.* Los autores reafirmaron esta postura cuando, unos meses más tarde, surgieron casos que ponían a prueba los límites de esta libertad fundamental. Para la Sra. Mersch, "la prevalencia del consentimiento es un obstáculo al derecho del facultativo a anular la aceptación por el paciente de un acto médico, aunque esta decisión sea perjudicial para su supervivencia" (A. MERSCH, "Quand les juges font fi de la loi Kouchner et confirment la jurisprudence Senanayake", *JCP A* 2002, 1022, p. 27). Del mismo modo, M. Garay considera que la ley de 4 de marzo de 2002 puso fin a la jurisprudencia *Senanayake* (A. GARAY, "Volontés et libertés dans la relation médecin-malade : la mise à l'épreuve des articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4 du Code de la santé publique", *RGDM* 2003/10, p. 161). El paciente "puede oponerse a cualquier acto". Por lo tanto, parece imposible que el médico anule la oposición de los Testigos de Jehová a las transfusiones de sangre si éstos tienen las facultades intelectuales necesarias para comprender las consecuencias de su negativa" (A. FLASQUIER, L. LAMBERT-GARREL, B. PITCHO, F. VIALLA, "Droits des patients et refus de soins", *JCP G* 2003, II, 10098, p. 1112).

⁸⁷³ Informe AN n° 3263, 26 de septiembre de 2001, p. 60.

⁸⁷⁴ B. KOUCHNER, *JO déb. AN* 2001, sesión CR de 3 de octubre de 2001, p. 5448.

⁸⁷⁵ A. PARIENTE, *op. cit.* p. 1433. Para el autor, el juez "se negó a aplicar la ley" (*ibid.*).

los actos médicos necesarios para la supervivencia del paciente. La voluntad del paciente sólo se respeta hasta cierto punto. Cuando la elección hecha por el paciente corre el riesgo de causarle la muerte, la profesión médica recupera la posibilidad de anular el consentimiento del paciente.

- 215.** En el verano de 2002, el juez de medidas provisionales tuvo que pronunciarse sobre una denegación de tratamiento médico potencialmente mortal. El caso se refería a la oposición a una transfusión de sangre expresada por un miembro del movimiento de los Testigos de Jehová⁸⁷⁶. El asunto se inició el 5 de agosto de 2002. Valérie Feuillatey fue ingresada en un hospital de Saint-Etienne donde, a pesar de su negativa verbal y escrita, fue sometida a una transfusión de sangre que los médicos consideraron indispensable para su supervivencia. La paciente había hecho saber que rechazaría la administración de cualquier producto sanguíneo bajo cualquier circunstancia. Ella y su hermana, "persona de confianza" en el sentido del artículo L. 1111-6 del Código de Salud Pública francés⁸⁷⁷, se dirigieron al juez de medidas provisionales del Tribunal Administrativo de Lyon el 7 de agosto de 2002. Mediante auto de 9 de agosto de 2002, el juez ordenó a los médicos que no realizaran más transfusiones a la paciente y precisó que esta medida cautelar dejaría de aplicarse si la paciente "se encontrara en una situación de riesgo vital extremo". Los demandantes recurrieron esta orden, solicitando al juez de medidas cautelares del Conseil d'Etat que anulara la reserva relativa al riesgo vital. Sin embargo, el juez de apelación aprobó la reserva mencionada por el primer juez. Se limitó a modificar el auto para precisar que, por una parte, el tratamiento debe ser indispensable para la supervivencia del paciente y proporcionado a su estado y, por otra, los médicos deben hacer todo lo posible para convencer al paciente de que acepte el tratamiento.

La exigencia de hacer todo lo posible para persuadir al paciente de que acepte el tratamiento demuestra que se ha tenido en cuenta el nuevo estado de la ley, ya que el artículo L. 1111-4 del Código de Salud Pública impone ese planteamiento previo a cualquier acto médico. No obstante, las innovaciones introducidas por la Ley de 4 de marzo de 2002 no parecen haberse tenido plenamente en cuenta, ya que el tribunal ha mantenido la reserva, derivada de la sentencia *Senanayake*, relativa a los cuidados indispensables para la supervivencia del paciente⁸⁷⁸. Si bien el legislador pretendía que esta reserva desapareciera, el juez de medidas provisionales considera que la ley no pretendía excluir la posibilidad de anular la voluntad del paciente en caso de riesgo vital. En una interpretación *contra legem*⁸⁷⁹ de la ley de 4 de marzo de 2002, el juez administrativo "llega así a considerar que el derecho a oponerse a un tratamiento, lejos de ser absoluto, puede quedar anulado por circunstancias especiales"⁸⁸⁰.

- 216.** Como señaló la Sra. Porchy-Simon, "la pertinencia de tal razonamiento sólo puede aceptarse a condición de que se identifique en el Derecho positivo una norma que autorice al médico a hacer prevalecer su obligación de asistencia sobre la voluntad del interesado, norma que, por otra parte, debe estar reconocida por un texto legislativo o supralegislativo"⁸⁸¹. Sin embargo, hay que decir que "ninguna de estas dos proposiciones (...)

⁸⁷⁶ CE, ord. 16 julio 2002, *Feuillatey, Lebon* p. 309, *Droit, déontologie et soin* septembre 2002, vol. II, n° 3, pp. 416-425, nota L. OUATAH; LPA 26 mars 2003, n° 61, pp. 4-10, nota C. 2, n° 3, pp. 416-425, nota L. OUATAH; LPA 26 mars 2003, n° 61, pp. 4-10, nota C. CLEMENT; JCP G 2002, II, 10184, nota P. MISTRETTA; GP 2002, 2, p. 1345, nota F.-J. PANSIER. Un caso similar llegó ante el juez de medidas provisionales del tribunal administrativo de Lille la semana siguiente: TA Lille, ord. 25 agosto 2002, *M. et Mme G. c/ CHR de Valenciennes*, JCP G 2003, II, 10098, nota A. FLASQUIER, L. LAMBERT-GARREL, B. PITCHO, F. VIALLA; GP 2003, 2, pp. 486-489, nota A. GARAY. Estas dos decisiones también han sido objeto de estudios y comentarios conjuntos: Y. LACHAUD, "Le droit au refus de soins après la loi du 4 mars 2002 : premières décisions de la juridiction administrative" GP 2002, 1, pp. 1729-1731; A. MERSCH, "Quand les juges font fi de la loi Kouchner et confirment la jurisprudence *Senanayake*", JCP A 2002, 1022; S. PORCHY-SIMON, "Le refus de soins vitaux à l'aune de la loi du 4 mars 2002 (à propos de deux ordonnances des juridictions administratives des 16-25 août 2002)", *Resp. civ. et ass.* 2002, chron. n° 21; E. AUBIN, "Refus de soins et urgence médicale après la loi du 4 mars 2002", *Dr. adm.* 2002, *comm.* n° 188; B. MATHIEU, "De la difficulté de choisir entre la liberté et la vie. Réflexions sur la jurisprudence administrative relative à la transfusion sanguine des témoins de Jéhovah", *RGDM* 2003/9, pp. 97-104; A. GARAY, "Volontés et libertés dans la relation médecin-malade : la mise à l'épreuve des articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4 du Code de la santé publique", *RGDM* 2003/10, pp. 143-155; O. YACCOUB, "L'article L. 1111-4 du code de la santé publique à l'épreuve du référé-liberté (ou le refus de soins, liberté fondamentale)", GP 23 de marzo de 2003, pp. 2-5; *Droit de la famille* 2003, com. n° 11, nota S. MOUTON.

⁸⁷⁷ Es la persona designada por el paciente para tomar decisiones en su nombre en caso de que no pueda hacerlo.

⁸⁷⁸ Como señala M. Pariente, "la utilización correlativa del criterio jurisprudencial expuesto en *Senanayake* de la pertinencia de un tratamiento esencial para la supervivencia y proporcionado al estado del paciente demuestra también claramente la anulación de las disposiciones legislativas que establecen la primacía del consentimiento" (A. PARIENTE, *op. cit.*, p. 1434).

⁸⁷⁹ A. PARIENTE, *op. cit.* p. 1434.

⁸⁸⁰ A. DORSNER-DOLIVET, *op. cit.* p. 529.

⁸⁸¹ S. PORCHY-SIMON, *op. cit.*, p. 5. Dado que el cumplimiento de la denegación viene impuesto por un texto legislativo - el artículo L. 1111-4 del Código de Salud Pública -, una derogación sólo puede resultar de un texto de al menos igual valor.

parece verificable en el estado actual del Derecho positivo. La búsqueda de una norma que autorice expresamente a los médicos a tratar a los pacientes contra su voluntad, incluso en las condiciones muy específicas mencionadas por el Conseil d'Etat, parece condenada al fracaso"⁸⁸².

Evidentemente, esta solución no puede basarse en la Ley de 4 de marzo de 2002, que reconoce el derecho del paciente a rechazar un tratamiento médico sin poner *ningún límite a las* consecuencias del rechazo para la salud del paciente. Mientras el consentimiento expresado sea, como exige la ley, "libre e informado"⁸⁸³, debe ser absolutamente respetado. La ley no limita el respeto del consentimiento del paciente. El artículo L. 1111-4 del Código de Salud Pública se contenta, en caso de que la decisión del paciente de interrumpir el tratamiento pueda poner en peligro su vida, con obligar al médico a intentar persuadir al paciente para que acepte los cuidados esenciales, sin darle la opción de aplicarla de forma autoritaria. "Este derecho a rechazar la asistencia sólo implica una obligación para el médico, la de persuadir al paciente para que acepte el tratamiento que objetivamente sea el más adecuado para su estado. Si no se puede persuadir al paciente, su negativa debe respetarse en cualquier caso"⁸⁸⁴. Más allá de la propia redacción de los textos, la filosofía general de la Ley de 4 de marzo de 2002 parece oponerse a una aplicación autoritaria de los cuidados, ya que esta ley, que se refiere a los *derechos* de los pacientes, "parece portadora de una protección autonomista de la relación médica, en total oposición a las soluciones adoptadas por los tribunales administrativos"⁸⁸⁵.

Las disposiciones del Código Penal tampoco limitan el consentimiento del paciente. La penalización de la falta de asistencia a una persona en peligro, por el segundo párrafo del artículo 233-6 del Código Penal, se ha invocado a veces como justificación de la asistencia forzosa. Según esta línea de razonamiento, la posibilidad de que el médico pueda ser perseguido por no asistir a una persona en peligro, en particular cuando la denegación de asistencia entraña un riesgo vital para el paciente, justificaría *a contrario* su intervención a pesar de la oposición del paciente. La cuestión es, pues, si debe considerarse que se ha abstenido de asistir a una persona en peligro un médico que, para acceder a la negativa de su paciente, no le presta los cuidados que habrían evitado su muerte. La Cour de cassation nunca ha reconocido tal solución. Al contrario, la jurisprudencia ha establecido que es imposible procesar a un médico por este motivo en caso de que una persona en peligro rechace la asistencia prestada⁸⁸⁶.

Algunos autores han visto en el artículo 16-3 del Código Civil un límite al principio enunciado en el artículo L. 1111-4 del Código de Salud Pública. Desarrollando esta hipótesis, la Sra. Ouatah sostiene que "Evidentemente, el Conseil d'Etat se niega a dar todo su alcance a este artículo L. 1111-4 porque, por ambiciosa que sea la ley de 4 de marzo de 2002, debe apreciarse en un marco más amplio, el del artículo 16-3 del Código Civil (...)"⁸⁸⁷. No obstante, hay que señalar que ambos textos tienen ámbitos de aplicación muy diferentes. El artículo 16-3 del Código Civil francés se aplica a los pacientes incapaces de *expresar su* voluntad y no a los pacientes mayores de edad capaces de expresar su voluntad, que es el caso del artículo L. 1111-4. Por lo tanto, el artículo 16-3 del Código Civil no estaba en cuestión en el caso sometido al juez de medidas provisionales, ya que la paciente había expresado su voluntad por escrito y oralmente cuando pudo hacerlo.

¿Podría entonces este límite proceder del deber de diligencia del médico? También en este caso, la respuesta parece ser negativa. Como ha señalado el Sr. Pariente, "la importancia de las obligaciones del médico es a menudo exagerada por los comentaristas, a pesar de que estas obligaciones tienen un marco jurídico preciso que en ningún caso excluye límites"⁸⁸⁸. Afirmar la prevalencia de la obligación de asistencia sobre el principio del consentimiento es, según M. Penneau, un verdadero "fallo de razonamiento". El autor explica que "la obligación del médico de proteger la salud y la vida del individuo sólo existe, de hecho, por la voluntad del interesado; en otras palabras, la referencia a la obligación del médico de proteger la vida y la salud del individuo pierde todo sentido en caso de rechazo de la asistencia, precisamente porque el individuo rechaza esta protección"⁸⁸⁹. Aunque los médicos están

882 Ibid.

883 Cabe señalar que las razones para rechazar el tratamiento no pueden tenerse en cuenta para negar la libertad a los deseos del paciente. Una solución contraria erigiría al médico en verdadero árbitro de las intenciones del paciente. Tal enfoque estaría en contradicción con el artículo L. 1111-4, que establece que "toda persona, en consulta con el profesional de la salud y teniendo en cuenta la información y las recomendaciones que éste le proporcione, toma decisiones relativas a su salud", sin reconocer ningún derecho de control por parte del médico sobre las motivaciones del paciente. "Incluso si las razones que llevan a los Testigos de Jehová a rechazar las transfusiones de sangre pueden parecer poco razonables a una mente racional, no corresponde al profesional invocar tal creencia para justificar, por sí misma, ignorar los deseos del paciente" (S. PORCHY-SIMON, *op. cit.*, p. 7).

884 A. MERSCH, "Quand les juges font fi de la loi Kouchner...", *op. cit.*, p. 27.

885 S. PORCHY-SIMON, *op. cit.* p. 5.

886 Véase Crim, 3 de enero de 1973, n° Juris-Data 1973-095002, D. 1973, Jur, p. 220.

887 L. OUATAH, *op. cit.*, p. 417. Cf. también C. CLEMENT, *op. cit.* p. 8: "Sin duda, una aplicación literal de este artículo llevaría al médico a respetar absolutamente la voluntad del paciente, aunque la vida de éste pudiera estar en juego. El juez administrativo no lo vio así y prefirió admitir, en virtud del artículo 16-3 del Código Civil, que el derecho al consentimiento sólo era relativo".

888 A. PARIENTE, *op. cit.* p. 1423.

889 J. PENNEAU, *Urgence, information et consentement*, ENSP, 2001, p. 29.

obligados por diversas fuentes textuales a prestar asistencia, esta obligación sólo existe a condición de que el paciente consienta. Sin embargo, el paciente puede, aunque consienta la relación terapéutica, oponerse a que se le practiquen determinados tipos de actos. Aunque el médico tiene la obligación de tratar a un paciente que así lo solicite, esto no significa que pueda imponerle procedimientos a los que el paciente se oponga.

Por último, ¿podría verse limitado el consentimiento del paciente por un orden público implícito que rijan la actuación del médico o el estatuto del cuerpo humano, en forma de "derecho objetivo a la vida"⁸⁹⁰? Algunos autores sostienen que los principios generales del derecho, reveladores de un orden público virtual, podrían llevar al médico a dar primacía a su obligación de prestar asistencia sobre el respeto de los deseos del paciente⁸⁹¹. En apoyo de este argumento se invocan el principio de la dignidad de la persona humana y el principio de la indisponibilidad del cuerpo humano. Pero, en realidad, la invocación de estos principios en el caso de un paciente que rechaza los cuidados vitales es muy discutible. El principio de indisponibilidad del cuerpo humano no puede invocarse para obligar a un paciente a someterse a un tratamiento contra su voluntad, cuando dicha negativa no perjudica los derechos de terceros ni el interés general. Si bien este principio prohíbe al paciente obligar al médico a realizar un acto contrario al orden público, permite al paciente oponerse a que se realice en su cuerpo un acto no deseado. En cuanto al principio de dignidad humana, el asunto "lanzamiento de enanos"⁸⁹² demostró que este concepto no podía entenderse de forma puramente subjetiva y que, por el contrario, podía dar lugar a una protección objetiva del individuo que prevaleciera frente a la concepción que éste pudiera tener de su propia dignidad⁸⁹³. Dicho esto, este principio no permite en modo alguno impedir que el paciente ejerza sus derechos subjetivos. Los derechos de terceros no se cuestionan en absoluto en el caso de un paciente que simplemente rechaza la asistencia: tal decisión sólo afecta a sus propios intereses. Más fundamental aún, este tipo de argumentación "suscita un cierto malestar por su propio principio, así como por los riesgos de deriva que podría implicar"⁸⁹⁴. Remite "a una concepción animal de la vida, que debe ser preservada por cualquier medio, incluso si este medio es insuportable para la persona afectada, por razones que el médico, no más que cualquier otra persona, no tiene derecho a juzgar, cualquiera que sea la naturaleza de estas razones"⁸⁹⁵.

217. Así pues, en el estado actual del Derecho, ningún texto ni principio reconoce el derecho de un médico a imponer a un paciente un procedimiento médico contra su voluntad. Ninguna norma de derecho positivo puede sustentar la solución adoptada por el juez administrativo de medidas provisionales. El juez "se reserva el caso en el que la vida del paciente correría peligro, y añade a la ley; establece una condición que la ley no menciona"⁸⁹⁶. El juez se libera de la letra de la ley al añadir una condición que no estaba allí; fija un límite que el legislador había querido excluir explícitamente. Resumiendo la opinión de un cuerpo casi unánime de autores académicos, la Sra. Porchy-Simon afirma que las soluciones adoptadas por el tribunal "no parecen, por tanto, justificables en el estado actual del Derecho positivo"⁸⁹⁷.

La jurisprudencia desarrollada a partir del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa se inscribe en una concepción clásica de la medicina en la que el individuo no es dueño de su propio cuerpo⁸⁹⁸. Mientras que en el pensamiento anglosajón, basado en la autonomía del paciente, las personas se consideran dueñas de su propio cuerpo, en el modelo francés son meros "usufructuarios de un cuerpo que pertenece al Estado"⁸⁹⁹. Cuando la

890 Véase la citada conclusión de la Sra. HEERS, p. 1236, que también se refiere al "orden público de protección" (*op. cit.*, p. 1238).

891 Véase J.-P. GRIDEL, "Le refus de soins au risque de la mort", estudio citado anteriormente.

892 CE, Ass. 27 de octubre de 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge, Lebon* p. 372, concl. FRYDMAN; *GAJA* n° 108.

893 Véase O. CAYLA, "Le coup d'Etat de droit", *Le débat*, 1998, n° 100, pp. 108-133.

894 S. PORCHY-SIMON, *op. cit.* p. 6.

895 J. PENNEAU, *op. cit.* p. 29.

896 J. PENNEAU, "Le médecin face au refus du patient de subir un acte médical", *D.* 2002, p. 2879.

897 S. PORCHY-SIMON, *op. cit.* p. 8.

898 A este respecto, en su comparecencia ante la misión d'information sur l'accompagnement de la fin de vie, el Sr. Denoix de Saint Marc afirmó que "el respeto de la voluntad del paciente, al menos en algunos casos muy concretos, debe ceder el paso a la preservación de la vida" (Informe n° 1708, *Respecter la vie, accepter la mort*, julio de 2004, XII^e législature, t. 1, p. 247, citado por Y.-M. DOUBLET, "La loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, *LPA* n° 124, 23 juin 2005, p. 8). Este enfoque también puede observarse en relación con varias decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que muestran que el Tribunal está dispuesto a absolver a los Estados por motivos de salud pública. El caso del sadomasoquismo es especialmente significativo a este respecto (TEDH, 19 de febrero de 1997, *Laksey, Jaggard y Brown, Rec.* 1997-I, p. 131). Esta decisión, dictada en virtud del apartado 2 del artículo 8 del Convenio, se refería a una legislación que imponía sanciones penales a los practicantes de estas prácticas. El Tribunal sostuvo que la injerencia del Estado en la vida privada era necesaria para alcanzar el objetivo de proteger la salud. Al hacerlo, "se decantó claramente a favor de la protección del individuo, incluso contra su voluntad, dando primacía a la inviolabilidad de la persona humana sobre cualquier otra consideración" (nota de J.-M. LARALDE, *D.* 1998, Jur., p. 97).

899 S. RAMEIX, "Du paternalisme à l'autonomie des patients. L'exemple du consentement aux soins en réanimation", *Médecine & Droit* n° 12, 1995, p. 1.

elección consciente, lúcida e informada de un individuo corre el riesgo de conducirlo a la muerte, se le despoja de su poder de decisión en favor de la colectividad. Una vez que el paciente ha dado su consentimiento a la relación terapéutica, se adhiere a un marco jurídico específico, con un conjunto de derechos y obligaciones derivados del mismo. En este caso, el juez de medidas cautelares pretende oponerse a la introducción de la medicina "a la carta". Si un paciente pide ser tratado en un hospital público, sólo puede ser en el marco y en las condiciones definidas por el equipo médico. Sin embargo, consagrar este derecho como un principio relativo no sólo ignora la letra del artículo L. 1111-4 del Código de Salud Pública, sino que también entraña el riesgo de abusos. Como señala la Sra. Dorsner-Dolivet, "permitir una transfusión significa abrir una brecha en el principio del consentimiento previo de un paciente mayor de edad, capaz y consciente, y puede conducir en última instancia, en el caso de intervenciones que pongan en peligro la vida, a otorgar al médico el poder de decidir en lugar del paciente"⁹⁰⁰.

Conclusión del Título I

- 218.** Con un margen de maniobra considerable para determinar la lista y el contenido de las libertades fundamentales, el Conseil d'Etat ha optado por una definición amplia del ámbito de aplicación de la *référé-liberté*. El juez administrativo ha elaborado un catálogo relativamente amplio de libertades fundamentales. Definió de manera extensa el contenido y la coherencia de cada una de ellas. De acuerdo con un análisis estrictamente positivista, la posición adoptada por el juez de medidas provisionales no puede criticarse sin recurrir a consideraciones extrajurídicas. En rigor, el concepto de libertades fundamentales desarrollado a partir del artículo L. 521-2 no es criticable. Parece respetar las limitaciones jurídicas y lógicas que se le imponen para determinar el significado de este concepto.
- 219.** Por otra parte, cabe preguntarse si el enfoque generoso adoptado por el Conseil d'Etat para definir el ámbito de aplicación del procedimiento de *référé-liberté* no pone en entredicho el carácter excepcional de este procedimiento. ¿El juez de medidas provisionales no ha abierto demasiado el ámbito de aplicación del artículo L. 521-2? Dicho de otro modo, ¿la voluntad de dar una interpretación amplia al concepto de libertad fundamental no ha llevado a trivializar el recurso a este procedimiento? Dada la redacción y la práctica del artículo L. 521-2, no hay riesgo de que esto ocurra, por dos razones. En primer lugar, incluso con una definición amplia de las libertades fundamentales, el ámbito de aplicación de este procedimiento sigue estando limitado a un número muy reducido de derechos y libertades. Aunque esté previsto de manera amplia, el ámbito de aplicación del procedimiento de *référé-liberté* sigue estando estrictamente limitado por la noción de libertad fundamental. Aunque está bien controlado por la jurisdicción contencioso-administrativa, en última instancia sólo cubre una ínfima parte de los derechos, libertades y principios que componen nuestro ordenamiento jurídico. En segundo lugar, las condiciones de concesión del privilegio previstas en el artículo L. 521-2 son de carácter draconiano, lo que limita las posibilidades de recurrir a este procedimiento a situaciones relativamente excepcionales.

Condiciones de adjudicación draconianas

- 220.** Las condiciones de concesión de una medida de salvaguardia previstas en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa son verdaderamente draconianas, limitando al extremo las situaciones en las que puede aplicarse este procedimiento. Además de la "condición de urgencia inherente al procedimiento sumario"⁹⁰¹, la ley condiciona el pronunciamiento de una medida de salvaguardia a que la administración, en el ejercicio de sus competencias, haya vulnerado de forma grave y manifiestamente ilegal una libertad fundamental. Como señaló el Vicepresidente del Conseil d'Etat, "estos términos han sido cuidadosamente estudiados. El Conseil d'Etat velará por que se respeten"⁹⁰². Debido a los propios términos utilizados por el legislador, no es concebible, ni siquiera posible, ningún cambio de jurisprudencia ni ninguna flexibilización. Además, la voluntad de atenuar el rigor de las condiciones establecidas por la ley mediante una interpretación abusivamente flexible de las mismas no beneficiaría a los demandantes. En efecto, "el éxito del procedimiento de medidas provisionales depende de la capacidad de los jueces designados a tal efecto para seguir pronunciándose en un plazo de cuarenta y ocho horas. Exponerlos al riesgo de una afluencia de solicitudes no redundaría en interés de los justiciables"⁹⁰³. Una apreciación demasiado benévola o laxa de las condiciones de concesión penalizaría a los demandantes y su derecho a recurrir, en la medida en que el tribunal administrativo ya no podría responder en un plazo de 48 horas a las solicitudes que se le presentaran por este motivo. Para que el procedimiento funcione satisfactoriamente, es esencial que el juez de medidas provisionales pueda reaccionar muy rápidamente ante una infracción. Su actuación debe centrarse en las únicas -y normalmente escasas- solicitudes que corresponden a situaciones excepcionales, sin verse interferido en esta tarea por las solicitudes "ordinarias" que son competencia del juez de medidas cautelares de suspensión.
- 221.** Las condiciones establecidas en el artículo L. 521-2 son distintas entre sí y, por tanto, se "aprecian por separado"⁹⁰⁴. Además, por la propia redacción del artículo L. 521-2, tienen carácter acumulativo⁹⁰⁵, lo que tiene dos consecuencias. Por una parte, cuando no se cumple una de las condiciones, el juez puede desestimar la demanda sin necesidad de "pronunciarse (...) sobre si se cumplen las demás condiciones de aplicación del artículo L. 521-2 del citado código"⁹⁰⁶. Por otra parte, el juez sólo puede ordenar una medida de salvaguardia

901 CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, *Lebon* p. 551.

902 R. DENOIX DE SAINT MARC, "Les procédures d'urgence : premier bilan", *AJDA* 2002, p. 1.

903 M. Guyomar y P. Collin, cron. bajo CE, Secc. 30 octubre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, *AJDA* 2001, p. 1056.

904 CE, orden. 21 de agosto de 2001, *Manigold*, n° 237385.

905 CE, ord. 12 de enero de 2001, *Hyacinthe*, *Lebon* p. 12; CE, ord. 15 de enero de 2001, *Charlery-Adele*, *Lebon* p. 14; CE, ord. 8 de febrero de 2001, *Guillon*, *Lebon* T. p. 1129; CE, ord. 27 de marzo de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, *Lebon* p. 158; CE, ord. 23 de marzo de 2001, *Société Lidl*, *Lebon* p. 154; CE, ord. 1^{er} marzo de 2001, *Paturel*, *Lebon* T. p. 1134; CE, ord. 10 de abril de 2001, *Merzouk*, *Lebon* T. p. 1135; CE, ord. 9 de abril de 2001, *Belrose et autres*, *Lebon* T. p. 1126; CE, ord. 3 abril 2001, *Soriano et autres*, *Lebon* T. p. 1128; CE, ord. 1^{er} junio 2001, *Ploquin*, *Lebon* T. p. 1126; CE, ord. 21 agosto 2001, *Manigold*, n° 237385; CE, ord. 10 de agosto de 2001, *Association "La Mosquée" et autres*, *Lebon* T. p. 1133; CE, ord. 10 de agosto de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Saddouki*, n° 236969; CE, ord. 11 de octubre de 2001, *Hauchemaille*, *Lebon* p. 460; CE, ord. 18 octubre 2001, *Association groupe local cimade Montpellier*, n° 239071; CE, ord. 22 octubre 2001, *Gonidec et Brocas*, n° 239165; CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, *Lebon* p. 551; CE, ord. 7 de enero de 2002, n° 241588; CE, ord. 20 de febrero de 2002, *Ploquin*, n° 243234; CE, ord. 6 de septiembre de 2002, *Tetaabi*, n° 250120; CE, ord. 21 de diciembre de 2004, *Luzolo Kondé*, n° 275361; CE, ord. 20 de enero de 2005, *Commune de Saint-Cyprien*, *Lebon* T. p. 1022; CE, ord. 13 de julio de 2005, *Société Combé Charvat 2*, n° 282220.

906 CE, ord. 26 enero 2001, *Gunes*, *Lebon* p. 38.

si se cumplen todas las condiciones⁹⁰⁷, que deberá, en su caso, garantizar por su propia autoridad⁹⁰⁸. Al igual que en el caso de agresión⁹⁰⁹, las condiciones para la concesión de una medida de salvaguardia se aprecian a la luz de las circunstancias normales. Por consiguiente, no pueden considerarse satisfechas en caso de circunstancias excepcionales cuya aparición no sea en modo alguno imputable a la administración⁹¹⁰. Hay que señalar que no existen normas predefinidas que regulen el orden de examen de las condiciones. En particular, y contrariamente a lo que podía pensarse antes de la entrada en vigor de la reforma de 30 de junio de 2000⁹¹¹, la condición de urgencia no se examina necesariamente en primer lugar. Como no se da prioridad al examen de una condición sobre otra, el orden en que se evalúan las condiciones puede variar en función de cada decisión⁹¹².

222. En la mente de los redactores del texto, cada una de las condiciones de concesión del derecho se concibió con un objetivo muy concreto. En primer lugar, la exigencia de una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental se concibió por referencia al procedimiento de obtención de pruebas, del que la demanda sumaria de medidas provisionales pretendía ser la contrapartida ante los tribunales

⁹⁰⁷ Véase, por ejemplo, CE, ord. 21 de noviembre de 2005, *Commune de Lyon, Lebon T.* p. 1039. El juez de medidas provisionales no puede hacer uso de la facultad que le confieren las disposiciones del artículo L. 521-2 "sin haber constatado una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental". En este caso, como el primer juez no había constatado tal vulneración antes de dictar una orden conminatoria a la administración, había "omitido motivar suficientemente su orden e incumplido el deber conferido al juez de medidas provisionales por el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa".

⁹⁰⁸ CE, ord. 22 marzo 2001, *Commune d'Eragny-sur-Oise, Lebon T.* p. 1134. En este caso, el tribunal de primera instancia había desestimado la solicitud del municipio demandante por falta de urgencia, a pesar de que este argumento no había sido planteado en defensa por la administración prefectural. Ante el tribunal de apelación, el municipio reprochó al tribunal de primera instancia haber planteado un motivo "de oficio" en el sentido de los artículos R. 522 y R. 611-7 del Código de Justicia Administrativa, es decir, que debería haber sido comunicado previamente a las partes. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat rechazó este argumento. Preciso que cuando se le somete un asunto sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, el juez de medidas provisionales "está obligado a examinar si se cumplen las condiciones previstas por este artículo". Corresponde al juez cerciorarse de que se cumplen todas las condiciones enunciadas en esta disposición, sin estar obligado a pedir a las partes que se pronuncien sobre cada una de ellas en la medida en que no se trata en modo alguno de cuestiones de orden público (a excepción, no obstante, de la condición relativa a la presencia de una libertad fundamental, que se refiere al ámbito de aplicación de la ley). Así, en el auto *Commune de Pertuis* de 28 de febrero de 2003 (*Lebon* p. 68), el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat pudo invocar la ausencia de urgencia, aunque de los vistos de la resolución no se desprende que el municipio demandante hubiera impugnado la apreciación realizada por el primer juez sobre este punto.

⁹⁰⁹ Una jurisprudencia constante excluye la calificación de agresión administrativa si las condiciones en las que se produjo la acción administrativa son anormales o inhabituales. Véase CE, Ass. 7 de noviembre de 1947, *Alexis et Wolff, Lebon* p. 416, *JCP G* 1947, II, 4006, concl. CELIER, nota A. MESTRE; *D.* 1948, p. 472, nota C. EISENMANN; Civ. 14 de abril de 1970, *Département de la Corrèze c/ Orluc, Bull. civ. I*, n° 116; Civ. 23 de marzo de 1971, *Plénel, D.* 1971, Somm, p. 159; Civ. 1^{er} junio 1976, *Société de la clinique de l'Hermitage, Bull. civ. I*, n° 202; TC, 13 febrero 1961, *Nanjod, Lebon T.* p. 981; TC, 17 diciembre 1962, *Société civile Saint Domat c/ Etat français, Lebon* p. 828; CE, Sect., 24 mayo 1968, *Mencière, Lebon* p. 329; CE, 23 octubre 1987, *Nachfolger Navigation Company Limited, RDP* 1988, p. 836, nota J.-M. AUBY.

⁹¹⁰ Véase CE, ord. 6 abril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ SARL Le Vivier, Lebon* p. 186. Durante la construcción de una urbanización se descubrió un depósito de municiones muy importante que databa de la Primera Guerra Mundial. El prefecto retiró la orden de subdivisión concedida anteriormente y tomó todas las medidas necesarias para organizar las operaciones de desminado y retirar los proyectiles del lugar. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat declaró "que si bien la necesidad de preservar la seguridad pública retrasa la realización de los proyectos de construcción previstos en la parcelación, este retraso, que en las circunstancias del caso no puede considerarse en ningún caso constitutivo de una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental, no es imputable a la Administración que, por el contrario, adoptó las medidas adecuadas en el plazo más breve compatible con la dificultad, la complejidad y los riesgos inherentes a las operaciones de liquidación para permitir el ejercicio normal de los derechos del promotor y de los adquirentes de las parcelas". Véase por comparación, en el contexto de la voie de fait, CE, 20 de marzo de 1968, *Entreprise de publicité générale A. Lioté, Lebon* p. 195 (usuarios de la carretera amenazados por un peligro al que la administración pone fin).

⁹¹¹ Cf. R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, p. 712, afirmando que, al tratarse de un procedimiento sumario condicionado por la urgencia, este requisito "será necesariamente examinado con carácter prioritario por el juez del procedimiento sumario".

⁹¹² No obstante, se pueden identificar dos tendencias principales en relación con las órdenes y resoluciones dictadas sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. En primer lugar, se observa que cuando se cumplen todas las condiciones, el juez de medidas cautelares constatará en primer lugar la existencia de una libertad fundamental que está siendo vulnerada de forma grave y manifiestamente ilegal, y sólo en segundo lugar examinará la condición de urgencia. Por otra parte, cuando falta al menos uno de los requisitos, lo más frecuente es que el juez se limite, como tiene libertad para hacer, a designar el requisito que falta sin examinar los demás requisitos. En los raros casos en que proceda, indicará al demandante que, además, uno de los otros requisitos (CE, ord. 24 enero 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis, Lebon* p. 37; CE, ord. 9 febrero 2001, *Philippart et Lesage*, n° 230112; CE, ord. 10 de enero de 2005, *Société SIMBB et autres*, n° 276137) o varios (CE, ord. 30 de enero de 2001, *Tauratua*, n° 229418; CE, ord. 24 de enero de 2005, *Commune de Wissous*, n° 276493) de las demás condiciones.

administrativos⁹¹³. En segundo lugar, la condición de urgencia tiene por objeto limitar el recurso a las medidas provisionales a los casos que requieren una intervención muy rápida del juez administrativo. Por último, la exigencia de que la autoridad administrativa haya cometido una infracción "en el ejercicio de sus competencias" se introdujo para salvaguardar la competencia de los tribunales en materia de injerencias de hecho. Este último requisito, como veremos, fue vaciado de contenido por el Conseil d'Etat. Las demás condiciones, en cambio, se aplican con todo el rigor que impone su enunciado.

M. Chapus señaló que, a la hora de evaluar las condiciones de concesión del artículo L. 521-2, la subordinación "a cuáles sean las circunstancias de cada caso es tan estrecha que no se pueden extraer muchas enseñanzas del estado de la jurisprudencia"⁹¹⁴. A la luz de esta advertencia, la empresa de sistematización parece peligrosa. No obstante, merece la pena correr el riesgo examinando sucesivamente estos tres conjuntos de requisitos.

⁹¹³ M. Guyomar y P. Collin indicaron así "que, por sus propios términos, el artículo L. 521-2 hace del procedimiento 'référé-liberté' la contrapartida del procedimiento 'voie de fait' (...)" (M. GUYOMAR y P. COLLIN, *chron. sous CE, Sect.*, 18 de enero de 2001, *Commune de Venelles, AJDA* 2001, p. 153). En la misma línea, el Presidente Vandermeeren ha señalado que las condiciones del artículo L. 521-2 "recuerdan evidentemente la "teoría" de la agresión de hecho" (R. VANDERMEEREN, *D.* 2002, SC *contentieux administratif*, p. 2228). El profesor Chapus ha subrayado que la doble exigencia de violación grave de una libertad fundamental y de ilegalidad manifiesta "evoca las condiciones de un acto abusivo" (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, n° 1602). Por último, los autores de *los Grands arrêts* señalaron que "la gravedad y la ilegalidad manifiesta de la infracción recuerdan la fórmula (...) utilizada en ciertos casos de agresión de hecho (...)" (*GAJA* n° 118, § 11).

⁹¹⁴ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, n° 1600.

Capítulo 1

Injerencia grave y manifiestamente ilegal en una libertad fundamental

223. En primer lugar, el demandante debe alegar la violación de una libertad fundamental, la gravedad de dicha violación y su carácter manifiestamente ilícito⁹¹⁵. Estas condiciones son distintas⁹¹⁶ y acumulativas. No obstante, están estrechamente vinculados por la redacción del artículo L. 521-2. La ley no exige, por una parte, una violación grave de una libertad fundamental y, por otra, una ilegalidad manifiesta. Ambos requisitos están vinculados por la conjunción copulativa "y", lo que significa que debe existir una relación entre la ilegalidad de la infracción y su gravedad⁹¹⁷. No basta con que la Administración, por un lado, haya realizado un acto manifiestamente ilegal y, por otro, haya vulnerado una libertad fundamental. La infracción debe ser consecuencia de la ilegalidad cometida⁹¹⁸. Si se constata una ilegalidad manifiesta y se vulnera una libertad fundamental, las condiciones del artículo L. 521-2 sólo se cumplirán si la infracción es consecuencia directa de la ilegalidad constatada⁹¹⁹. De ello se desprende, en particular, que una ilegalidad puramente formal,

⁹¹⁵ A pesar del uso del pasado condicional ("habría conducido a"), el juez de medidas cautelares exige que el solicitante demuestre que la infracción es grave y manifiestamente ilegal. Esto debe ser probado y cierto, y no meramente posible o probable. Cuando el juez considera que se cumplen las condiciones para conceder una medida cautelar, ello significa que se han cumplido con certeza; el perjuicio, la gravedad y la ilegalidad están establecidos y probados sin ninguna duda posible. La intención de los redactores del texto no era permitir al juez de medidas cautelares intervenir en casos de infracción o ilegalidad meramente probables. El proyecto de ley se refería a "los casos en que (...) se vulnera de forma grave y manifiestamente ilegal una libertad fundamental". En la práctica, el cambio al pasado condicional se produjo con la introducción en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa de la expresión "en el ejercicio de sus competencias" (véase *infra*, §§ 321-322), sin que se hiciera el menor comentario sobre el término preciso "hicieran". El objetivo de esta modificación puramente editorial nunca fue abrir el procedimiento de medidas provisionales a infracciones e ilegalidades meramente hipotéticas. Aunque el juez de medidas provisionales declare a veces que dicta sus resoluciones "basándose en el estado de la investigación" (véase, por ejemplo, CE, ord. 19 de agosto de 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux* (IFOREL), *Lebon* p. 311; CE, ord. 21 de noviembre de 2002, *Gaz de France*, *Lebon* p. 408), ello no significa en modo alguno que se conforme con una "infracción grave y manifiestamente ilegal" que no tenga carácter cierto. Además, cabe señalar que el juez administrativo también utiliza esta fórmula en los procedimientos sobre el fondo (véase, por ejemplo: CE, Ass., 31 de mayo de 1957, *Rosan Girard*, *Lebon* p. 355, concl. GAZIER, *GAJA* n° 82).

⁹¹⁶ Así, una medida puede vulnerar una libertad fundamental sin ser manifiestamente ilegal (CE, secc. 30 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *Lebon* p. 523; CE, secc. 29 de septiembre de 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, n° 272584; CE, secc. 9 de diciembre de 2004, *Commune de Béziers*, n° 274852; CE, secc. 9 de abril de 2001, *Belrose et autres*, *Lebon* T. p. 1126). Por el contrario, puede estar viciada de ilegalidad sin constituir una violación grave de una libertad fundamental (CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, *Lebon* p. 551). Es cierto que, a veces, al rechazar una demanda de medidas provisionales, el tribunal niega en bloque que se haya producido una "violación grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental" (véanse, en particular, CE, ord. 23 de mayo de 2001, *Jacques VII*, n° 233941; CE, ord. 20 de febrero de 2002, *Ploquin*, n° 243234; CE, ord. 19 de julio de 2001, *Société générale bâtiment et habitation (SGBH)*, n° 248742; CE, ord. 4 de octubre de 2002, *Rousselle*, n° 250744). Sin embargo, esta fórmula parece utilizarse más bien para significar que no se cumple ninguna condición para la concesión. En caso contrario, el juez designará la condición que, en las circunstancias del caso, falte precisamente.

⁹¹⁷ Véase CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, *Lebon* p. 551: "se desprende tanto de los términos del artículo L 521-2 como de la finalidad para la que se creó el procedimiento que establece que *debe existir una relación directa entre la ilegalidad constatada contra la autoridad administrativa y la gravedad de sus efectos con respecto al ejercicio de la libertad fundamental de que se trate*".

⁹¹⁸ Las fórmulas utilizadas por el juez de medidas provisionales expresan claramente la necesidad de tal vínculo. En el auto *Djalout*, tras constatar la irregularidad del procedimiento seguido ante la autoridad administrativa al designar el país al que debía ser devuelto el interesado, el juez señaló "que *esta irregularidad no 'vulnera gravemente' una libertad fundamental*" (CE, ord. 27 marzo 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, *Lebon* p. 158). Por consiguiente, la vulneración de una libertad fundamental debe basarse en una irregularidad. De forma aún más explícita, precisó que en caso de recurso contra una decisión, el juez de medidas provisionales no puede ordenar su suspensión "salvo que haya constatado previamente que la medida adolece de una ilegalidad manifiesta *que implique una violación grave de una libertad fundamental*" (CE, ord. 14 de octubre de 2004, *Arre*, n° 273047). Para una redacción similar, véase CE, ord. 17 de diciembre de 2004, *Faure*, n° 275219: "Considerando que la aplicación de las competencias que el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa atribuye al juez de medidas provisionales presupone que una medida adoptada por una autoridad administrativa está viciada por una ilegalidad manifiesta *que da lugar a una violación grave de una libertad fundamental*".

⁹¹⁹ Lo mismo ocurre con el procedimiento *déféré-liberté*. El "motivo grave" (ahora "duda grave") que justifica la anulación del acto es la ilegalidad de la violación de una libertad pública o individual. En consecuencia, las decisiones referidas sólo pueden considerarse incluidas en el ámbito de aplicación de este procedimiento "si son de tal naturaleza que comprometan ilegalmente el ejercicio de una libertad pública o individual, *constituyendo la ilegalidad de esta infracción el motivo grave que, en el estado de la instrucción, sería de tal naturaleza que justificaría la anulación del acto impugnado*" (CE, ord. 15 de

relativa, por ejemplo, a la consulta de un órgano o a la motivación de una decisión, no cumple este requisito⁹²⁰

Dicho esto, las tres condiciones incluidas en esta fórmula -infracción, infracción grave e infracción manifiestamente ilegal- deben describirse por separado para destacar las características específicas de cada una de ellas.

Sección 1: Una infracción

224. Corresponde al demandante probar la supuesta infracción⁹²¹. Puede ocurrir, aunque es muy raro, que el tribunal identifique una infracción de "una" libertad fundamental sin especificar con precisión de qué libertad se trata. En algunos casos, se desprende de los hechos del asunto. Por ejemplo, un litigio relativo al uso de la propiedad privada implica necesariamente, en las circunstancias del caso, sólo el derecho de propiedad⁹²². En otros casos, es más difícil de identificar.⁹²³

Para que una situación pueda considerarse una vulneración de una libertad fundamental, debe reunir determinadas características. En cuanto al origen de la vulneración, el juez de medidas provisionales considera que puede derivarse bien del objeto de un acto o decisión administrativa, bien de su motivación.

I. Características de los daños

225. La vulneración de una libertad fundamental es una "violación" de dicha libertad⁹²⁴. Puede definirse como una injerencia actual en el ámbito materialmente reconocido al beneficiario de una libertad fundamental. La violación presupone, por tanto, la presencia de tres elementos. En primer lugar, la medida impugnada interviene en el ámbito protegido por la libertad fundamental. En segundo lugar, el demandante es el beneficiario de la libertad fundamental en cuestión. Por último, debe estar presente y ser cierta.

A. Impugnación del objeto protegido por la libertad fundamental (rationae materiae)

226. Desde un punto de vista material, la infracción se analiza como una injerencia en el ámbito protegido por una libertad fundamental. El juez de medidas provisionales considera que determinadas medidas no son por sí mismas susceptibles de vulnerar materialmente una libertad.

1. Injerencia en el ámbito protegido por una libertad fundamental

227. La violación no siempre es sinónimo de *restricción del ejercicio* de una libertad fundamental. Si bien esta calificación es generalmente válida para las libertades de hacer, es inoperante para las libertades que, en sentido

diciembre de 1982, *Commune de Garches*, RDP 1983, pp. 211-215, nota R. DRAGO).

⁹²⁰ Véase § 262 *infra*.

⁹²¹ La carga de la prueba recae en el solicitante. El juez no calificará la infracción si el solicitante no aporta pruebas suficientes. Véase, por ejemplo, en relación con una alegación de violación de la libertad personal que no vaya acompañada de las justificaciones y elementos necesarios para establecer su existencia: CE, ord. 15 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Hamani, Lebon* p. 466.

⁹²² CE, ord. 10 de septiembre de 2003, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, n° 260015. Véase también CE, ord. 9 de diciembre de 2004, *Commune de Béziers*, n° 274852: la prohibición impuesta a los demandantes "de vivir en el edificio del que son propietarios afecta, no obstante, al ejercicio de una libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa".

⁹²³ Véase, en relación con una medida de extradición: CE, ord. 29 julio 2003, *Pegini, Lebon* p. 345. Sobre esta decisión, véase *supra*, § 127.

⁹²⁴ Véase, utilizando la expresión: CE, ord. 30 de diciembre de 2003, *SARL People*, n° 263135.

estricto, no se ejercen. En consecuencia, es preferible utilizar la fórmula más general de injerencia en el ámbito protegido por la libertad fundamental. Esto significa que la medida administrativa debe intervenir en el ámbito materialmente protegido por la libertad fundamental invocada. Debe afectar a uno de sus elementos constitutivos o componentes⁹²⁵. Numerosos ejemplos ilustran este requisito.

- 228.** Sin embargo, no hay infracción si la medida impugnada no interfiere con uno de los elementos protegidos por la libertad fundamental. Por ejemplo, dado que el principio de libre expresión del voto otorga el derecho a la comunicación *global* de la lista electoral, no se cuestiona en caso de negativa a comunicar esta lista *por separado* para cada colegio electoral⁹²⁶. El derecho al consentimiento médico está limitado cuando la elección del paciente corre el riesgo de causarle la muerte, pero no se cuestiona materialmente cuando el acto médico al que pretende oponerse es esencial para su supervivencia⁹²⁷. La imposibilidad de que un litigante esté físicamente presente en una vista organizada ante un tribunal administrativo de apelación no afecta a la posibilidad de garantizar eficazmente su defensa. No sólo los procedimientos ante este tribunal se llevan a cabo por escrito, sino que el demandante también puede estar representado por un abogado⁹²⁸. La libertad de asociación y el derecho de huelga protegen, respectivamente, la libertad de fundar y dirigir un sindicato y la libertad de interrumpir el trabajo. Estas libertades fundamentales no son cuestionadas por una circular emitida por el inspector de la autoridad educativa en la que se ordena a los directores de los centros escolares que elaboren un censo de las ausencias de los profesores de enseñanza primaria debidas a huelgas⁹²⁹. La finalidad de este censo, que consiste en efectuar deducciones de los salarios de los profesores en huelga, no impide en modo alguno la libertad de parar el trabajo ni obstaculiza el libre funcionamiento de los sindicatos.
- 229.** Por el contrario, la infracción puede ser cualificada cuando la medida controvertida interfiere en el ámbito materialmente protegido por una libertad. Por ejemplo, la ley reconoce a un paciente en un procedimiento de ingreso involuntario la libertad de comunicarse con las autoridades administrativas y judiciales, pero esta libertad se ve afectada por la prohibición de enviar comunicaciones a dichas autoridades, que se manifiesta verbalmente al interesado⁹³⁰. El derecho a llevar una vida familiar normal implica el derecho a permanecer con la familia. Por lo tanto, "habida cuenta de que una menor se encuentra temporalmente separada de cualquiera de sus progenitores como consecuencia de su internamiento en una zona de espera, el ejercicio de su derecho a una vida familiar normal se ve afectado"⁹³¹. Del mismo modo, dado que la libertad de empresa incluye la posibilidad de ejercer una actividad económica, se ve cuestionada por una decisión que ordena el cierre de un establecimiento comercial⁹³² o de un restaurante-discoteca.⁹³³
- 230.** Los ejemplos positivos y negativos extraídos de la libre administración de los entes locales, la libertad personal y el derecho de propiedad permiten comprender mejor el modo en que los tribunales distinguen entre las medidas que interfieren en el ámbito protegido por la libertad fundamental y las que se sitúan fuera de los límites definidos por esta última.

El principio de libre administración protege la autonomía de un ente local frente a la injerencia de terceros organismos públicos; no abarca las relaciones internas de dicho ente⁹³⁴. Por consiguiente, este principio no se cuestiona en caso de negativa a convocar un consejo municipal⁹³⁵ o de funcionamiento irregular de un sindicato

⁹²⁵ El planteamiento es idéntico en el contexto de la agresión, como ilustra en particular la jurisprudencia relativa a la libertad de asociación. Esta libertad se refiere a la libertad de constituir y gestionar asociaciones. No se cuestiona en caso de rescisión de un contrato por el que el municipio alquilaba uno de sus locales a una asociación (Civ. 1^{ère}, 19 de diciembre de 1995, *Ville d'Épinay-sur-Seine*, *Dr. adm.* 1996, n° 10; *D.* 1996, IR, p. 39). Por otra parte, se infringe al colocar un candado en la puerta de entrada a los locales de una residencia de ancianos gestionada como asociación (Civ. 1^{ère}, 24 de octubre de 1977, *Bull. civ.* I, n° 386).

⁹²⁶ CE, ord. 7 febrero 2001, *Commune de Pointe-à-Pitre*, *Lebon T.* p. 1129.

⁹²⁷ CE, ord. 16 de julio de 2002, *Feuillatey*, *Lebon* p. 309.

⁹²⁸ CE, ord. 3 de abril de 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Kurtarici*, *Lebon T.* p. 871.

⁹²⁹ CE, ord. 25 julio 2003, *Ministre de la Jeunesse, de l'Éducation et de la Recherche c/ Syndicat unifié des directeurs, instituteurs et professeurs des écoles de l'enseignement public Force ouvrière (SNUDI-FO)*, n° 258677, *AJDA* 2004, pp. 447-451, nota O. GRIMALDI

⁹³⁰ CE, 15 de mayo de 2002, *Baudoin*, n° 239487.

⁹³¹ CE, ord. 29 septiembre 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, n° 272584.

⁹³² CE, ord. 14 de marzo de 2003, *Commune d'Évry*, *Lebon T.* p. 931.

⁹³³ CE, ord. 16 de agosto de 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Basset*, n° 271148.

⁹³⁴ Véase V. HAÏM, "Référé-liberté et administration des collectivités territoriales", *AJDA* 2005, pp. 810-813.

⁹³⁵ CE, Secc. 18 de enero de 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles*, *Lebon* p. 18.

mixto del que una región no puede retirarse⁹³⁶. En cambio, el principio se cuestiona directamente cuando un municipio es incluido, sin su consentimiento, en un establecimiento público de cooperación intermunicipal⁹³⁷, o cuando dicho establecimiento ejerce prematuramente competencias que aún son competencia de los municipios miembros⁹³⁸.

La libertad personal, en la medida en que implica en particular la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes, puede aplicarse en caso de retorno de un extranjero a su país de nacionalidad. En tal caso, la vulneración de la libertad personal queda acreditada si las pruebas que obran en el expediente demuestran que el interesado estaría expuesto a un riesgo real para su persona⁹³⁹. En cambio, si el interesado no demuestra la existencia de tal riesgo, no puede considerarse que se haya vulnerado la libertad personal⁹⁴⁰.

El derecho de propiedad incluye el derecho de los vecinos a acceder libremente a la vía pública. Por ejemplo, este derecho se ve afectado cuando un terreno queda cercado como consecuencia de obras realizadas por las autoridades, privando a los interesados de toda posibilidad de acceso a su parcela⁹⁴¹. En cambio, no se ve afectado por la instalación de una barrera aguas arriba de un camino privado, siempre que dicha instalación no impida en modo alguno el uso del camino por sus propietarios y, en consecuencia, no les prive del acceso a sus parcelas⁹⁴². En el primer caso, se priva a los propietarios de la posibilidad de utilizar su propiedad; en el segundo, conservan el libre acceso a la misma. El derecho de propiedad también incluye la libre disposición de la propiedad en el sentido más amplio. Esta dimensión del derecho de propiedad se cuestiona en el caso de la incorporación a un campo de golf de una parcela perteneciente al demandante⁹⁴³, la decisión de talar árboles situados en una propiedad privada⁹⁴⁴, las medidas de inmovilización de vehículos de transporte⁹⁴⁵, el sacrificio del rebaño de vacas de un agricultor⁹⁴⁶, la denegación del uso de la fuerza pública para desalojar a los ocupantes ilegales de una propiedad privada⁹⁴⁷ o la retirada de una cadena colocada a la entrada de una carretera privada por sus copropietarios y la emisión de un decreto por el que se permite a todos los vehículos el libre acceso y estacionamiento en la carretera⁹⁴⁸. En cambio, una decisión relativa a la ocupación de un amarre no cuestiona la libre disposición de la propiedad. Tal decisión no afecta a la libertad, invocada por el demandante, "de disponer libremente del bien constituido por el buque Tuku Hentu"⁹⁴⁹. No priva ni obstaculiza la libre disposición de dicho bien por parte del interesado.

231. Por su propia naturaleza, ciertas decisiones interfieren con un elemento protegido por una libertad fundamental. Es el caso, por ejemplo, de la negativa a prestar ayuda policial para evacuar a los ocupantes ilegales de un edificio privado. Tal decisión vulnera en sí misma el derecho de propiedad⁹⁵⁰. Del mismo modo, la negativa a expedir o renovar un pasaporte a un ciudadano francés vulnera en sí misma la libertad de ir y venir⁹⁵¹. Por su objeto y sus características, este tipo de medidas vulneran siempre el derecho de

936 CE, 8 de marzo de 2002, *Région Languedoc-Roussillon*, n° 236587.

937 Véase CE, ord. 24 enero 2002, *Commune de Beaulieu-sur-Mer*, *Lebon T.* p. 873, *LPA* 14 marzo 2002, n° 53, pp. 17-18, nota N. KATTINEH (inclusión en una comunidad de aglomeración); CE, ord. 1^{er} mars 2006, *Ministre délégué aux collectivités territoriales c/ Commune de Salies-du-Salat*, n° 290417, mentionnée au recueil *Lebon* (inclusión dans une communauté de communes).

938 CE, 12 de junio de 2002, *Commune de Fauillet et autres*, *Lebon* p. 215. El establecimiento público de cooperación intermunicipal desposee a los municipios de parte de sus competencias antes de tiempo.

939 CE, ord. 14 de enero de 2005, *Bondo*, *Lebon T.* p. 915.

940 CE, ord. 20 diciembre 2001, *Chikib*, n° 241154.

941 CE, ord. 31 de mayo de 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, *Lebon* p. 253. Durante unas obras de reparación de la calzada y el pavimento, el ayuntamiento retiró la conexión a la calzada de cuatro locales utilizados como garajes o almacenes e hizo instalar bolardos para impedir el acceso de los vehículos. El juez dictaminó que "al impedir el libre acceso a los locales en cuestión desde la vía pública para el uso al que estaban destinados", el ayuntamiento vulneraba el derecho de propiedad.

942 CE, ord. 20 julio 2001, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, *Lebon* p. 388.

943 CE, ord. 22 octubre 2001, *Gonidec y Brocas*, n° 239165.

944 CE, ord. 8 noviembre 2005, *Moissinac Massenat*, *Lebon* p. 491.

945 CE, ord. 9 abril 2001, *Belrose et autres*, *Lebon T.* p. 1126.

946 CE, ord. 1^{er} de junio de 2001, *Ploquin*, *Lebon T.* p. 1126. Tal medida "suprime la libre disposición por un propietario de una parte de sus bienes y afecta así al ejercicio de una 'libertad fundamental' en el sentido de las disposiciones del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa".

947 Véanse las decisiones citadas *más adelante*, § 273.

948 CE, ord. 10 de septiembre de 2003, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, n° 260015.

949 CE, ord. 8 marzo 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, n° 265144.

950 Véase CE, ord. 21 noviembre 2002, *Gaz de France*, *Lebon* p. 408; CE, ord. 3 de enero de 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Société Kerry*, *Lebon T.* p. 928, p. 931; CE, ord. 15 de octubre de 2004, *Société Sud-Est réalisations*, n° 272934.

951 CE, ord. 9 enero 2001, *Depertthes*, *Lebon p. 1*; CE, ord. 11 de octubre de 2001, *Tabibou*, *Lebon T.* p. 1133; CE, ord. 20 de julio de 2004, *Mzimba*, n° 270044. Véase también, para una denegación de expedición de documento nacional de

propiedad, en el primer caso, y la libertad de circulación, en el segundo. Se inmiscuyen automáticamente en el ámbito protegido por la libertad. Por el contrario, hay otras decisiones que, por su propia naturaleza, es improbable que vulneren una libertad fundamental.

2. Medidas que no pueden vulnerar una libertad fundamental

232. El juez establece de manera general que determinadas categorías de medidas no constituyen, "por sí mismas", una vulneración de "una" o "ninguna" libertad fundamental. Este razonamiento, "un poco corto", señala el Sr. Chapus, "no es el más esclarecedor"⁹⁵². Dado que el juez se refiere a "una" libertad fundamental y no a la libertad fundamental específicamente invocada por el demandante, la formulación utilizada parece descartar la posibilidad de una vulneración en términos generales. En otras palabras, "una" es sinónimo de "todas"; la formulación utilizada parece significar que, en cualquier caso, ninguna libertad fundamental puede verse afectada por la medida controvertida. Cabe señalar que la ausencia de infracción sólo es válida para la medida en cuestión y porque presenta características específicas y constantes. El tribunal limita estrictamente el alcance de sus soluciones a un tipo particular de medida; se abstiene deliberadamente de utilizar fórmulas generales que se aplicarían más allá de la medida en cuestión. Por tanto, parece difícil generalizar las soluciones jurisprudenciales que se limitan deliberadamente a una medida concreta.

Este enfoque por tipo de medida nunca pretende ser absoluto. De hecho, también es posible caracterizar una violación de las libertades fundamentales en el caso de medidas que no son en sí mismas susceptibles de violar una libertad fundamental, en dos situaciones. En primer lugar, cuando los motivos del acto en cuestión revelan una vulneración de una libertad fundamental. En segundo lugar, cuando la medida se haya adoptado en condiciones o en un contexto que caractericen una "circunstancia particular", que haga que la medida pierda sus características tradicionales y, en consecuencia, justifique el abandono de la presunción de no vulneración establecida con respecto a ella.

233. Estas medidas incluyen, en primer lugar, la concesión de un permiso de obras. Dicha licencia, "cuya finalidad es garantizar que la construcción propuesta se ajusta a la normativa aplicable" y "que se concede con sujeción a los derechos de terceros", "no es en sí misma susceptible de vulnerar el derecho de propiedad"⁹⁵³. Cabría aventurar, a la vista del razonamiento adoptado por el auto, que esta solución pretende aplicarse a la expedición de cualquier autorización concedida con sujeción a derechos de terceros. En varias ocasiones, el Tribunal de Justicia ha declarado que la negativa a conceder una autorización determinada no vulnera en sí misma una libertad fundamental. Por ejemplo, "la negativa a asignar un lugar en el dominio público para acoger la Foire du Trône, en respuesta a las solicitudes de los demandantes, no puede considerarse que vulnere una libertad fundamental, aunque tenga como efecto privarles de la posibilidad de ejercer su actividad comercial"⁹⁵⁴. Del mismo modo, "la denegación de la autorización a un establecimiento comercial para ocupar el dominio público municipal con vistas a la instalación de una terraza, aun cuando repercuta en el atractivo comercial de ésta, no puede considerarse en sí misma atentatoria contra una libertad fundamental"⁹⁵⁵. Lo mismo cabe decir de la

identidad: CE, ord. 11 de marzo de 2003, *Samagassi, Lebon p. 119*; CE, ord. 22 de agosto de 2003, *Cohen, n° 259583*.

⁹⁵² R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, n° 1598.

⁹⁵³ CE, ord. 11 de octubre de 2001, *Commune de Saint-Bauzille-de-Putois, Lebon p. 462*. En este caso, no podía considerarse que la concesión de la licencia urbanística controvertida implicara, por sí misma, una usurpación de los terrenos adyacentes - siempre que se hubieran tenido en cuenta los derechos de terceros- ni que, en consecuencia, vulnerara una libertad fundamental. En una línea similar, pero sin utilizar la expresión "por sí misma", el juge du déféré-liberté sostuvo que una orden municipal por la que se concede una licencia urbanística no se encuentra "entre los actos contemplados en el artículo 3 como susceptibles de atentar contra las libertades públicas o individuales" (CE, ord. 11 de diciembre de 1984, *Commissaire de la République du département de la Charente-Maritime*, n° 64-388, extracto citado en S. MARTIN, *Contrôle a posteriori de la légalité des actes des collectivités locales*, Berger-Levrault, 1990, pp. 228-229). Véase en el mismo sentido, para la autorización de creación de un estanque: CE, ord. 10 de enero de 1985, *Doret, AJDA 1985*, p. 366, nota H. PERINET-MARQUET.

⁹⁵⁴ CE, ord. 6 abril 2001, *Lapere et autres*, n° 232135. Esta solución debe leerse en relación con la jurisprudencia constante del Conseil d'Etat, que descarta invocar el principio de libertad de comercio e industria para actividades cuyo ejercicio está sujeto a autorización administrativa previa (véase, por ejemplo, CE, Ass., 21 de noviembre de 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens, Lebon p. 578*).

⁹⁵⁵ CE, ord. 16 de septiembre de 2002, *Société EURL La Cour des miracles, Lebon T. p. 314*. Para una decisión del colegio de cirujanos dentistas por la que se deniega a un profesional el traslado del domicilio social de su consulta, véase CE, ord. 9 febrero 2001, *Philippart et Lesage*, n° 230112. De forma análoga, el juge de l'excès de pouvoir considera que un decreto que prevé la expedición de autorizaciones de ocupación privada del dominio público "no vulnera, en sí mismo, el principio de libertad de comercio e industria" (CE, 11 de febrero de 1998, *Ville de Paris, Lebon p. 146, AJDA 1998*, p. 527, concl. G.

retirada de una autorización cuando el titular deja de reunir las condiciones legales para beneficiarse de ella⁹⁵⁶.

Del mismo modo, "una autoridad administrativa no vulnera una libertad fundamental cuando adopta *medidas relativas al ejercicio de una actividad profesional regulada*, en las condiciones y por los motivos previstos por la ley y las disposiciones reglamentarias dictadas para su aplicación"⁹⁵⁷. Por ejemplo, en la decisión *Hoffer* de 18 de septiembre de 2002, la Asamblea de la Polinesia Francesa supeditó la explotación de empresas de taxis a la posesión de un certificado de competencia. El juez de medidas provisionales dictaminó que la organización, de conformidad con las normas establecidas por esta decisión, de un examen previo a la expedición de los certificados de competencia no podía considerarse una vulneración de una libertad fundamental⁹⁵⁸. Debe señalarse que, en tal caso, el obstáculo para calificar la infracción se deriva de la naturaleza de la medida y no del hecho de que la infracción esté prevista por la ley. Contrariamente a lo que a veces se afirma, una infracción, aunque esté prevista por la ley, no deja de ser una infracción en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa⁹⁵⁹.

Otra categoría parecen ser las sanciones adoptadas por la administración a raíz de una falta cometida por el demandante. Con su comportamiento, el demandante ha infringido las disposiciones legislativas y reglamentarias. Ha cometido una infracción que le expone a una sanción prevista en los textos⁹⁶⁰. Se ha colocado en una situación ilegal y se expone a las consecuencias previstas por la ley. Por esta razón, el juez de medidas provisionales estimó que "una medida de exclusión de un alumno de un liceo por motivos disciplinarios no puede considerarse atentatoria contra una libertad fundamental"⁹⁶¹. También declaró "que una decisión, aunque sea ilegal, de excluir a un empleado público por motivos disciplinarios no constituye en sí misma una violación de una libertad fundamental en el sentido de las disposiciones mencionadas del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa"⁹⁶². En un auto de 15 de marzo de 2002, el juez declaró "que si bien la negativa de la administración a devolver el permiso de conducir al Sr. Delaplace incide en las condiciones en las que puede ejercer su profesión de conductor de reparto (...), esta negativa no vulnera en sí misma una libertad fundamental"⁹⁶³.

BACHELIER).

⁹⁵⁶ Así, "la decisión por la que, en el ejercicio de las facultades que le confiere el Código de la Aviación Civil en relación con la actividad regulada de transportista aéreo, el Ministro responsable de los transportes pone fin a una licencia de explotación de transportista aéreo por haber *dejado de cumplirse las condiciones a las que* está sujeta la expedición de dicha licencia, no puede considerarse que vulnera una libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa" (CE, auto de 10 de febrero de 2003, *Société d'exploitation AOM-Air-liberté*, nº 254029).

⁹⁵⁷ CE, ord. 24 febrero 2003, *Vincendeau*, nº 254362. En el presente caso, la decisión por la que el Prefecto, en aplicación de las disposiciones combinadas del Código del Medio Ambiente y del Código Rural, suspendió durante un año las licencias de pesca concedidas al demandante, no puede considerarse que vulnera una libertad fundamental.

⁹⁵⁸ CE, ord. 18 de septiembre de 2002, *Hoffer*, nº 250331.

⁹⁵⁹ Cf. CE, ord. 24 enero 2002, *Commune de Beaulieu-sur-Mer*, *Lebon T.* p. 873: "Considerando que el hecho de que un decreto de creación de una comunidad de aglomeración incluya un municipio sin su consentimiento afecta a la libre administración de las entidades territoriales, que constituye una libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2 du code de justice administrative; qu'il en va ainsi, *alors même que cette éventualité est expressément prévue par les dispositions de l'article L. 5211-5 du code général des collectivités territoriales*". Véase también CE, ord. 9 de diciembre de 2004, *Commune de Béziers*, nº 274852: "incluso si, como alega el municipio recurrente, la prohibición de residir forma parte de las medidas de policía de seguridad que puede adoptar el alcalde sobre la base de las disposiciones mencionadas del Code général des collectivités territoriales, la prohibición de que los Sres. y Sra. Rousset de vivir en el edificio de su propiedad no afecta al ejercicio de una libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa".

⁹⁶⁰ Por lo que se refiere a las licencias de transporte por carretera, "cuando el prefecto hace uso, en las condiciones y por los motivos previstos por la ley, de su facultad de retirar licencias previamente concedidas, no puede considerarse que vulnera una libertad fundamental" (CE, ord. 26 marzo 2002, *Société Route Logistique Transports*, *Lebon* p. 114). El artículo 37 de la ley de 30 de diciembre de 1982 relativa a los transportes nacionales prevé que las licencias de transporte por carretera pueden retirarse temporal o definitivamente en caso de infracción de las disposiciones relativas al transporte, las condiciones de trabajo y la seguridad. La sociedad Route Logistique Transports había cometido diversas infracciones que entraban en el ámbito de aplicación del artículo 37. Al retirar las licencias anteriormente concedidas, no puede considerarse que el Prefecto haya vulnerado una libertad fundamental. Del mismo modo, "cuando el prefecto hace uso, en las condiciones y por los motivos previstos por la ley, de su facultad de retirar o no renovar la autorización anteriormente concedida a una autoescuela, no puede considerarse que vulnera una libertad fundamental" (CE, ord. 1^{er} mars 2002, *Bonfils*, *Lebon* p. 69). El Sr. Bonfils había sido condenado por enseñar a conducir vehículos terrestres a motor sin ser titular de un permiso personal de enseñanza. De las disposiciones combinadas de los artículos L. 213-1, L. 213-3 y R. 212-4 del Código de la Circulación se desprende que no se puede expedir un permiso de enseñanza a las personas que hayan sido condenadas por enseñar a conducir sin permiso. Por la mera aplicación de estas disposiciones, no puede considerarse que el prefecto vulnera una libertad fundamental. Del mismo modo, cuando la autoridad administrativa hace uso, en las condiciones y por los motivos previstos por la ley, de la facultad de ordenar el cierre definitivo de un establecimiento privado de acogida de personas mayores, basándose en que el establecimiento no ha solicitado la autorización necesaria para su ampliación, no puede considerarse que vulnera una libertad fundamental (CE, ord. 29 de abril de 2004, *Département du Var*, nº 266902).

⁹⁶¹ CE, 29 de noviembre de 2002, *Arakino*, *Lebon* p. 422.

⁹⁶² CE, ord. 27 junio 2002, Centre hospitalier général de Troyes, *Lebon* p. 228.

⁹⁶³ CE, ord. 15 de marzo de 2002, *Delaplace*, *Lebon* p. 105.

También entran en esta categoría otras decisiones en casos individuales, como el traslado de un funcionario en interés del servicio⁹⁶⁴, una orden de traslado dictada en un procedimiento de expropiación⁹⁶⁵, las condiciones en las que una persona jurídica de derecho público aplica las normas relativas a la continuación de los contratos de trabajo en caso de traspaso de una empresa, que "no puede considerarse que afecten por sí mismas al ejercicio de una libertad fundamental"⁹⁶⁶ o la expulsión ordenada por la autoridad administrativa a raíz de una condena de destierro del territorio francés dictada por el juez penal⁹⁶⁷.

234. La reserva de circunstancias particulares, ausente en las primeras decisiones, pareció posteriormente atemperar el alcance de formulaciones que parecían excluir en principio y en toda circunstancia la posibilidad de una infracción⁹⁶⁸. La cuestión de la determinación del Estado responsable de una solicitud de asilo ilustra cómo, en circunstancias particulares, puede dejarse de lado una presunción de no infracción. En principio, el derecho de asilo no puede ser "vulnerado por el mero hecho de que las disposiciones (...) del apartado 1 del artículo 10 de la Ley de 25 de julio de 1952 hayan sido aplicadas a un extranjero que haya presentado una solicitud de asilo cuyo examen sea competencia de otro Estado (...) "⁹⁶⁹. En el auto *Nikoghosyan*, el juez de medidas provisionales declaró que la aplicación del procedimiento de determinación del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo "no puede vulnerar por sí misma la libertad fundamental de solicitar el estatuto de refugiado"⁹⁷⁰. Sin embargo, esta norma general puede quedar anulada en circunstancias concretas y, en función del comportamiento de las autoridades, puede constituir una vulneración de una libertad fundamental. Por ejemplo, en la sentencia *Nikoghosyan* antes citada, el juez declaró que la libertad de solicitar el estatuto de refugiado "se vería comprometida si la solicitud se examinara sin la presencia del solicitante, que es el único que está en condiciones de proporcionar la justificación requerida y responder a las preguntas de las

964 CE, auto de 28 de enero de 2003, *Renard*, n° 253617: "la decisión de trasladar a un soldado en interés del servicio no constituye en sí misma una vulneración de una libertad fundamental".

965 Estas resoluciones "no son en sí mismas susceptibles de causar una injerencia grave y manifiestamente ilícita en el derecho de propiedad del demandante" en la medida en que no dan lugar a una transferencia de propiedad (TA Orléans, ord. 19 de febrero de 2001, *Gallean*, *AJDA* 2001, pp. 780-783, nota de R. HOSTIOU; *AJDI* 2002, pp. 20-21, obs. S. GILBERT y E. SIMONET). Estos decretos no afectan directamente al derecho de propiedad del demandante. Sólo con la orden de expropiación, que es competencia de los tribunales, pueden verse afectados los derechos de los interesados.

966 CE, ord. 13 de marzo de 2002, *Mori et autres*, *Lebon* p. 101.

967 Cuando un extranjero es condenado a expulsión por un tribunal penal, la orden prefectoral de expulsión no vulnera por sí misma su libertad de circulación ni su derecho al respeto de la vida familiar. La orden de expulsión es, en principio, la consecuencia necesaria de la orden de inadmisión dictada por el tribunal penal. En virtud del artículo 27 de la Orden de 2 de noviembre de 1945, una orden de expulsión "implica automáticamente la expulsión del condenado a la frontera". Esto significa que el prefecto está obligado a ordenar esta medida; en realidad, la infracción se deriva de la decisión del tribunal penal de imponer la orden de expulsión. Dado que no tiene margen de iniciativa para ejecutar la orden de expulsión y que no está obligada a hacer ninguna evaluación de la misma, no puede considerarse que la administración vulnere por sí misma una libertad fundamental (CE, ord. 27 de marzo de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, *Lebon* p. 158; CE, ord. 15 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Hamani*, *Lebon* p. 466, no. 239022; CE, ord. 21 de diciembre de 2001, *Mahmoudi*, no. 241188; CE, ord. 17 de diciembre de 2002, *Batoudounou Ntoumi*, n° 252479; CE, 12 de julio de 2002, *Oulai Doué*, n° 245141). Ante el juez de expulsión, dicha solicitud se sanciona por motivos de admisibilidad (CE, ord. 2 de diciembre de 1991, *Beya*, *Lebon T.* p. 944). Cabe señalar que la decisión por la que se determina el país de retorno puede, si expone al interesado a riesgos del tipo contemplado en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, considerarse que atenta contra su libertad personal o su libertad individual (CE, ord. 27 de marzo de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, *Lebon* p. 158; CE, ord. 15 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Hamani*, *Lebon* p. 466, n° 239022; CE, ord. 20 de diciembre de 2001, *Chiké*, n° 241154). Esta solución se ajusta a la jurisprudencia que se ha desarrollado sobre la base del artículo 22 bis de la Orden de 2 de noviembre de 1945. En caso de expulsión del territorio francés, el juez encargado de la expulsión considera que la decisión que determina el país de expulsión es una medida administrativa susceptible de recurso (CE, dictamen de 26 de mayo de 1995, *Stein*, *Lebon T.* p. 716). Al tomar esta decisión, la administración dispone de un poder discrecional; la medida adoptada ya no es la consecuencia necesaria de la condena dictada por el tribunal penal.

968 Véase, por ejemplo, CE, ord. 23 de marzo de 2004, *Chapron*, n° 265735: "la modificación temporal del régimen de detención que resulta para el interesado de su internamiento en una celda disciplinaria, en las condiciones previstas por el artículo D. 251-3 del código de procedimiento penal, no puede por sí sola y en ausencia de circunstancias particulares, considerarse que afecta gravemente" a la libertad de ir y venir.

969 CE, ord. 2 mayo 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Dziri*, *Lebon* p. 227. En consecuencia, el juez de medidas provisionales declaró: "el Ministro del Interior tiene derecho a sostener que al considerar que la incoación de un procedimiento de readmisión en España del matrimonio Dziri y de sus hijos constituía una violación grave y manifiestamente ilegal del ejercicio por éstos de la libertad fundamental que constituye el derecho de asilo y al ordenar al Prefecto de Haute-Garonne que les expidiera un permiso de residencia válido hasta que las autoridades francesas se pronunciaran sobre su solicitud, el juez de medidas provisionales del Tribunal Administrativo de Toulouse aplicó erróneamente las normas constitucionales, convencionales y legislativas aplicables y, en consecuencia, solicitó la anulación del auto impugnado". Véase en el mismo sentido CE, ord. 4 de septiembre de 2003, *Thanattikal*, *Lebon T.* p. 928; CE, 3 de mayo de 2004, *Dogan épouse Antil*, *Lebon T.* p. 854.

970 CE, ord. 25 noviembre 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ Nikoghosyan*, *Lebon T.* p. 927.

autoridades encargadas de examinar el caso". En las circunstancias muy específicas de este caso, el Prefecto vulneró el derecho a que la solicitud de asilo sea examinada con arreglo a las garantías pertinentes. En efecto, al colocar al solicitante de asilo ante la alternativa de dejar a su familia para que apoye su solicitud de asilo en otro Estado parte en el Convenio de Dublín de 15 de junio de 1990, o de hacer examinar la solicitud en su ausencia por un período de tiempo indeterminado, la Administración vulneró la libertad fundamental de solicitar el estatuto de refugiado. Al imponer tal elección al solicitante, el prefecto vulnera, "según los casos, bien su derecho al respeto de la vida familiar, bien su derecho a beneficiarse de un procedimiento de examen de su solicitud de asilo que respete las garantías que deben acompañarle". Lo que se cuestiona aquí no es el procedimiento de readmisión en el Estado competente, sino las circunstancias particulares en las que tiene lugar. Por tanto, la infracción es material.

Sin embargo, para que un tribunal reconozca la existencia de una infracción en el sentido del artículo L. 521-2, no basta con estar dentro del ámbito protegido por una libertad fundamental. La persona que alega la infracción también debe ser beneficiaria de esa libertad.

B. Impugnación del beneficiario de la libertad fundamental (rationae personae)

235. El solicitante debe tener capacidad o título para hacer uso de la libertad que reclama. Está claro que no cualquier individuo puede reclamar el beneficio de cualquier libertad fundamental. Sólo los beneficiarios de una libertad fundamental pueden invocar su violación. Las personas que no entran en el círculo de beneficiarios de una libertad no pueden, por hipótesis, alegar que ésta ha sido vulnerada.

En consecuencia, los extranjeros no gozan de los mismos derechos que los franceses. En particular, al estar "sujetos a medidas específicas que regulan su entrada y residencia en Francia", no gozan, "a diferencia de los nacionales, de la libertad de entrar en el territorio"⁹⁷¹. Con la misma lógica, un extranjero ilegal no puede invocar las libertades concedidas a los extranjeros legales. En particular, "no puede reivindicar la libertad de ejercer una profesión en territorio francés ni beneficiarse de los derechos sociales que de ella se derivan"⁹⁷². A la inversa, y en aplicación de los mismos principios, un extranjero residente legal puede reivindicar el beneficio de estos derechos e invocar su violación ante el juez de medidas provisionales.⁹⁷³

La condición de beneficiario de una libertad fundamental puede depender de parámetros distintos de la nacionalidad o la residencia legal en suelo francés. Por ejemplo, el derecho a llevar una vida familiar normal está reservado a las personas que son miembros de una familia en sentido jurídico. No se cuestiona en caso de denegación de entrada a hijos que sólo están emparentados con el solicitante por adopción simple según el Derecho malgache, que no tiene los mismos efectos que la adopción simple según el Derecho francés⁹⁷⁴. Del mismo modo, el juez de facto se niega a que las personas que no son propietarias de un bien puedan invocar una violación del derecho de propiedad en apoyo de su demanda. Así, ni el arrendatario de un inmueble⁹⁷⁵ ni el titular de una concesión sobre el dominio público⁹⁷⁶ pueden invocar una vulneración de este derecho.

236. Además, la supuesta vulneración de una libertad fundamental debe ser directa y personal. En el auto *Meyet* de 17 de abril de 2002, el juez de medidas provisionales declaró que el demandante debe verse "afectado directa y personalmente por la violación de la libertad fundamental de la que se vale"⁹⁷⁷. El demandante consideraba que el Conseil supérieur de l'audiovisuel había vulnerado el libre ejercicio del sufragio al no imponer a Canal + la obligación de tratar equitativamente a los distintos candidatos a las elecciones presidenciales en su programa satírico "Les Guignols de l'info". El juez declaró que, únicamente en su calidad de elector, el demandante no había sufrido ningún perjuicio directo y personal. El juez administrativo no aceptó ninguna infracción indirecta o que no afectara personalmente al demandante.

El perjuicio, que se caracteriza desde un punto de vista material y personal, también debe caracterizarse desde un punto de vista temporal.

⁹⁷¹ CE, ord. 4 de marzo de 2002, *Timor*, n° 243653.

⁹⁷² CE, ord. 5 marzo 2001, *Préfet de l'Hérault c/ Hajjaj, Lebon T.* p. 1130. Esta decisión precisa que "el ejercicio de los derechos y libertades de que pueden disfrutar los extranjeros en territorio francés está supeditado a la legalidad de su entrada y residencia con respecto a las leyes y reglamentos aplicables y a los convenios internacionales".

⁹⁷³ CE, ord. 11 de junio de 2002, *Aït Oubba, Lebon T.* p. 869.

⁹⁷⁴ CE, ord. 12 de septiembre de 2001, *Langard*, n° 238106.

⁹⁷⁵ Véase Civ. 1^{ère}, 18 de junio de 1974, *Bull. civ. I*, n° 197.

⁹⁷⁶ Civ. 1^{ère}, 27 de mayo de 1975, *Legros c/ Maire de Saint-Lunaire*, *Bull. civ.* n° 178.

⁹⁷⁷ CE, ord. 17 de abril de 2002, *Meyet, Lebon T.* p. 870.

C. Daños constatados (*rationae temporis*)

237. Para ser calificada por el tribunal, la infracción debe existir el día en que se le somete el asunto, lo que presupone que su ocurrencia es cierta y está probada. La situación ilícita debe existir ya. Si el asunto se remite al tribunal demasiado pronto, antes de que la infracción haya comenzado, o demasiado tarde, después de que haya cesado, no podrá considerarse que se cumple el requisito de la infracción en el sentido del artículo L. 521-2978 .

238. La infracción no puede calificarse prematuramente, es decir, incluso antes de que se produzca la situación controvertida.

Por ejemplo, no puede haber vulneración del derecho de propiedad, desde un punto de vista temporal, cuando la autoridad administrativa se abstiene de prestar la asistencia de la fuerza pública durante la tregua invernal prevista en el artículo L. 613-3 del Code de la construction et de l'habitation⁹⁷⁹ . Cuando la legislación prohíbe actuar a la Administración, no puede considerarse que ésta vulnera una libertad fundamental al no hacerlo. Entre el 1^{er} de noviembre de un año y el 15 de marzo del año siguiente, el hecho de que el Prefecto no preste asistencia policial no puede considerarse una vulneración del derecho de propiedad. Dado que las disposiciones de este texto impiden al Prefecto adoptar las medidas solicitadas antes del 16 de marzo, el demandante "no puede invocar la falta de actuación de la autoridad administrativa antes de esa fecha para demostrar la existencia de una vulneración de una libertad fundamental"⁹⁸⁰ .

Del mismo modo, una simple intención expresada por la autoridad administrativa, que en sí misma no produce ningún efecto inmediato, no puede analizarse como una violación de una libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2. Así, "la decisión del alcalde de Castelnau-le-Lez, hecha pública el 11 de octubre de 2001 en un comunicado de prensa, de dejar en el futuro de expedir certificados de acogida que permitan a las familias del municipio alojar a extranjeros que no pertenezcan a la Comunidad Europea, que anuncia una intención y no impide, en cualquier caso, que otras autoridades expidan los certificados solicitados, no produce por sí misma ningún efecto concreto e inmediato sobre el ejercicio por una persona determinada de una libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa"⁹⁸¹ . *A fortiori*, no puede haber vulneración de una libertad fundamental cuando se demanda a la Administración por una situación jurídica que aún no se ha establecido⁹⁸² .

239. ¿Debe esta exigencia llevar a excluir toda infracción futura del ámbito de aplicación de la medida cautelar? La redacción del artículo L. 521-2 parece excluir toda posibilidad de intervención preventiva al referirse a una infracción que la administración "hubiera cometido" de una libertad fundamental. Sin embargo, como señala el profesor Chapus, "una redacción involuntariamente restrictiva no podría excluir la posibilidad, que todo recomienda evidentemente, de una medida cautelar preventiva"⁹⁸³ . En efecto, exigir al solicitante que espere a sufrir efectivamente una infracción que sabemos con certeza que se producirá sería contrario al espíritu y a la finalidad de este procedimiento. Además, el propio interés de una medida cautelar urgente es poder evitar que se produzca un posible perjuicio. Por lo tanto, para dar pleno efecto al procedimiento de medidas cautelares, el juez administrativo no aplicó literalmente esta disposición.

Siguiendo el ejemplo del juez que se ocupó de la injerencia de facto⁹⁸⁴ , aceptó que la injerencia podía ser

978 Si la situación litigiosa ha cesado en el momento de presentar la demanda o de dictar sentencia, el tribunal no se pronunciará sobre los requisitos para estimar la demanda y declarará la inadmisibilidad de la demanda en el primer caso, y el sobreseimiento en el segundo. Véase el artículo 384.

979 Sobre esta disposición, véase el § 273.

980 CE, ord. 10 de marzo de 2003, *Commune de Nice*, n° 254838.

981 CE, ord. 18 de octubre de 2001, *Association groupe local cimade Montpellier*, n° 239071.

982 Véase CE, ord. 24 de diciembre de 2002, *Dondeynas-Shai*, n° 252690. En una petición registrada en la secretaría judicial el 19 de diciembre de 2002, la demandante alegó que la administración le había denegado ilegalmente el derecho a inscribirse en un examen profesional en febrero de 2002 y pidió al juez de medidas provisionales que ordenara a la administración que autorizara su inscripción en el examen que se celebraría en febrero de 2003. El juez declaró que "a falta de posición de la administración en cuanto a su derecho a inscribirse en este futuro examen, la demandante no puede, en el estado de la investigación, invocar ninguna violación de una de sus libertades fundamentales".

983 R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, n° 1594.

984 Véase TC, 18 de diciembre de 1947, *Hilaire c/ Kigen, Lebon* p. 516, *D.* 1948, p. 62, nota M. FREJAVILLE, *JCP G* 1948, II, 4087, nota G. VEDEL; TC 26 de febrero de 1948, *Dame veuve Puget c/ Arnaudon, Lebon* p. 507; TC 25 de mayo de 1950, *Société nationale des entreprises de presse, Lebon* p. 660; TC 17 de diciembre de 1962, *Société civile du domaine de Comteville, Lebon* p. 830, *RDP* 1963, p. 317. El juez exige que la decisión vaya acompañada de medidas de ejecución en una fecha determinada (TC, 4 de noviembre de 1996, *Vanères et Laure Robert, GP* 1997, 2, p. 732; TC, 5 de julio de 1999, *Préfet du Calvados, Lebon* p.

futura si se refería a una medida ya promulgada pero aún no aplicada. El procedimiento de medidas provisionales está a disposición del solicitante cuando, en principio, la infracción ha sido decidida por la administración. Para ello, debe incluir una fecha concreta para la ejecución. Una vez decidida la medida, se puede calificar la infracción sin tener que esperar a que se adopten las medidas de ejecución. En consecuencia, una persona puede iniciar una *référé-liberté* para obtener, con carácter preventivo, la protección de sus libertades fundamentales. En la sentencia *Ploquin* de 1^{er} de junio de 2001, el juez administrativo aceptó que se vulneraba el derecho de propiedad en el caso de una orden prefectural que obligaba a sacrificar el ganado en el plazo de un mes. Aunque esta medida es de carácter futuro, afecta definitivamente a la libre disposición de los bienes del ganadero y, por tanto, al ejercicio de una libertad fundamental⁹⁸⁵. Del mismo modo, en un auto de 3 de agosto de 2005, el juez de medidas provisionales del tribunal administrativo de Toulouse admitió que la libertad religiosa había sido vulnerada por una decisión del alcalde del municipio de Massat de organizar espectáculos y actos públicos en la iglesia del municipio del 4 al 15 de agosto de 2005⁹⁸⁶.

La vulneración de una libertad fundamental, que debe constituirse desde un punto de vista material, personal y temporal, puede resultar de la finalidad de un acto administrativo o de su motivación.

II. Origen de los daños

240. La primera forma de infracción, que se refiere al *contenido* de un acto administrativo, es relativamente clásica. Corresponde a los casos en que el acto o la acción de la autoridad pública interfiere, por su finalidad o sus efectos, en el ámbito protegido por una libertad fundamental. Así ocurre, por ejemplo, cuando la Administración retira y retiene los documentos de identidad de una familia⁹⁸⁷, se niega a poner un local municipal a disposición de un partido político⁹⁸⁸ u ordena el cierre de un establecimiento comercial⁹⁸⁹. Del mismo modo, un acto también puede vulnerar una libertad fundamental si su finalidad no es restringir una libertad, pero puede, no obstante, tener ese efecto. Así, "la decisión por la que el inspector de trabajo se niega a autorizar el despido de un trabajador protegido, que le es solicitado por actos de acoso moral a sus subordinados, puede, *por sus consecuencias*, vulnerar una libertad fundamental"⁹⁹⁰.

241. La infracción puede también, de manera más original, resultar de la *motivación* de una decisión administrativa. Esta solución innovadora se consagró en la sentencia *Casanovas* de 28 de febrero de 2001⁹⁹¹. El demandante, el Sr. Casanovas, era capitán en prácticas del cuerpo de bomberos. Fuera del servicio, era un militante político que había participado, en particular, en la creación de una asociación de apoyo a los miembros del grupo Action directe. Mediante resolución de 25 de junio de 1999, el Prefecto de Meurthe-et-Moselle y el Presidente de la Comunidad Urbana de Nancy le denegaron el estatuto definitivo y pusieron fin a sus funciones de capitán de bomberos en prácticas. Esta decisión se justificaba, según sus autores, por su inadaptación profesional. El Sr. Casanovas se considera víctima de su posición política al margen del servicio y de su relación con militantes de extrema izquierda. Afirma que la decisión de despedirle no se adoptó por su supuesta inadecuación profesional, sino por sus opiniones políticas. Solicitó al juez de medidas provisionales que suspendiera la orden de 25 de junio de 1999 sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. El juez de medidas provisionales del Tribunal Administrativo de Nancy declaró, en una fórmula que pretendía tener un alcance general, que "la decisión de poner fin a la relación laboral de un funcionario público, a raíz de una denegación de titularidad, no es, en sí misma y cualesquiera que sean los motivos, susceptible de atentar contra una libertad fundamental". A raíz de un recurso, el Conseil d'Etat censuró este auto y consagró el principio de que la motivación de una decisión puede, en ciertos casos, "revelar" una vulneración de una libertad fundamental que no se desprendería únicamente de la finalidad de la decisión. Como señaló el Comisario del Gobierno, el juez de medidas provisionales no debe "limitarse a examinar la finalidad aparente de una medida"; le

459). Cuando la administración ha anunciado la ejecución de su decisión de forma inminente, con fecha cierta, el juez civil de procedimiento sumario puede prohibir que se adelante. El apartado 1 del artículo 809 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil establece una base jurídica para la intervención del juez civil de procedimiento sumario para impedir que se ejecute un acto ilícito, además de una perturbación manifiestamente ilícita (que corresponde a un acto ilícito que ya se ha ejecutado) y un daño inminente (que corresponde a un acto ilícito que está en curso de ejecución).

985 CE, ord. 1^{er} junio 2001, *Ploquin*, *Lebon T.* p. 1126.

986 Auto confirmado por el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat: CE, ord. 25 agosto 2005, *Commune de Massat*, *Lebon* p. 386.

987 CE, ord. 2 abril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel*, *Lebon* p. 167.

988 CE, ord. 19 de agosto de 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311.

989 CE, ord. 14 de marzo de 2003, *Commune d'Evry*, *Lebon T.* p. 931.

990 CE, 4 de octubre de 2004, *Société Mona Lisa investissements et autres*, *Lebon* p. 362.

991 CE, Secc. 28 de febrero de 2001, *Casanovas*, *Lebon* p. 108.

corresponde "buscar su alcance real, que puede revelar su motivación"⁹⁹². Así pues, el Conseil d'Etat examinó si, como sostenía el demandante, la decisión de despedirle se había adoptado a causa de sus opiniones políticas. Basándose en el expediente, el Consejo constató que la decisión "no se adoptó a causa de las opiniones que el interesado hubiera podido expresar fuera del servicio, sino a causa de su inadaptación profesional". En estas circunstancias, "no vulnera ninguna libertad fundamental".

La jurisprudencia *Casanovas fue* confirmada posteriormente, principalmente en el contencioso de la función pública⁹⁹³, pero también fuera de este ámbito⁹⁹⁴. Hasta la fecha, no ha habido ninguna aplicación positiva: ninguna decisión administrativa sometida al juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat ha sido considerada contraria a una libertad fundamental por sus motivos.

El concepto de motivos, en el sentido de esta jurisprudencia, debe aclararse. ¿Se trata de *motivos de hecho* en el sentido que les da el juez de l'excès de pouvoir, o de *motivos* en el sentido utilizado para caracterizar un abuso de poder? Estos dos conceptos deben distinguirse. El motivo es objetivo⁹⁹⁵; corresponde a aquello en lo que se "basa" la decisión⁹⁹⁶. En cambio, el motivo es subjetivo; corresponde a la intención del autor de un acto⁹⁹⁷, la "finalidad" por la que se tomó la decisión. Mientras que los motivos son los "determinantes psicológicos" de la decisión, el concepto de razones está "unido por naturaleza a los datos fácticos de la decisión"⁹⁹⁸. La Sra. Rouault afirma que el control efectuado por el juez de medidas provisionales en virtud de la jurisprudencia *Casanovas* "se aproxima al de la desviación de poder, ya que el juez "sondea los corazones y las mentes" de la Administración"⁹⁹⁹. Asimismo, refiriéndose a esta jurisprudencia, el Comisario del Gobierno Pierre Collin afirma que "el caso de una

992 P. Fombeur, concl. sobre CE, Secc. 28 febrero 2001, *Casanovas*, RFD A 2001, p. 403.

993 En un auto de 27 de junio de 2002, el juez de medidas provisionales señaló, en relación con el despido de una empleada pública por motivos disciplinarios, "que en el caso que nos ocupa, no se ha demostrado ni siquiera alegado que la sanción impuesta a la Sra. Prieur se basara en motivos distintos de los disciplinarios y que revelaran una vulneración de una libertad fundamental" (CE, auto de 27 de junio de 2002, *Centre hospitalier général de Troyes, Lebon* p. 228). Cabe señalar que el juez planteó de oficio la existencia de una posible infracción basada en la motivación de la decisión, ya que ésta, según el auto, no había sido "alegada". Del mismo modo, en el caso de una solicitud de medidas provisionales presentada por un soldado destinado en la Guayana Francesa contra la decisión de repatriarlo a Francia continental, el juez de medidas provisionales declaró que "en el presente caso, no se ha demostrado que la medida adoptada contra el demandante se basara en motivos ajenos al interés del servicio y que pudieran revelar una vulneración de una libertad fundamental" (CE, auto de 28 de enero de 2003, *Renard*, n° 253617).

994 Véase, por ejemplo, en relación con la negativa a autorizar la instalación de una terraza en el dominio público: CE, ord. 16 de septiembre de 2002, *Société EURL La Cour des miracles, Lebon T.* p. 314. El juez indicó que podía vulnerarse una libertad fundamental "si la denegación se basaba en un motivo ajeno a las consideraciones de interés general susceptibles de justificarla con respecto a las exigencias de la buena utilización del dominio público". Dado que la empresa demandante no justificó que la denegación "se basara, como sostenía, en una animadversión personal vinculada al contexto político local", el juez de medidas provisionales descartó la vulneración de una libertad fundamental. Para una aplicación de la jurisprudencia *Casanovas* fuera del ámbito del servicio público, véase también CE, ord. 26 de junio de 2003, *Conseil départemental de parents d'élève de Meurthe-et-Moselle*, n° 257938. Los demandantes alegaron que se había vulnerado el principio de igualdad en la calificación de los exámenes de bachillerato. El juez señaló que "ciertas formas de discriminación pueden constituir, habida cuenta de los motivos en que se basan, violaciones de una libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa". Añadió que "en el presente caso, no se ha demostrado, ni siquiera alegado, que las condiciones en las que se realizó o se realizará la prueba de matemáticas que calificará el jurado puedan ser causa de discriminaciones basadas en motivos que las hagan parecer constitutivas de atentados contra una libertad fundamental".

995 El control de los motivos no implica datos psicológicos: "Si bien es cierto que, en el caso del control de los motivos, el juez administrativo reconstituye los hechos reales que han podido servir de base a una decisión, esforzándose por comprobar si estos hechos inspiraron realmente al autor de la decisión, no llega a interesarse por las segundas intenciones del administrador. La naturaleza de los motivos que el juez administrativo tiene en cuenta en su control es, pues, puramente objetiva" (S. KTISTAKI, *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 162, 1991, p. 4).

996 El concepto de motivos corresponde "a la situación de hecho que, en el caso concreto, ha hecho posible u obligatorio el dictado de un acto administrativo" (S. KTISTAKI, *op. cit.*, p. 2). Son "hechos anteriores a la decisión, o una situación existente en la fecha de la decisión, cuya existencia es condición de la legalidad de dicha decisión" (M. WALINE, "Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration", *EDCE* 1956, p. 31). La motivación es la justificación del contenido de la decisión. La autoridad sólo puede actuar si existen determinados elementos de hecho y sólo puede adoptar las medidas previstas por el texto o textos que le confieren esta competencia y precisan las modalidades de ejecución. En estas condiciones, "la motivación de un acto debe ser la prevista, explícita o implícitamente, por los textos que crearon el poder en virtud del cual se realiza este acto y que determinaron las modalidades de su ejecución" (F.-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 548).

997 Como señala M. Benoît, el motivo es "lo que impulsa al funcionario a hacer uso de su poder"; "es, pues, la razón que impulsa este acto, el fin que la autoridad se propone alcanzar; el motivo es la intención" (*op. cit.*, p. 543). "Un acto realizado por motivos ajenos a las consideraciones que corresponden al poder en cuestión está viciado de 'desviación de poder'" (*op. cit.*, p. 544).

998 S. KTISTAKI, *op. cit.* p. 2-3.

999 M.-C. ROUAULT, observaciones bajo CE, Secc. 28 febrero 2001, *Casanovas*, JCP G 2001, IV-3014, p. 2277.

posible desviación de poder debe reservarse siempre¹⁰⁰⁰. En sus resoluciones, el juez de medidas provisionales comprueba si la medida se basa en motivos ajenos a las consideraciones de interés general susceptibles de justificarla, y también, en su caso, si la intención del administrador revela una vulneración de una libertad fundamental. En los citados autos *Centre hospitalier général de Troyes* y *Renard*, el examen de los motivos y de las motivaciones es distinto, pero al mismo tiempo está vinculado por la conjunción copulativa "y". Así pues, estos dos aspectos son indisolubles: el juez de medidas provisionales no sólo revisa el "fundamento" de la decisión, sino que también examina, en primer lugar, la "finalidad" por la que actuó la administración¹⁰⁰¹. Para que se aplique esta jurisprudencia, no sólo es necesario que la decisión no se base en motivos que puedan justificarla, sino que además la Administración debe haber estado motivada por una intención ajena al objetivo de interés general que legalmente podía perseguir¹⁰⁰². Por tanto, el concepto de motivación debe entenderse en sentido amplio "como las "razones" para dictar el acto"¹⁰⁰³.

Sin embargo, la vulneración de una libertad fundamental no es suficiente. La ley también exige que la infracción sea grave y manifiestamente ilegal.

Sección 2.^a Infracción grave

242. El artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa exige que la violación de una libertad fundamental sea "grave"¹⁰⁰⁴. El requisito de que la infracción sea grave es una condición en sí misma. Expresa esencialmente la idea de una cierta intensidad de la infracción.

I. El requisito de seriedad: una condición en sí misma

243. ¿No es toda violación de una libertad fundamental "grave" por su propia naturaleza? Esta pregunta se planteó en cuanto entró en vigor la Ley de 30 de junio de 2000. Dada la eminencia de las libertades protegidas, ¿no debería considerarse grave cualquier vulneración de las mismas? El Comisario del Gobierno Laurent Touvet se pronunció en este sentido, afirmando en sus conclusiones sobre la sentencia *Commune de Venelles*: "Esta condición de gravedad de la infracción no debe prolongarse mucho tiempo cuando la condición de gravedad se refiere a la infracción de una libertad fundamental. No podemos imaginar que una infracción de una libertad fundamental no pueda ser 'grave'¹⁰⁰⁵. En otras palabras, toda vulneración de una libertad fundamental sería indicativa del grado de gravedad impuesto por el legislador. Según esta interpretación, la condición de gravedad debía considerarse cumplida ipso jure desde el momento en que se caracterizaba la vulneración de una libertad fundamental. Esta lectura generosa y relativamente libre de los términos del artículo L. 521-2 equivalía a limitar la infracción "grave" a la infracción "simple". Esta posición supuso una flexibilización de las condiciones de concesión del permiso. Al prescindir de una exigencia por parte del demandante, atenuaba el carácter excepcional de la medida cautelar en este punto.

244. Sin embargo, la interpretación propuesta por el Comisario del Gobierno se tomaba demasiadas libertades con respecto a la letra de la ley como para que el Conseil d'Etat la aprobara. En primer lugar, afirmar que toda vulneración de una libertad fundamental es necesariamente grave "equivaldría a decir que el legislador y el grupo de trabajo del Conseil d'Etat encargado de preparar la reforma habían establecido una condición sobreafluente para la aplicación del procedimiento sumario, lo que sería un insulto para ellos"¹⁰⁰⁶. En efecto, la posición del Sr. Touvet condujo a la supresión pura y simple de una de las condiciones para la concesión de medidas cautelares. El hecho de que la ley establezca el requisito de una infracción grave significa

1000 Dictamen inédito de P. Collin sobre CE, 29 de noviembre de 2002, *Arakino* (*Lebon* p. 422).

1001 En el marco de una acción por ultra vires, M. Pacteau ya había señalado la dificultad de distinguir entre ambos conceptos: véase B. PACTEAU, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, Travaux et recherches de la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Clermont I, 1977, pp. 14-15.

1002 Así pues, el tenor del auto *Renard* antes citado puede compararse con la sentencia *Rionx*, en la que el Conseil d'Etat consideró que el acto impugnado adolecía de desviación de poder por basarse en "motivos políticos ajenos a los intereses del servicio" (CE, 26 de octubre de 1960, *Rionx*, *Lebon* p. 558, concl. CHARDEAU).

1003 Frase tomada de M. Pacteau (B. PACTEAU, *op. cit.*, p. 15).

1004 El mismo requisito de gravedad de la infracción se encuentra en el contexto de la agresión (véase, por ejemplo: TC, 27 de junio de 1966, *Guigon*, *AJDA* 1966, p. 547; Civ. 1^{ère}, 16 de abril de 1991, *Guez c/ Préfet de police de Paris*, *Bull. civ.* I, n^o 142, *D. 1991*, IR, p. 155; TC, 23 de octubre de 2000, *Boussadar*, *Lebon* p. 775; TC, 19 de noviembre de 2001, *Mohamed*, *D. 2002*, pp. 1446-1450, concl. G. BACHELIER). Por otra parte, la gravedad no es formalmente una de las condiciones para conceder una *déféré-liberté*, refiriéndose la ley a un acto "susceptible de comprometer el ejercicio de una libertad pública o individual".

1005 L. Touvet, concl. sobre CE, Secc. 18 de enero de 2001, *Commune de Venelles*, *RFD.A* 2001, p. 385.

1006 M. Guyomar y P. Collin, cron. bajo CE, Secc. 18 de enero de 2001, *Commune de Venelles*, *AJDA* 2001, p. 154.

que acepta implícita pero necesariamente que determinadas formas de infracción pueden no ser graves. La condición de gravedad de la infracción es un requisito en sí mismo y no puede reducirse a una cláusula de estilo. Los requisitos de la infracción y de la gravedad fueron concebidos por el legislador como requisitos distintos y acumulativos; deben ser aplicados como tales por el juez de medidas provisionales. En segundo lugar, es cuestionable el principio mismo de la afirmación de que la vulneración de una libertad fundamental es siempre y por su propia naturaleza grave. Como señala el profesor Chapus, "sería sin duda excesivo considerar que toda infracción es grave si afecta a una libertad fundamental. Una infracción de las libertades fundamentales, por lamentable que sea, no puede equipararse a un delito de lesa majestad"¹⁰⁰⁷. Por lo tanto, una infracción puede calificarse sin ser grave. Como señala la Sra. de Silva, "esto no significa que sea insignificante", sino únicamente que "no justifica el recurso al juez de extrema urgencia"¹⁰⁰⁸. La ley exige un perjuicio cualificado. Por tanto, es necesario que la lesión que afecta a la libertad fundamental alcance un cierto grado de gravedad para dar lugar a una demanda sumaria de medidas cautelares. No toda vulneración de una libertad fundamental es necesariamente "grave".

245. ¿Cómo se evalúa la gravedad de la infracción? ¿Cómo distingue el juez de medidas provisionales las infracciones graves de las que no lo son? Dado que el juez de medidas provisionales evalúa este requisito caso por caso, la jurisprudencia relativa a su aplicación parece poco sistematizada. La distinción entre perjuicio grave y no grave se determina caso por caso. La intensidad del perjuicio varía; no existe un punto preciso en el que se sale de la zona de no gravedad para entrar en la zona de gravedad. No obstante, es posible identificar elementos que caracterizan la gravedad del daño, así como factores que atenúan la gravedad del daño.

II. Elementos de gravedad

246. El juez valora la gravedad de la infracción a la luz de dos factores principales: en primer lugar, la intensidad de sus efectos sobre la situación personal del demandante y, en segundo lugar, la actitud especialmente cuestionable o chocante que haya podido tener la administración en el caso en cuestión.

A. Efectos de la medida

247. El requisito de que la infracción sea grave se refiere principalmente a sus *efectos*, y especialmente a su repercusión en la situación del demandante. La redacción de la orden de *Lidl*, relativa al precintado de un edificio comercial, es significativa a este respecto. El juez declaró que "*por sus efectos sobre la libre disposición por Lidl del edificio de su propiedad, esta decisión vulnera gravemente una libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa*". La referencia a los efectos de la medida se refiere al requisito de la gravedad y no al de la afectación, como pone de manifiesto la siguiente frase, en la que se subraya "que no es necesario investigar si (...) una afectación de la *misma gravedad* afecta también a la libertad de comercio e industria"¹⁰⁰⁹. Así, de acuerdo con la interpretación común de esta norma¹⁰¹⁰, la condición de gravedad implica "un cierto grado de vulneración de la libertad"¹⁰¹¹. La vulneración de la libertad fundamental debe ser "sustancial"¹⁰¹².

A veces se afirma que la gravedad de la infracción es la *imposibilidad* de *ejercer* una libertad¹⁰¹³. Esta

1007 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, n° 1603.

1008 I. DE SILVA, concl. sobre CE, Secc. 30 octubre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFD 2002, p. 331.

1009 CE, ord. 23 marzo 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154.

1010 En la jurisprudencia administrativa, el adjetivo "grave" se refiere a un acto o situación que por su intensidad excede los límites habituales de la normalidad (véase S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, coll. BDP, t. 135, 1980, p. 80). Una expresión idéntica a la utilizada en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa puede encontrarse en materia policial, donde el juez se refiere a una "violación grave" del orden público (véase, por ejemplo, CE, 5 de enero de 1962, *Bernardet*, AJDA 1962, p. 310; CE, Ass., 7 de julio de 1950, *Debaene, Lebon* p. 426, GAJA núm. 68; 4 de febrero de 1966, *Syndicat national des fonctionnaires du groupement des contrôles radio-électriques, Lebon* p. 80).

1011 GAJA n° 188, § 11.

1012 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p. 118.

1013 Así, M. Chapus afirma que conviene distinguir, siguiendo el ejemplo de la jurisprudencia que se ha desarrollado en el marco de la obstrucción administrativa, "entre (en definitiva) lo que es un obstáculo y lo que no es más que un impedimento al ejercicio de una libertad. En cualquier caso, ésta es la forma más eficaz de distinguir las infracciones en función de su gravedad (...)" (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, n° 1603).

presentación, que es adecuada para muchas situaciones¹⁰¹⁴, no puede sin embargo aplicarse a todas las libertades fundamentales, por dos razones. En primer lugar, el concepto de ejercicio de una libertad es inadecuado para libertades que, en *sentido estricto*, no se *ejercen*¹⁰¹⁵. En la práctica, la terminología propuesta sólo se refiere a las libertades de hacer cosas, que, es cierto, constituyen el grueso de las libertades fundamentales en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. Por otra parte, la gravedad de una infracción puede caracterizarse por la presencia de una restricción que, aunque de naturaleza significativa, no equivale propiamente a una privación o a una imposibilidad de ejercicio. Así, cuando un establecimiento público de cooperación intermunicipal ejerce facultades que son competencia de los municipios miembros, no impide a éstos el ejercicio de su libertad de administración; no les priva de su libertad de administración, sino que simplemente obstaculiza su ejercicio en las materias de que se trate. Los municipios conservan la posibilidad de autoadministrarse; su libertad de administración no se ve afectada en modo alguno en las materias que no están sujetas a la injerencia del establecimiento público de cooperación intermunicipal. No se trata de un obstáculo a la libre administración, ya que los municipios conservan la mayoría de sus prerrogativas, sino simplemente de un impedimento. No obstante, se cumple la condición de gravedad: la injerencia en la libre administración se califica de grave cuando se usurpa a una entidad territorial parte de sus competencias¹⁰¹⁶. Del mismo modo, cuando se sanciona a una persona por sus opiniones políticas o sindicales, no se le priva del ejercicio de su libertad de opinión. Lo mismo ocurre cuando se vulnera gravemente la libertad personal de una persona. Los ejemplos podrían multiplicarse.

No obstante, merece la pena señalar un último ejemplo, relativo al derecho de propiedad. Aunque se trata de una libertad de acción, la gravedad de la vulneración de la libre disposición de la propiedad no puede resumirse en la privación o imposibilidad de ejercer esta libertad. En el contexto de las medidas cautelares, la gravedad de la injerencia en el derecho de propiedad no implica necesariamente la imposibilidad de disponer del bien. En efecto, lo más frecuente es que el juez califique de grave la vulneración del derecho de propiedad en los casos en que el beneficiario -propietario o arrendatario- se ve privado de la libre disposición de sus bienes. Así ocurre, por ejemplo, cuando se colocan precintos en la puerta principal de un edificio propiedad del demandante¹⁰¹⁷, cuando la negativa a desalojar a los ocupantes ilegales priva a los propietarios de la posibilidad de alquilar sus bienes e impide a los inquilinos disponer de pisos que deberían haber podido utilizar libremente en virtud de las cláusulas del contrato de alquiler¹⁰¹⁸, o cuando se inmoviliza una aeronave "impidiendo a su propietario disponer libremente de ella"¹⁰¹⁹. La infracción también puede ser grave cuando, sin dejar de poder usar y disponer de su propiedad, los propietarios se ven simplemente privados del uso *exclusivo* de la misma. Por ejemplo, se consideraron infracciones graves la retirada de una cadena colocada por los copropietarios a la entrada de un camino privado para impedir el acceso de vehículos y la promulgación de una ordenanza que establecía el libre acceso y estacionamiento de todos los vehículos en el camino, lo que impedía a los copropietarios utilizarlo en exclusiva¹⁰²⁰. Del mismo modo, en el contexto de las servidumbres de paso, se ha considerado que se cumple la condición de gravedad en los casos de injerencia en los derechos de propiedad que no equivalen a desposesión, sino que simplemente impiden el disfrute de la propiedad, por ejemplo, como consecuencia de la construcción de tuberías

1014 La infracción grave adoptará generalmente la forma de una privación pura y simple del ejercicio de una libertad, por ejemplo la imposibilidad de utilizar bienes o de salir del territorio nacional. Un ejemplo extraído de la jurisprudencia sobre la agresión a la libertad profesional confirma que esta distinción es a menudo eficaz. Una decisión que tenga por efecto prohibir totalmente el ejercicio de una profesión, por ejemplo la retirada de una tarjeta profesional (Trib. civ. Montpellier, 1^{er} de septiembre de 1948, *JCP G* 1948, II, 4529) o la suspensión de un médico de hospital (Civ. 1^{ère}, 22 de noviembre de 1983, *Raymondon c/ Ministre de la santé et de la sécurité sociale*, Bull. civ. I, n^o 277), se considerará un atentado grave contra esta libertad. En cambio, una decisión administrativa que obligue a un artista callejero a recorrer una distancia extremadamente corta para poder realizar un espectáculo callejero no tiene este efecto. Al limitarse a modificar el lugar del espectáculo, esta medida no impide en modo alguno al interesado ejercer su actividad (Civ. 1^{ère}, 16 de abril de 1991, *Guez c/ Préfet de police de Paris*, Bull. civ. I, n^o 142, D. 1991, IR, p. 155).

1015 Véase *supra*, § 153 y ss.

1016 CE, 12 de junio de 2002, *Commune de Fauillet et autres, Lebon* p. 215.

1017 CE, ord. 23 marzo 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154. La infracción se calificó de grave "por sus efectos sobre la libre disposición por Lidl del edificio de su propiedad".

1018 Véase, por ejemplo, CE, ord. 21 de noviembre de 2002, *Gaz de France, Lebon* p. 408. Tras señalar que la denegación de auxilio de la fuerza pública para garantizar la ejecución de una resolución judicial que ordena el desalojo de un inmueble vulnera la libertad de disponer de la propiedad, el juez de medidas provisionales afirmó "que en la medida en que esta denegación impide no sólo al propietario obtener del inmueble los ingresos que podría esperar de él, sino también llevar a cabo un proyecto de venta, el mero hecho de que el Estado esté obligado a indemnizar al propietario por la pérdida de su propiedad constituye una vulneración de la libertad de disponer de la propiedad, sino también de llevar a cabo un proyecto de venta, el mero hecho de que el Estado esté obligado a indemnizar al propietario por los daños resultantes de una denegación de auxilio por parte de la fuerza pública no basta, como sostiene el Ministro, para negar que tal denegación constituya una vulneración grave de una libertad fundamental". Véase también, por ejemplo: CE, 29 de marzo de 2002, *SCI Stéphaneur et autres, Lebon* p. 117.

1019 G. Bachelier, concl. sobre CE, 2 de julio de 2003, *Société Outremer Finance Limited, AJDA* 2003, p. 1782.

1020 CE, ord. 10 de septiembre de 2003, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, n^o 260015.

en una parcela privada¹⁰²¹ o el vertido de residuos de un matadero en la parcela¹⁰²².

248. Para apreciar la gravedad de la infracción, el juez de medidas provisionales tiene en cuenta la intensidad de sus efectos sobre la situación personal del demandante. La apreciación de este requisito está muy vinculada a la situación en que se encuentra el interesado. Una medida será grave para un solicitante, pero no para alguien que se encuentre en una situación personal muy diferente.

El ejemplo de la negativa a expedir o renovar un pasaporte es significativo a este respecto. En principio, tal denegación infringe siempre la libertad de ir y venir. Sin embargo, la infracción sólo se calificará de "grave" en determinados casos. Parece, a la luz de la sentencia *Depertbes*, que estos casos corresponden a aquellos en los que el solicitante justifica tener que viajar a determinados destinos extranjeros para los que se exige este documento¹⁰²³. En tales casos, la denegación impide al interesado viajar al país de destino. *A contrario*, de esta jurisprudencia se deduce que la infracción no será calificada de grave si el solicitante pretende viajar a un Estado para el que no se exige este documento o, más aún, no justifica tener que viajar al extranjero en un futuro próximo.

La vulneración de la libertad de empresa cumple el requisito de gravedad cuando tiene efectos sustanciales sobre la actividad empresarial del demandante. En una resolución de 17 de diciembre de 2003, el juez de medidas provisionales declaró que cuando la supuesta vulneración de la libertad de empresa se deriva de la aplicación de una nueva norma técnica, "el requisito de gravedad sólo puede cumplirse si dicha norma constituye un obstáculo, de hecho o de derecho, al ejercicio por el agente económico de la actividad de que se trate o tiene un efecto equivalente"¹⁰²⁴. En este caso, la nueva norma técnica impuesta por una nota del Ministro de Agricultura sólo afectaba a los productos exportados a Canadá. El juez dedujo "que, en estas condiciones, la aplicación de la nota a partir del 1^{er} de enero de 2004 no puede impedir a las dos empresas solicitantes proseguir su actividad económica y, por tanto, crear una violación grave de su libertad de empresa". A la inversa, se dice que una infracción es grave cuando afecta a una parte sustancial de la actividad de la demandante. En el auto del *Ayuntamiento de Collioure* de 2 de julio de 2003, el juez declaró que la vulneración de la libertad de empresa constatada, "al prohibir a SARL Côte Radieuse explotar servicios de transporte costero de pasajeros con escala en Collioure, que representan el 25% de su actividad, reviste el carácter grave exigido por las disposiciones mencionadas del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa"¹⁰²⁵. Del mismo modo, la vulneración de la libertad de empresa cumple el requisito de gravedad cuando una instalación de fabricación de fuelóleo de nitrato y de almacenamiento de explosivos ve considerablemente restringidas sus posibilidades de suministro durante una parte importante del día¹⁰²⁶. *A fortiori*, el requisito se cumple cuando la actividad empresarial debe cesar totalmente como consecuencia de un cierre ordenado por las autoridades¹⁰²⁷ o de cualquier otra medida decretada por las autoridades.¹⁰²⁸

Por lo que se refiere a las demás libertades fundamentales, varios casos ilustran las circunstancias en las que debe considerarse que se cumple el requisito de gravedad. Por ejemplo, se considera que una violación de la libertad de circulación de un extranjero que reside legalmente en Francia es grave cuando el interesado, al no poder demostrar que su situación es legal con arreglo a la legislación que regula la residencia de los extranjeros en Francia, no puede salir del territorio francés ni regresar a él¹⁰²⁹. Del mismo modo, la vulneración de esta libertad cumple el requisito de gravedad cuando un ciudadano francés no dispone de un documento nacional de identidad porque la administración no se ha pronunciado sobre la solicitud de expedición más de un año después de que se presentara ante las autoridades competentes¹⁰³⁰. La vulneración de la libertad de comunicación de un paciente en el marco de un ingreso involuntario es grave cuando simplemente se le prohíbe enviar correo y comunicarse con las autoridades administrativas y judiciales¹⁰³¹. El juez considera que la negativa ilegal a poner un local municipal a

¹⁰²¹ TC, 11 de mayo de 1964, *Lajugie c/ Compagnie générale d'entreprises électriques*, *Lebon* p. 791.

¹⁰²² Civ. 2^{ème}, 9 de enero de 1974, *Commune d'Aignan c/ Caubet*, *Bula civ.* II n° 17.

¹⁰²³ CE, ord. 9 enero 2001, *Depertbes*, *Lebon* p. 1: denegación de renovación de pasaporte a un nacional que justificó la necesidad de viajar a Brasil y Canadá por motivos profesionales.

¹⁰²⁴ CE, ord. 17 de diciembre de 2003, *EURL Ecosphère y SARL Général services applications*, *Lebon* p. 519.

¹⁰²⁵ CE, ord. 2 julio 2003, *Commune de Collioure*, *Lebon T.* p. 930.

¹⁰²⁶ CE, ord. 26 noviembre 2004, *Commune de Wingles*, n° 274226.

¹⁰²⁷ Véase, para una tienda de barrio, CE, ord. 14 de marzo de 2003, *Commune d'Evry*, *Lebon T.* p. 931; para un restaurante-discoteca, CE, ord. 16 de agosto de 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Basset*, n° 271148.

¹⁰²⁸ Para la prohibición de atracar en un puerto deportivo expedida a un buque especializado en cruceros marítimos, véase CE, ord. 6 septiembre 2006, *Commune d'Ota*, n° 296912.

¹⁰²⁹ CE, ord. 8 noviembre 2001, *Kaigisiz*, *Lebon* p. 545; CE, ord. 11 de junio de 2002, *Ait Oubba*, *Lebon T.* p. 869; CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar*, *Lebon T.* p. 1132; CE, 7 de mayo de 2003, *Boumaiza*, n° 250002.

¹⁰³⁰ CE, ord. 11 de marzo de 2003, *Samagassi*, *Lebon* p. 119.

¹⁰³¹ CE, 15 de mayo de 2002, *Baudoin*, n° 239487.

disposición de un partido político¹⁰³² o de una asociación religiosa¹⁰³³ constituye una violación grave de la libertad de reunión. Del mismo modo, la vulneración de la libertad de culto cumple el requisito de gravedad cuando un alcalde pretende organizar representaciones teatrales, exposiciones y conferencias en el edificio de una iglesia a pesar de la oposición de la autoridad al servicio del edificio¹⁰³⁴. La vulneración del derecho de asilo se califica de grave cuando la administración hace imposible que la persona interesada presente una solicitud, por ejemplo, negándose a expedirle el formulario necesario¹⁰³⁵, negándose a registrar su solicitud¹⁰³⁶, dándole información incorrecta sobre el plazo en el que debe presentarse la solicitud ante la Oficina francesa de protección de refugiados y apátridas¹⁰³⁷ o retrasando su readmisión en otro Estado¹⁰³⁸. Lo mismo ocurre si el interesado no puede permanecer en territorio francés mientras se examina la solicitud, negándose las autoridades a expedirle un permiso de residencia provisional¹⁰³⁹ o denegándole el acceso al territorio francés aunque la solicitud no sea en realidad manifiestamente infundada¹⁰⁴⁰. Por último, la vulneración del derecho de huelga es más grave en caso de requisa de todo el personal en huelga, con el fin de garantizar la continuación completa del servicio, en condiciones normales¹⁰⁴¹. Este concepto de servicios mínimos, que no conlleva ninguna reducción de la actividad del servicio, constituye una denegación del derecho de huelga.

249. Para una libertad fundamental - el derecho a llevar una vida familiar normal - el Conseil d'Etat ha dado indicaciones precisas sobre cómo debe apreciarse la condición de gravedad. En la sentencia *Tliba*, declaró "que la condición de gravedad de la vulneración de la libertad de vivir en familia debe considerarse cumplida en los casos en que el acto impugnado puede ser ejecutado de oficio por la autoridad administrativa, no es susceptible de recurso suspensivo ante el juge de l'excess de pouvoir, e impide directamente a los miembros de una familia continuar viviendo juntos..."; que es el caso de una orden de expulsión del territorio francés, que puede ejecutarse de oficio, que se opone al regreso a Francia de la persona que es objeto de ella, y que se dicta contra un extranjero que puede probar que lleva una vida familiar en Francia"¹⁰⁴². La ejecución de una orden de expulsión cuando el interesado está separado de su hijo de corta edad que vive en suelo francés vulnera así gravemente el derecho a llevar una vida familiar normal¹⁰⁴³. A la inversa, y en aplicación de los mismos criterios, la condición de gravedad no se cumple en caso de denegación de expedición de un permiso de residencia a un extranjero¹⁰⁴⁴ o de denegación de una solicitud de reagrupación familiar, "que no impide directamente que los miembros de una familia sigan viviendo juntos"¹⁰⁴⁵. Del mismo modo, el derecho del demandante al respeto de su vida

1032 CE, ord. 19 de agosto de 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311.

1033 TA Rennes, ord. 21 febrero 2002, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Lorient*, GP 29 abril 2003, p. 12; TA París, ord. 13 de mayo de 2004, *Association culturelle des Témoins de Jéhovah de France et autres*, AJDA 2004, pp. 1597-1599, nota G. GONZALEZ.

1034 CE, ord. 25 agosto 2005, *Commune de Massat*, *Lebon* p. 386.

1035 CE, ord. 12 de enero de 2001, *Hyacinthe*, *Lebon* p. 12.

1036 CE, 15 de febrero de 2002, *Hadda*, *Lebon* p. 45.

1037 CE, ord. 21 diciembre 2004, *Luzolo Kondé*, n° 275361.

1038 El derecho a solicitar el estatuto de refugiado se ve gravemente menoscabado si los solicitantes corren el riesgo de ser readmitidos en un país europeo que no está seguro de examinar su solicitud de asilo debido a los retrasos de las autoridades francesas en su traslado a dicho país (CE, 14 de mayo de 2004, *Gaitukaev*, n° 267360).

1039 CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud*, *Lebon T.* p. 1126.

1040 CE, ord. 25 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov*, *Lebon* p. 146; CE, ord. 24 octubre 2005, *MBIZI MPASSI*, n° 286247; CE, ord. 17 de marzo de 2006, *Saidov*, n° 291214.

1041 CE, 9 de diciembre de 2003, *Aguillon et autres*, *Lebon* p. 497.

1042 CE, Secc. 30 de octubre de 2001, *Lebon* p. 523. En este caso, señaló el Conseil d'Etat, la Sra. Tliba vivía en Francia desde hacía más de 30 años con cinco hijos de nacionalidad francesa y no tenía familia en su país de origen. Por lo tanto, debe considerarse que se cumple la condición de una injerencia grave en su libertad de vivir con su familia.

1043 CE, ord. 21 febrero 2005, *Najemi*, n° 277520.

1044 CE, ord. 5 marzo 2002, *Fikry*, *Lebon T.* p. 872; CE, ord. 15 de octubre de 2004, *Sabi*, n° 273110; CE, ord. 6 de junio de 2003, *Benmessaoud*, n° 257429.

1045 CE, ord. 27 enero 2003, *Kartboub*, n° 253603. Véase también CE, ord. 10 de julio de 2002, *Boulema*, n° 248422: "el hecho de que una decisión administrativa suponga un obstáculo para el establecimiento de la vida familiar en Francia no puede, por sí mismo, hacer que se considere que dicha decisión vulnera gravemente el derecho de toda persona a vivir con su familia". En este caso, la autoridad administrativa se había negado a registrar la solicitud de certificado de residencia de la demandante, alegando en particular que no era cónyuge de un nacional francés, ya que su matrimonio con el Sr. Mihoubi, celebrado en una ceremonia religiosa, no había sido inscrito en los registros del estado civil. El juez de medidas provisionales declaró "que, si bien la negativa a registrar su solicitud de certificado de residencia le impide convivir con el Sr. Mihoubi, esta circunstancia por sí sola no permite considerar que la decisión vulnera gravemente una libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa". En el mismo sentido, CE, ord. 20 de julio de 2005, *Mohammad*, n° 285524: "si la negativa a autorizar a su marido a venir a Francia para la reagrupación familiar le impide vivir con el Sr. Mohammad, esta circunstancia por sí sola no permite considerar que la decisión vulnera de forma grave y manifiestamente ilegal una libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa".

familiar no se vio gravemente afectado por su readmisión en Noruega en virtud del Convenio de Dublín de 15 de junio de 1990, a pesar de que su padre, que vivía en Francia con su esposa y su segundo hijo, debía someterse allí a una intervención quirúrgica¹⁰⁴⁶.

Además de los efectos de la medida, el juez puede tener en cuenta la actitud de la administración para calificar la gravedad de la vulneración de una libertad fundamental.

B. La actitud de la administración

250. Un abuso de poder incalificable o, en general, una actitud particularmente inadecuada o chocante por parte de la administración será considerada por el juez como una circunstancia *aggravante*, que se encargará de subrayar en su decisión.

251. Es sabido que la denegación de la renovación del pasaporte de un ciudadano francés vulnera su libertad de circulación. Cuando esta denegación se produce en condiciones especialmente inaceptables, como en el caso du Couëdic de *Kérerant*, el juez calificará de grave la vulneración de la libertad de ir y venir, y añadirá además la vulneración de la libertad personal, lo que en sí mismo, en un caso de este tipo, demuestra la gravedad del comportamiento de la administración. En agosto de 2002, el Sr. du Couëdic de *Kérerant*, ciudadano francés residente en Suiza y padre de dos hijos, solicitó al Consulado General de Francia en Ginebra la renovación de su pasaporte -en el que estaban inscritos sus dos hijos-, que había declarado perdido en París en julio de 2002. El año anterior, los tribunales suizos habían autorizado al demandante y a su esposa a vivir separados, confiándose la custodia de los dos hijos a la madre y continuando ambos progenitores ejerciendo conjuntamente la patria potestad. Mediante carta de 29 de agosto de 2002, el cónsul adjunto respondió al demandante que, en caso de separación y de patria potestad compartida, la ley exigía la autorización de ambos progenitores para que los hijos pudieran ser inscritos en los pasaportes de sus padres. En consecuencia, la autoridad consular se negó a inscribir a los hijos del demandante en su pasaporte si la solicitud de renovación no iba acompañada de la autorización expresa de su madre. Sin embargo, como señaló el juez, tal condición no resulta de ningún texto que regule la expedición de pasaportes. Al contrario, el artículo 8 del Decreto de 26 de febrero de 2001 dispone que "La solicitud de pasaporte formulada a nombre de un menor deberá ser presentada por *una u otra* de las personas que ejerzan la patria potestad (...)". Por lo tanto, la autoridad consular añadió a la ley una condición que no existía. Por consiguiente, "al imponer esta condición manifiestamente ilegal a la solicitud del solicitante, las autoridades infringieron gravemente la libertad personal y la libertad de circulación de los miembros de la familia"¹⁰⁴⁷. Para concluir que la infracción era grave, el juez no se fijó en el solicitante y en los efectos de la medida, sino en la administración, que había cometido un acto grave. La gravedad de su infracción de la ley se refleja, de rebote, en la gravedad de la vulneración de una libertad fundamental.

252. Otras tres decisiones ilustran cómo se tiene en cuenta el comportamiento de la administración a la hora de evaluar la gravedad de la vulneración de una libertad fundamental. En sus conclusiones sobre la sentencia *Vast*, el Comisario del Gobierno señaló que la nota del alcalde ordenando la apertura de cartas dirigidas a determinados concejales vulneraba el secreto de la correspondencia de una manera que podía calificarse de grave. "Por su carácter deliberado, puede asimilarse a un abuso de poder. No se trata de una simple torpeza de un concejal poco familiarizado con las sutilezas de la legislación, sino de una voluntad claramente declarada de controlar nominalmente el correo destinado a un determinado número de representantes electos"¹⁰⁴⁸. Y esto se hizo en total secreto, ya que los interesados no habían sido informados de la existencia de esta medida. En el auto *Gollnisch*, el juez subrayó que las declaraciones en las que se afirmaba la culpabilidad del profesor afectado por un procedimiento disciplinario en curso "se hicieron en términos despectivos con respecto [al demandante], cuyo nombre el rector consideró que ni siquiera debía pronunciar por razones de higiene y cuya expulsión de la función pública pidió"¹⁰⁴⁹. Como la infracción ya se había constatado antes de la decisión, y la ilegalidad era cierta, esta aclaración se refiere necesariamente a la condición de gravedad. Por último, el juez de medidas provisionales declaró que el hecho de que la administración talara y derribara árboles en una zona arbolada catalogada, haciendo caso omiso de lo dispuesto en el artículo L. 130-1 del Código de Urbanismo, "y a pesar de que la demandante había llamado su atención ya en febrero de 2005 sobre la necesidad de respetar

1046 CE, ord. 21 febrero 2005, *Sutaev*, nº 277757.

1047 CE, ord. 4 de diciembre de 2002, *Du Couëdic de Kérerant*, *Lebon T.* p. 875.

1048 S. BOISSARD, concl. sobre CE, 9 de abril de 2004, *Vast*, *RFDA* 2004, p. 780.

1049 CE, ord. 14 de marzo de 2005, *Gollnisch*, *Lebon* p. 103.

esta legislación", constituía una infracción grave de la libertad del propietario de disponer de sus bienes¹⁰⁵⁰. También en este caso, la aclaración del juez se refiere a la condición de gravedad de la injerencia. La infracción podría calificarse por el mero hecho de que el interesado sufriera una injerencia significativa en su libertad de disponer de su propiedad. Sin embargo, para afirmar la gravedad de la injerencia, el juez prefirió hacer hincapié en la conducta de la Administración, que había ignorado deliberadamente la legislación aplicable a pesar de que el demandante le había recordado su existencia y la necesidad de cumplirla. Frente a estos factores, que refuerzan o caracterizan la gravedad de la infracción, otros pueden atenuarla o privarla de toda seriedad.

II. Factores que pueden atenuar la gravedad de la situación

253. Para negar la gravedad de la vulneración de una libertad fundamental pueden tenerse en cuenta dos factores: en primer lugar, el comportamiento ilícito del demandante y, en segundo lugar, el hecho de que la vulneración esté autorizada por la ley. En la práctica, estos factores se refieren a las libertades de carácter económico, esencialmente el derecho de propiedad, la libertad de empresa y la libertad contractual.

A. Conducta del solicitante

254. El comportamiento ilícito del demandante puede descartar cualquier gravedad en la vulneración de sus libertades fundamentales. Este principio se estableció por primera vez en el auto *Lidl* de 23 de marzo de 2001¹⁰⁵¹. Dado que Lidl deseaba abrir un establecimiento de venta al por menor comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley de 27 de diciembre de 1973, debía obtener previamente la autorización de funcionamiento exigida por dicha Ley. Sin embargo, saltándose la normativa aplicable, la empresa emprendió las obras del edificio comercial sin presentar una solicitud de autorización a la comisión departamental de instalaciones comerciales. Para poner fin a las irregularidades observadas, el alcalde dictó una orden por la que se ordenaba precintar el edificio en cuestión. Lidl impugnó esta medida ante el juez de medidas provisionales, alegando una grave vulneración de la libertad de comercio. En apelación, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat descartó cualquier infracción grave, ya que la sociedad demandante no había respetado la legislación en materia de ordenación comercial. En la medida en que la empresa había intentado eludir los requisitos establecidos por la ley en esta materia, el juez declaró, tras pronunciarse sobre la existencia de una infracción grave del derecho de propiedad, que "no es necesario investigar si (...) una infracción de la misma gravedad" afecta a la libertad de comercio.

El mismo razonamiento se aplica cuando una empresa ejerce una actividad clasificada haciendo caso omiso de los requisitos que le impone la ley. En el auto *Saria Industries* de 25 de abril de 2002, el juez declaró que, para su beneficiario, la libertad de empresa "significa la libertad de ejercer una actividad económica respetando las leyes y reglamentos vigentes y de conformidad con los requisitos impuestos por la ley, especialmente cuando persiguen una exigencia tan imperiosa como la protección de la salud pública"¹⁰⁵². En este caso, las autoridades habían autorizado a Saria Industries a desarrollar una actividad de almacenamiento y tratamiento de residuos animales. Basándose en el incumplimiento por parte de la empresa de los requisitos impuestos por la ley, el alcalde ordenó la suspensión de sus actividades en virtud de sus poderes generales de policía administrativa. La empresa consideró que se trataba de una grave vulneración de su libertad de empresa y solicitó al juez de medidas provisionales que suspendiera la ejecución basándose en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat desestimó su petición, basando su decisión en el incumplimiento por parte de la demandante de las obligaciones que le impone la legislación sobre instalaciones clasificadas. El auto precisa "que la medida solicitada al juez de medidas provisionales tiene por objeto poner fin a la vulneración de la libertad de la sociedad demandante de seguir explotando su establecimiento *sin cumplir determinados requisitos impuestos legalmente*, en particular en interés de la salud pública, por la autoridad estatal competente". En estas circunstancias, la vulneración de la libertad de empresa no puede considerarse grave.

Los mismos principios se aplican al demandante que explota una empresa privada de vehículos de transporte sanitario infringiendo la normativa aplicable a las ambulancias y, en particular, sin disponer de un equipo médico suficiente. Habida cuenta del incumplimiento de las obligaciones del demandante, la decisión del Prefecto de retirarle la autorización que le había sido expedida para explotar estos vehículos no puede constituir, a falta de

1050 CE, ord. 8 noviembre 2005, *Moissinac Massenat, Lebon* p. 491.

1051 CE, ord. 23 marzo 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154.

1052 CE, ord. 25 abril 2002, *Société Saria Industries, Lebon* p. 155. Redacción utilizada en CE, ord. 20 abril 2004, *Ramon*, n° 266694; CE, ord. 29 abril 2004, *Département du Var*, n° 266902.

circunstancias particulares, una violación grave de la libertad de empresa¹⁰⁵³.

255. En tales casos, el comportamiento del demandante excluye la gravedad de la infracción. Del mismo modo, cuando el régimen de las libertades fundamentales está estrictamente regulado por el legislador, el requisito de la gravedad será, si no excluido, al menos más difícil de satisfacer. El juez tiene en cuenta el entorno legislativo para apreciar la gravedad de la violación de una libertad fundamental.

B. Entorno legislativo

256. Para apreciar la gravedad de la violación de una libertad fundamental, el juez de medidas provisionales tiene en cuenta las restricciones impuestas por la ley a su ejercicio. En consecuencia, examina de forma específica las libertades fundamentales que están sujetas a un marco jurídico estricto: la gravedad de la infracción debe relativizarse cuando está prevista por la ley; resulta más difícil de calificar cuando la ley otorga a la administración amplios poderes para limitar su ejercicio. Este principio se estableció en la sentencia *Commune de Montreuil-Bellay* de 12 de noviembre de 2001. El juez declaró que, para apreciar el grado de gravedad de la vulneración de una libertad fundamental, "es necesario tener en cuenta las limitaciones generales introducidas por la legislación para permitir determinadas intervenciones consideradas necesarias por los poderes públicos en las relaciones entre particulares"¹⁰⁵⁴. Así pues, las limitaciones introducidas por el legislador tienen por efecto elevar el umbral a partir del cual se considera que existe gravedad. La infracción debe parecer tanto más grave cuanto que la legislación permite a la administración restringir válidamente la libertad en cuestión. La gravedad de la infracción puede ser mayor antes de que se constate, debido a la amplitud de los poderes otorgados a las autoridades. Algunas libertades -en la práctica, las libertades de carácter económico- están sujetas a requisitos legales en mayor medida que otras, por lo que resulta más difícil considerar que la autoridad administrativa las está infringiendo *gravemente* cuando se contenta con aplicar la ley correctamente. En tal caso, la vulneración de la libertad fundamental resulta, en primer lugar, de la legislación en su conjunto, antes que de la conducta de la administración.

257. Varios ejemplos ilustran cómo se realiza esta apreciación. En primer lugar, en la sentencia *Commune de Montreuil-Bellay*, el juez declaró que, en materia de urbanismo, el grado de gravedad de las infracciones a la libertad de empresa, a la libre disposición de la propiedad por un propietario o a la libertad de contrato debe apreciarse teniendo en cuenta la legislación que permite a los organismos públicos disponer, en determinados ámbitos, de un derecho de prioridad para adquirir un bien puesto libremente en venta por su propietario. Esta restricción está prevista por la propia ley y permite a los organismos públicos beneficiarios ocupar el lugar del comprador potencial de un bien inmueble. Es en el marco de esta restricción donde debe apreciarse en qué medida se ve afectado el derecho de propiedad o la sustancia de un contrato legalmente celebrado. En este caso, la posibilidad de que las autoridades públicas hicieran uso de esta prerrogativa había sido prevista por las partes contratantes en la promesa de venta. El contrato se había celebrado bajo la condición suspensiva de que toda persona física o jurídica titular de un derecho de tanteo renunciaría a ejercerlo y que, en caso de que el beneficiario de un derecho de tanteo lo ejerciera al precio y en las condiciones previstas en la promesa de venta, las partes del contrato reconocerían que éste se había extinguido sin indemnización por ninguna de las partes. El juez dictaminó que "a la vista de estas estipulaciones, el ejercicio por el ayuntamiento del derecho de tanteo urbanístico en este caso, aunque esté viciado de ilegalidad, no constituye una infracción grave de la libertad del propietario para disponer de su propiedad ni de los términos de un contrato legalmente celebrado".

Un segundo ejemplo puede encontrarse en la sentencia *da Costa* de 8 de agosto de 2002¹⁰⁵⁵. La ciudad de Pau adquirió por tanteo un terreno que el Sr. da Costa tenía previsto comprar. Tras destinar una parte de la parcela a la ampliación de equipamientos públicos (lo que era coherente con la finalidad del derecho de tanteo), el ayuntamiento decidió vender la otra parte a una sociedad inmobiliaria no comercial. En contra de lo dispuesto en el artículo L. 213-11 del Código de Urbanismo francés, el municipio procedió a esta reventa sin ofrecer su compra al Sr. da

¹⁰⁵³ CE, ord. 20 abril 2004, *Ramon*, n° 266694.

¹⁰⁵⁴ CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, *Lebon* p. 551. Esta fórmula se inspira directamente en la jurisprudencia constitucional. En varias ocasiones, el Conseil constitutionnel ha declarado que el principio de libre disposición de los bienes por su propietario debe apreciarse en el contexto de las limitaciones generales introducidas por la legislación anterior para permitir determinadas intervenciones consideradas necesarias por los poderes públicos en las relaciones contractuales entre particulares (CC, n° 59-1 FNR, 27 de noviembre de 1959, cons. 1, *Rec.* p. 71). La misma fórmula se utilizó en relación con la libre disposición de bienes por parte del propietario y la libertad contractual (CC, n° 61-3 FNR, 8 de septiembre de 1961, cons. 1, *Rec. p.* 48; CC, n° 73-80 L, 28 de noviembre de 1973, cons. 7, *Rec.* p. 45).

¹⁰⁵⁵ CE, ord. 8 agosto 2002, *da Costa*, n° 249409, *Contrats et marchés publics* 2002, com. n° 236, nota P. SOLER-COUTEAUX.

Costa¹⁰⁵⁶. El demandante consideró que la inobservancia de este requisito vulneraba gravemente su libertad de contratar. Sin embargo, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat descartó la gravedad de la infracción por dos motivos. Por un lado, las escrituras de adquisición de la parcela por parte del ayuntamiento no habían sido impugnadas por el interesado, pese a que eran estas escrituras las que, en primer lugar, vulneraban su libertad contractual. Por otra parte, las disposiciones del Libro II del Código de Urbanismo, en particular el artículo L. 213-11, "tienen por objeto específico imponer a esta libertad las limitaciones de aplicación general que han sido introducidas por el legislador, tanto para permitir determinadas intervenciones de los poderes públicos en materia de urbanismo como para salvaguardar los intereses de los antiguos propietarios o de las personas que tenían la intención de adquirir la propiedad anticipada". Así pues, la infracción no se califica de grave en la medida en que respeta el marco fijado por la ley y las condiciones que ésta determina. La restricción a la libertad de contratar nace de la ley, por lo que la decisión de revender el bien tanteado, que no constituye sino su ejecución, no es de tal naturaleza que provoque por sí misma una vulneración suficientemente grave de dicha libertad como para justificar su suspensión.

Esta jurisprudencia también se ha aplicado en el ámbito de las relaciones laborales. En el asunto *Société Mona Lisa Investissements*, el Sr. X, empleado protegido, fue acusado de graves actos de acoso moral, que habían llevado a su empleador a plantearse el despido. Cuando el inspector de trabajo denegó el despido, los empleados del Sr. X solicitaron medidas cautelares con vistas a obtener una suspensión de la ejecución. El Consejo señaló "que para aplicar las disposiciones del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, el grado de gravedad que puede tener una medida que afecte a la libertad de empresa o a la libertad de trabajo debe tener en cuenta las limitaciones de aplicación general a estas libertades que han sido introducidas por la legislación para permitir determinadas intervenciones que los poderes públicos consideran necesarias, en particular en las relaciones laborales; que estas limitaciones incluyen la protección otorgada, en interés de todos los trabajadores a los que representan, a los representantes del personal, que sólo pueden ser despedidos con la autorización del inspector de trabajo"¹⁰⁵⁷. Por consiguiente, el Conseil d'Etat debe apreciar el requisito de seriedad a la luz del estatuto especial de que disfruta el Sr. X. A la luz de este hecho, y de todas las circunstancias del caso -en particular el hecho de que, aunque el clima en la empresa se había deteriorado, los empleados pudieron, no obstante, seguir acudiendo a trabajar-, el Conseil d'Etat descartó la gravedad de la infracción. De la motivación de la decisión se desprende claramente que el Conseil d'Etat justificó esta solución sobre todo por el estatuto de protección de que gozaba el Sr. X. En el auto de *la Confédération française des travailleurs chrétiens* de 3 de mayo de 2005, los demandantes impugnaron la aplicación de la ley sobre el "día de la solidaridad", que prevé que, a falta de acuerdos de rama o de empresa que fijen otro día, se trabajará el lunes de Pentecostés y, a tal efecto, modifica el tiempo de trabajo anual sin remuneración suplementaria para los asalariados remunerados mensualmente¹⁰⁵⁸. El juez de medidas cautelares descartó la gravedad de la vulneración de la libertad de trabajo, tras precisar que el grado de gravedad que pueda tener una medida que afecte a esta libertad "debe tener en cuenta las limitaciones de aplicación general a esta libertad que han sido introducidas por el legislador para permitir determinadas intervenciones que los poderes públicos consideran necesarias en las relaciones laborales, en particular en materia de jornada, días festivos y vacaciones".

258. En resumen, la jurisprudencia *Commune de Montreuil-Bellay* distingue dos categorías de libertades fundamentales en función del criterio de gravedad. Algunas son objeto de restricciones legislativas importantes, mientras que otras dejan un margen de intervención más limitado a los poderes públicos. Estas diferencias de régimen son tenidas en cuenta por el juez administrativo para apreciar si la infracción cumple el requisito de gravedad, y no, como se ha argumentado, para apreciar el carácter fundamental de una libertad. Cuando la ley reconoce un amplio margen de intervención a los poderes públicos, es naturalmente más difícil apreciar la gravedad de la infracción. Así, si la libertad de empresa es, como afirma la Sra. Jacquinot, "un caso especial", no es porque sólo sea fundamental en determinadas circunstancias, sino porque, al estar sujeta a un marco legislativo muy estricto, la apreciación de la gravedad de las infracciones que se cometen contra ella es necesariamente más exigente¹⁰⁵⁹. Si la infracción es más difícil de calificar para estas libertades, es simplemente porque el

¹⁰⁵⁶ El artículo L. 213-11 del Código de Urbanismo francés estipula que, en un plazo de 5 años a partir del ejercicio del derecho de tanteo, todo municipio que decida utilizar o enajenar la propiedad adquirida para fines distintos de aquellos para los que fue tanteada debe informar a los antiguos propietarios y ofrecerles la compra prioritaria. Si los antiguos propietarios renuncian a la adquisición, la autoridad pública debe hacer lo mismo con la persona que pretendía adquirir la propiedad. En este caso, el ayuntamiento no había ofrecido comprar la propiedad a su antiguo propietario ni, por consiguiente, al Sr. da Costa.

¹⁰⁵⁷ CE, 4 de octubre de 2004, *Société Mona Lisa investissements et autres*, *Lebon* p. 362.

¹⁰⁵⁸ CE, ord. 3 de mayo de 2005, *Confédération française des travailleurs chrétiens*, *Lebon T.* p. 1034.

¹⁰⁵⁹ Para este autor, la jurisprudencia *Commune de Montreuil-Bellay* "sugiere que las libertades sólo pueden considerarse fundamentales en determinadas materias, en determinados ámbitos. Esto equivaldría a decir que hay libertades fundamentales que se eclipsan", es decir, que desaparecerían en caso de un marco legislativo importante (N. JACQUINOT, "La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté: un cas à part?", *AJDA* 2003, p. 665). Este punto de vista no corresponde a la realidad del derecho positivo. Para el juez administrativo, una libertad es fundamental o no lo es; es fundamental todo el tiempo o nunca lo es. La jurisprudencia lleva a distinguir claramente entre la condición relativa a la *presencia* de una libertad y la

legislador ha querido someterlas a mayores límites en nombre del interés general. El tribunal administrativo no establece en modo alguno una jerarquía entre estas libertades en función de su mayor o menor importancia. El juez de medidas provisionales, que no es el juez de las leyes y reglamentos vigentes, se limita a extraer las consecuencias de la ley y las diferencias que organiza en cuanto al régimen de ejercicio de las distintas libertades fundamentales. Todas las libertades fundamentales se ejercen en el marco definido por la ley, pero como este marco no es el mismo para todas estas libertades, la apreciación de la gravedad puede variar en función del alcance de las restricciones autorizadas por el legislador.

Sin embargo, para justificar el recurso a medidas cautelares, la violación de una libertad fundamental no sólo debe ser grave, sino también manifiestamente ilegal.

Sección 3. Infracción manifiestamente ilegal

259. Según el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa francés, el procedimiento de référé-liberté sólo puede utilizarse cuando la administración ha "vulnerado de forma manifiestamente ilegal" una libertad fundamental. De esta fórmula se desprende que la ley no exige cualquier forma de ilegalidad, sino una ilegalidad específica. La ilegalidad es la vulneración de una libertad fundamental. También debe ser evidente. Por otra parte, la ilegalidad no tiene por qué ser grave¹⁰⁶⁰. "Si bien puede establecerse una distinción entre ilegalidad "externa" e "interna", por regla general no es necesario evaluar la gravedad de una ilegalidad. No hay grados"¹⁰⁶¹.

I. Ilegalidad de la infracción

260. La ilegalidad de la infracción sólo puede establecerse en determinadas condiciones. Se aprecia de manera muy similar según que la infracción sea consecuencia de una acción administrativa, de una negativa o de una omisión.

A. Condiciones de ilegalidad

261. Se requiere una forma particular de ilegalidad: la ilegalidad de la vulneración de una libertad. Esta ilegalidad se analiza como una infracción injustificada y desproporcionada de una libertad fundamental.

1. Ilegalidad de una infracción

262. Una ilegalidad que no da lugar a la vulneración de una libertad fundamental no cumple el requisito establecido en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. En efecto, la ilegalidad es la de la vulneración de

condición relativa a la *gravedad de la violación* de dicha libertad. Estos dos elementos no están al mismo nivel y son perfectamente independientes entre sí. Además, la libertad no "desaparece" en este tipo de situación y *puede seguir invocándose* ante el juez de medidas provisionales. El impacto de un marco legislativo importante repercute en la apreciación de la gravedad de una libertad, pero en ningún caso en su invocabilidad.

¹⁰⁶⁰ Algunos autos del juez de medidas provisionales hacen referencia al requisito de "ilegalidad grave" (CE, ord. 24 de enero de 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis*, Lebon p. 37; CE, ord. 22 de julio de 2002, *SARL Société de réalisation et de rénovation immobilière (SRR)*, n° 248734; CE, ord. 2 de agosto de 2002, *Société Prophal*, n° 249110; CE, ord. 6 de septiembre de 2002, *Tetaabi*, n° 250120; CE, ord. 14 de octubre de 2002, *Ramon*, n° 250922; CE, ord. 15 de octubre de 2002, *Société Pierre conseil foncier SA*, núm. 250947; CE, ord. 26 de diciembre de 2002, *Belakhdar*, núm. 252867; CE, ord. 27 de junio de 2002, *Frullani et SCI Marcflore*, Lebon T. p. 872; CE, ord. 2 de abril de 2003, *Gaijfe*, núm. 255597; CE, ord. 25 de junio de 2003, *Abamada et Said Abdallah*, núm. 257835; CE, ord. 17 de julio de 2003, *Société de réalisation et de rénovation immobilière (SRR)*, n° 258506; CE, ord. 2 de septiembre de 2003, *Société SAGEP et autres*, n° 259866; CE, ord. 30 de julio de 2004, *Moussaoui*, no. 270462; CE, ord. 12 noviembre 2004, *Marty*, no. 274029; CE, ord. 2 marzo 2005, *Commune de Vedene*, no. 278123; CE, ord. 15 de julio de 2005, *Cotten*, n° 282369; CE, ord. 28 de agosto de 2006, *SARL Fitness Gym*, n° 296846; CE, ord. 29 de septiembre de 2006, *Traoré*, n° 297752). Sin embargo, es sabido que el artículo L. 521-2 no impone en modo alguno tal condición. La ilegalidad debe ser manifiesta y la infracción debe ser grave, pero la ilegalidad de la infracción no tiene por qué ser grave en sí misma.

¹⁰⁶¹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, n° 1604.

una libertad fundamental¹⁰⁶². La ley exige que la ilegalidad constatada tenga un impacto real sobre la libertad en cuestión. La ilegalidad puede ser directa y resultar de la norma que consagra la libertad fundamental, como en las decisiones *Gollnisch* o *Gaitukaev*¹⁰⁶³. También "puede ser indirecta, es decir, resultar del carácter manifiestamente ilícito de la infracción causada a normas legislativas o reglamentarias que condicionan el disfrute de esta libertad fundamental"¹⁰⁶⁴. En cualquier caso, debe afectar necesariamente a una libertad fundamental.

En consecuencia, una ilegalidad puramente formal no puede satisfacer el requisito de que *la vulneración de una libertad sea ilícita*. Si bien un vicio de forma material puede ser ilegal, e incluso manifiestamente ilegal, por su propia naturaleza es improbable que vulnere una libertad fundamental. En una sentencia de 30 de mayo de 2002, el Conseil d'Etat se negó a anular el auto por el que un juez de procedimiento sumario desestimó una solicitud de orden, basada en el artículo L. 521-2, por la que se suspendían las órdenes de ampliación del perímetro de una comunidad de aglomeración y se ordenaba la retirada de varios municipios del organismo público de cooperación intermunicipal. El recurso fue desestimado por considerar que, en este caso, los municipios recurrentes invocaban únicamente motivos de legalidad externa relativos a procedimientos consultivos. En opinión del Consejo, "ninguno de estos motivos, aun siendo fundado, permite considerar "grave y manifiestamente ilegal" la vulneración del principio de libre administración de los entes locales por los decretos controvertidos"¹⁰⁶⁵. Cabe señalar, no obstante, que en algunas raras decisiones, el tribunal ha aceptado examinar un motivo basado en la infracción de la Ley de 11 de julio de 1979, que exige que se justifiquen determinadas decisiones individuales desfavorables. En la sentencia *Tliba*, por ejemplo, el Conseil d'Etat evaluó la exigencia de que una orden de expulsión fuera manifiestamente ilegal a la luz de las disposiciones de esta ley, y concluyó que no había habido violación¹⁰⁶⁶. En una ocasión, dictaminó que una orden policial de cierre de un comercio local¹⁰⁶⁷ estaba fundamentada en el incumplimiento de la ley. Sin embargo, en esa decisión, el tribunal señaló *dos* ilegalidades: en primer lugar, el uso injustificado de sus poderes de policía administrativa por parte del ejecutivo municipal y, en segundo lugar, la falta de motivación suficiente de su decisión. La vulneración de la libertad de empresa no derivaba de la falta de motivación, sino del uso infundado por el alcalde de sus poderes de policía. Si bien el incumplimiento de las disposiciones de la Ley de 11 de julio de 1979 constituye una ilegalidad manifiesta, no puede constituir por sí mismo una vulneración de una libertad fundamental. En la jurisprudencia relativa al artículo L. 521-2, nunca se ha considerado que un motivo meramente formal sea el origen de una vulneración ilegal de una libertad.

2. Daño injustificado y/o desproporcionado

263. No toda violación de una libertad fundamental es ilegal. Las libertades fundamentales no pueden garantizarse de forma absoluta, ni pueden prevalecer incondicional y sistemáticamente sobre cualquier consideración que pueda oponérseles¹⁰⁶⁸. Sus beneficiarios deben estar sujetos a limitaciones destinadas a conciliarlas con los derechos de los demás o a dar cabida a la expresión de determinadas formas de interés general¹⁰⁶⁹. En la

1062 Véase, por ejemplo, CE, ord. 22 de octubre de 2001, *Gonidec et Brocas*, n° 239165. El juez señaló que una parcela de terreno perteneciente a los demandantes "había sido tomada ilegalmente por el syndicat mixte Côte des Isles Développement, que la había incorporado a un campo de golf que gestionaba; el derecho de propiedad de los demandantes había sido así violado de forma manifiestamente ilegal".

1063 Cuando está en curso un procedimiento disciplinario contra un profesor-investigador, el rector académico que, sin esperar el resultado del procedimiento, sostiene públicamente que el interesado ha incumplido sus obligaciones deontológicas y pide que se le imponga la sanción más severa, vulnera ilegalmente la presunción de inocencia (CE, ord. 14 marzo 2005, *Gollnisch, Lebon* p. 103). En la sentencia *Gaitukaev*, el juez señaló la vulneración ilegal del derecho de los demandantes a solicitar el estatuto de refugiado (CE, 14 de mayo de 2004, *Gaitukaev*, n° 267360).

1064 P. CASSIA y A. BEAL, "Les nouveaux pouvoirs du juge administratif des référés. Bilan de jurisprudence (1^{er} janvier 2001-28 février 2001)", *JCP G* 2001, I, 319, p. 986.

1065 CE, 30 de mayo de 2002, *Commune de Gely-du-Fesc et autres*, n° 247273 y 247286.

1066 CE, Secc. 30 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523.

1067 CE, ord. 14 de marzo de 2003, *Commune d'Evry, Lebon T.* p. 931.

1068 Sobre este punto, véase el temor, expresado por M. Drago, "de la desestructuración social engendrada por una sociedad de derecho (¿de derechos?) en la que el individuo y la defensa de sus derechos priman sobre cualquier otra consideración (...), es decir, de un derecho preocupado únicamente por la esfera privada o individual y al que pertenece esencialmente la doctrina de los derechos fundamentales" (G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, coll. Thémis droit public, 1998, p. 69).

1069 Esta idea se expresa, en esencia, en el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, según el cual "el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran el goce de esos mismos derechos por los miembros de la sociedad". El espíritu de esta disposición es que a veces es necesario limitar las libertades de algunas personas para garantizar su ejercicio por el mayor número. La libertad "limitada" es la condición de la libertad para todos. Véase J.-P. COSTA, "Article 4", en *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires* (G. CONAC, M. DEBENE y G. TEBOUL dir.), Dalloz, 2001, pp. 101-113.

práctica, una violación de una libertad fundamental será lícita si no sólo está *justificada* por la ley o por una razón de interés general, sino que además *es proporcionada* al objetivo perseguido. Por otra parte, la infracción será ilegal en dos casos. En primer lugar, la infracción es ilegal si no está autorizada por la ley o por una razón de interés general. Este será obviamente el caso cuando se incumpla directamente una norma jurídica, ya sea legislativa, convencional, constitucional o de otro tipo. En tal caso, la falta de justificación de la infracción es inmediatamente evidente. Entonces, si la infracción está justificada, será ilegal si es excesiva y, por lo tanto, no cumple el requisito de proporcionalidad. Este esquema, que se refiere a las infracciones resultantes de acciones pero también a las infracciones resultantes de denegaciones o abstenciones, merece ser precisado en sus elementos constitutivos.

264. La infracción está *justificada* si está prevista y autorizada por la ley o exigida por una razón de interés público.

El texto justificativo puede ser una ley o un reglamento en el caso de una infracción resultante de una abstención o de una denegación. Pero en el caso de una infracción resultante de un acto positivo o de una acción, el texto en el que se basa debe ser de naturaleza legislativa. En el caso de una acción, sólo la ley puede vulnerar inicialmente las libertades fundamentales. Este requisito es consecuencia de la reserva de ley, principio jurídico en virtud del cual el legislador tiene competencia exclusiva para intervenir en determinados ámbitos¹⁰⁷⁰, entre los que destaca la vulneración de las libertades fundamentales¹⁰⁷¹. Dado que este ámbito es prerrogativa exclusiva del legislador, la autoridad administrativa tiene prohibido intervenir en él¹⁰⁷². A falta de autorización legislativa, toda infracción cometida por la autoridad administrativa adolece de ilegalidad¹⁰⁷³.

La persecución de un objetivo de interés general es también una razón legítima para limitar una libertad. Así lo reconoce desde hace tiempo el Conseil d'Etat. Como señaló el Sr. Hadas-Lebel, "es constante que una de las funciones más importantes del concepto de interés general en la jurisprudencia administrativa es limitar, en nombre de los fines superiores que representa, el ejercicio de determinados derechos y libertades individuales (...)"¹⁰⁷⁴.

1070 El legislador se ha reservado constitucionalmente -y le ha asignado- un ámbito que no puede ser ignorado ni por otras autoridades ni por el propio legislador. Esto implica, en primer lugar, que el legislador es el único que puede intervenir en estas materias, con exclusión de cualquier otra autoridad. Una decisión administrativa que intervenga en la esfera de competencia del legislador está viciada de ilegalidad. En segundo lugar, esta norma significa que el legislador debe ejercer por sí mismo su competencia y no puede autorizar a ninguna autoridad a intervenir inicialmente en materias protegidas (incompetencia negativa).

1071 El Conseil d'Etat afirmó, en el marco de la Cuarta República^e, que estas materias están reservadas a la ley en virtud de la tradición constitucional republicana (cf. *supra*, § 110, dictamen de 6 de febrero de 1953). El artículo 4 de la Declaración de 1789 establece que los "límites" de las libertades "sólo pueden ser definidos por la ley". Esto es así independientemente del rango de la norma de la que deriva la libertad fundamental. La reserva de ley se aplica en primer lugar a las libertades constitucionales. El artículo 34 de la Constitución de 4 de octubre de 1958 asigna al Parlamento la tarea de determinar las garantías fundamentales para el ejercicio de las libertades públicas. Sobre la base de esta disposición, "la ley dispone de un poder irreductible para regular los derechos constitucionalmente reconocidos, limitándose el poder reglamentario a la aplicación de las normas establecidas por el legislador" (J. Tremeau, *La réserve de loi. Compétence législative et Constitution*, Economica PUAM, coll. DPP, 1997, p. 260). Para las libertades fundamentales de origen convencional, el principio de restricción legislativa está expresamente enunciado en los instrumentos pertinentes (ya sea específicamente para un derecho concreto, como en el Convenio Europeo y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o en una cláusula general, como el artículo 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). En cuanto a las libertades fundamentales de rango legislativo, sólo el legislador, que las creó, puede ponerlas en cuestión.

1072 A este respecto, el objetivo primordial de la reserva de ley es "garantizar que las limitaciones impuestas a las libertades de los ciudadanos han sido consentidas por éstos o por sus representantes. La reserva de ley se concibe ante todo en sentido negativo, como exclusión del Ejecutivo de la posibilidad de intervención originaria y, por tanto, como prohibición de que el Ejecutivo vulnere los derechos y libertades de los ciudadanos sin autorización legislativa" (J. Tremeau, *op. cit.*, pp. 36-37). El mismo principio prevalece en el derecho comparado. En Alemania, el concepto de reserva de ley (*Vorbehalt des Gesetzes*) "significa que la libertad y la propiedad del público/de los ciudadanos sólo pueden vulnerarse en la medida en que una ley lo prevea y establezca las condiciones y el alcance" (C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, n° 95). También en Suiza, el artículo 36, apartado 1, de la Constitución exige que toda restricción grave de un derecho fundamental tenga una base jurídica (véase C. ROUILLER, "Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi en droit constitutionnel suisse", en *Droit constitutionnel suisse* (D. THÜRER, J.-F. AUBERT, J.P. MÜLLER dir.), Schulthess, 2001, p. 683).

1073 De acuerdo con esta exigencia, el Conseil d'Etat vela por que las vulneraciones de las libertades tengan su origen en una ley y, en caso contrario, anula las disposiciones por las que la autoridad administrativa las vulnera inicialmente (véase, por ejemplo, para la libertad de comercio e industria: CE, *Sec.*, 29 de julio de 1953, *Société générale des travaux cinématographiques, Lebon* p. 430; y para el derecho de propiedad: CE, 5 de octubre de 1977, *Secrétaire d'Etat à la culture, Lebon* T. p. 686). En el mismo sentido, el Comisario del Gobierno Galmot afirmó que la disposición por la que se decide que el hecho de no recibir la vacuna antipoliomielítica puede impedir la admisión de un niño en un establecimiento sanitario o educativo vulnera ciertas libertades públicas fundamentales, por lo que sólo puede encontrar su fuente en la ley (concl. GALMOT sobre CE, 16 de junio de 1967, *Ligue nationale pour la liberté des vaccinations*, JCP G 1967, II, 15303).

1074 R. Hadas-Lebel, "L'intérêt général", *EDCE* n° 50, 1999, p. 290. Cabe señalar que en la jurisprudencia constitucional también se presta especial atención al interés general para justificar las restricciones impuestas por el legislador

Esta consideración del interés general, que es una constante del derecho de las libertades, si no su cuestión esencial, puede justificar que los particulares, movidos por motivos privados, se vean abocados a "plegarse a imperativos más poderosos"¹⁰⁷⁵. La ley, al igual que el interés general, puede justificar que la administración atente contra una libertad fundamental.

265. Justificada, la infracción también debe ser *proporcionada*, es decir, no superar el umbral de infracción autorizado por la ley o estrictamente justificado por la persecución del interés general¹⁰⁷⁶. La consideración del criterio de proporcionalidad está vinculada a la naturaleza de las normas de libertades fundamentales en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, que constituyen obligaciones de optimización, es decir, "principios" en el sentido que les dan Ronald Dworkin y Robert Alexy¹⁰⁷⁷, más allá de los matices que puedan oponer ambos autores. Esto significa, citando al Tribunal Constitucional Federal alemán, que "el perjuicio no debe ser de una intensidad que no guarde relación con la importancia del asunto y la molestia impuesta al ciudadano"¹⁰⁷⁸. La autoridad pública no debe, por su acción o abstención, infringir una libertad

a los derechos y libertades constitucionales. Por ejemplo, el Conseil admite la limitación del derecho de huelga en nombre de la continuidad de los servicios públicos (CC, n° 79-105 DC, 25 de julio de 1979, *Rec.* p. 33), de la libertad personal en nombre de las "necesidades de la aplicación de los impuestos" (CC, n° 83-164 DC, 29 de diciembre de 1983, *Rec.* p. 67; n° 84-184 DC, 29 de diciembre de 1984, *Rec.* p. 94; n° 89-268 DC, 29 de diciembre de 1989, *Rec.* p. 110), la libertad de circulación y la libertad personal en nombre de la "salvaguardia de objetivos de interés general que tienen valor constitucional" (CC, n° 81-127 DC, 19-20 de enero de 1981, *Rec.* p. 15), la libertad de circulación en nombre de la protección de la seguridad nacional (CC, n° 93-323 DC, 13 de agosto de 1993, *Rec.* p. 213), la libertad personal y el derecho a llevar una vida familiar normal en nombre de la "salvaguardia del orden público" (CC, n° 93-323 DC, 13 de agosto de 1993, *Rec.* p. 213), o el derecho a la propiedad en nombre de la protección de la salud pública (CC, n° 90-283 DC, 8 de enero de 1991, *Rec.* p. 11).

1075 M. LETOURNEUR, "Quelques réflexions sur la codification du droit administratif", en *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 277.

1076 Sobre el principio de proporcionalidad, véase en particular G. XYNOPLOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, LGDJ, coll. BDP, t. 179, 1996, 463 p.; X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, Economica, coll. Science et droit administratifs, 1990, 541 p.; J. MEKHANTAR, *Le principe de proportionnalité*, thèse Paris II, 1990; G. BRAIBANT, "Le principe de proportionnalité", in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, t. 2, LGDJ, 1974, pp. 297-306; J.-P. COSTA, "Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", *AJDA* 1988, pp. 434-437; P. MARTENS, "L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité", en *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. 1, Bruylant, 1992, pp. 49-68; P. MOOR, "Systématique et illustration du principe de proportionnalité", en *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, PUS, 2001, pp. 319-341; M. FROMONT, "Le principe de proportionnalité", *AJDA* 1995 número especial, pp. 156-166.

1077 Para ambos autores, las reglas y los principios son auténticas normas jurídicas; se diferencian según su grado de determinación. Una regla se aplica a un caso concreto al que asigna consecuencias jurídicas precisas, sin dejar libertad de elección al destinatario. Los principios, en cambio, no tienen consecuencias jurídicas automáticas. Así, "la distinción entre reglas y principios es (...) una distinción entre dos tipos de normas" (R. ALEXY, *A theory of constitutional rights* (traducido del alemán por J. RIVERS), Oxford University Press, 2003, p. 45): "los principios son *obligaciones de optimización*, mientras que las reglas tienen el carácter de *obligaciones definitivas*" (R. ALEXY, "Idée et structure d'un système de droit rationnel", *APD* t. 33 *La philosophie du droit aujourd'hui*, 1988, p. 34. El subrayado es nuestro. Énfasis añadido). Más concretamente, las reglas "son normas que siempre pueden cumplirse o no pueden cumplirse. Si una norma es válida y aplicable, entonces es obligatorio hacer exactamente lo que exige, ni más ni menos" (*ibid.*). Si la norma es aplicable en el presente caso, y si se cumplen las circunstancias de hecho que constituyen su "menor", entonces, necesariamente, también se cumplirán las consecuencias jurídicas de su "mayor". En este sentido, "las normas son aplicables al estilo "todo o nada"" (R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, coll. Léviathan, 1995, p. 79). Por el contrario, "como obligaciones de optimización, los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, en relación con lo que es jurídica y realmente posible. Esto significa que pueden satisfacerse en diversos grados y que el grado requerido de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas que determinan -además de las normas- principios esencialmente divergentes. Esto implica que los principios están sujetos a ponderación: para los principios, la ponderación es la forma característica de la aplicación del Derecho" (R. ALEXY, *op. cit.*, p. 34). Así pues, los principios son normas jurídicas que no determinan la solución concreta de un litigio por el mero hecho de serle aplicables. Las libertades fundamentales enunciadas en el artículo L. 521-2 responden estrictamente a esta definición. Su ejercicio debe conciliarse siempre con otros imperativos, y la infracción de estas normas nunca da lugar a una sanción sistemática en el marco de este procedimiento. Del mismo modo, en Alemania, "todos los derechos fundamentales son 'principios' (...)" (G. XYNOPLOULOS, *op. cit.*, p. 348). En Estados Unidos, varios derechos constitucionales, como la libertad de expresión, tienen carácter de principios. "Cuando se descubre una violación de la libertad de expresión, es inconstitucional, a menos que surja alguna otra política o principio que, dadas las circunstancias, tenga el peso suficiente para autorizar la limitación" (R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 86).

1078 BVerfGE 63, 88 [115] I, citado por C. Autexier, *Introduction au droit public allemand*, 1997, n° 97. De forma análoga, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado, por ejemplo, en relación con el respeto del derecho a la propiedad privada, que corresponde al Tribunal "comprobar si se ha alcanzado un justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la colectividad y los imperativos de salvaguardia de los derechos fundamentales del individuo (...). Inherente al Convenio en su conjunto, la preocupación por garantizar dicho equilibrio también se refleja en la estructura del artículo 1 del Primer Protocolo" (TEDH, 13 de junio de 1979, *Spörrong y Lönnroth contra Suecia*, Serie A, n° 31).

fundamental más allá de lo necesario o razonable. Esta exigencia se refiere tanto a las infracciones derivadas de la acción como a las derivadas de la negativa o la abstención. En ambos casos, adopta la forma de exigir la menor interferencia posible con las libertades fundamentales, prohibiendo tanto las medidas excesivas como las insuficientes. En cualquier caso, corresponde al solicitante probar la supuesta ilegalidad. Una motivación insuficiente a este respecto dará lugar a la desestimación de la solicitud¹⁰⁷⁹.

B. Ilegalidad del recurso

266. La infracción resultante de una acción está viciada de ilegalidad si es injustificada. También está viciada de ilegalidad si, aun estando justificada, es excesiva en relación con los términos de la habilitación legal o el objetivo perseguido.
267. La infracción será injustificada si, por una parte, hace caso omiso de un requisito jurídico sustantivo y, por otra, si carece de base legislativa o, en el caso de la actuación policial, no se basa en una razón de interés público.
268. En primer lugar, la infracción es injustificable por su propia naturaleza si entra en conflicto con una norma jurídica sustantiva. Varios ejemplos ilustran este requisito, cuya aplicación no plantea ninguna dificultad. Por ejemplo, dado que, en virtud de las disposiciones combinadas de la Ley de 9 de diciembre de 1905 y del artículo 5 de la Ley de 2 de enero de 1907, los bienes destinados al ejercicio de un culto quedan a disposición de los fieles y de sus servidores, "la autoridad pública comete una ilegalidad manifiesta al autorizar un acto en un edificio destinado al ejercicio de un culto sin el acuerdo del ministro del culto encargado de regular su uso"¹⁰⁸⁰. Del mismo modo, de las disposiciones de la Ley de 10 de marzo de 1927 y de los principios del procedimiento penal se desprende que un decreto por el que se concede la extradición no puede dictarse legalmente hasta después de la expiración del plazo para recurrir ante el Tribunal de Casación contra el dictamen de la Sala de Instrucción o, en caso de que se haya interpuesto dicho recurso, hasta después de que el Tribunal de Casación lo haya desestimado. Por consiguiente, el decreto del Ministro de Justicia por el que se concede la extradición del demandante está viciado de ilegalidad mientras el recurso contra esta medida esté pendiente ante el Tribunal de Casación¹⁰⁸¹. El artículo 25 de la Orden de 2 de noviembre de 1945, modificada por la Ley de 26 de noviembre de 2003, prohíbe la expulsión de un extranjero que sea padre de un hijo menor francés residente en Francia. En consecuencia, la ejecución de una orden de expulsión contra un nacional que se encuentra en la situación prevista por dicha disposición está viciada de ilegalidad¹⁰⁸². Es ilegal la decisión de talar los árboles protegidos por el artículo 1^{er} de la Ley de 29 de diciembre de 1892 sin realizar la evaluación

¹⁰⁷⁹ Véase, por ejemplo, desestimada en el marco del procedimiento de selección, CE, ord. 20 abril 2004, *Ba*, n° 266647: el juez de medidas provisionales de primera instancia realizó una justa apreciación de los hechos sometidos a su consideración al dictaminar que ni los imprecisos escritos del demandante ni las explicaciones dadas en la audiencia pública celebrada ante él eran lo suficientemente detallados como para permitir considerar manifiesta la decisión de denegarle la entrada en territorio francés. Véase también, desestimado tras una audiencia pública, CE, ord. 11 de agosto de 2005, *Maingueneau*, n° 283462: al demandante, propietario de un edificio ocupado por la empresa Hôtel du Marais, se le había denegado la asistencia de la policía para ejecutar una orden de abandonar los locales dictada por el tribunal civil alegando, según la administración, que no se le había sometido el asunto en la forma prescrita por la ley de 9 de julio de 1991 y el decreto de 31 de julio de 1992. Ante el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat, el demandante se limitó a argumentar a este respecto "que los argumentos de procedimiento manifiestamente infundados en el caso de los locales hoteleros atestiguan la actitud dilatoria de la administración". El juez afirmó "que, de este modo, y a pesar de que las autoridades presentaron argumentos detallados sobre este punto, el demandante no puso al juez de medidas provisionales en condiciones de apreciar si la injerencia en su derecho de propiedad era manifiestamente ilegal". Véase también, descartar la ilegalidad manifiesta "habida cuenta, en particular, del carácter muy general de los documentos presentados" por el demandante: CE, ord. 8 de diciembre de 2003, *Abdi Karim Abdul Kadir Abdi*, n° 262446.

¹⁰⁸⁰ CE, ord. 25 agosto 2005, *Commune de Massat, Lebon* p. 386. Esta solución se ajusta a la jurisprudencia reiterada. Para el Conseil d'Etat, "la ley de 9 de diciembre de 1905 (...) no otorgaba a los municipios el derecho a disponer de las iglesias de su propiedad" (CE, 1^{er} mars 1912, *Commune de Saint-Désiré*, *S.* 1913, III, p. 18). La posesión de las llaves del edificio corresponde al "affectataire", lo que le permite impedir que el alcalde ocupe físicamente el edificio (CE, 1913, *Abbé Arnaud*, 20 de junio de 1913, *Lebon* p. 717). Sólo él decide sobre el uso de la iglesia y su disposición (CE, 17 de diciembre de 1914, *Abbé Foussadier*, *Lebon* T. p. 1052). Más recientemente, el Consejo dictaminó que "al decidir instituir (...) un derecho de visita de los objetos muebles catalogados expuestos en la iglesia Saint-Pierre de Baume-les-Messieurs sin haber obtenido el acuerdo del párroco, el consejo municipal de dicho municipio infringió los derechos concedidos a este último para regular el uso de los bienes puestos a disposición de los fieles por las leyes de 9 de diciembre de 1905 y de 2 de enero de 1907" (CE, Secc, 4 de noviembre de 1994, *Abbé Chalumeau*, *RFDA* 1995, p. 986, concl. R. SCHWARTZ). De manera más general, véase E. TAWIL, "La police administrative des cultes en droit français", *RRJ* 2004/1, pp. 507-529.

¹⁰⁸¹ CE, ord. 29 julio 2003, *Peqini, Lebon* p. 345.

¹⁰⁸² CE, ord. 21 febrero 2005, *Najemi*, n° 277520.

exigida por dicha disposición ni obtener la autorización de tala exigida por el artículo L. 130-1 del Código de Urbanismo para las zonas arboladas clasificadas¹⁰⁸³. Es ilegal impedir que un paciente ingresado involuntariamente mantenga correspondencia con las autoridades administrativas y judiciales, haciendo caso omiso de lo dispuesto en el artículo L. 3211-3 del Código de Salud Pública¹⁰⁸⁴.

269. En segundo lugar, el perjuicio resultante de una medida positiva es injustificado cuando no tiene cobertura legal o no se basa en una razón de interés general.

Una infracción es legal si se basa en un texto legislativo. Es el caso, por ejemplo, de una medida de inmovilización de vehículos de transporte adoptada sobre la base del artículo 37 de la ley de 3 de diciembre de 1982 relativa a la orientación de los transportes nacionales¹⁰⁸⁵, de la orden prefectural de crear una comunidad de aglomeraciones que incluya un municipio contra su consentimiento adoptada en virtud del artículo L. 5211-5 del código general de las colectividades territoriales¹⁰⁸⁶, del cierre, ordenado sobre la base del artículo L. 3332-15 del Código de Salud Pública, de un bar que no ha respetado la normativa que prohíbe la venta para llevar después de las 23.00 horas¹⁰⁸⁷ o el hecho de que un director de colegio exija a un alumno el pago de los gastos de escolaridad previstos por las disposiciones de los artículos L. 452-2 y L. 452-8 del Código de Educación relativas a la Agencia para la Enseñanza Francesa en el Extranjero, so pena de que el alumno se exponga a una medida de desahucio prevista por los textos¹⁰⁸⁸. Por otra parte, la ley no justifica la vulneración de una libertad fundamental si el acto o comportamiento en cuestión no entra en el ámbito de aplicación del texto citado por la administración en apoyo de la infracción. Por ejemplo, es ilegal colocar precintos en apoyo de una orden de interrupción del trabajo cuando no se ha incoado ningún procedimiento penal¹⁰⁸⁹ o retener una aeronave, en perjuicio del propietario, cuando la aeronave ya no tiene operador¹⁰⁹⁰. En el auto del *Ayuntamiento de Collioure* de 2 de julio de 2003, el juez se preocupó de señalar "que, contrariamente a lo que sostiene el Ayuntamiento de Collioure en apelación", la posibilidad de instaurar un régimen de autorización previa de acceso al puerto deportivo "no tiene su fundamento jurídico en el Libro III del Código de Puertos Marítimos al que remite el artículo L. 2213-22 del Código General de las Colectividades Locales". Esta medida, que ignora la jurisprudencia reiterada del Conseil d'Etat, adolece por tanto de ilegalidad¹⁰⁹¹. Un ejemplo notable es la orden *Marcel* de 2 de abril de 2001. Las autoridades habían retirado los pasaportes y los documentos nacionales de identidad a toda una familia francesa. La autoridad policial había justificado esta medida por el hecho de que, debido a la ausencia de mención de su filiación en su partida de nacimiento, ya no podía considerarse que el Sr. Marcel tuviera la nacionalidad francesa por filiación. El juez de medidas provisionales consideró que, a falta de un texto legislativo que autorizara a la administración a retirar documentos por este motivo, la ausencia de mención de su filiación "no puede por sí sola justificar jurídicamente la

1083 CE, ord. 8 noviembre 2005, *Moissinac Massenat, Lebon* p. 491.

1084 CE, 15 de mayo de 2002, *Baudoin*, n° 239487.

1085 CE, ord. 9 abril 2001, *Belrose et autres, Lebon T.* p. 1126. Esta disposición permite a la autoridad administrativa, en determinadas condiciones, ordenar la inmovilización de uno o varios vehículos tras el descubrimiento de una infracción penal contra la normativa de transportes. El juez declaró "que contrariamente a lo que alegan los demandantes en sus alegaciones finales escritas, las medidas de inmovilización adoptadas por el Prefecto se basan en las disposiciones legislativas y reglamentarias, cuyo esquema general se ha expuesto anteriormente". Dado que las infracciones imputadas a los demandantes no se discuten, las medidas de inmovilización adoptadas por el Prefecto son legales y están justificadas.

1086 CE, ord. 24 enero 2002, *Commune de Beaulieu-sur-Mer, Lebon T.* p. 873.

1087 CE, 9 de febrero de 2005, *SARL "Lou Marseillou"*, n° 272196.

1088 CE, ord. 11 de mayo de 2002, *Deynck*, n° 246755. Véase, en el mismo sentido, CE, ord. 23 julio 2003, *Peyre*, n° 258672.

1089 CE, ord. 23 marzo 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154. La colocación de precintos tiene por objeto facilitar la ejecución de una orden de paralización de obras. El artículo L. 480-2 del Código de Urbanismo dispone que "cuando no se haya iniciado ningún procedimiento, el Fiscal informará al alcalde, quien, de oficio o a petición del interesado, pondrá fin a las medidas que haya adoptado" (véase CE, 10 de mayo de 1985, *Commune d'Aigues-Mortes c/ Mortureux, AJDA* 1985, p. 511, obs. L. RICHER). En este caso, el fiscal había desestimado la denuncia del municipio, lo que impedía al alcalde ejercer sus poderes en virtud del artículo L. 480-2. Como la medida no entraba en el ámbito de aplicación de este texto, era ilegal.

1090 CE, 2 de julio de 2003, *Société Outremer Finance Limited, Lebon* p. 306. Ninguna de las disposiciones del Código de Aviación Civil invocadas por el establecimiento público Aéroport de Paris autoriza a la administración a retener una aeronave en perjuicio de su propietario cuando la aeronave ya no tiene operador.

1091 CE, ord. 2 julio 2003, *Commune de Collioure, Lebon T.* p. 930. El alcalde de Collioure supeditó el acceso al puerto deportivo a una autorización previa. Por lo tanto, no se trataba de una ocupación privada del dominio público - que excluye cualquier otro uso por personas distintas del ocupante y está sujeto en principio a autorización (artículo L. 28 del Code du domaine de l'Etat) -, sino de la circulación y el estacionamiento en este dominio de acuerdo con su finalidad, que no puede estar sujeto en principio a un régimen de autorización (CE, Ass., 22 de junio de 1951, *Daudignac, Lebon* p. 362, *GAJA* n° 71). El juez de medidas provisionales subraya que la medida "tiene por efecto, al exigir ilegalmente la obtención de dicha autorización, cuyas condiciones y modalidades de concesión no están precisadas por el reglamento de policía, permitir al alcalde elegir discrecionalmente los buques de transporte de cabotaje de pasajeros y las compañías de explotación autorizadas a hacer escala en Collioure, excluyendo totalmente a los buques y compañías a los que no desearía conceder autorización". De este modo, según el auto, la autoridad administrativa "instituye ilegalmente un régimen de autorización que sus poderes de policía no le permiten crear".

retirada por la autoridad administrativa de los documentos nacionales de identidad y de los pasaportes"¹⁰⁹².

En el ámbito de la policía administrativa, donde la intervención administrativa está por definición supeditada a la existencia de un texto legislativo, la infracción debe estar justificada por una razón de interés general basada en la preservación del orden público. El juez fue exigente y, al no existir amenaza alguna para el orden público, concluyó que la medida era ilegal. Así pues, una decisión de cierre de un establecimiento de bebidas alcohólicas basada en hechos que no han sido probados¹⁰⁹³ está viciada de ilegalidad. Del mismo modo, un memorando emitido por el alcalde de un municipio, ordenando la apertura del correo enviado a determinados concejales, constituye una infracción injustificada del secreto de la correspondencia y de la libertad de los concejales para ejercer su mandato. El Consejo señaló que esta medida "tiene como consecuencia la apertura sistemática de todo el correo dirigido a los interesados, sin distinción alguna entre las distintas categorías de correo que pueden recibir estos representantes electos; que no prevé el consentimiento previo de los destinatarios y que *no está justificada por ninguna circunstancia particular*"¹⁰⁹⁴. En la sentencia *Commune de Wingles*, el juez señaló que la orden por la que se prohibía la circulación de vehículos peligrosos en una parte del municipio situada fuera de la zona urbanizada "*no está justificada por imperativos de seguridad pública*". Además, esta prohibición bastaba para bloquear completamente el acceso de los camiones a la planta de Nitrochimie durante los períodos en cuestión, en particular impidiendo a estos camiones utilizar cualquier ruta que no fuera la que atraviesa la zona urbanizada de Wingles. El juez concluyó "que este bloqueo del acceso al establecimiento explotado por la sociedad Nitrochimie durante una parte importante del día, *sin ninguna justificación basada en la seguridad pública*, constituye una violación grave y manifiestamente ilegal de la libertad de empresa y de la libertad de ir y venir"¹⁰⁹⁵.

270. Si el perjuicio resultante de una acción está justificado por la ley o por una razón de interés general, la medida adoptada será ilegal si no cumple el requisito de proporcionalidad. Por ejemplo, en la sentencia *Aguillon*¹⁰⁹⁶, el Conseil d'Etat consideró que requisar a todo el personal en huelga de una clínica era una vulneración excesiva del derecho de huelga en relación con el objetivo de proteger la salud pública. La decisión está ciertamente justificada, ya que se basa en una disposición del Código General de las Entidades Locales y existe una amenaza para la salud pública¹⁰⁹⁷. Sin embargo, no es proporcionada en la medida en que el Prefecto pretendía obligar a todas las matronas en huelga a seguir trabajando en el servicio de obstetricia. La solución fue condenada por su generalidad. El prefecto podría haber obtenido un resultado satisfactorio en términos de protección de la salud pública adoptando una medida menos intrusiva en la libertad en cuestión. El Consejo declaró que debería haber "considerado la posibilidad de redistribuir las actividades a otros establecimientos sanitarios o de reducir el funcionamiento del servicio" y "considerar si las necesidades esenciales de la población no podían satisfacerse de otro modo dada la capacidad sanitaria del departamento"¹⁰⁹⁸. Del mismo modo, las restricciones a la circulación de menores son ilegales si restringen excesivamente la libertad de circulación en relación con el objetivo de seguridad pública. Dos órdenes dictadas por el alcalde de Montfermeil antes del verano de 2006 y remitidas al juez de medidas provisionales ilustran cómo se evalúa este requisito clásico. La primera orden prohibía a los menores de 15 a 18 años viajar en más de tres vehículos a la vez en la zona que

¹⁰⁹² CE, ord. 2 abril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* p. 167.

¹⁰⁹³ CE, ord. 16 de agosto de 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Basset*, n° 271148.

¹⁰⁹⁴ CE, 9 de abril de 2004, *Vast, Lebon* p. 173.

¹⁰⁹⁵ CE, ord. 26 noviembre 2004, *Commune de Wingles*, n° 274226.

¹⁰⁹⁶ CE, 9 de diciembre de 2003, *Aguillon et autres, Lebon* p. 497.

¹⁰⁹⁷ La ley de seguridad interior de 18 de marzo de 2003 añadió un 4° grado al artículo L. 2215-1 del código general de las colectividades locales, que permite a la autoridad prefectoral convocar al personal en huelga, incluso de un empleador privado, cuando lo justifique la urgencia y una amenaza de perturbación del orden público (véase F. CHAUVIN, "Les nouveaux pouvoirs du préfet pour la sécurité intérieure", *AJDA* 2003, p. 667; D. MAILLARD DESGREES DU LOU, "L'encadrement législatif du pouvoir de réquisition des préfets et la police administrative générale", *JCP A* 2003, 1475). Este requisito se cumplía en este caso en la medida en que la clínica afectada por la huelga atendía normalmente el 42% de los partos del departamento. Cuando la clínica dejó de funcionar repentinamente, los demás establecimientos del departamento no pudieron atender a todos los pacientes en condiciones de seguridad satisfactorias. Por consiguiente, la medida de requisa adoptada por el Prefecto estaba perfectamente justificada por la necesidad de proteger la salud de las parturientas y los recién nacidos.

¹⁰⁹⁸ Esta solución se ajusta a la jurisprudencia constante del Conseil d'Etat, que censura las restricciones excesivas del derecho de huelga (véase CE, 7 de enero de 1976, *Centre hospitalier général d'Orléans, Lebon* p. 10). Antes de la decisión *Aguillon* del Conseil d'Etat, los jueces de medidas provisionales de primera instancia también habían sancionado, sobre la base del artículo L. 521-2, medidas que vulneraban excesivamente el derecho de huelga del personal sanitario en relación con el objetivo de preservar la salud pública (TA Nantes, ord. 2 abril 2001, *Syndicat SUD-CRC services santé-sociaux Loire Atlantique, Dr. adm.* 2001, comm. n° 155, nota de T.-M. DAVID). También en el contencioso de la función pública hospitalaria, el juez de medidas provisionales del Tribunal Administrativo de Orleans dictaminó que, al limitarse a organizar la continuidad del servicio asignando únicamente a los médicos del servicio médico de urgencia, la administración vulneraba de forma desproporcionada el derecho de huelga de los demandantes (Tribunal Administrativo de Orleans, auto de 11 de diciembre de 2001, *Bennis, AJFP* 2002, p. 39).

cubre el centro de la ciudad hasta el 30 de junio de 2006. El juez de medidas provisionales declaró "que la prohibición de que las personas de entre 15 y 18 años viajen en más de tres vehículos constituye una infracción manifiestamente desproporcionada de su libertad de circulación, dada su propia finalidad y su alcance temporal, *todos los días, a todas horas*, hasta el 30 de junio de 2006"¹⁰⁹⁹. La segunda orden prohibía a los menores de 16 años circular libremente, sin ir acompañados de un adulto, de 20.00 a 5.00 horas por la misma zona del municipio, hasta el 30 de junio de 2006. El juez subraya que si bien, para contribuir a la protección de los menores, el alcalde puede hacer uso, en función de circunstancias locales específicas, de los poderes generales de policía de que dispone en virtud de los artículos L. 2212-1 y siguientes del Código General de las Entidades Locales, "la legalidad de las medidas que restringen la libertad de circulación de los menores con este fin está sujeta a la doble condición de que estén justificadas por la existencia de riesgos particulares en los sectores para los que se promulgan y de que su contenido se adapte al objetivo de protección tenido en cuenta". En este caso, "la prohibición controvertida, habida cuenta del número de personas a las que va dirigida (menores de 16 años), de su alcance temporal (a partir de las 20 horas) y de su carácter permanente (hasta el 30 de junio de 2006), parece manifiestamente excesiva e inadaptada al objetivo declarado de protección de los menores"¹¹⁰⁰. La infracción también es ilegal si constituye una restricción excesiva de la libertad de empresa en relación con el objetivo perseguido. En la sentencia *Commune d'Evry*, la comisión municipal de seguridad había realizado una serie de constataciones durante su visita a un comercio local, constataciones que normalmente requerían un simple requerimiento formal para llevar a cabo las diversas obras e inspecciones necesarias en un plazo determinado. En estas circunstancias, el alcalde no podía legalmente, en ausencia de una emergencia particular, ordenar el cierre del establecimiento el mismo día de la visita de la comisión¹¹⁰¹. Aunque la medida era necesaria, la orden de cierre parece excesiva a la luz de las circunstancias que justificaron su emisión.

En cambio, la medida es legal si está justificada y es proporcionada. Así, en el citado auto del *Ayuntamiento de Wingles*, el juez de medidas provisionales señaló que la prohibición de circulación sólo afectaba a determinadas vías del municipio y se limitaba a los períodos comprendidos entre las 8.15 y las 12.15 horas y entre las 13.15 y las 17.30 horas. En estas circunstancias, "aunque esta prohibición perturbe la organización del trabajo en el establecimiento explotado por la empresa Nitrochimie al obligarla a efectuar entregas y envíos antes o después de estos períodos, no adolece, habida cuenta de su objetivo de protección de la salud pública, de una desproporción tal que le confiera el carácter de una violación grave y manifiestamente ilegal de la libertad de ir y venir"¹¹⁰². Del mismo modo, en el sistema *déféré-liberté*, una medida restrictiva de la libertad es legal si es proporcionada al objetivo perseguido. Es el caso de la prohibición de los puestos políticos en un mercado. El juez administrativo constató "que, habida cuenta de la estricta limitación de la prohibición en el tiempo y en el lugar, la prohibición, necesaria para el mantenimiento del buen orden y para la conveniencia de la circulación del público en el mercado y sus alrededores, no parece atentar ilegalmente contra la libertad de expresión y la libertad de prensa"¹¹⁰³.

El tribunal también aceptó, en principio, que las restricciones excesivas a la libertad de empresa de una compañía que opera en el dominio público pueden ser ilegales. Cabe destacar esta solución en la medida en que, tradicionalmente, las restricciones en este ámbito parecían tener que ceder sistemáticamente ante los imperativos de la gestión del dominio público. Tradicionalmente, el Conseil d'Etat afirmaba que si la administración garantiza la gestión del dominio público "tanto en interés de dicho dominio y de su utilización como en interés general", el principio de libertad de comercio e industria no es susceptible de "obstaculizar" el ejercicio por la administración de sus competencias de gestión del dominio¹¹⁰⁴. El equilibrio entre ambas exigencias fue casi sistemáticamente en detrimento de las actividades económicas desarrolladas en el dominio público¹¹⁰⁵. Tanto es así que el comisario

1099 TA Cergy-Pontoise, ord 5 mai 2006, *Ott et autres*, n° 0604077, *AJDA* 2006, p. 958, obs. S. BRONDEL.

1100 TA Cergy-Pontoise, auto de 5 de mayo de 2006, *Ott et al*, n° 0604074, *JCP A* 2006, 1118, nota de J. MOREAU. El juge du *déféré-liberté* había adoptado una posición similar con respecto a las medidas que prohibían la circulación nocturna de los jóvenes menores, condenando sistemáticamente los decretos de "toque de queda" que tenían un alcance demasiado amplio. Véase CE, ord. 29 julio 1997, *Préfet du Vaucluse*, *RFDA* 1998, pp. 383-389, nota P.-L. FRIER; CE, ord. 4 de agosto de 1997, *Maire de Dreux*, *Quot. jur.* 23 de octubre de 1997, n° 85, pp. 4-5, nota G. PELLISSIER; CE, ord. 9 julio 2001, *Préfet du Loiret*, ord. 27 julio 2001, *Ville d'Etampes*, *AJDA* 2002, pp. 351-359, nota G. ARMAND; CE, ord. 30 julio 2001, *Préfet d'Eure-et-Loir*, *Lebon T. p.* 1103; CE, ord. 2 agosto 2001, *Préfet du Vaucluse*, *Lebon T. p.* 1101; CE, ord. 10 de agosto de 2001, *Commune d'Yerres*, *Lebon T. p.* 1106; CE, ord. 10 de agosto de 2001, *Commune de Meyreuil*, *Lebon T. p.* 1101. Sobre el proceso de las órdenes de "toque de queda", véase B. SIERPINSKI, "La police administrative au secours de la permission de minuit", *RA* 1998, pp. 723-730 (1^{ère} parte), *RA* 1999, pp. 28-34 (2^{nde} parte).

1101 CE, ord. 14 de marzo de 2003, *Commune d'Evry*, *Lebon T. p.* 931.

1102 CE, ord. 26 noviembre 2004, *Commune de Wingles*, n° 274226. La medida sólo es ilegal en la medida en que afecta a una parte de la superficie cubierta fuera de la zona edificada (véase *supra*, § 269).

1103 CE, ord. 15 de diciembre de 1982, *Commune de Garches*, *RDP* 1983, pp. 211-215, nota R. DRAGO.

1104 CE, Secc. 20 de diciembre de 1957, Société nationale d'éditions cinématographiques, *Lebon p.* 702; CE, Secc. 29 de abril de 1996, Société d'affichage Giraudy, *Lebon p.* 293.

1105 Véase J.-P. BROUANT, "Domaine public et libertés publiques: instrument, garantie ou atteinte?", *LPA* 15 de julio de 1994, n° 84, pp. 21-25. Esta jurisprudencia se basaba en una simple consideración: en el dominio público, y en particular en la vía pública, la mayoría de las libertades no están "en su sitio", según la expresión de Pierre-Henri Teitgen (P.-H.).

gubernamental Rougevin-Baville declaró que "Es cuestionable que exista una verdadera libertad de comercio e industria cuando se trata de actividades realizadas en la vía pública"¹¹⁰⁶. Sin embargo, bajo la influencia del Derecho comunitario en particular, los tribunales administrativos han modificado su jurisprudencia tradicional. Si bien el Conseil d'Etat sigue afirmando que "incumbe a la autoridad administrativa cesionaria de bienes públicos gestionarlos en interés de los bienes y de su utilización, así como del interés general", añade ahora que "también le incumbe, cuando, de acuerdo con el uso a que se destinen dichas instalaciones, en ellas se desarrollen actividades de producción, distribución o servicios, tomar en consideración las distintas normas, como el principio de libertad de comercio e industria o la Orden de 1^{er} de diciembre de 1986, al amparo de las cuales se desarrollan dichas actividades"¹¹⁰⁷. Así pues, el principio de libertad de comercio e industria ya no debe sacrificarse sistemáticamente en aras del interés general. Cualquier interés derivado del dominio público ya no puede justificar automáticamente una restricción de esta libertad. El juez de medidas provisionales extrajo las consecuencias de ello en el auto del *Ayuntamiento de Théoule-sur-Mer* de 22 de mayo de 2003. Es cierto que el juez recordó las "limitaciones particulares de las actividades económicas ejercidas en el dominio público". No obstante, al aceptar examinar el alcance de las limitaciones impuestas a la empresa, acepta que una restricción que no sea proporcionada a la libertad de empresa puede ser sancionada mediante el procedimiento de référé-liberté¹¹⁰⁸. Aunque los agentes económicos que operan en el dominio público deben soportar ciertas cargas, éstas no son ilimitadas. La ilegalidad de la infracción también puede derivarse de la negativa o la abstención de la administración.

C. Ilegalidad de la denegación o de la abstención

271. En términos generales, una infracción resultante de una negativa o abstención es ilegal si la administración incumple una obligación de actuar que se le impone. Determinar si una negativa o abstención es ilegal difiere en dos aspectos de evaluar si la infracción resulta de una acción. Por una parte, la infracción puede ser legal sin tener que basarse en un texto legislativo. En segundo lugar, el requisito de proporcionalidad se mide a la inversa en el caso de la abstención: no exige la mínima intervención de la autoridad pública, sino su mínima abstención.

272. La negativa o la abstención a realizar una acción o a conceder una prestación es ilegal si incumple una obligación de actuar de la administración. Por ejemplo, es ilegal que un prefecto incumpla la obligación que le incumbe en virtud del decreto de 23 de junio de 1998 de registrar una solicitud de asilo territorial¹¹⁰⁹, que se niegue a devolver un permiso de residencia válido a un extranjero cuya orden de expulsión haya sido suspendida en virtud del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa¹¹¹⁰ o la negativa a expedir a un solicitante de asilo territorial un recibo equivalente al permiso de residencia al que tiene derecho en virtud

TEITGEN, *La police municipale. Etude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, Sirey, 1934, p. 450). Por su propia naturaleza, las vías públicas se utilizan principalmente para el tráfico. Dado que su finalidad primordial es garantizar la libertad de circulación, sólo subsidiariamente pueden utilizarse para el ejercicio de otras libertades. En estas condiciones, "una persona que utiliza la vía pública como sede de sus negocios o como medio de su industria debe sufrir las mismas penalidades que una persona que sólo la utiliza para ir y venir" (P. BON, *La police municipale*, tesis Bordeaux I, 1975, p. 251).

¹¹⁰⁶ Concl. sobre CE, Secc. 25 enero 1980, *Gadiaga et autres*, *Lebon* p. 44.

¹¹⁰⁷ CE, Secc. 26 de marzo de 1999, *Société EDA*, *Lebon* p. 107.

¹¹⁰⁸ CE, ord. 22 mayo 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer*, *Lebon* p. 232. En este caso, el juez descartó la vulneración manifiestamente ilegal de una libertad fundamental tras evaluar el alcance de las limitaciones impuestas a Cannes Aquaculture en el ejercicio de su actividad. El auto explica que la sociedad demandante ejerce una actividad de piscicultura marítima en parcelas de dominio público marítimo terrestre y que, salvo algunos incidentes menores que se producen de vez en cuando, las entregas están autorizadas. Si bien es cierto que los vehículos deben atravesar una barrera, vigilada durante las horas de trabajo por un empleado de la capitanía marítima, este régimen de acceso no ha provocado dificultades graves de suministro. El acceso a pie a las instalaciones de la empresa también es posible en todo momento. En los fundamentos de la orden se indica que el ayuntamiento no descarta expedir a la empresa un distintivo que permita el acceso permanente de camiones a sus instalaciones. El juez añade que "corresponde al municipio garantizar que, en caso de emergencia y, en particular, en caso de interrupción del suministro de oxígeno a los peces, puedan efectuarse las entregas necesarias". A la luz de toda esta información, y en particular de la reserva formulada por el juez en caso de interrupción del suministro de oxígeno, las condiciones en las que Cannes Aquaculture debe ejercer su actividad no vulneran de forma desproporcionada la libertad de empresa a la luz de las exigencias de una buena gestión del dominio público.

¹¹⁰⁹ CE, 15 de febrero de 2002, *Hadda*, *Lebon* p. 45.

¹¹¹⁰ CE, ord. 8 noviembre 2001, *Kaigisiz*, *Lebon* p. 545.

del artículo 2 del Decreto de 23 de junio de 1998¹¹¹¹. Del mismo modo, la negativa de las autoridades francesas a asumir la responsabilidad de examinar la solicitud de asilo de los demandantes y su devolución a Austria, Estado del que no consta que siga dispuesto a examinar su solicitud, vulnera ilegalmente su derecho a solicitar el estatuto de refugiado¹¹¹². Dado que toda persona cuya nacionalidad francesa esté establecida tiene derecho a obtener un documento nacional de identidad, es ilegal negarse a expedir dicho documento a un ciudadano cuya nacionalidad francesa e identidad no se discuten¹¹¹³.

A la inversa, la negativa a conceder una prestación al solicitante es legal si ningún texto le confiere el derecho a obtener la prestación solicitada. Así, no existe ninguna disposición legislativa o reglamentaria que obligue a la asamblea territorial de la Polinesia Francesa a poner a disposición de los representantes electos afectados por una discapacidad una persona que les ayude a ejercer su mandato. En estas circunstancias, la decisión del presidente de esta asamblea de aplazar la aplicación de la medida graciable anteriormente concedida a una representante electa para ayudarla a ejercer su mandato no puede considerarse manifiestamente ilegal¹¹¹⁴. Lo mismo ocurre cuando la ventaja solicitada está efectivamente prevista por un texto, pero el interesado no cumple las condiciones para obtenerla. Por ejemplo, si el solicitante no ha cumplido sus obligaciones en virtud de la legislación sobre el servicio nacional, la negativa de la autoridad consular a expedir o renovar su pasaporte "no es manifiestamente ilegal" si se basa en el artículo 2 del Decreto de 13 de enero de 1947, que establece que "no se expedirá pasaporte a los subordinados ni a los desertores"¹¹¹⁵. Del mismo modo, la negativa a autorizar a un cirujano dentista a instalarse en un edificio en el que ya ejerce un colega no es manifiestamente ilegal cuando esta decisión se adopta en virtud del artículo 71 del decreto de 22 de julio de 1967 relativo al código deontológico de los cirujanos dentistas¹¹¹⁶. En virtud del artículo 16 del decreto de 22 de diciembre de 1958, los candidatos a interventor que deseen ingresar en la Escuela Nacional de la Magistratura deben estar en pleno goce de sus derechos cívicos y gozar de buena reputación. En estas condiciones, no es manifiestamente ilegal negar a una persona que ha cometido un robo la posibilidad de presentarse al concurso de acceso a la escuela¹¹¹⁷. El artículo D. 408 del Código de Procedimiento Penal establece que se concederá permiso para visitar a un preso a los miembros de su familia siempre que existan razones relacionadas con el mantenimiento de la seguridad y el buen orden en el establecimiento. Por consiguiente, no es manifiestamente ilegal revocar un permiso de visita cuando el interesado ha intentado, durante visitas anteriores, introducir indebidamente determinados objetos en el establecimiento¹¹¹⁸. Dado que el artículo 5 de la Orden de 2 de noviembre de 1945 establece que todo extranjero que desee entrar en Francia debe estar en posesión de los documentos y visados exigidos por los convenios y reglamentos internacionales en vigor, no es manifiestamente ilegal denegar la admisión en Francia a un menor que no esté en posesión de un visado o de un permiso de residencia que le permita entrar en el país¹¹¹⁹. Del mismo modo, la negativa a renovar el pasaporte de un solicitante sobre el que pesa una orden de detención internacional está justificada¹¹²⁰. Del mismo modo, será legal la denegación por parte de las autoridades de una solicitud incompleta¹¹²¹ o presentada fuera de plazo¹¹²².

1111 CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud*, *Lebon T.* p. 1126.

1112 CE, 14 de mayo de 2004, *Gaitukaev*, n° 267360.

1113 CE, ord. 11 de marzo de 2003, *Samagassi*, *Lebon* p. 119.

1114 CE, ord. 25 noviembre 2003, *Presidente de la Asamblea de la Polinesia Francesa*, *Lebon T.* p. 928.

1115 CE, ord. de 9 de enero de 2001, *Depertbes*, *Lebon* p. 1. El recurso en cuanto al fondo contra la misma decisión fue desestimado por sentencia de 3 de marzo de 2003 (CE, 3 de marzo de 2003, *Depertbes*, *Lebon T.* p. 784).

1116 CE, auto de 9 de febrero de 2001, *Philippart y Lesage*, n° 230112. En virtud de dicha disposición, el interesado "no debe instalarse en el edificio donde ya ejerce un colega sin la aprobación de éste o, en su defecto, sin la autorización del consejo departamental del colegio (...). Las decisiones del consejo departamental sólo pueden estar motivadas por las necesidades de la salud pública". En este caso, el médico que ejercía en el edificio denegó su autorización y el Conseil de l'ordre consideró que las necesidades de la salud pública no justificaban anular su denegación.

1117 CE, ord. 18 de julio de 2003, *Jaouik*, n° 258599.

1118 CE, ord. 30 de septiembre de 2003, *Poupard*, n° 260588.

1119 CE, ord. 29 septiembre 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, n° 272584.

1120 CE, ord. 27 octubre 2003, *Coben*, n° 261221. El juez declaró en particular "que si bien la libertad de ir y venir es una libertad fundamental en el sentido de las disposiciones mencionadas, la gravedad y la legalidad de las restricciones impuestas a la misma deben apreciarse a la luz de las restricciones previstas por la ley, respetando las exigencias constitucionales y los compromisos internacionales de Francia". Dado que se había emitido una orden de detención internacional contra el demandante, la restricción de su libertad de circulación "no puede apreciarse en cuanto a sus efectos independientemente de la existencia de esta orden de detención". Por consiguiente, al negarse a renovar su pasaporte, la autoridad administrativa estaba colaborando en la ejecución de una orden emitida por la autoridad judicial y no estaba interfiriendo de forma manifiestamente ilegal en la libertad de circulación del demandante.

1121 CE, orden de 5 de junio de 2003, *Presidente del Gobierno de la Polinesia Francesa*, n° 257389 (denegación de la autorización de examen al solicitante porque el interesado no había presentado un expediente completo antes de la expiración del plazo de inscripción). Véase, en el mismo sentido CE, ord. 15 de diciembre de 2005, *Marcon*, *Lebon* p. 565.

1122 CE, ord. 28 mayo 2002, *Les Verts*, *Lebon* p. 188. Del artículo 2 del Decreto de 9 de enero de 1978 se desprende que

La justificación sólo es válida si el texto invocado por la administración para denegar se aplica realmente a las circunstancias del caso. Por ejemplo, en el caso *Hyacinthe*, la prefectura se negó a entregar a la demandante el formulario que necesitaba para solicitar el estatuto de refugiada. Para justificar jurídicamente su denegación, las autoridades invocaron el artículo 10 de la ley de 25 de julio de 1952, según el cual puede denegarse la admisión de un solicitante de asilo en Francia si la solicitud "se presenta únicamente con el fin de frustrar una orden de expulsión". La Sra. Hyacinthe, que había sido condenada a una orden de expulsión el 19 de diciembre de 2000, sólo había solicitado este formulario a la prefectura los días 26 y 29 de diciembre de 2000. Sin embargo, el juez de medidas provisionales señaló que la pareja de la demandante había solicitado el estatuto de refugiado antes de esta condena. Por consiguiente, y en aplicación del principio de unidad familiar, esta disposición no era aplicable al caso de la Sra. Hyacinthe. Por tanto, el texto invocado por las autoridades no podía justificar jurídicamente la denegación de su estatuto de refugiada¹¹²³. Del mismo modo, el Ministro del Interior puede denegar legalmente la entrada a los extranjeros cuya solicitud de asilo sea manifiestamente infundada, invocando las disposiciones de la Orden de 2 de noviembre de 1945. Cuando se hace uso de esta posibilidad en un caso en el que parece que la solicitud de asilo no es manifiestamente infundada, la denegación de acceso al país adolece de ilegalidad¹¹²⁴.

273. La negativa a actuar por parte de las autoridades también puede estar justificada por razones de interés público. Esto puede estar relacionado con el principio de continuidad del servicio público, la preservación del orden público o la necesidad de administrar los bienes municipales.

En el ámbito de las excedencias solicitadas por funcionarios públicos por motivos religiosos, se desprende de una jurisprudencia consolidada, derivada del principio de continuidad de los servicios públicos, que dichas excedencias pueden denegarse por "necesidades del normal funcionamiento del servicio"¹¹²⁵. El juez de medidas provisionales consideró que este motivo podía justificar jurídicamente la denegación a un conserje de un edificio de ausentarse del trabajo todos los viernes de 14.00 a 15.00 horas para asistir a la mezquita¹¹²⁶.

Los litigios relativos a la negativa a alquilar una sala a grupos políticos y religiosos también ilustran las condiciones en las que una consideración de interés general puede justificar legalmente una denegación. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada del Conseil d'Etat, la puesta a disposición de una sala municipal sólo puede denegarse por motivos relacionados con las exigencias del orden público o la administración de los bienes municipales¹¹²⁷. En el auto *del FN IFOREL* de 19 de agosto de 2002, el juez de medidas provisionales señaló que "a falta de circunstancias específicas de la ciudad de Annecy, no se desprende de los documentos del expediente presentados al juez de medidas provisionales, ni de la información recabada durante la vista, que la celebración de la universidad de verano del Front National en el centro de congresos de la ciudad presente peligros para el orden público que las autoridades policiales no estén en condiciones de afrontar mediante la adopción de las medidas apropiadas.; que, por lo tanto, a la luz de la investigación, las exigencias del mantenimiento del orden público en Annecy *no justifican* la denegación de la celebración de la universidad de verano del Front National en el centro de congresos de dicha ciudad"¹¹²⁸. Del mismo modo, en ausencia de amenazas al orden público, el hecho de que una asociación haya sido calificada de secta por un informe parlamentario no puede justificar jurídicamente la negativa a poner a su disposición una sala municipal¹¹²⁹. El segundo motivo de denegación es la necesidad de administrar los bienes

los partidos políticos que solicitasen la autorización prevista en el artículo L. 167-1 del Código Electoral debían presentar su solicitud a más tardar el 20 de mayo de 2002. Dado que la solicitud presentada por el partido "Les Verts" se presentó el 23 de mayo, la autoridad administrativa se vio obligada a rechazar su solicitud de autorización. La decisión de denegación, basada en el incumplimiento de las disposiciones de este texto, "no adolece, en estas condiciones, de ilegalidad alguna".

¹¹²³ CE, ord. 12 de enero de 2001, *Hyacinthe, Lebon* p. 12.

¹¹²⁴ CE, ord. 25 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon* p. 146; CE, ord. 24 octobre 2005, *MBIZI MP/ASSI*, n° 286247; CE, ord. 17 de marzo de 2006, *Saidon*, n° 291214.

¹¹²⁵ CE, 12 de febrero de 1997, *Lebon* p. 891. Véase G. Koubi, "Autorisation d'absence et liberté de conscience des fonctionnaires", *RA 1987*, p. 133 y ss. SAINT-JAMES, "La liberté religieuse du fonctionnaire", *JCP A 2005*, 1143.

¹¹²⁶ En primera instancia, el juez de medidas provisionales declaró que "la denegación del permiso para asistir a la mezquita, basada en las normas de organización definidas en interés del servicio, (...) no es manifiestamente ilegal" (TA Châlons-en-Champagne, auto de 28 de enero de 2004, *Benaïssa c/ OPHLM Saint-Dizier*, *JCP A 2004*, 1145, nota E. TAWIL). En apelación, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat confirmó esta decisión: "al considerar que las exigencias del funcionamiento normal del servicio público impedirían autorizar al Sr. B a acudir al hospital. B estaba autorizado a ir a la mezquita todos los viernes de 14.00 a 15.00 horas, a pesar de que el reglamento que regula el horario de trabajo de los conserjes del edificio de la oficina a la que pertenece estipula que debe estar presente ese día de la semana de 5.00 a 8.00 horas, de 9.00 a 11.00 horas y de 14.00 a 16.30 horas, la presidenta de la oficina municipal de vivienda social de Saint-Dizier no interfirió de forma manifiestamente ilegal en la libertad del Sr. B. de practicar su religión. B. a practicar la religión de su elección" (CE, ord. 16 de febrero de 2004, *Benaïssa, Lebon T.* p. 826).

¹¹²⁷ Véase CE, 15 de marzo de 1996, *Cavin, Lebon* p. 83.

¹¹²⁸ CE, ord. 19 de agosto de 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311. En circunstancias comparables, el Conseil d'Etat anuló una denegación de puesta a disposición de una sala para la organización de una reunión pública del Front National, basándose en que "no se desprendía de los documentos del expediente que esta reunión fuera de tal naturaleza que amenazara el orden público en condiciones tales que no pudiera impedirse con medidas policiales" (CE, 29 de diciembre de 1997, *Maugendre, Lebon* p. 826).

¹¹²⁹ TA Rennes, ord. 11 de febrero de 2002, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Lorient*, GP 29

municipales. Este motivo puede justificar legalmente una denegación de puesta a disposición de una sala municipal a un grupo político si, el día en que se presenta la solicitud a la autoridad administrativa, dicha sala ya está reservada para los días y horas solicitados¹¹³⁰. Por el contrario, la negativa a poner a disposición de un partido político un centro de conferencias no puede justificarse si, por una parte, el parque en el que se encuentra el centro es sólo una pequeña parte de los espacios verdes a disposición del público en la ciudad y, por otra, de los documentos que obran en el expediente no se desprende que la celebración de la universidad de verano sea incompatible con su mantenimiento abierto al público¹¹³¹.

Por último, debe prestarse especial atención a los litigios relativos a la denegación de auxilio por parte de la policía, en la medida en que han sido objeto de demandas notables en materia de medidas cautelares. La Administración vulnera ilegalmente el derecho de propiedad cuando se niega, en ausencia de amenaza de alteración del orden público, a prestar auxilio policial para ejecutar una resolución judicial que ordena el desalojo de ocupantes ilegales de una propiedad privada¹¹³². En cambio, la negativa a hacerlo está justificada -y, por tanto, es legal- si existe una amenaza real de alteración del orden público. Sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, el juez de medidas provisionales es exigente en su apreciación de la realidad de esta amenaza¹¹³³. No sólo la administración debe aportar la prueba del riesgo de perturbación que alega¹¹³⁴. Sino que además, al tratarse de una excepción al principio de la obligación de ejecutar las resoluciones judiciales, se entiende estrictamente. El temor a una simple resistencia, a una perturbación menor, no basta para eximir a la administración del deber de prestar auxilio policial¹¹³⁵. Por el contrario, el riesgo de perturbación se establece cuando el uso de la fuerza puede provocar una reacción violenta de las personas que ocupan los locales¹¹³⁶. Los disturbios también

de abril de 2003, p. 12; TA París, ord. 13 de mayo de 2004, Association culturelle des Témoins de Jéhovah de France et autres, AJDA 2004, pp. 1597-1599, nota G. GONZALEZ.

1130 CE, ord. 2 marzo 2001, *Dauphine*, n° 230798.

1131 CE, ord. 19 de agosto de 2002, Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL), *Lebon* p. 311.

1132 Si bien la autoridad prefectoral está obligada en principio a garantizar la ejecución de las decisiones judiciales (el artículo 16 de la ley de 9 de julio de 1991 establece que "El Estado está obligado a prestar asistencia para la ejecución de las sentencias y otros títulos ejecutivos"), puede legalmente negarse a prestar asistencia policial si la ejecución de una decisión puede entrañar un riesgo significativo para el orden público (CE, 29 de marzo de 2002, *SCI Stéphaneur et autres*, *Lebon* p. 117; CE, ord. 27 de junio de 2002, *Frullani et SCI Marcfloire*, *Lebon T.* p. 872; CE, ord. 22 de julio de 2002, *SARL Société de réalisation et de rénovore*, *Lebon T.* p. 872). 117; CE, ord. 27 junio 2002, *Frullani et SCI Marcfloire*, *Lebon T.* p. 872; CE, ord. 22 julio 2002, *SARL Société de réalisation et de rénovation immobilière (SRRJ)*, no. 248734; CE, ord. 2 agosto 2002, *Société Prophal*, no. 249110; CE, ord. 31 de octubre de 2002, *Société coopération et famille*, n° 251314; CE, ord. 21 de noviembre de 2002, *Gaz de France*, *Lebon* p. 408; CE, ord. 27 de noviembre de 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon T.* p. 874; CE, ord. 2 de septiembre de 2003, *Société SAGEP et autres*, n° 259866; CE, ord. 15 de octubre de 2004, *Société Sud-Est réalisations*, n° 272934; CE, ord. 13 de julio de 2005, *Société Combé Chavat 2*, n° 282220; CE, ord. 11 de agosto de 2005, *Maingueneau*, n° 283462). El juez de medidas provisionales reitera una jurisprudencia administrativa consolidada, cuyos principios se establecieron en la sentencia *Coniétas* de 1923 (CE, 30 de noviembre de 1923, *Coniétas*, *Lebon* p. 789, *G.A.J.A* n° 43).

1133 Esta evaluación rigurosa del riesgo de perturbación no es ajena a la presión ejercida en este ámbito por el Consejo Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En la Decisión 403 DC, el Consejo Constitucional afirmó "que toda decisión judicial es ejecutiva; que, por consiguiente, toda sentencia puede dar lugar a una ejecución forzosa, y que la fuerza pública debe, si es necesario, ayudar a dicha ejecución; que tal regla es el corolario del principio de separación de poderes enunciado en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano". El Conseil precisa que la autoridad administrativa puede, en efecto, derogar esta norma, pero sólo "en circunstancias excepcionales relacionadas con la salvaguardia del orden público" (CC, n° 98-403 DC, 29 de julio de 1998, cons. 46, *Rec.* p. 276). Del mismo modo, el Tribunal de Estrasburgo ha hecho de la ejecución de las sentencias un elemento del proceso en el sentido del artículo 6 del Convenio, afirmando que "el derecho de acceso a un tribunal sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de un Estado contratante permitiera que una resolución judicial firme y vinculante quedara sin efecto en perjuicio de una parte" (TEDH, 19 de marzo de 1997, *Hornsby c. Grecia*, *Rec.* 1997-II, p. 495, § 40). Para una sentencia contra el Estado italiano por la negativa del Prefecto a ayudar a la policía a ejecutar las órdenes de desahucio contra los inquilinos, véase TEDH, 28 de septiembre de 1995, *Scollo c. Italia*, Serie A, n° 315-C (violación del artículo 1^{er} del Protocolo n° 1).

1134 CE, ord. 21 noviembre 2002, *Gaz de France*, *Lebon* p. 408.

1135 Así pues, no se puede deducir una amenaza de perturbación "de la mera corriente de simpatía generada por la presencia de algunos estudios de artistas en el barrio" (CE, ord. 21 de noviembre de 2002, *Gaz de France*, *Lebon* p. 408). Véase también CE, ord. 27 de noviembre de 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon T.* p. 874. Para justificar su denegación, el Prefecto de Policía invocó motivos de orden público relacionados con el interés de algunos vecinos de la zona por los espectáculos organizados en los locales ocupados. Sin embargo, este motivo no parecía suficiente en la medida en que del expediente no se desprendería que la asistencia de la policía pudiera provocar reacciones susceptibles de desembocar en desórdenes o violencia. El juez señaló que los problemas de orden público se derivan, en sentido contrario, del estado ruinoso del edificio, de las molestias causadas al vecindario y de los peligros que entrañan para los espectadores los actos organizados sin que se adopten las medidas de seguridad adecuadas para acoger al público. En la citada sentencia *Stéphaur*, el Conseil d'Etat destacó "los objetivos, principalmente de carácter reivindicativo, perseguidos por los ocupantes", que "actuaban para llamar la atención sobre las dificultades de vivienda en la región de Marsella". Al evacuar a los ocupantes, el objetivo era poner fin a una operación mediática y no privar a familias indigentes de un techo bajo el que cobijarse. En estas condiciones, no se ha demostrado la amenaza de alteración del orden público.

1136 En caso de ocupación de los locales de una empresa por sus empleados, la denegación puede estar justificada por

pueden derivarse de una situación de desamparo social, especialmente en el caso de familias con hijos que no pueden ser realojadas¹¹³⁷, o de personas aisladas sin ingresos¹¹³⁸. Incluso en ausencia de disturbios, la denegación de auxilio policial será legal durante el periodo de "tregua invernal" establecido en el artículo L. 613-3 del Código francés de la Construcción y la Vivienda, que prohíbe los desahucios entre el 1^{er} de noviembre y el 15 de marzo del año siguiente¹¹³⁹. Durante este periodo, sólo si los ocupantes no autorizados han tomado posesión de facto de los locales¹¹⁴⁰ -y no hay amenaza de disturbios-, la denegación de auxilio vuelve a ser ilegal¹¹⁴¹. Por último, el juez tiene en cuenta todas las circunstancias del caso y, en particular, las perturbaciones que pueden derivarse de la no ejecución de la resolución, incluidas "las amenazas inmediatas para la seguridad de los ocupantes que supone el retraso en su desalojo"¹¹⁴².

Así, un texto o una razón de interés general pueden justificar una denegación o una abstención de la administración que vulnere una libertad fundamental. El juez también tendrá en cuenta el carácter razonable o proporcionado de la abstención para apreciar la condición de legalidad.

274. Al evaluar la legalidad de las abstenciones, el incumplimiento del requisito de proporcionalidad adopta la forma de un retraso injustificado en la tramitación de una solicitud presentada por un ciudadano. Aunque un retraso en la tramitación de una solicitud puede estar justificado por determinadas particularidades del caso y, por tanto, ser lícito, se convierte en ilícito si el retraso es manifiestamente *excesivo*.

Es el caso, por ejemplo, de la expedición y renovación de documentos de identidad. El juez de medidas provisionales declaró "que si la negativa a renovar o a expedir un pasaporte a un ciudadano francés vulnera la libertad de ir y venir (...), ninguna disposición legislativa o reglamentaria fija, so pena de ilegalidad de una decisión implícita de denegación, un plazo para la denegación.", ninguna disposición legislativa o reglamentaria fija, so pena de ilegalidad de una decisión denegatoria implícita, un plazo para la renovación o la expedición del pasaporte; sin embargo, la administración a la que se presenta tal solicitud debe decidir en *un plazo razonable*, que corresponde apreciar, en su caso, al juez, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso"¹¹⁴³. Estos principios han sido aplicados en varias ocasiones por el juez de medidas provisionales. Por ejemplo, una investigación de siete meses no es irrazonable habida cuenta de los documentos presentados en apoyo de la solicitud de renovación del pasaporte y, en particular, del hecho de que otros dos miembros de la familia de los demandantes habían presentado documentos en apoyo de solicitudes basadas también en la pérdida de sus pasaportes, que habían requerido la realización de controles¹¹⁴⁴. Del mismo modo, la ausencia de decisión durante más de 18 meses sobre una

"el riesgo de perturbación del orden público que se derivaría de las reacciones de los empleados de la Jardinerie Gros Pin, cuyos puestos de trabajo podrían verse comprometidos por la ejecución de la orden de desalojo solicitada" (CE, ord. 27 de junio de 2002, *Frullani et SCI Marçflore*, Lebon T. p. 872). Este fue el caso de la *Société Cartonnerie Saint-Charles* (véase CE, Ass., 2 de junio de 1938, *Société la cartonnerie et l'imprimerie Saint-Charles*, Lebon p. 521, concl. DAYRAS). Del mismo modo, la denegación de asistencia parece justificada cuando el interesado, que dispone de un arma y es conocido por su comportamiento violento y su negativa a dialogar con las instituciones, está dispuesto a cometer actos graves para oponerse al desalojo de la explotación agrícola en la que trabaja siguiendo los pasos de su padre (CE, ord. 15 de octubre de 2004, *Société Sud-Est réalisations*, n° 272934). Véase también, en el mismo sentido CE, ord. 13 de julio de 2005, *Société Combé Chavat 2*, n° 282220.

¹¹³⁷ En una decisión de 1983, el Conseil d'Etat dictaminó que la negativa a utilizar la fuerza pública para desalojar a un desempleado sin medios de subsistencia y con ocho hijos, entre ellos seis menores y dos bebés, era lícita porque "podía legítimamente suscitar el temor de que el desalojo atentara contra el orden público" (CE, 27 de abril de 1983, *Ministre de l'Intérieur c/ Société SIRAP*, n° 40278). El mismo razonamiento se aplicó en el contexto de las medidas provisionales. El juez de medidas provisionales consideró expresamente que la denegación de ayuda de la fuerza pública podía justificarse por la presencia en los locales de varias familias, entre ellas muchos niños, para las que no había solución de realojamiento (CE, ord. 22 de julio de 2002, *SARL Société de réalisation et de rénovation immobilière (SRRI)*, n° 248734 y, para el mismo edificio, CE, ord. 17 de julio de 2003, *Société de réalisation et de rénovation immobilière (SRRI)*, n° 258506; CE, ord. 2 de agosto de 2002, *Société Prophal*, n° 249110; CE, ord. 31 de octubre de 2002, *Société coopération et famille*, n° 251314; CE, ord. 12 de diciembre de 2002, *Ferre*, n° 252412; CE, ord. 2 de septiembre de 2003, *Société SAGEP et autres*, n° 259866; CE, 29 de octubre de 2003, *Société Resimmo*, Lebon p. 911).

¹¹³⁸ La denegación de auxilio policial puede estar justificada por el hecho de que la persona cuyo desalojo se solicita tiene 83 años, vive en el local desde hace 35 años, vive con su hija, dispone de recursos limitados y no dispone de alojamiento alternativo (CE, ord. 10 de octubre de 2003, *Sagnard*, n° 260867).

¹¹³⁹ CE, ord. 8 marzo 2004, *Mainqueneau*, n° 265261.

¹¹⁴⁰ En este caso, el artículo L. 613-3 del Código francés de la Construcción y la Vivienda establece expresamente que los ocupantes ilegales no pueden acogerse a sus disposiciones.

¹¹⁴¹ CE, 29 de marzo de 2002, *SCI Stéphaneur et autres*, Lebon p. 117; CE, ord. 27 de noviembre de 2002, *SCI Résidence du théâtre*, Lebon T. p. 874.

¹¹⁴² CE, 29 de octubre de 2003, *Société Resimmo*, Lebon p. 911. En este caso, sin embargo, la amenaza no parecía suficientemente inmediata para que la negativa de la autoridad policial pudiera considerarse viciada de ilegalidad manifiesta.

¹¹⁴³ CE, ord. 11 de octubre de 2001, *Tabibou*, Lebon T. p. 1133.

¹¹⁴⁴ CE, ord. 20 julio 2004, *Mzimba*, n° 270440.

solicitud de renovación del pasaporte del solicitante no constituía una ilegalidad manifiesta "habida cuenta de las dudas que existían en cuanto a la identidad" del interesado¹¹⁴⁵. Los mismos principios se aplican a las solicitudes de expedición o renovación de un documento nacional de identidad. El juez recordó que "corresponde a las autoridades administrativas velar por que los documentos presentados en apoyo de una solicitud de documento nacional de identidad sean de tal naturaleza que permitan establecer la identidad y la nacionalidad del solicitante; que una duda suficientemente justificada a este respecto puede conducir, sin vulneración grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental, a supeditar dicha expedición o renovación a la realización de comprobaciones adecuadas a cada situación concreta"¹¹⁴⁶. En este caso, existían serias dudas sobre la autenticidad de los documentos presentados por el demandante. En estas circunstancias, el juez consideró que la decisión del Prefecto de aplazar la renovación del documento de identidad, a la espera del resultado de un procedimiento judicial al respecto, no constituía una ilegalidad manifiesta. Del mismo modo, no se sobrepasa el plazo razonable cuando, el 18 de septiembre de 2002, los servicios consulares no habían transcrito en los registros del estado civil un matrimonio celebrado el 28 de abril de 2002 por un funcionario del registro civil de la República Argelina¹¹⁴⁷. La sospecha de un "matrimonio ficticio" también puede justificar la ampliación del plazo de examen de una solicitud de certificado de residencia¹¹⁴⁸.

Por otra parte, el retraso, aunque justificado, se convierte en excesivo si excede de un plazo *razonable*. Tal es el caso, por ejemplo, cuando la administración se demora excesivamente en expedir a un solicitante de permiso de residencia el recibo al que tiene derecho en virtud de la legislación¹¹⁴⁹. Lo mismo ocurre en el caso de un extranjero que reside habitualmente en Francia desde hace más de diez años y al que, por tanto, se le debería expedir automáticamente un permiso de residencia con la mención "vie privée et familiale" (vida privada y familiar)¹¹⁵⁰, y que lleva catorce meses sin cumplir una sentencia que anula una orden de expulsión.

Dos sentencias dictadas en litigios similares, y resueltas de manera diferente, ilustran la apreciación de la exigencia de razonabilidad o diligencia en la respuesta a la petición formulada por un constituyente. En virtud del primer párrafo del artículo 81 de la Ley Orgánica de 27 de febrero de 2004, "la dimisión de un ministro se presenta al Presidente de la Polinesia Francesa, que la reconoce (...)". En un auto de 11 de abril de 2006, el juez de medidas provisionales precisó "que si bien estas disposiciones no implican que el Presidente de la Polinesia Francesa esté obligado a reconocer sin demora la dimisión de un ministro y si bien, con el fin de prever la sustitución del ministro dimisionario y garantizar así la continuidad de la acción gubernamental en el ámbito en el que dicho ministro es responsable, el Presidente dispone de un plazo para reconocer una dimisión que le es vinculante, este plazo no puede exceder de un *plazo razonable*". En el presente caso, el Presidente de la Polinesia Francesa, que recibió la carta de dimisión del demandante el 13 de marzo de 2006, se abstuvo de darle curso, sin invocar ninguna razón relativa a la administración de la Polinesia Francesa que justificara el aplazamiento de su decisión de reconocer la dimisión del demandante. El juez afirmó "que, en estas circunstancias, el plazo razonable de que disponía para extraer las consecuencias de esta dimisión se ve claramente sobrepasado". Por lo tanto, su inacción constituyó una ilegalidad manifiesta¹¹⁵¹. En cambio, cuando un miembro del equipo de gobierno presenta su dimisión dos días antes de la votación de la Asamblea de la Polinesia Francesa, es decir, el 11 de abril de 2006, la negativa del Presidente de la Polinesia Francesa a reconocerla al día siguiente no constituye una ilegalidad manifiesta. En tal caso, la negativa está justificada y es proporcionada¹¹⁵². Si se ve afectado el libre ejercicio de su mandato por un representante

1145 CE, ord. 30 de diciembre de 2003, *Labry*, n° 263121.

1146 CE, ord. 25 febrero 2004, *Ibrabime*, n° 264949.

1147 CE, ord. 18 de septiembre de 2002, *Bouchakour*, n° 250340.

1148 Véase, confirmando la decisión del primer juez: CE, ord. 16 de diciembre de 2002, *Ghoggal*, n° 252513. La autoridad administrativa había decidido, a la vista de los elementos puestos en su conocimiento, que podían llevarle a considerar que el matrimonio del demandante era un matrimonio de conveniencia, seguir investigando el caso del demandante para decidir con pleno conocimiento de causa si expedía o no el certificado de residencia que solicitaba. El juez de medidas provisionales consideró que tal decisión no excedía en modo alguno, a la vista de todas las circunstancias del caso, el plazo razonable en el que la administración debía adoptar su decisión. En consecuencia, la falta de toma de posición definitiva sobre la solicitud no constituía una ilegalidad manifiesta.

1149 CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar, Lebon T.* p. 1132: no se ha dado curso durante más de 2 años y 7 meses a la decisión de la administración de expedir a un extranjero un recibo de solicitud de permiso de residencia al que tiene derecho en virtud de la ley. Véase *a fortiori*, por un período de 3 años y 6 meses: CE, 7 de mayo de 2003, *Boumaïza*, n° 250002.

1150 CE, ord. 11 de junio de 2002, *Aït Oubba, Lebon T.* p. 869.

1151 CE, ord. 11 de abril de 2006, *Tefaarere, Lebon* p. 197.

1152 CE, ord. 13 de abril de 2006, *Vernaudon*, n° 292343. El Sr. Vernaudon presentó una carta de dimisión el 11 de abril de 2006. En una carta fechada el 12 de abril de 2006, el Presidente de la Polinesia Francesa alegó que, para no reconocer inmediatamente la dimisión del Sr. Vernaudon, era necesario tener en cuenta su dimisión para llevar a cabo una reorganización completa del gobierno y tener en cuenta consideraciones relativas a las necesidades de la administración pública. Para el juez, "puesto que estas razones, que son de tal naturaleza que permiten legalmente al Presidente de la Polinesia Francesa no reconocer inmediatamente una dimisión, no parecen carecer de fundamento y puesto que el Sr. Vernaudon presentó su dimisión, el Presidente de la Polinesia Francesa tiene derecho a tener en cuenta su dimisión para llevar a cabo una reorganización completa del gobierno y consideraciones relativas a las necesidades de la administración pública".

electo local, la infracción no es ilegal.

275. De lo anterior se desprende que no toda violación de una libertad fundamental es ilícita. La ilegalidad no se deriva ipso jure de la constatación de la violación de una libertad fundamental. El requisito de que la violación de una libertad fundamental sea ilícita es tanto más exigente cuanto que la ley no exige una mera ilegalidad, sino una ilegalidad *manifiesta*.

II. Ilegalidad manifiesta

276. El artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa exige que la ilegalidad cometida sea manifiesta. Esta condición es exigente y, por tanto, difícil de cumplir.

A. Ilegalidad manifiesta

277. El artículo L. 521-2 exige una violación "manifiestamente ilícita" de una libertad fundamental. En general, el adjetivo "manifiesto" y el adverbio "manifiestamente" constituyen normas que expresan la idea de obviedad o flagrancia¹¹⁵³. Así, para el juez de l'excès de pouvoir, un error manifiesto de apreciación es "un error evidente (...) que está fuera de toda duda para una mente ilustrada"¹¹⁵⁴. Al ejercer una revisión limitada, "el Conseil d'Etat presta menos atención a la importancia del error en sí que a su carácter manifiesto"¹¹⁵⁵. La fórmula utilizada en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa también puede compararse a la orden "manifiestamente ilegal" que los funcionarios pueden e incluso deben desobedecer si puede comprometer gravemente un interés público.¹¹⁵⁶

De forma más inmediata, la expresión evoca el apartado 1 del artículo 809 del nuevo Código de Procedimiento Civil, que confiere al juez de medidas provisionales civiles competencia para poner fin a una "perturbación manifiestamente ilícita". Cuando el juez de medidas provisionales civiles interviene sobre esta base, "debe ser evidente que el comportamiento del demandado es contrario a la moral, a la ley, al reglamento o al acuerdo (...). Si esto no es evidente, la perturbación puede ser ilícita, pero no es "manifiestamente" ilícita"¹¹⁵⁷. En el artículo L. 521-2 se da un significado estrictamente idéntico al requisito de interferencia "manifiestamente" ilícita. Esta condición no significa que el juez de medidas cautelares deba limitarse a un control restringido, como se ha argumentado¹¹⁵⁸, sino que la ilegalidad invocada debe presentar todas las características de la flagrancia. Como

Dado que la dimisión de Vernaudon se presentó apenas dos días antes de las elecciones, no parece que el Presidente de la Polinesia Francesa hubiera ignorado, en la fecha en que se resolvió la demanda de medidas provisionales, la obligación que le incumbe de reconocer la dimisión de un miembro del Gobierno en un plazo razonable".

1153 Véase el análisis y los numerosos ejemplos citados en S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, *op. cit.*, pp. 80-82, y B. PETIT, "L'évidence", *RTDciv*, 1986, pp. 485-503, especial pp. 486-487. PETIT, "L'évidence", *RTDciv*, 1986, pp. 485-503, especial pp. 486-487.

1154 G. BRAIBANT, conclusiones inéditas sobre CE, Secc. 13 de noviembre de 1970, *Lambert*, *AJDA* 1971, p. 53, citadas en *chron.* D. LABETOUILLE y P. CABANES, *AJDA* 1971, p. 35.

1155 B. PACTEAU, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, LGDJ, travaux et recherches de la Faculté de droit et de science politique de Clermont I, 1977, p. 247. Véase también J.-P. BOURGOIS, *L'erreur manifeste d'appréciation. La décision administrative, le juge et la force de l'évidence*, *L'espace juridique*, 1988, 341 p.

1156 Artículo 28 del Título I del Estatuto General de los Funcionarios. Véase A. TAILLEFAIT, *Jcl. fonctions publiques*, fasc. 300 (11, 2006), n° 11. Sobre la apreciación de este concepto por el juez administrativo, véase B. CHERIGNY, "Ordre illégal et devoir de désobéissance dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique civile", *RDP* 1975, pp. 867-936.

1157 P. Bertin, "Un trouble manifestement illicite : la lutte contre la vie chère", *GP* 1983, 1, p. 419.

1158 M. Deygas afirma que, mediante el auto de *Medrinal* (por el que se desestima una solicitud de medidas cautelares basándose en que la decisión impugnada no era "manifiestamente ilegal"), el juez pretendía dejar "a la administración un margen de apreciación, que sólo puede ser sancionado de forma "restringida" por el juez de medidas cautelares" (S. Deygas, nota bajo CE, ord. 9 agosto 2001, *Medrinal*, *Procédures* 2001, comm. n° 239, p. 19). Esta lectura de la decisión *Medrinal* debe obviamente rechazarse. En efecto, al referirse al requisito de ilegalidad manifiesta, el tribunal se limita a reiterar -y comprobar- la presencia de una condición legal expresamente enunciada en el artículo L. 521-2. Al referirse a la ilegalidad "manifiesta", el tribunal no alude en modo alguno a un grado de control y, más concretamente, a un grado atenuado de control de la legalidad del acto impugnado. En la práctica, por lo demás, consta que el juez de medidas provisionales no se limita a un control limitado de la legalidad de las decisiones administrativas que se le remiten por este motivo. Al contrario, ejerce un control pleno y completo de la calificación jurídica de los hechos, apreciando, por ejemplo, la realidad del riesgo de perturbación del orden público ante el desalojo de okupas o la celebración de la universidad de verano de un partido político (véase *supra*, § 273), unido a un control de proporcionalidad, por ejemplo, sobre una decisión de expulsión de un extranjero (CE, Secc. 30 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523) o sobre una medida de requisición de personal en huelga (véase

ha señalado M. Martin, "debe ser evidente a primera vista para el juez de medidas cautelares"¹¹⁵⁹. La ilegalidad de la infracción debe ser evidente; "debe, por así decirlo, "saltar a la vista" del juez de medidas cautelares"¹¹⁶⁰.

278. La presencia de esta condición en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa se explica por dos series de consideraciones.

La exigencia de ilegalidad manifiesta se justifica, en primer lugar, por la extrema brevedad del plazo de que dispone el juez para pronunciarse. Obligado a examinar el asunto y a pronunciarse en un plazo de 48 horas a partir del registro de la demanda, el juez de medidas provisionales no puede detenerse en un examen detallado de la legalidad del acto o del comportamiento controvertido. Dado que el juez no puede llevar a cabo investigaciones en profundidad, es necesario que la ilegalidad le resulte evidente dentro del plazo de 48 horas y que ésta sea manifiesta. Como ha observado en general el Sr. Dugrip Dugrip, "los asuntos sometidos a un órgano jurisdiccional tienen más probabilidades de resolverse rápidamente si su solución es segura y sencilla"¹¹⁶¹. Cuando se somete un asunto a un tribunal sobre la base del artículo L. 521-2, la solución debe parecer simple al tribunal y, para ello, la ilegalidad debe ser manifiesta. Como juez de la extrema urgencia, el juez de medidas cautelares debe ser, más que ningún otro, un juez de la obiedad. La situación en cuestión debe ser inmediatamente evidente para él.

La exigencia de ilegalidad "manifiesta" también se justifica por el carácter autónomo del procedimiento de medidas cautelares. Como ha señalado el Sr. Cassia, el procedimiento de medidas provisionales del artículo L. 521-1 ofrece un grado de certidumbre que no ofrece el artículo L. 521-2: "en el caso de la suspensión provisional, la medida finaliza en la fecha más temprana posible". 521-2: "en el caso de las medidas cautelares, la medida finaliza a más tardar en el momento en que una sala debe pronunciarse, de modo que cualquier error de apreciación cometido por el juez de medidas cautelares será compensado de algún modo cuando se examine la demanda sobre el fondo; en comparación, como las medidas cautelares no están supeditadas a la presentación de una demanda en el procedimiento principal, el juez de medidas cautelares no dispone de la "red de seguridad" que ofrece el examen en profundidad posterior de la demanda"¹¹⁶². A falta de la seguridad que ofrece la intervención posterior de un juez sobre el fondo, lo normal es que el juez de medidas provisionales sólo pueda hacer uso de los muy considerables poderes de que dispone en los casos en que la administración haya actuado claramente de forma indebida. Interviniendo en un plazo de 48 horas, sólo debería desplegar sus prerrogativas cuando la ilegalidad no sea objeto de la menor discusión.

279. Por ejemplo, en los procedimientos sumarios, la urgencia tiene como efecto endurecer el requisito de ilegalidad. En otros procedimientos, por el contrario, dará lugar a una apreciación más flexible. En efecto, es un hecho constatado, tanto en el derecho judicial privado como en el contencioso administrativo, que la urgencia modifica siempre la apreciación que debe hacerse de la legalidad de un acto o de una situación; un juez de medidas provisionales nunca está obligado a calificar una ilegalidad o una ilicitud "simple", exactamente como lo haría un juez sobre el fondo. La urgencia altera la apreciación de la legalidad de dos maneras posibles. En primer lugar, puede flexibilizar la apreciación, lo que corresponde a los conceptos de "duda *seria*" en cuanto a la legalidad de una decisión del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa, y de ausencia de "controversia *seria*" del artículo 808 del Nuevo Código de Procedimiento Civil. También puede tener como efecto el endurecimiento del umbral de ilegalidad, que se plasma entonces en los conceptos de infracción "*manifiestamente* ilegal" del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, y de "perturbación *manifiestamente* ilegal" del artículo 809 al. 1 del Nuevo Código de Enjuiciamiento Civil. En el primer caso, la ilegalidad o ilicitud debe ser aparente, probable o verosímil¹¹⁶³, mientras que en el segundo debe ser evidente y cierta.

Es posible identificar, con respecto a este criterio, tres niveles en la evaluación de la ilegalidad. El primer nivel - el menos exigente - es el de la ilegalidad aparente o probable. El segundo nivel - el intermedio - es el de la ilegalidad "simple", constatada por el tribunal de primera instancia. El tercer nivel - el más exigente - es el de la certeza de la ilegalidad: la ilegalidad no admite discusión. En relación con el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, los autores de los *principales casos* se refieren a "indicios ciertos de la ilegalidad cometida"¹¹⁶⁴. Así pues, dos niveles separan la duda seria del artículo L. 521-1 y la ilegalidad manifiesta del artículo L. 521-2: la

supra, § 270). El juez de medidas provisionales no ejerce un control mínimo, sino un control máximo.

1159 R. MARTIN, "Les nouveaux référés administratifs", *Annales des loyers* 2002, p. 1114.

1160 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p. 121. Sobre esta cuestión, véase, del mismo autor, "L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté", *RFD-A* 2007, pp. 45-57.

1161 O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, Les grandes thèses du droit français, 1991, p. 391.

1162 P. CASSIA, *op. cit.* p. 121. Esto explica por qué la *déféré-liberté*, que es una variante de la *référé-suspension*, sólo está sujeta al requisito de la duda seria sobre la legalidad de la decisión.

1163 Cf. R. MARTIN, "Le référé, théâtre d'apparence", *D.* 1979, chron. p. 158.

1164 *GAJA* n° 118, § 11.

ilegalidad manifiesta es más difícil de demostrar que la ilegalidad simple y, *a fortiori*, más difícil de demostrar que la duda sería. Si no hay duda grave en el sentido del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa, naturalmente no puede haber ilegalidad manifiesta en el sentido del artículo L. 521-2. El juez de suspensión cautelar es un juez de *aparencia*¹¹⁶⁵, el juez de medidas cautelares es un juez de *prueba*.

Si el juez de medidas provisionales constata una ilegalidad manifiesta, el juez de primera instancia que deba pronunciarse sobre el asunto constatará necesariamente una ilegalidad "simple". Un acto manifiestamente ilegal es *a fortiori* un acto ilegal¹¹⁶⁶. En cambio, el juez de suspensión cautelar no se pronuncia sobre el fondo de la ley. Su papel consiste simplemente en suspender la ejecución de una decisión si tiene dudas sobre su legalidad. Por tanto, es perfectamente posible que el tribunal que conoce del recurso principal, que debe declarar la ilegalidad de la decisión, desestime la demanda en cuanto al fondo. Como ha señalado el Presidente Labetoulle, "no es en absoluto anormal que el tribunal que conoce del litigio principal se pronuncie en un sentido distinto de aquel en el que se ha pronunciado el tribunal que conoce de la demanda de medidas provisionales"¹¹⁶⁷. Es natural que un acto cuya legalidad es meramente dudosa pueda, tras una investigación completa, no parecer ilegal¹¹⁶⁸. Incluso hay que decir que, en tal caso, el juez que conoce del fondo del asunto no lo juzga *de forma diferente al juez que conoce de la demanda de medidas provisionales*; no condena la solución adoptada por este último. Sencillamente, no juzgan "lo mismo": el primero debe constatar la ilegalidad de la decisión y el segundo sólo debe albergar una duda. A la inversa, el juez de medidas provisionales juzga "la misma cosa" que el juez de primera instancia, es decir, una ilegalidad: simple, en el caso del juez de primera instancia, cualificada -por la urgencia- para el juez de medidas provisionales.

280. El juez de medidas provisionales debe limitar su intervención a las ilegalidades manifiestas, es decir, habida cuenta de su cargo, a las ilegalidades simples. No le corresponde pronunciarse sobre cuestiones de derecho complejas, cuyo análisis es incompatible con el plazo de 48 horas que se le ha concedido para pronunciarse.

De ello se deduce que el juez de medidas provisionales no puede controlar el carácter convencional de la ley que sirve de base jurídica a la medida impugnada. En el asunto *Allouache y otros*, los demandantes alegaban que la ley de 18 de noviembre de 2005 por la que se prorrogaba el estado de emergencia en Francia por un período de tres meses era contraria a determinadas disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El auto precisa que "habida cuenta de la función del juez de medidas provisionales, un motivo basado en que la ley es contraria a los compromisos internacionales no es susceptible de ser tomado en consideración, a falta de decisión judicial en este sentido, ni por el órgano jurisdiccional que conoce del litigio principal ni por el órgano jurisdiccional competente para pronunciarse con carácter prejudicial"¹¹⁶⁹. No obstante, esta jurisprudencia se aplica con cierta flexibilidad. Se admite que si el tribunal que conoce del litigio principal se ha pronunciado sobre la convencionalidad de una disposición similar a la impugnada -por vía de oposición- ante el tribunal de medidas provisionales, éste es competente para controlar la convencionalidad de la propia disposición impugnada. Así, en un auto de 21 de abril de 2007, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat se reconoció competente para apreciar, de forma inédita, la convencionalidad del artículo L. 52-2 del Código Electoral, que prohíbe la publicación de los resultados electorales hasta que haya cerrado el último colegio electoral en el territorio de la República¹¹⁷⁰. Es probable que

¹¹⁶⁵ Juzga "la apariencia y la verosimilitud" (L. VALLEE, concl. sobre CE, Secc. 29 de noviembre de 2002, *Communauté d'agglomération Saint-Etienne métropole*, BDCF 2/03, n° 28, p. 38).

¹¹⁶⁶ Cuando un juez de fondo resuelve después que el juez de medidas cautelares -naturalmente en el mismo sentido que éste si la demanda es admitida- y anula la resolución administrativa impugnada, el recurso interpuesto contra el auto de medidas cautelares queda sin objeto. Véase CE, ord. 18 de junio de 2003, *Territoire de la Polynésie française et Caisse de prévoyance sociale de la Polynésie française*, *Lebon T.* p. 877. Los demandantes recurrieron un auto de 23 de mayo de 2003 por el que el juez de medidas provisionales del Tribunal Administrativo de Papeete, basándose en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, ordenó la suspensión de dos decretos del Consejo de Ministros del Territorio de la Polinesia Francesa. Mediante sentencia de 10 de junio de 2003, el Tribunal Administrativo de Papeete anuló estos dos decretos. Por consiguiente, no procede que el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat se pronuncie sobre el recurso interpuesto contra el auto de 23 de mayo de 2003.

¹¹⁶⁷ D. LABETOULLE, "L'activité contentieuse du Conseil d'Etat en 2003", *Dr. adm.* 2004, Entretien n° 1, p. 7.

¹¹⁶⁸ A título ilustrativo, véase CE, Secc. 11 de julio de 2001, *Société Trans-Ethylène*, *Environnement* 2002, com. n° 29, nota. P.-J. BARALLE (decisión del juez de medidas provisionales que admite serias dudas sobre la legalidad de la decisión impugnada) y CE, 24 de octubre de 2001, *Commune de Marennes*, *Environnement* 2002, com. n° 56, nota. D. DEHARBE (decisión del juez por la que se rechaza la solicitud de anulación de esta decisión). Para un comentario conjunto de las dos decisiones, véase *Dr. adm.* 2002, *comm.* n° 38, nota C. MAUGUE.

¹¹⁶⁹ CE, ord. 9 diciembre 2005, *Allouache et autres*, *Lebon* p. 562. La exclusión del control de convencionalidad de las leyes de la competencia del juez de medidas provisionales fue establecida por primera vez por el Conseil d'Etat en el marco de un procedimiento de suspensión cautelar. Véase CE, 30 de diciembre de 2002, *Ministre de l'aménagement c/ Carminati*, *Lebon* p. 510, *Dr. adm.* 2003, com. n° 74, obs. M. G.; *Coll. ter. comm.* n° 55, nota L. ERSTEIN; *AJDA* 2003, pp. 1065-1068, nota O. LE BOT. Sobre este tema, véase B. LE BAUT-FERRARESE, "L'office du juge administratif des référés face à la règle européenne", *LPA* 25 de febrero de 2004, n° 40, pp. 4-11; T.-X. GIRARDOT, "Le retour de la loi écran devant le juge des référés. La jurisprudence *Carminati* confirmée par le juge des référés du Conseil d'Etat", *AJDA* 2006, pp. 1875-1880.

¹¹⁷⁰ CE, auto. 21 de abril de 2007, *Société anonyme Antilles Télévision (ATV)*, n° 304961, mencionado en el Recueil *Lebon*. El juez de medidas provisionales examinó si esta restricción de la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del

este enfoque más flexible atenúe el rigor de la jurisprudencia inicial.

Una evolución similar se observa por lo que se refiere a la posibilidad de que el juez de medidas provisionales controle la legalidad del acto reglamentario que sirve de base al acto impugnado. En un auto de 28 de mayo de 2002, el juez de medidas provisionales aceptó revisar la conformidad con la Constitución del acto reglamentario que sirve de base al acto individual impugnado. Señaló, por lo demás, que "el artículo 2 del decreto de 9 de enero de 1978 (...) no es contrario ni al artículo 4 de la Constitución ni al artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (...)"¹¹⁷¹. La cuestión se planteó entonces ante una sala del Conseil d'Etat en el asunto *Société Outremer Finance Limited*. El comisario del Gobierno, Gilles Bachelier, deseaba que el juez de medidas provisionales pudiera controlar la legalidad de un reglamento por vía de excepción. Haciendo referencia a una decisión de 30 de agosto de 2001 que autorizaba implícitamente al juez de suspensión cautelar a ejercer este control¹¹⁷², el comisario del gobierno declaró que el juez del artículo L. 521-2 debería poder sancionar dicha ilegalidad en los casos en que sea evidente: "incluso si el juez de la référé-liberté debe pronunciarse con extrema urgencia limitada a 48 horas, lo que excluye una investigación en profundidad para apreciar la legalidad de un texto, nos parece deseable reservar la hipótesis en que el acto reglamentario en el que se basa la decisión sea de una ilegalidad tan evidente que no requiera ninguna investigación"¹¹⁷³. No obstante, el Conseil d'Etat no se pronunció sobre la cuestión, ya que la decisión impugnada era ilegal en otro aspecto. Posteriormente, una sala tuvo que pronunciarse sobre un motivo basado en la ilegalidad del acto reglamentario que servía de base jurídica al acto individual impugnado. La decisión impugnada, por la que el Director de la Oficina francesa de protección de refugiados y apátridas denegó el registro de la solicitud de asilo presentada por el demandante, se había adoptado sobre la base del artículo 1^{er} del Decreto de 14 de agosto de 2004. El Conseil d'Etat declaró "que, habida cuenta de la función del juez de medidas provisionales, el motivo basado en la ilegalidad del artículo 1^{er} del citado Decreto de 14 de agosto de 2004 no puede acogerse"¹¹⁷⁴. Al utilizar la palabra "admitir", la decisión reconoce que dicho motivo es *eficaz*. Si no puede sancionarse en este caso, es porque no es suficientemente evidente. En cualquier caso, el requisito de que la infracción sea manifiestamente ilegal parece difícil de cumplir.

B. Un requisito difícil de cumplir

281. Para que el juez de medidas provisionales pueda dictar una medida cautelar, la ilegalidad debe ser manifiesta. Si la ilegalidad del acto o del comportamiento no le parece cierta, o si tiene una simple duda, incluso grave, sobre su legalidad, debe rechazar la solicitud presentada en virtud del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. Debido a los términos empleados en la ley, se aconseja al juez que no corra riesgos a este respecto. Si la autoridad administrativa no ha adoptado una posición contraria a derecho con absoluta certeza, el juez de medidas provisionales deberá rechazar la solicitud presentada por el demandante.

282. Tres decisiones ilustran con especial claridad el alto nivel de exigencia que se deriva de la condición de ilegalidad manifiesta.

En primer lugar, del auto del *GIE Sport* de 18 de marzo de 2002 se desprende que la ambigüedad de un texto

Convenio Europeo de Derechos Humanos era proporcionada al objetivo perseguido. Anteriormente, el Conseil d'Etat nunca había examinado el carácter convencional de esta disposición. Sin embargo, el Conseil d'Etat sí revisó la ley que limitaba la difusión de sondeos de opinión durante los períodos electorales (CE, Secc., 2 de junio de 1999, *Meyet, Lebon* p. 161; CE, 13 de septiembre de 2000, *Meyet, Lebon* T. p. 1010). Por analogía, los criterios generales de apreciación de la convencionalidad de la restricción son transponibles a la disposición cuyo control se somete al juez de medidas provisionales. Esto es suficiente para mantenerse dentro de los límites de la jurisprudencia *Carminati* en la medida en que la apreciación del juez se enmarca en las soluciones adoptadas por el tribunal de primera instancia en el mismo litigio. En este caso, el juez de medidas provisionales adoptó el razonamiento utilizado por el Conseil d'Etat en las decisiones antes mencionadas, afirmando que la restricción impuesta por el legislador a la publicación de los resultados de las elecciones, aunque éstos se anuncien públicamente al final de las operaciones de recuento en cada colegio electoral, "se basa en particular en la preocupación del legislador por evitar que las elecciones de los ciudadanos se vean influidas de forma que se menoscabe su derecho fundamental a la libre expresión de su voto y la sinceridad del escrutinio". Afirmó "que el objetivo así perseguido está relacionado con la 'protección de los derechos de los demás' en el sentido de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 10 del Convenio; que, al consistir únicamente en aplazar la publicación de los resultados electorales en la prensa o por cualquier medio de comunicación al público por vía electrónica hasta el cierre del último colegio electoral en el territorio de la República, esta restricción es proporcionada al objetivo perseguido".

¹¹⁷¹ CE, ord. 28 mayo 2002, *Les Verts, Lebon* p. 188.

¹¹⁷² CE, ord. 30 de agosto de 2001, *Djaoui, Lebon* T. p. 1100.

¹¹⁷³ G. Bachelier, concl. sobre CE, 2 de julio de 2003, *Sté Outremer Finance Limited, AJDA* 2003, p. 1782.

¹¹⁷⁴ CE, 9 de marzo de 2005, *Moinuddin, Lebon* T. p. 805, p. 921.

constituye un obstáculo al carácter manifiesto de una ilegalidad¹¹⁷⁵. En este caso, el litigio tenía su origen en una decisión de la Ligue nationale de football de conceder derechos exclusivos de explotación para la retransmisión de determinadas competiciones deportivas. El GIE Sport Libre consideró que esta decisión carecía de fundamento jurídico en la medida en que las disposiciones de la Ley de 16 de julio de 1984, cuyos artículos 18-1 y 18-2 prevén la posibilidad de conceder derechos exclusivos de explotación, no eran aplicables, en su opinión, a los servicios radiofónicos. Por consiguiente, la cuestión de la legalidad de la Decisión impugnada estaba condicionada a la aplicabilidad de dicha Ley al ámbito de la radiodifusión. En palabras del juez de medidas provisionales, "la resolución del litigio está vinculada a la cuestión de saber si la cobertura radiofónica en directo de un acontecimiento deportivo está comprendida en el ámbito de aplicación de los "derechos de explotación" previstos por estas disposiciones y si las normas que de ellas se derivan para la televisión son también aplicables a la radiodifusión". Todo dependía, pues, del alcance de este texto. Sin embargo, debido a la ambigüedad de su redacción, no era posible llegar a una conclusión afirmativa ni en el sentido de la inclusión ni en el de la exclusión. El párrafo segundo del artículo 18-2 de la Ley establece que "El vendedor o adquirente de este derecho no podrá oponerse a la difusión por otros servicios de *comunicación audiovisual* de breves extractos tomados gratuitamente de las *imágenes* del servicio o servicios cesionarios y libremente elegidos por el servicio no cesionario del derecho de explotación que los difunda". El juez señala que "estas disposiciones contienen una ambigüedad debida a la utilización simultánea, en el párrafo segundo del artículo 18-2, de los términos 'servicios de comunicación audiovisual' e 'imágenes'; a la vista de esta ambigüedad, la ilegalidad que podría viciar la decisión de la National Football League no es, en cualquier caso, 'manifiesta'". Así pues, la ambigüedad en cuanto a la ley aplicable quita todo carácter "manifiesto" a la ilegalidad invocada. La ilegalidad es probable y de tal naturaleza que puede suscitar una duda seria en el ánimo del juez que conoce de la demanda de medidas provisionales; no es cierta y, por tanto, no puede dar lugar a una demanda de medidas provisionales.

Esta exigencia más estricta de las medidas cautelares fue subrayada con insistencia por el Conseil d'Etat en la sentencia *Tliba* de 30 de octubre de 2001¹¹⁷⁶. La demandante, que había sido objeto de una orden de expulsión, consideraba que esta decisión vulneraba manifiestamente su derecho a llevar una vida familiar normal. Tras recordar en términos generales que el procedimiento previsto en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa es más estricto que el previsto en el artículo L. 521-1¹¹⁷⁷, el Conseil d'Etat precisó que una orden de expulsión sólo es manifiestamente ilegal, en lo que respecta al derecho a una vida familiar normal, "si está justificada por una violación *manifiestamente* desproporcionada de los objetivos para los que se adoptó la medida impugnada". Esta frase hace referencia al asunto *Belgacem* de 1991¹¹⁷⁸. Desde esta decisión, el juez administrativo ejerce un control de proporcionalidad sobre las medidas de expulsión que inciden en el derecho al respeto de la vida familiar del interesado. Se trata de sopesar los beneficios para el orden público de la expulsión del interesado y los inconvenientes para su vida familiar de la ejecución de la decisión. En la sentencia *Tliba*, el demandante había sido declarado culpable de recibir dinero procedente del tráfico de drogas, lo que podía calificarse de delito grave. En el otro lado de la balanza, la Sra. Tliba podía señalar la duración de sus vínculos con Francia, la nacionalidad francesa de los miembros de su familia cercana, en particular de su hijo menor de edad, y la aparente ruptura de sus vínculos con su país de origen. A la luz de estos elementos, la proporcionalidad de la orden de expulsión parecía dudosa o discutible. En consecuencia, como señaló la Comisaria del Gobierno Isabelle de Silva, el argumento basado en la falta de proporcionalidad de la medida impugnada "podría haber suscitado una 'duda seria' en la mente del juez de la 'suspensión sumaria', y justificado que suspendiera la ejecución de la expulsión a la espera de la sentencia sobre el fondo"¹¹⁷⁹. Por otro lado, debido a la gravedad de los hechos imputados al demandante, la desproporción que parece afectar a la medida no es lo suficientemente grosera o evidente como para dar lugar a una solicitud sumaria de medidas cautelares. "Si había alguna ilegalidad, no parecía ser manifiesta"¹¹⁸⁰. Por consiguiente, el Comisario del Gobierno concluyó que "la Sra. Tliba habría cumplido los requisitos para la suspensión de la decisión en cuestión si hubiera invocado las disposiciones del artículo L. 521-1, pero no puede reclamar tal medida invocando el artículo L. 521-2"¹¹⁸¹. La demandante podría haber obtenido satisfacción mediante el procedimiento sumario de suspensión; el procedimiento de medidas provisionales, más exigente, no se adapta a su situación. En general, será muy difícil para una persona afectada por una orden de expulsión demostrar la ilegalidad manifiesta de esta medida en relación con su libertad de vivir con su familia¹¹⁸².

1175 CE, ord. 18 de marzo de 2002, *GIE Sport libre et al, Lebon* p. 106.

1176 CE, Secc. 30 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523.

1177 Véase la presentación y el análisis de la fórmula *más arriba*, § 40.

1178 CE, Ass. 19 de abril de 1991, *Belgacem, Lebon* p. 152, concl. R. ABRAHAM; retomando una solución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, 21 de junio de 1988, *Berrehab c/ Países Bajos, serie A*, nº 138; TEDH, 18 de febrero de 1991, *Moustaquim c/ Bélgica, serie A*, nº 193).

1179 I. DE SILVA, concl. sobre CE, Secc. 30 octubre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, RFD A* 2002, p. 333.

1180 M. Guyomar y P. Collin, cron. en virtud de la sentencia *Tliba, AJDA* 2001, p. 1057.

1181 I. DE SILVA, *op. cit.* p. 333.

1182 El rechazo es casi sistemático en el caso de las solicitudes de impugnación de una orden de expulsión por este motivo (véanse, por ejemplo, CE, ord. 10 de agosto de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Saddouki, no. 236969*; CE, ord. 25 de abril de 2002, *Labbini, no. 245547*; CE, ord. 4 de febrero de 2003, *Hilarío, nº 253742*). No obstante, cabe mencionar una

Por último, cabe mencionar un auto de 9 de enero de 2006 que ofrece orientaciones para apreciar si existen indicios de ilegalidad en caso de que la autoridad administrativa no extraiga las consecuencias de una resolución dictada por el tribunal administrativo. Es sabido que la administración comete una ilegalidad cuando se niega a ejecutar una resolución dictada por el tribunal administrativo o se abstiene de extraer todas las consecuencias que implica su ejecución. Para el juez de medidas provisionales, el hecho de que esta decisión no fuera suficientemente precisa en cuanto a las consecuencias que se derivaban de ella es un elemento que debe tenerse en cuenta para apreciar si la ilegalidad cometida era manifiesta. En el presente asunto, la solicitud de renovación del permiso de residencia de la Sra. Daaji fue denegada el 1^{er} de julio de 2005 debido a que, según las conclusiones de un inspector de salud pública, ya no cumplía las condiciones establecidas en el artículo 6 del acuerdo franco-argelino de 27 de diciembre de 1968. El juez de medidas provisionales del tribunal administrativo de Rennes, que conoce del asunto en virtud del artículo L. 521-1 del código de justicia administrativa, suspendió esta decisión mediante auto de 9 de septiembre de 2005. Para ejecutar esta decisión, la autoridad administrativa se limitó a conceder a la Sra. Daaji un permiso de residencia temporal por un período de tres meses, válido hasta el 26 de enero de 2006, precisando al mismo tiempo que su titular estaba autorizado a trabajar. Recurrido por la Sra. Daaji sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, el juez de medidas provisionales del Tribunal Administrativo de Rennes ordenó al Prefecto que adoptara las medidas necesarias para ejecutar la orden de 9 de septiembre de 2005. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat se pronunció en dos fases. En primer lugar, recordó las obligaciones impuestas a la autoridad administrativa en tal caso. Precisa que cuando el juez de medidas provisionales suspende la ejecución de una resolución denegatoria de la solicitud de expedición o de renovación de un permiso de residencia de un extranjero, la administración está obligada, mientras surta efecto la suspensión ordenada, a proporcionar al extranjero un permiso de residencia provisional. El auto precisa que también corresponde a las autoridades, a la vista de los motivos en los que se basa la suspensión, reexaminar la situación del solicitante sin esperar a la resolución del órgano jurisdiccional que conoce del recurso principal, a la vista de todas las circunstancias de hecho y de derecho que concurren el día del reexamen. Este es el caso incluso si el tribunal no ha especificado explícitamente las obligaciones que se derivan para la administración de la medida de suspensión que ha ordenado. En segundo lugar, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat se pronunció específicamente sobre el requisito de ilegalidad manifiesta. Afirmó "que, si bien la autoridad administrativa puede ser criticada por no haber reexaminado la situación de la Sra. Daaji hasta la fecha a la luz de las estipulaciones del artículo 6, párrafo 7, del acuerdo franco-argelino de 27 de diciembre de 1968 y a la luz de la evolución de su estado de salud, esta omisión no constituye una ilegalidad manifiesta, en particular porque el juez de medidas provisionales de primera instancia no fue suficientemente explícito en su auto de 9 de septiembre de 2005 sobre las obligaciones que incumben a la administración"¹¹⁸³. Así pues, el hecho de que la Administración no haya extraído las consecuencias de la resolución de 9 de septiembre es irregular. A falta de una indicación suficientemente precisa por parte del juez de las consecuencias que se le imponen, este incumplimiento no es manifiestamente ilegal.

283. Por tanto, el requisito de que la ilegalidad sea manifiesta es especialmente estricto. En la práctica, muchas solicitudes fracasan en este punto.

Esta condición parece difícil de cumplir cuando las disposiciones legislativas y reglamentarias confieren amplios poderes a la administración. Por ejemplo, el juez de medidas provisionales descartó la ilegalidad manifiesta de la negativa a autorizar la retirada de un municipio de una comunidad de aglomeraciones, alegando el amplio margen de apreciación que la ley otorga al Prefecto para tomar su decisión¹¹⁸⁴. En el asunto *Allouache y otros*, el juez consideró que, habida cuenta de las condiciones en las que se desarrolló la violencia urbana a partir del 27 de octubre de 2005, de lo repentino de su propagación, de la posibilidad de que resurgiera durante las concentraciones públicas de fin de año y de la necesidad de prevención inherente a todo sistema de policía administrativa, no podía sostenerse válidamente que, para prevenir la violencia urbana, el prefecto debía poder autorizar la retirada de un municipio de una comunidad de aglomeraciones urbanas, no puede sostenerse válidamente que, al decidir no poner fin inmediatamente a la declaración del estado de emergencia, el Jefe del Estado, en el ejercicio de su amplia facultad de apreciación, adoptó una decisión que estaría viciada de ilegalidad manifiesta, aun cuando las circunstancias que

decisión de 7 de agosto de 2002 en la que el juez de medidas provisionales aceptó que la injerencia en el derecho a llevar una vida familiar normal era desproporcionada (véase CE, ord. 7 de mayo de 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Ouakid, Lebon T.* p. 870). En este caso, el interesado vivía en Francia desde 1975, sus padres y sus dos hermanas habían adquirido la nacionalidad francesa y ya no tenía ningún vínculo familiar en su país de origen. Sobre todo, la orden de expulsión se había dictado sobre la base de determinados hechos anteriores a la incoación del procedimiento de expulsión. El juez declaró que "habida cuenta de la naturaleza de las infracciones de las que se acusa al Sr. Ouakid y de la voluntad de reinserción que demostró durante su encarcelamiento, así como de las condiciones en las que se decidió su expulsión, el Ministro del Interior ha vulnerado, en las circunstancias de este caso, el derecho del interesado a llevar una vida familiar normal (...) de forma manifiestamente desproporcionada en relación con los objetivos para los que dictó la orden impugnada".

¹¹⁸³ CE, ord. 9 enero 2006, *Ministre d'Etat, ministre de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire c/ Daaji*, n° 288745, citado en el Recueil *Lebon*.

¹¹⁸⁴ CE, ord. 24 enero 2005, *Commune de Wissous*, n° 276493; CE, ord. 2 marzo 2005, *Commune de Vedene*, n° 278123.

justificaron la declaración del estado de emergencia hayan cambiado significativamente¹¹⁸⁵.

La condición de ilegalidad manifiesta también quedará excluida cuando la decisión positiva o la denegación se base en motivos que parezcan razonables a la luz de las circunstancias de hecho y de derecho del caso. Así, una medida de prohibición no se considerará manifiestamente ilegal si los motivos en los que se basa son razonables a la luz de las circunstancias del caso. Es el caso, por ejemplo, de una decisión administrativa por la que se prohíbe definitivamente a una persona participar en la dirección o supervisión de organismos o instituciones que albergan a menores, debido a los testimonios reiterados y a las pruebas serias y corroborantes que la implican en actos de naturaleza sexual hacia menores puestos bajo su autoridad¹¹⁸⁶, la decisión del prefecto marítimo por la que se prohíbe toda circulación a menos de 10 metros de las grutas marinas debido al riesgo de caída de rocas¹¹⁸⁷ y la ordenanza municipal por la que se prohíbe la apertura de un sex-shop, dado que una escuela infantil y una escuela primaria están situadas no lejos del negocio en cuestión, en segundo lugar, el ayuntamiento está desarrollando un "centro juvenil" cerca de la tienda, destinado a albergar servicios de entretenimiento, información y ocio para los jóvenes y cuya apertura está prevista para los próximos meses¹¹⁸⁸. Una decisión denegatoria no es manifiestamente ilegal cuando no parecen cumplirse las condiciones establecidas por la ley. Por ejemplo, el juez de medidas provisionales dictaminó que no era manifiestamente ilegal que un ayuntamiento se abstuviera de realizar las obras de reparación de una carretera que conducía a una discoteca¹¹⁸⁹; la negativa a organizar una elección legislativa parcial un año antes de la renovación de la Asamblea Nacional, ya que las disposiciones aplicables prohíben la organización de elecciones legislativas parciales en el último año de la legislatura e invisten al Primer Ministro, en el período anterior al de la prohibición legal, de poderes discrecionales para fijar la fecha susceptible de ser utilizada para convocar al electorado con la suficiente antelación¹¹⁹⁰; la denegación de entrada en el territorio de un extranjero que no justifique la realidad de las amenazas a las que se considera expuesto en caso de regreso a su país¹¹⁹¹ o la denegación de registro de papeletas que no lleven el título completo mencionado en la declaración de candidatura presentada por la lista encabezada por el representante¹¹⁹². Del mismo modo, una decisión positiva no es manifiestamente ilegal cuando se basa en justificaciones que, en las circunstancias del caso, parecen apropiadas, como en el caso de la retirada del estatuto de apátrida por inexactitud en las declaraciones relativas a la identidad de su beneficiario¹¹⁹³, la orden prefectoral de internamiento obligatorio de una persona en un hospital sobre la base de un certificado médico detallado¹¹⁹⁴, el sacrificio de un rebaño debido a la presencia de una vaca enferma de encefalopatía espongiiforme bovina¹¹⁹⁵ o la orden dada a un capitán de gendarmería por sus superiores de no expresarse en los medios de comunicación, habida cuenta del deber de reserva impuesto a los militares¹¹⁹⁶.

284. En la práctica, pocas infracciones manifiestamente ilegales han sido estimadas por el juez de medidas provisionales. Cuando se cumple la condición relativa a la violación manifiestamente ilegal de una libertad, las decisiones se centran generalmente en demostrar el carácter manifiestamente ilegal de la decisión o del comportamiento impugnado. Para que se aplique el procedimiento de medidas provisionales, no basta con que haya una violación grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental. El solicitante debe también justificar la urgencia de la situación y, más concretamente, la necesidad de obtener una medida de salvaguardia en un plazo de 48 horas.

1185 CE, ord. 9 diciembre 2005, *Allouache et autres*, *Lebon* p. 562.

1186 CE, ord. 9 agosto 2001, *Medrinal*, *Lebon T.* p. 1127.

1187 CE, ord. 27 septiembre 2001, *Guegueniat*, n° 238473.

1188 CE, ord. 8 junio 2005, *Commune de Houilles*, *Lebon T.* p. 1036.

1189 CE, ord. 5 marzo 2001, *SARL Club 2000*, *Lebon T.* p. 1130.

1190 CE, ord. 18 de mayo de 2001, *Meyet, Bonget*, *Lebon* p. 244.

1191 CE, ord. 18 de abril de 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Mpia*, *Lebon T.* p. 873.

1192 CE, ord. 8 junio 2004, *Zebdi-Gborab*, n° 268467.

1193 CE, ord. 29 marzo 2002, *Bonny*, *Lebon* p. 119.

1194 CE, ord. 19 de julio de 2002, *Benmedjaded*, 248798.

1195 CE, ord. 1^{er} junio 2001, *Ploquin*, *Lebon T.* p. 1126.

1196 CE, ord. 5 febrero 2003, *Matelhy*, n° 253871.

Capítulo 2 Una emergencia extrema

285. La urgencia es la primera condición establecida en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. Este requisito se justifica por la naturaleza del procedimiento, que es un procedimiento sumario, y por su finalidad, que es poner fin muy rápidamente a las actuaciones administrativas más graves. Para legitimar la ordenación de una medida cautelar en 48 horas, parecía justificado que la intervención del juez estuviera expresamente condicionada por la urgencia¹¹⁹⁷. Así pues, el procedimiento de medidas cautelares no es sólo un procedimiento rápido; es también, y sobre todo, un recurso jurídico que sólo puede aplicarse útilmente cuando se ha producido o está a punto de producirse una situación perjudicial. El juez de medidas provisionales sólo está legitimado para desempeñar su función cuando existe una verdadera urgencia que justifique su intervención. Es cierto que los demandantes que se dirigen al juez sobre esta base a menudo pierden de vista este requisito, lo descuidan o lo relegan a un segundo plano. Sin embargo, se trata de una condición especialmente estricta, y la valoración que hace de ella el juez de medidas provisionales refleja, también en este caso, la excepcionalidad de este procedimiento en comparación con el de suspensión cautelar. Para el juez administrativo, la condición de urgencia define tanto como la relativa a la presencia de una libertad fundamental el ámbito de intervención del procedimiento de medidas provisionales. En su aplicación práctica, el artículo L. 521-2 es tanto un procedimiento de extrema urgencia como un procedimiento por violación de las libertades fundamentales.
286. De acuerdo con un principio clásico, el solicitante debe aportar la prueba de que se cumple este requisito. El artículo R. 522-1, que se aplica a todas las solicitudes urgentes de medidas provisionales, establece que la solicitud debe "*justificar la urgencia* del caso". El artículo L. 521-2, que se refiere específicamente a las medidas provisionales, establece que el tribunal debe conocer de una solicitud "*justificada por la urgencia*". Por lo tanto, corresponde al solicitante establecer las razones por las que las circunstancias del caso hacen urgente ordenar una medida. Una motivación insuficiente en este punto, demasiado general, abstracta o imprecisa expone al solicitante a la desestimación de su solicitud¹¹⁹⁸.
287. De todas las condiciones establecidas en el artículo L. 521-2, la urgencia es una de las más difíciles de sistematizar. Esta dificultad se explica por el carácter " eminentemente concreto y relativo " ¹¹⁹⁹ de este concepto. Como ha señalado el profesor Dugrip, "el reconocimiento de la urgencia no se basa en una constatación objetiva. Es siempre el resultado de una apreciación subjetiva de los hechos del caso en relación con las circunstancias del mismo, las medidas solicitadas y el tiempo procesal (...) " ¹²⁰⁰. En consecuencia, se evalúa inevitablemente caso por caso, tomando en consideración las circunstancias particulares de cada

1197 Cabe señalar, sin embargo, que los procedimientos de *déféré-liberté* y *voie de fait*, que también son procedimientos acelerados -al menos, en el caso de este último, cuando se sigue en procedimiento sumario- no están sujetos a tal requisito. En primer lugar, la urgencia no es una de las condiciones establecidas en el artículo 809, apartado 1, de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Cuando se recurre al tribunal de medidas cautelares civiles sobre esta base, el solicitante sólo tiene que alegar un daño inminente o una perturbación manifiestamente ilícita. Sólo es necesario que se cumpla una de estas condiciones para justificar los poderes del juez de medidas provisionales. El Tribunal de Casación recuerda regularmente que la aplicación de esta disposición no está en modo alguno supeditada a la prueba de la urgencia de la medida solicitada (véase, por ejemplo, Civ. 3^{ème}, 22 de marzo de 1983, *Bull. civ.* III, n° 83). En consecuencia, la víctima puede obtener medidas para restablecer la situación "aunque el cese de la perturbación que sufre no sea urgente" (S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, tesis París II, 2002, p. 273). La urgencia tampoco es necesaria en el caso de la *déféré-liberté*, debido al estatuto particular del demandante. Por consiguiente, cuando el asunto le es sometido por el prefecto sobre la base del artículo L. 2131-6, apartado 5, del Código general de las colectividades territoriales, el presidente del tribunal administrativo comete un error de derecho al supeditar la suspensión del acto impugnado "a una condición de urgencia que no se exige en el marco de este procedimiento" (CE, 11 de marzo de 2005, *Ministerio del Interior, de la Seguridad Interior y de las Libertades Locales contra Communes d'Avion, de Rouvroy, de Drocourt et de Méricourt, Lebon*, p. 101).

1198 Por ejemplo, en el auto *Lidl de 23 de marzo de 2001*, el juez descartó toda urgencia alegando que la empresa demandante "se limitaba a aludir a 'una situación especialmente perjudicial' sin aportar (...) la más mínima apreciación concreta" (CE, ord. 23 de marzo de 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154). Para ejemplos significativos, véanse también: CE, ord. 21 de agosto de 2001, *Manigold*, n° 237385; CE, ord. 31 de julio de 2002, *Kocjigit*, n° 248716; CE, ord. 6 de junio de 2003, *Société Nice diffusion menuiserie*, n° 257472; CE, ord. 5 de julio de 2004, *Association des usagers des médias d'Europe*, n° 269344.

1199 R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, p. 711.

1200 O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, Les grandes thèses du droit français, 1991, p. 332. Las mismas observaciones se hacen en derecho judicial privado: "La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la urgencia es un concepto relativo, marcado por la subjetividad y el empirismo (...) " (P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides. Référé, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, 2^{ème} ed, Litec, 1998, p. 73).

asunto¹²⁰¹. Una decisión, en un caso, se considerará constitutiva de urgencia y la misma decisión, en otro caso, no lo será. Dicho esto, a pesar de un cierto y perfectamente comprensible empirismo, podemos observar que los tribunales están haciendo verdaderos esfuerzos para lograr una cierta racionalización de sus resoluciones. La principal característica de la urgencia, en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, es que se trata de una urgencia extrema, una urgencia cualificada, una urgencia que exige la adopción de medidas en un plazo de 48 horas. De la jurisprudencia pueden extraerse indicaciones generales sobre los criterios para caracterizar o excluir esta urgencia particular.

Sección 1. Necesidad de una intervención de 48 horas

288. Inicialmente, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat trataba de la misma manera la urgencia en el sentido del artículo L. 521-1 y la urgencia en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. En el auto de *la Commune de Pertuis* de 28 de febrero de 2003, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat afirmó la necesidad de una mayor urgencia en los casos de medidas provisionales. Esta condición no puede considerarse satisfecha si la situación en litigio no requiere la intervención de un juez en un plazo de 48 horas para ponerle fin.

I. La falta de singularidad inicial del concepto

289. Durante los dos primeros años de aplicación de la Ley de 30 de junio de 2000, el juez de medidas cautelares trató la urgencia en el sentido de las medidas cautelares de suspensión (*référé-liberté*) y la urgencia en el sentido de las medidas cautelares de suspensión (*référé-suspension*) de manera estrictamente idéntica. Consideró que la urgencia, a la que se hace referencia indistintamente en los artículos L. 521-1 y L. 521-2, debía considerarse del mismo modo en los dos procedimientos¹²⁰². Significativamente, en un auto de 15 de marzo de 2002, el juez de medidas provisionales afirmó que la negativa de la administración a devolver un permiso de conducción era "de tal naturaleza que se considera cumplida la condición de urgencia prevista tanto en el artículo L. 521-1 como en el artículo L. 521-2"¹²⁰³. Esta formulación es tanto más notable cuanto que, en esta decisión, el juez sólo se basó en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. Los comentaristas autorizados concluyeron que existía un único enfoque de la urgencia en ambos procedimientos. Por ejemplo, los autores de *los Grands arrêts* afirmaron que esta condición, común a los procedimientos sumarios de suspensión y a los procedimientos de medidas provisionales, "no parece que deba apreciarse de forma diferente en ambos"¹²⁰⁴. Los Sres. Collin y Guyomar escribieron incluso: "A lo sumo, cabe suponer que se apreciará con mayor liberalidad en el caso de las medidas cautelares"¹²⁰⁵. Siguiendo el ejemplo del juez de medidas cautelares, los autores consideraron que "apenas existe razón alguna por la que la urgencia exigida para los procedimientos de suspensión deba ser diferente de la exigida para las libertades fundamentales"¹²⁰⁶.

Así pues, la urgencia se apreció de forma sustancialmente idéntica en los dos procedimientos, inspirándose el juez, en el marco del artículo L. 521-2, en los criterios establecidos sobre la base del artículo L. 521-1. En su sentencia de 19 de enero de 2001, *Confédération nationale des radios libres*¹²⁰⁷, el Conseil d'Etat precisó que la condición de urgencia debe considerarse cumplida "cuando la decisión administrativa impugnada perjudica de manera suficientemente grave e inmediata un interés público, la situación del demandante o los intereses que pretende defender". Esto es así incluso si la decisión impugnada "tiene una finalidad o repercusión puramente económica y, en caso de anulación, sus efectos podrían ser anulados mediante una compensación económica". Los criterios expuestos en esta sentencia, es decir, las formas y características de la urgencia, han sido retomados en

¹²⁰¹ El juez lo subrayó de diversas maneras, señalando por ejemplo, en la decisión *Commune de Massat*, que la urgencia se cumplía "en el presente caso" (CE, ord. 25 agosto 2005, *Commune de Massat*, *Lebon* p. 386).

¹²⁰² Sobre la apreciación de la urgencia sobre la base del artículo L. 521-1, véase J. RAYMOND, "L'urgence, condition essentielle du référé suspension", *JCP A* 2003, 1935.

¹²⁰³ CE, ord. 15 de marzo de 2002, *Delaplace*, *Lebon* p. 105.

¹²⁰⁴ *GAJA* n° 118, § 12.

¹²⁰⁵ M. Guyomar y P. Collin, cron. bajo CE, Secc. 18 de enero de 2001, *Commune de Venelles*, *AJDA* 2001, p. 154.

¹²⁰⁶ N. CHAHID-NOURAI y C. LAHAMI-DEPINAY, "L'urgence devant le juge administratif : premières applications des articles L. 521-1 et L. 521-2 nouveaux du Code de justice administrative", *LPA* 12 février 2001, n° 30, p. 16.

¹²⁰⁷ CE, Secc. 19 de enero de 2001, *Confédération nationale des radios libres*, *Lebon* p. 29, *AJDA* 2001, pp. 150-153, cron. M. GUYOMAR y P. COLLIN; *RFA* 2001, pp. 378-388, concl. L. TOUVET; *D.* 2001, pp. 1414-1418, nota B. SEILLER.

sustancia en el contexto de las medidas cautelares (référé-liberté)¹²⁰⁸. Aunque la mayoría de las veces el juez de medidas provisionales establece la urgencia sin hacer referencia a las formas o características de la urgencia, a veces hace referencia expresa a los criterios establecidos en el contexto de la suspensión cautelar¹²⁰⁹.

290. La jurisprudencia ha establecido una "tipología tríplica"¹²¹⁰ de cabezas de daño. En primer lugar, el acto o comportamiento puede perjudicar la situación del demandante. Esta es, con mucho, la hipótesis más frecuentemente aceptada por la jurisprudencia. El perjuicio puede ser de naturaleza inmaterial. La posibilidad de que el demandante obtenga *a posteriori* una indemnización por el perjuicio que le ha causado una acción u omisión administrativa no impide declarar la urgencia. Por ejemplo, en el caso de una negativa a inscribir a los hijos del solicitante en el pasaporte de éste¹²¹¹, se considera que el solicitante cumple el requisito de urgencia. El perjuicio puede derivarse de la imposibilidad de ejercer una libertad fundamental. Así, en el asunto *Aguillon*, relativo a la requisa de los empleados en huelga, los demandantes no pudieron alegar ningún perjuicio económico en la medida en que los decretos prefectorales preveían la retribución del personal en las condiciones fijadas habitualmente por su empleador. En el presente asunto, el perjuicio se deriva del hecho de que las órdenes en cuestión obligan a los interesados "a reincorporarse inmediatamente a su actividad profesional" y les impiden así ejercer su derecho de huelga¹²¹². En segundo lugar, el perjuicio puede afectar a los intereses que el demandante pretende defender. Es el caso de los intereses colectivos defendidos "únicamente por organizaciones sindicales y profesionales o asociaciones de defensa de intereses colectivos"¹²¹³. En tercer lugar, la situación en cuestión puede ser perjudicial para un interés público. Los ejemplos de este tipo son raros en las suspensiones sumarias (1214), y aún más raros en las medidas cautelares (référé-liberté), en la medida en que las libertades fundamentales se refieren en principio a la defensa de intereses individuales y no a la satisfacción del interés general. Sin embargo, tal situación no es impensable, por ejemplo en el caso de una violación de la libre administración de las autoridades locales o de los derechos de propiedad de una entidad pública. En este caso, el juez podría caracterizar una situación que perjudica tanto a los intereses del demandante como al interés general.

291. El juez de medidas cautelares exige que el perjuicio causado a uno de estos intereses sea suficientemente grave e inmediato.

En primer lugar, el perjuicio debe ser "suficientemente grave". Con esta expresión, los tribunales se refieren a un perjuicio que supera, por su intensidad, duración o algunas de sus características, los inconvenientes que normalmente se derivan de la vida en sociedad. A partir de un determinado umbral, puede decirse que el perjuicio es "suficientemente grave". Este criterio excluye del ámbito de la urgencia simples inconvenientes o molestias que ciertamente agravan el estado del reclamante pero no comprometen sustancial y permanentemente su situación¹²¹⁵. La condición de gravedad se cumple cuando el reclamante sufre un perjuicio económico importante¹²¹⁶. La gravedad también puede derivarse de la duración del perjuicio, en particular en caso de retraso excesivo por parte de las autoridades en la expedición de una autorización¹²¹⁷ o en la ejecución de una decisión

¹²⁰⁸ Estos métodos de apreciación de la urgencia deben mencionarse en la medida en que la sentencia *Commune de Pertuis* no excluía su aplicación pero, en la práctica, añadía un nivel de exigencia suplementario con respecto a la sentencia *Confédération nationale des radios libres*.

¹²⁰⁹ Entre las pocas decisiones que se han referido expresamente a estos criterios, véase CE, 15 de febrero de 2002, *Hadda, Lebon* p. 45. En este caso, el Conseil d'Etat declaró que, para establecer la urgencia, el acto administrativo impugnado "causa por sí mismo un perjuicio suficientemente grave e inmediato a la situación del demandante".

¹²¹⁰ P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p. 89.

¹²¹¹ CE, ord. 4 de diciembre de 2002, *Du Coniédic de Kéranant, Lebon T.* p. 875.

¹²¹² CE, 9 de diciembre de 2003, *Aguillon et autres, Lebon* p. 497.

¹²¹³ P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p. 93.

¹²¹⁴ Véase, por ejemplo, CE, ord. 13 de febrero de 2003, *Joyaux*, n° 253439, citando "el interés de los estudiantes en beneficiarse de un servicio público de calidad".

¹²¹⁵ Así, la negativa a expedir un pasaporte no perjudica al demandante que indica que debe viajar a Bruselas, ya que no es necesario ningún pasaporte para que un francés viaje a Bélgica (CE, ord. 21 marzo 2001, *Rabal*, n° 231531).

¹²¹⁶ Véase, por ejemplo, CE, ord. 12 de junio de 2002, *SARL Barlive*, n° 247683. En este caso, el cierre de un bar había provocado el despido de catorce empleados, privando a la empresa de la mayor parte de su volumen de negocios, que normalmente genera durante el verano, y amenazando su existencia a corto plazo. En estas circunstancias, "y aunque la empresa pudiera ver compensado su perjuicio si la medida adoptada contra ella fuera anulada por el jefe de l'excess de pouvoir, debe considerarse que se cumple la condición de urgencia a la que está sujeto el pronunciamiento de medidas sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa".

¹²¹⁷ Por ejemplo, la urgencia de ordenar al Cónsul General de Francia en Ginebra que inscribiera a los hijos de la demandante en su pasaporte se deduce de la naturaleza del litigio y del tiempo que la demandante llevaba varios meses dirigiéndose sin éxito a las autoridades competentes (CE, ord. 4 de diciembre de 2002, *Du Coniédic de Kéranant, Lebon T.* p. 875). Asimismo, dado que había transcurrido un período de 2 años y 7 meses desde que la administración había informado a la

judicial¹²¹⁸. Por otra parte, el hecho de que aún no se haya cumplido la promesa de devolver unos terrenos indebidamente incorporados a un campo de golf no puede revelar una situación de urgencia "cuando de la investigación se desprende (...) que los terrenos de los demandantes están a punto de ser devueltos"¹²¹⁹.

En segundo lugar, el perjuicio debe ser "inmediato". Este criterio, de carácter temporal, significa que el acto o comportamiento administrativo debe estar produciendo ya efectos perjudiciales o estar a punto de producirlos en un futuro muy próximo. Este requisito no se cumple cuando las disposiciones de un acto no entran en vigor hasta varios meses después de que se haya presentado la solicitud de medidas provisionales ante el tribunal. Por ejemplo, en un auto de 13 de noviembre de 2002, el juez de medidas provisionales consideró que las disposiciones del artículo L. 613-3 del Code de la construction et de l'habitation¹²²⁰ impedían la ejecución de la orden de desalojo solicitada antes del 15 de marzo de 2003. Dado que esta medida no puede ejecutarse hasta dentro de varios meses, no existe urgencia, en términos de inmediatez, en la fecha en que el tribunal dicte sentencia¹²²¹. Del mismo modo, la existencia de inmediatez del perjuicio no se cumple cuando una empresa alega un perjuicio comercial sin haber solicitado -y, en consecuencia, obtenido- autorización administrativa para ejercer la actividad en cuestión. En tal caso, el perjuicio comercial alegado por la sociedad solicitante es sólo contingente¹²²². Del mismo modo, cuando un solicitante dispone de un pasaporte cuya validez es aún de nueve meses, no justifica la urgencia de obtener su renovación anticipada para poder viajar a Filipinas, Estado que sólo exige un pasaporte con una validez mínima de seis meses para conceder la entrada en su territorio¹²²³.

292. Así, durante las primeras fases de aplicación de la reforma de 30 de junio de 2000, la urgencia no se consideraba por separado en función del procedimiento incoado. Sin embargo, algunos autores sostenían que un mayor grado de urgencia podía justificarse por el alcance del procedimiento¹²²⁴ o por el plazo de 48 horas concedido al juez para pronunciarse¹²²⁵. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat estableció rápidamente esta solución, añadiendo a los criterios de perjuicio grave e inmediato un nivel adicional de exigencia en la apreciación de la urgencia.

II. Afirmar una urgencia particular

293. En el importantísimo auto del *Ayuntamiento de Pertuis* de 28 de febrero de 2003¹²²⁶, el juez afirmó la existencia de una urgencia en el sentido del artículo L. 521-2, es decir, una urgencia cualificada que, al implicar la intervención judicial en un plazo de 48 horas, se distingue, por un mayor grado de exigencia, de una urgencia

demandante de que tenía derecho a un permiso de residencia y de que se le iba a expedir un recibo, "la prolongación durante un período anormalmente largo de la situación precaria así impuesta a la Srta. Béchar crea una situación de urgencia en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa" (CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar, Lebon T.* p. 1132).

¹²¹⁸ Por ejemplo, el juez ha dictaminado que la negativa a prestar ayuda policial para ejecutar una resolución judicial que ordena el desalojo de ocupantes no autorizados durante más de un año (CE, ord. 21 de noviembre de 2002, *Gaz de France, Lebon p.* 408) o más de un año y medio (CE, ord. 27 de noviembre de 2002, *SCI Résidence du théâtre, Lebon T.* p. 874) constituye una situación de emergencia.

¹²¹⁹ CE, ord. 22 octubre 2001, *Gonidec y Brocas*, n° 239165.

¹²²⁰ Que prohíbe la ejecución de cualquier desahucio entre el 1 de noviembre y el 15 de marzo del año siguiente.

¹²²¹ CE, ord. 13 de noviembre de 2002, *Harlant, Lebon T.* p. 875.

¹²²² CE, ord. 23 marzo 2001, *Société Lidl, Lebon p.* 154.

¹²²³ CE, ord. 22 agosto 2003, *Cohen*, n° 259583.

¹²²⁴ Incluso antes de la entrada en vigor de la reforma, el Presidente Vandermeeren anunció que la urgencia en el sentido de la référé-liberté, "si bien plantea problemas de apreciación comparables" a la urgencia en el sentido del artículo L. 521-1, debería "interpretarse de forma más rigurosa: probablemente será necesario que las circunstancias hagan apremiante la urgencia e indispensable la intervención inmediata del juez" (R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, p. 712). Del mismo modo, M. Hocreitere afirmó que, si bien la urgencia es una condición común a los artículos L. 521-1 y L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, "todo hace pensar que será examinada con mayor rigor por el juez de medidas provisionales habida cuenta del alcance de la référé-liberté" (P. HOCREITERE, "Les nouvelles règles applicables au contentieux administratif de l'urbanisme", *BJDU* 2001/1, p. 4).

¹²²⁵ Ya en 2001, M. Chapus consideraba que "la urgencia exige que la demanda de medidas provisionales esté justificada por la necesidad de intervenir lo más rápidamente posible para poner fin a una violación de una libertad fundamental o para prevenir una violación inminente. Más concretamente, debe prestarse atención al plazo de 48 horas concedido al juez para pronunciarse (...)" (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2001, n° 1601). M. Bachelier afirmó que, en relación con el procedimiento de suspensión, "el grado de urgencia debe apreciarse a la luz de las consideraciones relativas a la existencia del plazo de cuarenta y ocho horas concedido al juez de medidas provisionales para pronunciarse (...)" (G. BACHELIER, "Le référé-liberté", *RFDA* 2002, p. 262).

¹²²⁶ CE, ord. 18 de febrero de 2003, *Commune de Pertuis, Lebon p.* 68, *AJDA* 2003, pp. 1171-1178, nota P. CASSIA y A. BEAL; *JCP A* 2003, 1584, nota J.-P. QUILLIEN. BEAL; *JCP A* 2003, 1584, nota J.-P. QUILLIEN.

en el sentido del artículo L. 521-1. En este caso, se pidió al juez que suspendiera determinados artículos del reglamento interno del consejo municipal del municipio de Pertuis relativos a la expresión de los concejales no pertenecientes a la mayoría municipal. El juez declaró que "a falta de circunstancias especiales, el hecho de que las disposiciones de los artículos 27, 28 y 30 del reglamento interno del consejo municipal de Pertuis sigan en vigor no constituye una situación de urgencia que exija, siempre que se cumplan las demás condiciones previstas en el artículo L. 521-2, que se adopte una medida de salvaguardia de una libertad fundamental en un plazo de 48 horas". En esta decisión, el tribunal diferencia claramente entre dos tipos de urgencia, basándose una vez más en el carácter excepcional de la medida cautelar y en las condiciones más estrictas para su concesión en comparación con el procedimiento de suspensión cautelar¹²²⁷. Distingue, por una parte, entre la urgencia "ordinaria" que es lo suficientemente apremiante como para justificar que un juez de medidas provisionales intervenga antes de que se haya dictado la sentencia sobre el fondo¹²²⁸ y, por otra parte, la urgencia inminente que exige que un juez intervenga en un plazo de 48 horas o, al menos, en un plazo muy breve. A diferencia de la medida cautelar (référé-suspension), la medida cautelar (référé-liberté) no es una medida accesoria; la urgencia no se aprecia en relación con una medida principal en la que se basaría y a la que el juez de medidas cautelares se limitaría a adelantarse. Como han señalado los Sres. Debbasch y Ricci, la condición de urgencia "se examina por sí misma, ya que este procedimiento sumario no está vinculado a una acción principal"¹²²⁹. Sin embargo, la urgencia no puede apreciarse per se. Al no poder apreciarse, como en el caso de las medidas provisionales, en función del tiempo necesario para que intervenga el órgano jurisdiccional que conoce del litigio principal, la urgencia debe apreciarse necesariamente en relación con otro punto de referencia, que es el plazo de 48 horas concedido al órgano jurisdiccional para pronunciarse¹²³⁰. De manera particularmente explícita, el juez de medidas provisionales afirmó que "la condición relativa a la urgencia (...) debe apreciarse, en relación con el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, a la luz de la referencia que hace el legislador a la necesidad de que una medida de salvaguardia de una libertad fundamental se adopte -siempre que se cumplan también las demás condiciones previstas por el mismo artículo- en un plazo de 48 horas"¹²³¹. El resultado es una diferencia fundamental entre los dos procedimientos en cuanto a la apreciación de la urgencia. En el procedimiento de suspensión cautelar, se considera que existe urgencia si es imposible esperar a que intervenga el tribunal que conoce del fondo del asunto. En el procedimiento de medidas provisionales, se considera que existe urgencia cuando es necesario que el solicitante obtenga sin demora una medida cautelar. Por tanto, la condición de urgencia "se desplaza de la situación en cuestión a la medida solicitada", como dijo el Sr. Debbasch en relación con las medidas cautelares tradicionales¹²³². El criterio relativo a la utilidad o necesidad de la medida solicitada es un elemento presente en todos los procedimientos de urgencia. No es necesario declarar la urgencia si una medida no es útil o necesaria para el solicitante. La urgencia no es sólo la de una situación, sino también la de obtener el pronunciamiento de una medida de salvaguardia. Así, en el auto *Gollnisch*, el juez declaró que "habida cuenta de la doble circunstancia de que el procedimiento disciplinario aún no ha concluido y de que el procedimiento penal está en curso, es urgente que el juez de medidas

¹²²⁷ Sobre la diferencia entre ambos procedimientos, véase *supra*, § 40.

¹²²⁸ Cuando se le somete un asunto en virtud del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa, el juez de medidas provisionales comprueba que el tribunal de primera instancia no podrá pronunciarse antes de que la decisión impugnada haya producido efectos difícilmente reversibles. En el marco de las medidas provisionales, "corresponde al solicitante justificar las circunstancias especiales que hacen necesario que se beneficie de una medida provisional en un plazo muy breve a la espera de que el tribunal se pronuncie sobre la legalidad de la decisión impugnada" (CE, Secc., 14 de marzo de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Ameur, Lebon* p. 123, *AJDA* 2001, pp. 673-680, concl. I. DE SILVA). El demandante debe demostrar una "urgencia que justifique que, sin esperar a que se resuelva sobre el fondo, se suspenda la ejecución de la decisión" (CE, Secc., 19 de enero de 2001, *Confédération nationale des radios libres*, citada anteriormente). Esta definición de urgencia es estándar; prevalece en todos los procedimientos de carácter accesorio, cuyo objeto es obtener medidas estrictamente cautelares en espera de una sentencia sobre el fondo. Para que haya urgencia, debe existir el riesgo de que el transcurso del tiempo perjudique gravemente los intereses del demandante antes de que el tribunal de primera instancia pueda protegerlos. De lo contrario, la intervención del juez de urgencia no estaría justificada, ya que el tribunal que resolviera sobre el fondo y de la forma habitual podría adoptar las medidas necesarias en el plazo requerido. En este caso, "la urgencia surge de la necesidad de salvaguardar derechos e intereses que se ven amenazados mientras se espera la sentencia sobre el fondo" (O. DUGRIP, *op. cit.*, p. 312).

¹²²⁹ C. DEBBASCH y J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd, Dalloz, coll. Précis, 2001, n° 556.

¹²³⁰ Para apreciar la urgencia, el juez tiene en cuenta al máximo el plazo de 48 horas concedido para pronunciarse. Cabe señalar que, en un auto de 21 de agosto de 2001, el juez de medidas provisionales concedió especial importancia a este plazo a la hora de evaluar la urgencia de una solicitud de medidas provisionales. Tras citar el texto del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, el juez afirmó "que las condiciones enunciadas en estas disposiciones, que son acumulativas, se aprecian por separado; que esto es especialmente cierto en el caso de la condición relativa a la urgencia, cuyo alcance se aclara también comparándolo con los plazos muy breves que el mismo artículo concede tanto al juez de medidas provisionales para resolver como a las partes para recurrir" (CE, auto de 21 de agosto de 2001, *Manigold*, n° 237385).

¹²³¹ CE, ord. 6 febrero 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, n° 264169.

¹²³² C. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, LGDJ, coll. BDP, t. 38, 1962, p. 306. En la legislación anterior, el Conseil d'Etat había precisado que la facultad del juez de medidas provisionales de ordenar las medidas previstas por la ley "está sujeta a la condición de que dichas medidas tengan carácter urgente" (CE, Secc., 14 de marzo de 1958, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement, Lebon* p. 174, *AJDA* 1958, concl. GREVISSE, pp. 186-190).

provisionales del Consejo de Estado adopte las medidas necesarias para salvaguardar, en el presente caso, la presunción de inocencia"¹²³³. Del mismo modo, en un caso de retirada y retención física de los documentos de identidad de los demandantes, el juez declaró que existía una "necesidad urgente de proporcionar a los demandantes documentos que les permitan realizar sus actividades cotidianas"¹²³⁴. Por otra parte, no hay urgencia en ordenar a una autoridad administrativa que se pronuncie explícitamente sobre un recurso administrativo que le fue remitido varios meses antes si el silencio observado por la autoridad ha dado lugar a una decisión denegatoria implícita y, en consecuencia, a una posición¹²³⁵. En este caso, la medida solicitada carece de utilidad y, *a fortiori*, es innecesaria.

294. Por lo tanto, en el caso de las medidas cautelares, la urgencia debe ser más apremiante que en el caso de la suspensión cautelar; debe ser de tal grado que requiera la intervención inmediata de un juez. Para utilizar las fórmulas jurisprudenciales, las circunstancias del caso deben caracterizar "una situación de *especial urgencia*"¹²³⁶, "una situación de urgencia *inminente*"¹²³⁷, en definitiva una situación "que exija la adopción *inmediata* de una medida"¹²³⁸. Los alguaciles eran exigentes antes de la orden de *la Commune de Pertuis*; desde entonces lo son aún más.

La apreciación diferenciada de la urgencia, en función de las características específicas de cada procedimiento, no es un planteamiento nuevo. Tradicionalmente, se ha aceptado que la urgencia no puede recibir una definición única y uniforme para todos los procedimientos sumarios. Por el contrario, se considera posible identificar tipos de urgencia que se derivan de las características y particularidades de cada procedimiento. En palabras de Clémenceau, la urgencia puede identificarse "si no en todo procedimiento sumario, al menos en toda categoría de procedimiento sumario"¹²³⁹. Cada tipo de procedimiento sumario tiene su propia definición de urgencia. En función de la situación a la que deba responder el procedimiento, la urgencia parece susceptible de graduarse y ser más o menos apremiante. Según el Comisario del Gobierno Chardeau, "la distinción entre urgencia y extrema urgencia puede hacerse en los procedimientos sumarios como en otros asuntos, por ejemplo en la vigilancia de edificios que amenazan ruina"¹²⁴⁰.

Una situación reconocida como urgente en el marco de la suspensión cautelar, es decir, que implica una intervención antes de que el tribunal que conoce del fondo del asunto, no lo será necesariamente en el caso de la libertad provisional, que implica una intervención inmediata. El grado de urgencia requerido para los procedimientos de suspensión no es necesariamente el mismo para los procedimientos de medidas provisionales. Para el juez de medidas provisionales, "el hecho de que, en un caso concreto, la condición de urgencia pueda considerarse cumplida para la aplicación de los poderes que el juez de medidas provisionales tiene en virtud de los artículos L. 521-1 o L. 521-3 del Código de Justicia Administrativa no significa que pueda utilizarse el procedimiento del artículo L. 521-2"¹²⁴¹. A la inversa, el hecho de que la condición de urgencia no se cumpla en virtud del

¹²³³ CE, ord. 14 de marzo de 2005, *Gollnisch, Lebon* p. 103.

¹²³⁴ CE, ord. 2 abril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* p. 167.

¹²³⁵ CE, ord. 20 noviembre 2002, *Deloose*, n° 251803.

¹²³⁶ CE, ord. 9 agosto 2004, *Yılmaz, Lebon T.* p. 816; CE, ord. 10 de agosto de 2005, *Diabiru*, n° 283444. Véase también, en relación con la "especial urgencia" exigida por el artículo L. 521-2: CE, ord. 1^{er} mars 2006, *Ministre délégué aux collectivités territoriales c/ Commune de Salies-du-Salat*, n° 290417, mencionada en el *recueil Lebon*; CE, ord. 13 juin 2007, *Soppelsa*, n° 306252, mencionada en el *recueil Lebon*.

¹²³⁷ CE, ord. 15 de octubre de 2004, *Sabi*, n° 273110.

¹²³⁸ CE, ord. 9 marzo 2007, *Guiot y Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 302182, citado en el *Recueil Lebon*.

¹²³⁹ J. CLEMENCEAU, *Les procédures de référé et d'ordonnance sur requête*, EJVS, 1965, p. 43.

¹²⁴⁰ J. CHARDEAU, concl. sobre CE, Secc. 13 julio 1956, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction c/ Piéton-Guibout, AJDA* 1956, II, p. 323.

¹²⁴¹ CE, ord. 4 de febrero de 2004, *Commune d'Yvrac, Lebon T.* p. 828. Véase también CE, 16 de junio de 2003, *Hug-Kalinkova et autres, Lebon T.* p. 931. El Conseil d'Etat declaró que "suponiendo que se cumpla la condición de urgencia en el sentido del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa, el juez de medidas provisionales del Tribunal Administrativo de Estrasburgo no incurrió en error de Derecho ni desnaturalizó el expediente al declarar que, a falta de circunstancias especiales, la decisión impugnada del Alcalde de Estrasburgo no caracteriza una situación de urgencia en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. El artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa implica, siempre que se cumplan las demás condiciones previstas por dicho artículo, que una medida de salvaguardia de una libertad fundamental debe adoptarse en un plazo de 48 horas". Véase también CE, ord. 9 marzo 2007, *Guiot et Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 302182, citado en el *Recueil Lebon*: "el hecho de que se cumpla la condición de urgencia en el sentido del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa no basta, a falta de circunstancias particulares, para caracterizar una situación de urgencia en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa". 521-2 del Código de Justicia Administrativa que implica, siempre que se cumplan las demás condiciones previstas por dicho artículo, que una medida de salvaguardia de una libertad fundamental debe adoptarse en un plazo de cuarenta y ocho horas".

artículo L. 521-2 no significa que no pueda cumplirse en virtud del artículo L. 521-11242 .

295. La urgencia en el sentido de la medida cautelar, es decir, el perjuicio suficientemente grave e inmediato causado por el retraso en la adopción de una decisión, no es suficiente. La jurisprudencia *Commune de Pertuis tiene por efecto* añadir un nivel de exigencia *suplementario a la* apreciación de la urgencia. Así, en sus conclusiones sobre la sentencia *Vast*, Sophie Boissard señala que "no basta, como en el caso de la suspensión cautelar, con que la medida o las acciones de que se trate causen un perjuicio grave e inmediato a los intereses del demandante. El perjuicio debe ser *también* tal que haga necesario adoptar una medida cautelar en el plazo de 48 horas concedido al tribunal para pronunciarse"¹²⁴³ . En sus conclusiones sobre la sentencia *Hug-Kalinkova* de 16 de junio de 2003, Stéphane Austry afirma que el auto *del Ayuntamiento de Pertuis de 28 de febrero de 2003* "distingue entre la urgencia en el sentido del artículo L. 521-2, que se establece así como un concepto más exigente que la urgencia en el sentido del artículo L. 521-1 del CJA, que implica, *más allá de las* consecuencias graves e inmediatas para la situación del demandante o el interés general, que una medida de salvaguarda de una libertad fundamental debe adoptarse muy rápidamente"¹²⁴⁴ . Isabelle de Silva, refiriéndose siempre a este auto, afirma que "la urgencia en el sentido del artículo L. 521-2 no es lo mismo que la urgencia en el sentido del artículo L. 521-1 y, por lo tanto, debe ir acompañada de *una* justificación adicional"¹²⁴⁵ . Cuando se presenta una demanda contra una decisión, el juez de medidas provisionales exige en primer lugar un perjuicio grave e inmediato, pero también la prueba de la necesidad de intervenir en un plazo de 48 horas. De forma muy explícita, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat declaró que "no hay urgencia para ordenar la suspensión de una decisión administrativa a menos que se demuestre que causa un perjuicio suficientemente grave e inmediato a un interés público, a la situación del recurrente o a los intereses que pretende defender; *además*, cuando el recurrente no basa su intervención en el procedimiento de suspensión regulado por el artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa, sino en el procedimiento de protección especial instituido por el artículo L. 521-2 de dicho Código, le corresponde justificar las circunstancias que caracterizan una situación de urgencia que implica, siempre que se cumplan los demás requisitos establecidos por el artículo L. 521-2, que una medida destinada a salvaguardar una libertad fundamental debe adoptarse en un plazo de cuarenta y ocho horas"¹²⁴⁶ o "debe adoptarse muy rápidamente"¹²⁴⁷ . Para obtener la suspensión de una decisión sobre la base del artículo L. 521-2, la existencia de un perjuicio grave e inmediato es una condición necesaria pero no suficiente.

Por tanto, para medir la urgencia en el sentido de la solicitud sumaria de medidas provisionales, la necesidad de urgencia en un plazo de 48 horas debe apreciarse tras evaluar la intensidad y la inmediatez del perjuicio. La necesidad de intervención en un plazo de 48 horas no puede apreciarse por sí sola; sólo puede considerarse a la luz de los efectos de la situación controvertida sobre el demandante, y de la necesidad de ponerles fin a muy corto plazo. Por lo tanto, para el juez de medidas provisionales, no se trata de una etapa independiente de la apreciación de la urgencia. Para evaluar la necesidad de actuar en un plazo de 48 horas, el juez tiene en cuenta las consecuencias perjudiciales de un acto o comportamiento¹²⁴⁸ . En sentido estricto, y de manera más general, no cabe distinguir entre "etapas" en la apreciación de la urgencia en el sentido del artículo L. 521-2. La urgencia debe considerarse en

1242 Ocasionalmente, si el juez de medidas provisionales considera que no hay urgencia en el sentido del artículo L. 521-2, invitará al demandante, si cree que tiene motivos, a recurrir por la vía de la suspensión cautelar. Véase CE, ord. 28 febrero 2003, *Commune de Pertuis*, *Lebon* p. 68; CE, ord. 19 de marzo de 2003, *Société EURL La Cour des miracles*, n° 255191; CE, ord. 23 de julio de 2003, *Ducastel et autres*, n° 258678; CE, ord. 29 de octubre de 2003, *Société EURL 'Il était une fouace'*, n° 261304; CE, ord. 4 de febrero de 2004, *Commune d'Yvrac*, *Lebon T.* p. 828; CE, ord. 9 de agosto de 2004, *Yilmaz*, *Lebon T.* p. 816; CE, ord. 18 de febrero de 2005, *Launay et Benfdil*, n° 277579; CE, ord. 15 de marzo de 2005, *Sosson*, n° 278502; CE, ord. 6 de abril de 2007, *Commune de Saint Gaudens*, n° 304361, mencionado en el Recueil *Lebon*; CE, ord. 9 de marzo de 2007, *Guiot y Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 302182, mencionado en el Recueil *Lebon*. Sin embargo, el planteamiento contrario es impensable. Si no existe urgencia en el sentido del artículo L. 521-2, esta condición no puede *a fortiori* considerarse cumplida en el sentido del artículo L. 521-1.

1243 Concl. S. Boissard sobre CE, 9 de abril de 2004, *Vast*, *RFD-A* 2004, p. 778.

1244 S. AUSTRY, concl. sobre CE, 16 de junio de 2003, *Hug-Kalinkova y otros*, *BJCL* 2003/8, p. 607.

1245 Conclusiones inéditas I. DE SILVA sobre CE, 23 de enero de 2004, *Koffi*, *Lebon T.* p. 827. Énfasis añadido.

1246 CE, ord. 16 de febrero de 2005, *SARL Médiation et arguments*, n° 277584; CE, ord. 18 febrero 2005, *Launay et Benfdil*, no. 277579; CE, ord. 15 de marzo de 2005, *Sosson*, n° 278502. Véase en el mismo sentido, utilizando la expresión "fonde son action" y no "fonde son intervention": CE, ord. 23 de diciembre de 2005, *Corbel*, n° 288307; CE, ord. 5 de julio de 2005, *Mme X.*, n° 281930.

1247 CE, ord. 7 febrero 2006, *Akbache*, no. 289835; CE, ord. 26 septiembre 2006, *Saganoko*, no. 297649.

1248 Del mismo modo, en el caso de una medida cautelar, sólo puede apreciar la necesidad de intervenir ante el tribunal que conoce del fondo del asunto una vez evaluado el perjuicio sufrido. En virtud del artículo L. 521-1, que corresponde al juez de medidas provisionales apreciar concretamente, teniendo en cuenta las razones aducidas por el demandante, *si los efectos* del acto impugnado pueden *caracterizar una urgencia* que justifique que, sin esperar a que se resuelva sobre la demanda en cuanto al fondo, se suspenda la ejecución de la resolución (CE, 9 de abril de 2004, *Ministre de l'agriculture, de l'alimentation, de la pêche et des affaires rurales c/ Olard*, n.° 263508, *JCP G* 2004, IV, 2449, obs. M.-C. ROUAULT).

su conjunto. La urgencia debe considerarse en su conjunto, en función de los factores que la califican y de los factores que la excluyen.¹²⁴⁹

Cabe señalar que la fórmula de la jurisprudencia *Commune de Pertuis* sólo se menciona y es utilizada por el juez de medidas provisionales para negar la existencia de urgencia. Nunca se ha utilizado para calificar positivamente la urgencia. Cuando la urgencia está satisfecha, el juez no utiliza esta fórmula y se limita a anotarla. Debe considerarse que cuando el juez concluye que no hay urgencia utilizando esta fórmula, ha evaluado los efectos de la medida y ha considerado que cualquier perjuicio sufrido por el solicitante no era suficiente para justificar una intervención a las 48 horas. Conviene, por tanto, presentar las decisiones en las que se ha aplicado esta jurisprudencia y, en consecuencia, las situaciones en las que no se ha considerado satisfecha la urgencia particular exigida en el marco de las medidas cautelares.

III. La necesidad de una urgencia inminente

296. En el marco del artículo L. 521-2, el Conseil d'Etat recuerda "que el solicitante que se dirige al juez de medidas provisionales sobre la base de estas disposiciones debe justificar las circunstancias particulares que hacen necesario que se beneficie muy rápidamente de una medida del tipo de las que pueden dictarse sobre la base de este artículo"¹²⁵⁰. En el marco de este procedimiento, la "circunstancia particular" es aquella que hará urgente la intervención del juez y justificará el pronunciamiento inmediato de una medida de salvaguardia¹²⁵¹. Es difícil dar cuenta de esta jurisprudencia en la medida en que el juez procede por vía de afirmación, declarando, sin mayor especificación, que los hechos del caso no caracterizan una situación particular. Además, las decisiones no permiten determinar si el juez descarta la urgencia por falta de perjuicio suficientemente grave e inmediato o por falta de urgencia "en 48 horas". Por otra parte, la fórmula utilizada por el juez está estrechamente vinculada a la existencia de una vulneración de una libertad fundamental. No se refiere a la exigencia de intervenir en 48 horas, sino a la necesidad de adoptar una medida para salvaguardar una libertad fundamental en ese plazo. Dado el carácter empírico de la aplicación de esta jurisprudencia, conviene, para dar cuenta de ella, centrarse en las principales aplicaciones a las que ha dado lugar y que demuestran el mayor rigor de la urgencia en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa.

297. En la sentencia *Commune de Pertuis*, el juez no consideró que la próxima publicación de boletines informativos locales fuera un acontecimiento de tal naturaleza que justificara ordenar al alcalde, en un plazo de 48 horas, que incluyera la modificación de las disposiciones del reglamento interno relativas a dicha publicación en el orden del día de la siguiente reunión del consejo municipal¹²⁵². Del mismo modo, en la sentencia *Hug-Kalinkova* antes citada, el alcalde de Estrasburgo se negó a tomar nota de la creación de un grupo de representantes elegidos. Ante el juez de medidas provisionales del tribunal administrativo de Estrasburgo, los demandantes se limitaron a alegar que la decisión les privaba del acceso a los medios materiales puestos a disposición de los grupos políticos por el reglamento interno de la ciudad. Para desestimar la solicitud de suspensión de la decisión impugnada, el tribunal de primera instancia se basó en el hecho de que los demandantes no invocaron "ningún elemento de tal naturaleza que permita acreditar la existencia de una situación de urgencia que no resulte de la naturaleza y del alcance de la decisión impugnada". De acuerdo con las conclusiones del comisario del Gobierno, el Conseil d'Etat no identificó ninguna "circunstancia particular" en la situación creada por esta decisión. Según el Comisario del Gobierno, Francis Lamy, "no hay nada en el expediente que permita suponer la existencia de circunstancias particulares que justifiquen que los demandantes tengan acceso, en un plazo muy breve, a los medios materiales concedidos por el reglamento interno del Ayuntamiento de Estrasburgo, es decir, una secretaría a tiempo parcial, suministros y el pago de

¹²⁴⁹ Así, la apreciación global de la urgencia puede realizarse de forma independiente, es decir, teniendo en cuenta en el mismo razonamiento únicamente la urgencia de imponer la medida solicitada y la urgencia de no imponerla (véase, por ejemplo, *infra*, § 317, CE, ord. 10 de agosto de 2001, *Asociación "La Mosquée"*).

¹²⁵⁰ CE, 23 de enero de 2004, *Koffi, Lebon T.* p. 827; CE, ord. 18 de octubre de 2004, *Yebromi*, n° 273095.

¹²⁵¹ En el marco de una medida cautelar, como ya se ha señalado, el concepto de "circunstancias especiales" se refiere al plazo de intervención del tribunal que conoce del fondo del asunto.

¹²⁵² CE, ord. 28 febrero 2003, *Commune de Pertuis, Lebon* p. 68. Para un caso similar, véase CE, ord. 6 de abril de 2007, *Commune de Saint Gaudens*, n° 304361, citado en *Recueil Lebon*. El demandante, concejal de la oposición del municipio de Saint-Gaudens, solicitó que se incluyera en el boletín municipal de abril de 2007, que se estaba preparando desde finales de marzo, un artículo en el que criticaba la gestión municipal y anunciaba su candidatura a las próximas elecciones municipales. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat declaró "que la negativa del alcalde del municipio de Saint-Gaudens a insertar este artículo, aunque se refiriera a asuntos municipales, no constituía, dada la periodicidad mensual de esta revista, y dado que no existían circunstancias particulares que exigieran, habida cuenta del contenido del texto, que los lectores del boletín tuvieran conocimiento del mismo en los días siguientes a su redacción, una situación de urgencia que implicara, a reserva de que se cumplieran las demás condiciones previstas en el artículo L. 521-2, debe adoptarse una medida de salvaguardia de una libertad fundamental en un plazo de cuarenta y ocho horas".

los gastos de telecomunicaciones y franqueo. Es concebible que si la decisión del alcalde se hubiera tomado poco antes del inicio de una campaña electoral, por ejemplo, esta circunstancia particular hubiera podido caracterizar la urgencia, pero no era el caso aquí"¹²⁵³. La exigencia de una "circunstancia particular" parece, pues, especialmente estricta. Para el juez de medidas provisionales, la decisión de resolver el contrato de ocupación de un puerto de amarre y conceder al interesado un plazo de dos meses para desalojar el lugar ocupado, "habida cuenta de su naturaleza y finalidad", no podía, "salvo circunstancias particulares", crear una situación de urgencia en el sentido del artículo L. 521-21254. Del mismo modo, la mera posibilidad de que la carretera que da acceso a un pony club pueda, en caso de fuertes lluvias, dificultar la circulación de camiones no basta por sí sola para caracterizar la urgencia particular requerida para aplicar las facultades conferidas al juez de medidas provisionales por el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa¹²⁵⁵.

En cualquier caso, el plazo de 48 horas no puede considerarse urgente en un caso en que un empleado público reclama el pago de pequeñas sumas que la administración estaba dispuesta a abonarle. En el asunto *Commune d'Yvrac*, el demandante reclamaba el pago de una cantidad indiscutible de 252 euros, correspondiente a las horas de enseñanza impartidas durante el mes de octubre de 2003 por cuenta de la escuela municipal de música. El ayuntamiento reconoció que le debía el pago de las horas de enseñanza impartidas, y el 13 de octubre de 2003 le ofreció un contrato a tal efecto. En las circunstancias del caso, las conclusiones del demandante, "habida cuenta tanto de su objeto como de la forma en que se inscribían en el marco de las relaciones (...) entre el municipio y su antiguo agente, no podían considerarse seriamente relativas a una situación de urgencia en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa"¹²⁵⁶.

298. Varias resoluciones ilustran el mayor rigor que resulta de esta jurisprudencia a la hora de apreciar la urgencia en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. Por ejemplo, aunque podría considerarse que una denegación de visado tiene un efecto suficientemente grave e inmediato en la situación del solicitante, no crea una situación de especial urgencia por el mero hecho de que impida al solicitante planear su matrimonio¹²⁵⁷, celebrar su boda, cuya fecha ya se ha fijado¹²⁵⁸, asistir al curso universitario para el que ha solicitado plaza¹²⁵⁹ o conocer a su hijo pequeño que vive en Francia con su pareja¹²⁶⁰. Por el contrario, el juez afirma que "en principio y a reserva de circunstancias particulares, la denegación de visado de entrada en el territorio francés no revela una situación de urgencia que justifique la intervención muy rápida de una medida del tipo de las que pueden ordenarse sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa"¹²⁶¹. Del mismo modo, aunque se considera que constituye una situación de urgencia en el sentido del artículo L. 521-11262, la negativa a expedir¹²⁶³ o renovar¹²⁶⁴ un permiso de residencia no constituye en sí misma una situación de urgencia inminente que justifique la aplicación del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. Dado que el procedimiento establecido en el artículo L. 521-1 es perfectamente adecuado para la mayoría de las solicitudes de suspensión de permisos de residencia, el

¹²⁵³ S. AUSTRY, concl. sobre CE, 16 de junio de 2003, *Hug-Kalinkova y otros*, BJCL 2003/8, p. 607.

¹²⁵⁴ CE, ord. 6 febrero 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, n° 264169.

¹²⁵⁵ CE, ord. 21 noviembre 2005, *Commune de Lyon, Lebon T.* p. 1039.

¹²⁵⁶ CE, ord. 4 de febrero de 2004, *Commune d'Yvrac, Lebon T.* p. 828. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat anuló por error de derecho el auto del primer juez que se había basado, de manera general, en el hecho de que "la falta de pago de un servicio prestado y la falta de expedición por la autoridad empleadora de un documento que condicione la percepción de una renta sustitutoria son de tal naturaleza que colocan al demandante en una situación de urgencia, en el sentido de las disposiciones del artículo L. 521-2". El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat indica al solicitante, si considera que tiene motivos para ello, y si el ayuntamiento se lo ha denegado efectivamente, que el procedimiento de medidas provisionales o el procedimiento de suspensión cautelar pueden adaptarse mejor al objeto de sus conclusiones.

¹²⁵⁷ CE, ord. 18 de octubre de 2004, *Yebroni*, n° 273095; CE, ord. 18 de febrero de 2005, *Launay y Benfdil*, n° 277579.

¹²⁵⁸ CE, ord. 28 septiembre 2005, *Nkoyock y Hazera*, n° 285505.

¹²⁵⁹ CE, ord. 4 de octubre de 2005, *Lachat*, n° 285594.

¹²⁶⁰ CE, ord. 23 de diciembre de 2005, *Corbel*, n° 288307; CE, ord. 7 de febrero de 2006, *Akbache*, n° 289835.

¹²⁶¹ CE, ord. 12 de febrero de 2007, *Qudaib*, n° 301352, citado en *Recueil Lebon*.

¹²⁶² CE, Sección, 14 de marzo de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Ameur, Lebon* p. 123, *AJDA* 2001, pp. 673-680, concl. I. DE SILVA. Conviene precisar que la presunción establecida sólo se refiere a las denegaciones de renovación de permisos de residencia o a las retiradas de permisos de residencia expedidos a extranjeros que residen legalmente en Francia. Estas medidas deben considerarse una perturbación de la situación del extranjero y, por tanto, una situación de emergencia. La presunción no se extiende a las denegaciones de permisos de residencia a extranjeros que ya se encuentran en situación irregular.

¹²⁶³ CE, 4 de febrero de 2005, *Zairi*, n° 267723: contrariamente a lo que sostiene el demandante, la intervención de la decisión implícita por la que el Prefecto rechazó su solicitud de 22 de octubre de 2003 de que se le expidiera un *récépissé valant titre de séjour*, "no caracteriza por sí misma una situación de urgencia inminente que justifique la aplicación del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa".

¹²⁶⁴ CE, 23 de enero de 2004, *Koffi, Lebon T.* p. 827.

solicitante que decida acudir al juez de medidas provisionales debe demostrar una urgencia muy particular, que ya no puede ser la simple urgencia presunta de la sentencia *Ameur*. Una decisión de denegación de residencia, incluso si se trata de una denegación de renovación o de una retirada, no establece por sí misma la existencia de una urgencia en el sentido del artículo L. 521-2. Cuando se recurre al juez de medidas provisionales por este motivo, "el solicitante debe aportar una justificación específica (distinta del simple hecho de la denegación de renovación) que justifique el recurso a este juez de extrema urgencia"¹²⁶⁵. Del mismo modo, para el juez de medidas provisionales, el hecho de que la autoridad administrativa no extraiga de forma prolongada las consecuencias de la anulación de una orden de expulsión "no constituye en sí mismo una situación de urgencia en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa". Para tener acceso al juez de medidas provisionales en tal caso, el solicitante debe demostrar "circunstancias especiales" que justifiquen dicha urgencia. Si no se pueden demostrar tales circunstancias, corresponde al solicitante "remitir el asunto al juez de ejecución sobre la base del artículo L. 911-4 del Código de Justicia Administrativa o solicitar la suspensión de la denegación de la administración sobre la base del artículo L. 521-1 del mismo código"¹²⁶⁶. Así pues, es en primer lugar a los procedimientos ordinarios a los que el solicitante debe dirigirse para obtener satisfacción; la *référé-liberté* sólo le está abierta si puede justificar una situación particular. En consecuencia, cuando la administración no extrae las consecuencias de la anulación de una orden de expulsión, el juez administrativo pretende "reservar el artículo L. 521-2 a casos especiales, estableciendo que la omisión de la administración de expedir el permiso provisional vulnera efectivamente una libertad fundamental, como cuando priva al interesado del derecho a que se examine su solicitud de asilo, o cuando da lugar a que se perturbe la situación de una persona que, habiendo estado anteriormente en situación legal, ya no lo está como consecuencia de la negligencia de la administración"¹²⁶⁷.

El mayor rigor de esta jurisprudencia se manifiesta también fuera del ámbito de los extranjeros, en particular en materia de denegación de autorización de ocupación del dominio público. Por ejemplo, en el asunto *EURL Cour des Miracles*, de 19 de marzo de 2003, el juez de medidas provisionales dictaminó que "a falta de circunstancias particulares, la negativa del alcalde a autorizar a un establecimiento comercial a ocupar el dominio público municipal con vistas a instalar una terraza no constituye una situación de urgencia que implique, siempre que se cumplan las demás condiciones previstas en el artículo L. 521-2, la adopción de una medida de salvaguardia de una libertad fundamental en un plazo de 48 horas". El juez precisó que estas circunstancias particulares "no pueden caracterizarse en este caso por la mera proximidad de la temporada turística"¹²⁶⁸. Existe efectivamente un perjuicio grave e inmediato¹²⁶⁹, pero no la urgencia particular requerida para la aplicación del artículo L. 521-2. Una solución idéntica dio el juez de medidas provisionales en un asunto similar, relativo a la denegación a la demandante, que regenta una panadería ambulante, de la autorización que había solicitado el 7 de abril de 2003 para disponer de un emplazamiento en el mercado local. El juez de medidas provisionales declaró que "en la fecha del presente auto, esta circunstancia no caracteriza una situación de urgencia que implique, siempre que se cumplan las demás condiciones previstas en el artículo L. 521-2, que una medida de salvaguardia de una libertad fundamental deba adoptarse en un plazo de 48 horas"¹²⁷⁰. Esta evaluación más rigurosa de la urgencia, tal como se entiende en el contexto de las medidas cautelares, también se ilustra en los litigios médicos. Por ejemplo, ante la decisión de un hospital de no admitir en sus salas a un detenido enfermo, el juez de medidas provisionales declaró que si bien el estado de salud de la persona afectada, "en relación con las condiciones de su detención continuada, puede justificar la urgencia prevista en el artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa, estos elementos no caracterizan, sin embargo, la urgencia en el sentido del artículo L. 521-2 del mismo código, lo que implica que una medida debe adoptarse inmediatamente"¹²⁷¹.

Más allá de estos ejemplos fragmentarios y yuxtapuestos, que no pueden sistematizarse de ninguna manera, es posible destacar algunos elementos generales de la jurisprudencia, que a veces conducen a la constatación positiva de la urgencia de 48 horas, y a veces a su exclusión.

¹²⁶⁵ I. DE SILVA, dictamen inédito sobre CE, 23 de enero de 2004, *Koffi*.

¹²⁶⁶ CE, 16 de febrero de 2004, *Mme Rkia Bousbaa, épouse Chetioni, Lebon T.* p. 826, *AJDA* 2004, pp. 891-893, concl. F. LAMY.

¹²⁶⁷ F. LAMY, concl. citado anteriormente, p. 892. El Comisario del Gobierno se refiere aquí al caso del auto *Béchar* (véase *supra*, § 274). Llama la atención que, para apreciar la existencia de urgencia en el sentido del artículo L. 521-2, el Sr. Lamy se refiera exclusivamente a una situación de vulneración de una libertad fundamental. Recordando el estado de la jurisprudencia sobre la cuestión, no se refiere a las resoluciones que se han pronunciado sobre la urgencia, sino a los autos que han constatado la existencia de una injerencia grave y manifiestamente ilícita en una libertad fundamental.

¹²⁶⁸ CE, ord. 19 de marzo de 2003, *Société EURL La Cour des miracles*, n° 255191.

¹²⁶⁹ Que será reconocido posteriormente por el juez de medidas provisionales que se pronuncie sobre la base del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa. Véase § 337 *infra*.

¹²⁷⁰ CE, ord. 29 octubre 2003, *Société EURL "Il était une fouace"*, n° 261304. Cabe señalar que, antes de la sentencia *Commune de Pertuis*, se habría rechazado una situación de este tipo alegando que no se había vulnerado una libertad fundamental.

¹²⁷¹ CE, ord. 9 marzo 2007, *Guiot y Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 302182, citado en el *Recueil Lebon*.

Sección 2. Pruebas de la urgencia

299. Un elemento parece decisivo para calificar positivamente la urgencia inminente requerida para la ejecución de la medida cautelar. Se trata de la constatación previa por el juez de la existencia de una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental. Sin embargo, ésta no es la única razón de urgencia en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. En muy raras ocasiones, se ha considerado que se cumplía esta condición aunque no se hubiera vulnerado ninguna libertad fundamental.

I. Violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental

300. La condición de especial urgencia exigida para la aplicación del artículo L. 521-2 rara vez se considera cumplida. En la práctica, en casi todos los casos en que se cumple esta condición, se ha identificado primero una violación grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental. Cuando se ha constatado tal infracción, existe en principio una necesidad urgente de poner fin a la misma. En general, constituye o revela una "circunstancia particular" que justifica el pronunciamiento inmediato de una medida de salvaguardia.

301. Una vez constatada la existencia de una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental, el juez se preocupará a veces de motivar, al menos sumariamente, la urgencia.

En primer lugar, puede hacer hincapié en la inminencia del perjuicio. En el auto *FN IFOREL*, por ejemplo, el juez se limitó a declarar, sin más precisiones, que "habida cuenta de las fechas previstas para la universidad de verano, se cumple la condición de urgencia"¹²⁷². La orden se dictó el 19 de agosto de 2002, para una concentración prevista del 25 al 28 de agosto de 2002. Por lo tanto, el daño era inminente. En el auto de 25 de agosto de 2005, *Commune de Massat*, el juez de medidas provisionales señaló que "en el presente caso, la urgencia estaba justificada por la inminencia de los acontecimientos que el alcalde había autorizado en condiciones manifiestamente ilegales"¹²⁷³. En caso de que el Presidente de la Polinesia Francesa no reconociera la retirada de un ministro, impidiendo así al interesado presentarse como candidato a las elecciones a la Asamblea de la Polinesia Francesa previstas para el 13 de abril de 2006, el juez declaró que "la inminencia de las operaciones electorales permite considerar cumplida la condición de urgencia exigida por el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa"¹²⁷⁴.

En segundo lugar, el juez también puede justificar la urgencia en función de la importancia de los daños. Por ejemplo, en la sentencia *Commune de Collioure*, un alcalde había supeditado el acceso al puerto deportivo a una autorización previa. El juez de medidas provisionales declaró que se cumplía el requisito de urgencia "dado que la mayor parte de la actividad económica en cuestión en este caso se concentra durante la temporada de verano, que ya ha comenzado"¹²⁷⁵.

En tercer lugar, el juez puede justificar la urgencia por la gravedad de los efectos de un acto o de una acción sobre la situación del demandante. Por ejemplo, en un caso en el que las autoridades consulares se negaron a inscribir a los hijos del demandante en su pasaporte, el juez declaró que "la urgencia puede deducirse tanto de la naturaleza misma del litigio como de la duración de las gestiones realizadas sin éxito por el demandante ante las autoridades interesadas"¹²⁷⁶. En la sentencia *Abdallah*, el Consejo consideró que los demandantes justificaban, "en razón de las consecuencias de las órdenes" de embargo de sus bienes, una situación de urgencia "en el sentido del artículo L. 521-2"¹²⁷⁷. En la sentencia *Sulaimanov*, dado que la instrucción de una solicitud de documento de identidad se había prolongado durante más de un año, el juez de medidas provisionales consideró que "habida cuenta de este período de tiempo y de las consecuencias para el solicitante de esta denegación", debía considerarse cumplida la condición de urgencia¹²⁷⁸. Del mismo modo, cuando la administración vulnera de forma grave y manifiestamente ilegal el derecho de asilo al obstaculizar el ejercicio de este derecho ante la Oficina francesa de protección de refugiados y apátridas, el juez declara "que, teniendo en cuenta, por una parte, la voluntad del legislador de que la situación de los solicitantes de asilo se resuelva rápidamente y, por otra, el hecho de que el

1272 CE, ord. 19 de agosto de 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311.

1273 CE, ord. 25 agosto 2005, *Commune de Massat*, *Lebon* p. 386.

1274 CE, ord. 11 de abril de 2006, *Tefaarere*, *Lebon* p. 197.

1275 CE, ord. 2 julio 2003, *Commune de Collioure*, *Lebon* T. p. 930.

1276 CE, ord. 4 de diciembre de 2002, *Du Couëdic de Kéranant*, *Lebon* T. p. 875.

1277 CE, 2 de febrero de 2004, *Abdallah*, *Lebon* p. 16.

1278 CE, ord. 11 de marzo de 2003, *Samagassi*, *Lebon* p. 119.

estado de salud del demandante exige que se le reconozca como solicitante del estatuto de refugiado, lo que le da derecho a la cobertura sanitaria universal, la condición de urgencia prevista por el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa"1279 . Asimismo, cabe señalar que, en caso de denegación de la autorización de entrada en territorio francés a los solicitantes de asilo, el juez declara, tras constatar una violación grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental, "que, habida cuenta de las dificultades que encuentran los interesados para obtener la autorización de residir en un país distinto de su país de origen, se cumple en este caso la condición de urgencia"1280 .

En cuarto lugar, una vez constatada la existencia de una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental, puede justificar la urgencia en función de la imposibilidad del demandante de disfrutar de sus libertades. Por ejemplo, en el caso de una vulneración del derecho de propiedad debida a una denegación de asistencia de la fuerza pública, el Conseil d'Etat señala, para caracterizar la urgencia, "que el edificio en cuestión está actualmente desprovisto de ocupantes regulares, que los propietarios se ven privados de la posibilidad de alquilar estos locales para un uso conforme a su destino y que los inquilinos no pueden disponer de los pisos que han alquilado"1281 . En la sentencia *Aguillon* antes citada, la urgencia en las circunstancias del caso se derivaba de la imposibilidad de los demandantes de ejercer su derecho de huelga1282 . La redacción de la sentencia *Vast* es especialmente significativa. Esta decisión se refería a una nota en la que el alcalde de un municipio había ordenado la apertura sistemática de cartas dirigidas a determinados miembros del consejo municipal. Tras constatar que esta nota vulneraba de forma grave y manifiesta el secreto de la correspondencia y el libre ejercicio de su mandato por parte de los cargos electos locales, el juez declaró: "habida cuenta de las consecuencias que conlleva de forma permanente para el secreto de la correspondencia y las condiciones en las que los cargos electos del municipio de Drancy ejercen su mandato, es urgente poner fin a su aplicación"1283 . Del mismo modo, el juez de medidas provisionales declaró que la amenaza de ejecución de un decreto de extradición creaba una situación de urgencia "dada la importancia para la libertad individual de las garantías que rodean el procedimiento de extradición"1284 . En todas estas decisiones, la constatación previa de una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental favorece la calificación de urgencia; también explica la concisión del razonamiento.

302. Y lo que es aún más sorprendente, el juez de medidas provisionales a veces, tras constatar una infracción de este tipo, prescinde de cualquier demostración de urgencia. Esto se considera probado por el mero hecho de que se cumplan las demás condiciones. Por ejemplo, en la sentencia *Baudoin*, el Conseil d'Etat se limitó a declarar, tras constatar la existencia de una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental, que "habida cuenta de la urgencia, procede" dictar la medida cautelar solicitada1285 . En la sentencia *Commune de Fauillet*, tras constatar que el ejercicio anticipado de sus competencias por parte de un establecimiento público de cooperación intermunicipal atentaba de forma grave y manifiestamente ilegal contra la libre administración de sus municipios miembros, el Conseil d'Etat se limitó a señalar que éstos "tienen derecho a sostener que es urgente poner fin a la misma"1286 . Constatando la violación grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental por una decisión que restringe la circulación de vehículos, el juez se limita a afirmar "que este bloqueo injustificado crea una situación de urgencia"1287 . Por el contrario, algunas fórmulas excluyen la urgencia basándose en que no existe una vulneración grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental. Por ejemplo, en el auto *Commune de Théoule-sur-Mer*, el juez de medidas provisionales señaló que "los autos no permiten (...) apreciar una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental *que cree* una situación de urgencia"1288 . Por último, una vez constatada la existencia

1279 CE, ord. 21 diciembre 2004, *Luzolo Kondé*, n° 275361.

1280 CE, ord. 25 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon* p. 146. Véase también, en circunstancias similares: CE, ord. 24 octubre 2005, *MBIZI MPASSI*, no. 286247; CE, ord. 17 de marzo de 2006, *Saidov*, n° 291214.

1281 CE, 29 de marzo de 2002, *SCI Stéphaur et autres, Lebon* p. 117. Del mismo modo, existe una situación de emergencia cuando, como consecuencia de la violación del derecho de propiedad, una empresa se ve privada de la posibilidad de alquilar los locales de su propiedad (CE, ord. 31 de mayo de 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers, Lebon* p. 253). En la sentencia *Moissinac Massenat*, el juez declaró "que la tala o el derribo de árboles provocaría cambios en el estado de los locales que no podrían revertirse". Así pues, la medida destinada a conminar a la administración a abstenerse de talar o talar "es en principio urgente" (CE, ord. 8 noviembre 2005, *Moissinac Massenat, Lebon* p. 491).

1282 Véase el artículo 290.

1283 CE, 9 de abril de 2004, *Vast, Lebon* p. 173.

1284 CE, ord. 29 julio 2003, *Pegini, Lebon* p. 345.

1285 CE, 15 de mayo de 2002, *Baudoin*, n° 239487.

1286 CE, 12 de junio de 2002, *Commune de Fauillet et autres, Lebon* p. 215.

1287 CE, ord. 26 noviembre 2004, *Commune de Wingles*, n° 274226.

1288 CE, ord. 22 mayo 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer, Lebon* p. 232. Véase también CE, ord. 18 de octubre de 2001, *Association groupe local cimade Montpellier*, n° 239071: el juez de medidas provisionales señaló que la decisión impugnada "no afecta en sí misma de manera concreta e inmediata al ejercicio por una persona determinada de una libertad fundamental en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa; que, en estas condiciones, no se cumple la condición de urgencia a la que está sujeto el pronunciamiento de medidas sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia

de una vulneración grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental, el juez puede a veces ordenar una medida de salvaguardia sin limitarse a declarar que se ha satisfecho la urgencia¹²⁸⁹. En tales casos, la medida se considera incluida en la situación de injerencia grave y manifiestamente ilegal.

303. Si la urgencia puede presumirse de este modo, es sencillamente porque los elementos que la caracterizan en el sentido del artículo L. 521-2 están implícitamente contenidos en la injerencia grave y manifiestamente ilícita en una libertad fundamental. En primer lugar, la gravedad y la inmediatez del perjuicio están incluidas en la *injerencia grave en una libertad fundamental*. Por una parte, el juez de medidas cautelares sólo reconoce la vulneración de una libertad si está presente¹²⁹⁰. Por tanto, el perjuicio resultante de la vulneración de una libertad fundamental es inmediato. Por otra parte, cuando se constata la gravedad de la vulneración de una libertad fundamental, el acto o el comportamiento que está en el origen de la vulneración causa necesariamente un perjuicio grave a la situación del demandante o a los intereses que pretende defender. En estas circunstancias, una decisión que vulnera gravemente una libertad fundamental causa también un perjuicio grave e inmediato a la posición del demandante. En segundo lugar, una situación de *violación grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental* parece exigir de pleno derecho el pronunciamiento inmediato de una medida de salvaguardia. Aparte de algunos casos específicos en los que se tiene en cuenta el interés público o una urgencia imputable al demandante, siempre existe una necesidad urgente de poner fin sin demora a tal vulneración¹²⁹¹. Así pues, al derivar la urgencia de la violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental, el juez de medidas provisionales no prescinde, en sentido estricto, de la apreciación de la urgencia. Como ya lo ha hecho, indirectamente, en la fase de examen de los demás requisitos, se limita a prescindir de volver a hacer esta apreciación, es decir, una vez más, y de forma idéntica.

En las sentencias *Vast* y *Vadiavaloo*, el Conseil d'Etat parece haber consagrado jurídicamente este razonamiento. En la sentencia *Vast*, censuró como error de derecho el auto en el que el juez de medidas provisionales excluía la posibilidad de que una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental pudiera dar lugar por sí misma a una situación de urgencia: "Al limitarse a señalar que la inexistencia de circunstancias especiales impedía al juez de medidas provisionales ordenar una medida de salvaguardia de una libertad fundamental, *sin investigar en qué medida la decisión impugnada podía vulnerar de forma grave y manifiestamente ilegal una libertad fundamental*, el juez de medidas provisionales del Tribunal Administrativo de Cergy-Pontoise incurrió en error de Derecho"¹²⁹². En principio, debido al carácter acumulativo de los requisitos establecidos en el artículo L. 521-2, basta con que falte uno solo para que el juez quede eximido de examinar los demás requisitos. En el asunto *Vast*, esta norma se anuló específicamente en caso de urgencia. En la medida en que esta condición se presume cumplida en caso de violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental, el juez no puede desestimar una demanda de medidas provisionales por falta de urgencia sin examinar si tal violación podría demostrarse. En este caso, el Comisario del Gobierno invitó muy explícitamente al Conseil d'Etat a deducir la urgencia de la constatación de una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental. Para la Sra. Boissard, "mientras siga en vigor el memorando controvertido, el respeto del secreto de la correspondencia no está garantizado en los servicios del ayuntamiento, y estas violaciones reiteradas y manifiestas de una libertad fundamental nos parecen suficientes por sí solas para caracterizar una situación de urgencia en el sentido del artículo L. 521-2"¹²⁹³. En la sentencia *Vadiavaloo*, el Tribunal Supremo francés censuró, por falta de motivación, el auto en el que el juez de medidas provisionales concluyó que no había urgencia sin apreciar si la decisión impugnada podía vulnerar de forma grave y manifiestamente ilegal una libertad fundamental¹²⁹⁴. En este caso, la autoridad administrativa había denegado la renovación del permiso de residencia del demandante. Ante el primer juez, el demandante alegó que un regreso a su país de origen tendría consecuencias excepcionalmente graves, a falta de un tratamiento médico adecuado. El juez de medidas provisionales declaró que esta circunstancia no podía demostrar por sí misma que la suspensión solicitada tuviera carácter urgente. En opinión del Conseil d'Etat, el juez de medidas provisionales no respondió a todos los argumentos esgrimidos por los demandantes para sostener que su solicitud no estaba justificada por la urgencia de la situación y, por tanto, no motivó suficientemente su decisión. Tras examinar el caso, el Consejo desestimó la solicitud de los demandantes por considerar que no había vulneración de una libertad fundamental y, en consecuencia, sin pronunciarse sobre la condición de urgencia.

De estas dos sentencias parece desprenderse que el juez no puede concluir que no existe urgencia sin examinar

Administrativa".

1289 Véase CE, ord. 14 de enero de 2005, *Bondo, Lebon T.* p. 915; CE, ord. 21 de febrero de 2005, *Najemi*, nº 277520.

1290 Véase *supra*, § 238.

1291 Véase J.-F. LACHAUME, *Les grandes décisions de la jurisprudence. Droit administratif*, 13^{ème} éd., PUF, 2002, p. 496; R. MARTIN, Note sous CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaneur, D.* 2003, p. 1116; y T. PEZ, "Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté", *RFDA 2003*, pp. 384-385.

1292 CE, 9 de abril de 2004, *Vast, RFDA 2004*, pp. 778-781, concl. S. BOISSARD.

1293 S. BOISSARD, concl. citado anteriormente, p. 780. Énfasis añadido.

1294 CE, 3 de octubre de 2005, *Vadiavaloo*, nº 281998.

si la medida impugnada vulnera de forma grave y manifiestamente ilegal una libertad fundamental. Sin embargo, esta jurisprudencia sólo se aplica en determinados casos, ya que en muchas decisiones el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat rechaza la demanda por falta de urgencia sin examinar los demás requisitos. La decisión *Mustafaj* de 2 de noviembre de 2004 es significativa a este respecto. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat constata que el primer juez había rechazado con razón una demanda presentada sobre la base del artículo L. 521-2 por falta de urgencia. Afirma "que, a falta de urgencia, [el primer juez] estaba obligado a rechazar la demanda sin que fuera necesario investigar si se había vulnerado de forma grave y manifiestamente ilegal una libertad fundamental"¹²⁹⁵. Esta solución forma parte de una serie de resoluciones en las que el juez único de procedimiento abreviado ha afirmado muy claramente la autonomía y la diferenciación de las condiciones¹²⁹⁶. Por tanto, la cuestión es saber en qué casos el juez no puede rechazar una solicitud únicamente por motivos de urgencia. ¿Cómo distinguir entre los casos en los que el juez puede desestimar una demanda de medidas provisionales únicamente por este motivo y los casos en los que, como en las sentencias *Vast* y *Vadiavaloo*, debe asegurarse previamente de que no existe una vulneración grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental? Dado que la jurisprudencia no ofrece ninguna orientación sobre este punto, en el mejor de los casos es posible formular hipótesis a la luz de las resoluciones dictadas sobre esta base. Existen tres hipótesis posibles en las que un juez puede rechazar una solicitud por el único motivo de que no es urgente: en primer lugar, si considera que no existe una vulneración grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental - en este caso, no lo menciona en su decisión y deja de lado esta condición mediante el pretexto¹²⁹⁷; en segundo lugar, si el solicitante es responsable de la urgencia que alega o no ha justificado realmente la urgencia; en tercer lugar, cuando una razón de interés general es un obstáculo para el pronunciamiento de una medida.

304. Sea como fuere, cuando el órgano jurisdiccional ha constatado previamente la existencia de una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental, siempre se ha establecido la urgencia. ¿Puede deducirse de ello que la urgencia no es una condición autónoma o, más exactamente, que constituye una condición sobrevenida cuando es examinada por el órgano jurisdiccional *tras constatar la existencia de una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental*?

De la redacción del artículo L. 521-2 se desprende que la urgencia se consagra como una condición en sí misma. La ley prevé cada una de las condiciones para conceder una autorización por separado. Por tanto, exige que la urgencia se examine por separado de *cada una de las* demás condiciones. En primer lugar, la urgencia es independiente de la condición de *ilegalidad de la infracción*. La condición relativa a la ilegalidad de la situación es distinta de la condición relativa a la urgencia de la situación, de modo que "la irregularidad del emplazamiento de la obra no puede por sí sola permitir que se considere establecida la condición de urgencia prevista por el artículo L. 521-2"¹²⁹⁸. En una fórmula que pretendía tener un alcance general, el juez afirmó que "el requisito de la urgencia no se desprende necesariamente de la supuesta ilegalidad de la decisión impugnada"¹²⁹⁹. En consecuencia, "el mero hecho de que se haya cometido una infracción ilegal [de una libertad fundamental] no puede, por sí solo, caracterizar la urgencia particular exigida por el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa"¹³⁰⁰. En segundo lugar, la urgencia es independiente de la condición de *gravedad de la infracción*. Tras constatar, en el auto *Lidl*, que la decisión impugnada constituía una violación grave de una libertad fundamental, el juez de medidas provisionales se preocupó de subrayar que "la aplicación de la protección

¹²⁹⁵ CE, ord. 2 noviembre 2004, *Mustafaj*, n° 273721.

¹²⁹⁶ De forma muy explícita, el juez de medidas provisionales precisó que para la aplicación de las disposiciones del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, "la condición relativa a la urgencia debe apreciarse *separadamente* de la relativa a la existencia de una "violación grave y manifiestamente ilícita" de una "libertad fundamental" (CE, auto de 6 de febrero de 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, n° 264169). Para la aplicación de estas disposiciones, "las condiciones relativas a la urgencia, por una parte, y a la existencia de una injerencia grave y manifiestamente ilícita en una libertad fundamental, por otra, tienen carácter acumulativo; (...) corresponde pues al demandante justificar *en todos los casos* la primera de estas condiciones (...)" (CE, ord. de 27 de mayo de 2004, *Hermanowicz*, n° 267831). En este caso, la demandante solicitaba al juez de medidas provisionales que ordenara al prefecto que prestara asistencia policial para la ejecución de una decisión judicial que ordenaba el desalojo de una inquilina de un piso de su propiedad. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat afirmó "que el hecho de que esta asistencia haya sido solicitada por un agente judicial el 13 de junio de 2003 no basta por sí solo, a falta de precisiones sobre las consecuencias inmediatas de la negativa a prestarla, para caracterizar la condición de urgencia en el sentido de las disposiciones del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa". No obstante, cabe pensar que si se hubieran cumplido los requisitos relativos a la existencia de una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental, el sentido y la formulación de esta decisión habrían sido diferentes.

¹²⁹⁷ Esto coincidiría con la redacción de la orden de *la Commune de Pertuis*, que hace referencia a la necesidad no de obtener una medida en 48 horas, sino de obtener una medida de *salvaguardia* en 48 horas.

¹²⁹⁸ CE, orden. 21 de agosto de 2001, *Manigold*, n° 237385.

¹²⁹⁹ CE, ord. 16 de febrero de 2005, *SARL Médiation et arguments*, n° 277584.

¹³⁰⁰ CE, ord. 10 de agosto de 2005, *Diabira*, n° 283444. Sin embargo, véase CE, ord. 11 de febrero de 2003, *Mailloz*: el juez de medidas provisionales desestimó la demanda presentada sobre la base del L. 521-2 porque de los documentos del expediente no se desprendía que la denegación estuviera "viciada por una *ilegalidad* manifiesta (...) que justifique poner fin a la misma en el plazo previsto en este artículo".

jurisdiccional especial prevista en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa implica que se haya acreditado una situación de urgencia que justifique la emisión de la orden conminatoria solicitada". Al final, la urgencia no reunía los requisitos, ya que el demandante no pudo demostrarla¹³⁰¹. Así pues, la urgencia no se solapa con cada una de las demás condiciones consideradas individualmente.

Tampoco es redundante con las demás condiciones consideradas en su conjunto. De hecho, la urgencia sigue siendo una condición de pleno derecho del procedimiento de medidas cautelares, incluso cuando se ha establecido de antemano la existencia de una infracción grave y manifiestamente ilegal. La superposición de condiciones es coherente con la redacción del artículo L. 521-2 y con la finalidad de este procedimiento. Si bien una injerencia grave y manifiestamente ilegal es un factor decisivo para establecer la urgencia, no puede establecer la urgencia de pleno derecho, en todas las circunstancias y sin tener en cuenta la conducta del solicitante. Parece incluso posible afirmar que la presunción de urgencia resultante de la constatación de una injerencia grave y manifiestamente ilegal puede ser desvirtuada. Sin embargo, como afirma la Sra. Boissard, "sólo si la infracción es imputable de hecho al propio solicitante, el juez de medidas provisionales podrá considerar que no existe urgencia"¹³⁰². Aparte de tener en cuenta los intereses del demandado, ésta parece ser la única forma de anular la presunción de urgencia cuando se ha demostrado previamente una infracción grave y manifiestamente ilegal. Cabe señalar que, hasta la fecha, esta presunción no ha sido anulada. En cualquier caso, es probable que, incluso en tal supuesto, el juez no mencione la anulación de la presunción en su resolución y desestime el asunto por el único motivo de la urgencia. Cuando la urgencia es imputable al demandante, el juez de medidas provisionales no se pronuncia sobre la condición de injerencia grave y manifiestamente ilegal, sino que se pronuncia directamente sobre la urgencia. Es difícilmente concebible que declare que se ha producido una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental y que, a continuación, deniegue al demandante el derecho a una medida de salvaguardia por su omisión o su comportamiento.

Aunque no se exija una injerencia grave y manifiestamente ilícita para caracterizar la urgencia, es sin embargo el criterio determinante y casi exclusivo. No obstante, puede ocurrir, aunque en la práctica sea muy raro, que el juez califique positivamente la urgencia sin haber constatado tal infracción.

II. La posibilidad de calificar de urgente cuando no existe vulneración de una libertad

305. En muy raras ocasiones, el juez de medidas provisionales ha considerado que existía urgencia sin haber identificado previamente una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental, o incluso en ausencia de tal violación. Estos casos son excepcionales, y en la práctica corresponden esencialmente a presunciones de urgencia.

306. En algunos casos excepcionales, el tribunal ha reconocido la urgencia del asunto al margen de los mecanismos de presunción de urgencia, y sin -o, más exactamente, antes de- calificar la injerencia grave y manifiestamente ilegal en una libertad fundamental¹³⁰³. En el asunto *Aït Oubba*, el demandante había obtenido la anulación de la orden de expulsión dictada contra él alegando que, al haber vivido en Francia durante más de diez años, se le debería haber concedido automáticamente un permiso de residencia con la mención "vie privée et familiale" ("vida privada y familiar"). El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat señaló que habían transcurrido catorce meses desde la sentencia que anulaba su expulsión. Por lo tanto, "habida cuenta de los motivos de esta anulación, la persistencia de la Administración en no ejecutar íntegramente esta sentencia crea una situación de urgencia en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa"¹³⁰⁴. Sólo entonces examina el órgano jurisdiccional el requisito relativo a la violación grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental, que en este caso se considera cumplido. En el asunto *Société Outremer Finance Limited*, el Conseil d'Etat observó que "habida cuenta de la importancia del perjuicio financiero resultante, para la sociedad demandante propietaria de la aeronave, de su inmovilización, que le impide volver a alquilarla, se cumple la condición de urgencia prevista por el artículo L. 521-2 antes citado"¹³⁰⁵. También en este caso, el juez administrativo sólo examinó el requisito de una violación grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental, que se cumplía. En el asunto *Basset*, el demandante impugnó una orden prefectoral de cierre de

¹³⁰¹ CE, ord. 23 marzo 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154.

¹³⁰² S. BOISSARD, conclusiones inéditas sobre la CE, 15 de febrero de 2002, *Hadda, Lebon* p. 45. Véase *infra*, § 310 y ss.

¹³⁰³ Es razonable suponer que, al redactar su resolución, y especialmente la condición de urgencia, el juez tenga en cuenta al máximo la vulneración grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental que posteriormente constata en la motivación de su resolución.

¹³⁰⁴ CE, ord. 11 de junio de 2002, *Aït Oubba, Lebon T.* p. 869.

¹³⁰⁵ CE, 2 de julio de 2003, *Société Outremer Finance Limited, Lebon* p. 306.

un bar durante un mes en verano. Tras constatar que una gran parte de su volumen de negocios se generaba durante este período, el juez concluyó que se cumplía la condición de urgencia establecida en el artículo L. 521-21306. En este caso, se consideró que se cumplía la vulneración grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental. Sin embargo, como en decisiones anteriores, se examina después de la condición de urgencia.

307. En la práctica, es esencialmente cuando el juez ha establecido una *presunción de urgencia* que considerará cumplido este requisito incluso antes de pronunciarse sobre la existencia de una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental. Estas presunciones de urgencia, establecidas por el juez administrativo en consideración a la finalidad y al alcance de la medida en cuestión, conducen a considerar cumplido el requisito de urgencia en los asuntos de que se trate. Estas presunciones de urgencia han sido reconocidas por el juez *référé-liberté* en diversos ámbitos, en particular en el caso de los extranjeros. Se trata, por ejemplo, de una decisión que ordena la expulsión de un extranjero del territorio francés¹³⁰⁷, de la denegación de estancia temporal a un solicitante de asilo¹³⁰⁸ o, en el marco del procedimiento de determinación del Estado responsable de una solicitud de asilo, de la decisión de entrega de la persona a un Estado extranjero¹³⁰⁹. Por otra parte, mientras el juez no las haya declarado aplicables a las medidas cautelares, las presunciones de urgencia establecidas en el marco de la suspensión cautelar sólo son aplicables a este procedimiento. Así, la retirada o la denegación de la renovación del permiso de residencia de un extranjero que se encuentra legalmente en el territorio¹³¹⁰ no constituye una presunción de urgencia en el sentido del artículo L. 521-2. Del mismo modo, con toda probabilidad, la presunción, establecida sobre la base del artículo L. 521-1, de que "la disolución de una cámara de oficios crea, por sí misma, una situación de urgencia"¹³¹¹, no se aplicará a la *référé-liberté*. Tampoco pueden considerarse mantenidas en principio las presunciones establecidas en el procedimiento sumario anterior al auto del *Ayuntamiento de Pertuis*. Por ejemplo, el juez de medidas provisionales había reconocido una presunción de urgencia cuando se priva a un profesional de su equipo de trabajo o se le impide ejercer su actividad profesional¹³¹². Es dudoso que esta presunción se mantenga en el nuevo ordenamiento jurídico.

Cuando el asunto sometido al juez de medidas provisionales implica una presunción de urgencia, el juez se pronuncia sobre ésta antes de examinar la condición relativa a la violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental. El juez comprueba en primer lugar si la presunción de urgencia no debe ser superada por circunstancias especiales propias del caso que se le somete. En la medida en que las presunciones de urgencia así establecidas por el órgano jurisdiccional son presunciones simples, se reconocen siempre a reserva de las circunstancias del caso. Según la jurisprudencia, la urgencia se considera satisfecha "salvo circunstancias especiales". Las presunciones no eximen en modo alguno al juez de tener en cuenta los efectos de la medida controvertida sobre la situación del demandante. Pueden ser desvirtuadas si la administración logra demostrar la ausencia de urgencia a la luz de las circunstancias particulares del caso, en particular cuando el perjuicio sufrido por el demandante es imputable a este último. Así pues, las presunciones de urgencia invierten la carga de la prueba. El demandado asume entonces la carga de la prueba. En sus observaciones de defensa, la administración debe señalar circunstancias específicas que justifiquen que no se ha cumplido la condición de urgencia¹³¹³. En ausencia de pruebas en contrario, la urgencia queda acreditada. Por ejemplo, en el asunto *Ouakid*, antes citado, el juez constató "que el Ministro del Interior no aportó ningún elemento susceptible de demostrar que la ejecución de su orden de 17 de diciembre de 2001 por la que se ordenaba la expulsión del Sr. Ouakid no crearía una situación de urgencia en el sentido de las disposiciones del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa"¹³¹⁴. Del mismo modo, por lo que respecta a la denegación de registro de la solicitud de asilo territorial del demandante, el Consejo

¹³⁰⁶ CE, ord. 16 de agosto de 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Basset*, n° 271148.

¹³⁰⁷ CE, ord. 7 mayo 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Ouakid*, *Lebon T.* p. 870. Esta presunción de urgencia se había establecido anteriormente en el contexto de los procedimientos de suspensión sumaria (véase CE, 26 de septiembre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mesbahi*, *Lebon p.* 428; CE, 2 de octubre de 2002, *Hakkar*, *Lebon T.* p. 863).

¹³⁰⁸ CE, 15 de febrero de 2002, *Hadda*, *Lebon p.* 45; CE, 3 de noviembre de 2003, *Kobanda Doro*, n° 258322.

¹³⁰⁹ CE, ord. 25 noviembre 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ Nikoghosyan*, *Lebon T.* p. 927.

¹³¹⁰ Véase *supra*, § 298.

¹³¹¹ CE, ord. 11 de julio de 2001, *Chambre de métiers de la Haute-Corse*, *Lebon T.* p. 1105.

¹³¹² Véase CE, ord. 15 de marzo de 2002, *Delaplace*, *Lebon p.* 105: habida cuenta de las consecuencias para la actividad profesional del demandante como conductor de reparto, la negativa de la administración a devolverle su permiso de conducción "es - sin perjuicio del examen de las circunstancias particulares del caso - tal que se considera cumplida la condición de urgencia prevista tanto por el artículo L. 521-1 como por el artículo L. 521-2".

¹³¹³ Véase la norma, afirmada en el marco de un procedimiento sumario de suspensión: CE, 1^{er} de octubre de 2001, *Meddab*, n° 234918.

¹³¹⁴ CE, ord. 7 mayo 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Ouakid*, *Lebon T.* p. 870.

señaló "que el Ministro del Interior no invocó ninguna circunstancia particular específica de la situación del Sr. Hadda, que era titular de un visado válido cuando realizó varios intentos de registrar su solicitud de asilo territorial"¹³¹⁵. A falta de prueba en contrario, se establece la urgencia y el juez comprueba si se cumple la infracción grave y manifiestamente ilegal. En la práctica, se observa que en todas las resoluciones mencionadas que reconocen la urgencia en el sentido del artículo L. 521-2 gracias al mecanismo de la presunción de urgencia, el perjuicio grave y manifiestamente ilícito se matiza posteriormente en los motivos. Ciertamente, la urgencia resulta de la naturaleza y de las características del acto o del comportamiento de que se trate, y no de la violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental. Sin embargo, también en este caso cabe pensar que la calificación de tal infracción no es indiferente. Parece que el juez nunca ha reconocido la urgencia sin reconocer posteriormente en la resolución (y *a fortiori* si la reconoce de antemano) la vulneración grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental¹³¹⁶.

308. La urgencia está vinculada, de manera preponderante y casi exclusiva, a la constatación de una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental. Parece que el juez de medidas provisionales nunca ha declarado la urgencia sin constatar una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental. Sin embargo, incluso en tal caso, puede negarse a calificar el asunto de urgente si él mismo o las partes identifican un elemento que excluiría la urgencia.

Sección 3. Elementos de urgencia Elementos de urgencia

309. Hay dos factores que pueden impedir que se declare la urgencia: por un lado, la conducta del demandante; por otro, un objetivo de interés público perseguido por el demandado.

I. Comportamiento del solicitante

310. El demandante no debe ser la causa de la situación de emergencia que alega o que efectivamente padece. Aplicando el principio *Nemo auditur* a esta condición, el juez considera que la situación de emergencia no debe ser imputable a la actitud del demandante. La conducta del demandante no debe haber contribuido a crear o agravar la situación de emergencia. Esta jurisprudencia cubre esencialmente cuatro situaciones distintas.

311. En primer lugar, el juez de medidas provisionales considera que no existe urgencia para ordenar una medida cuando la situación controvertida no resulta de la actuación de la administración, sino del retraso del interesado en presentar su solicitud ante las autoridades competentes. Por ejemplo, un ciudadano no puede alegar urgencia si ha esperado varios meses antes de realizar los trámites necesarios para renovar su pasaporte ante las autoridades consulares¹³¹⁷. Tampoco puede decirse que exista urgencia cuando el solicitante pide que se ordene a la autoridad administrativa que renueve su pasaporte aunque lleve caducado más de dos años¹³¹⁸. Del mismo modo, un extranjero titular de un permiso de residencia temporal que espera al último día de su validez para solicitar la renovación no puede invocar útilmente la urgencia en la que se ha colocado. En efecto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto de 30 de junio de 1946, por el que se regulan las condiciones de entrada y residencia de los extranjeros en Francia, debía presentar su solicitud durante los dos últimos meses anteriores a la expiración de su permiso de residencia. Por consiguiente, "dado que el retraso

¹³¹⁵ CE, 15 de febrero de 2002, *Hadda, Lebon* p. 45.

¹³¹⁶ En la sentencia *Kobanda Doro*, el Consejo declaró que "la propia denegación de la admisión provisional a residir tiene un efecto suficientemente grave e inmediato sobre la situación del solicitante de asilo para que se cumpla la condición de urgencia, salvo en circunstancias especiales" (CE, 3 de noviembre de 2003, *Kobanda Doro*, nº 258322). Tras anular el auto que había descartado la urgencia en tal caso, el Conseil d'Etat revisó el asunto y desestimó la solicitud por considerar que se había producido una violación grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental. En la medida en que no se pronuncia sobre la urgencia, no es posible determinar si ésta se cumplía o no, es decir, si la presunción se aplicaba en su totalidad o debía ser desvirtuada a la luz de las circunstancias particulares del caso.

¹³¹⁷ Véase CE, ord. 9 enero 2001, *Deperthes, Lebon* p. 1. El demandante pidió al juez de medidas provisionales que ordenara a la autoridad consular renovar su pasaporte. El juez constató que el interesado había sido informado por la prefectura de Haute-Marne en marzo de 2000 de las condiciones de renovación de su pasaporte. En la medida en que el retraso en la expedición de este documento le era imputable, "no podía invocar la urgencia de sus viajes al extranjero para solicitar la prescripción de una medida sobre la base del citado artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa".

¹³¹⁸ CE, ord. 21 marzo 2001, *Rahal*, nº 231531.

en la tramitación de su solicitud le era imputable únicamente a él, el demandante no justifica la urgencia de la expedición de un recibo por su solicitud de renovación del permiso de residencia"¹³¹⁹ .

312. En segundo lugar, cuando el demandante se haya demorado manifiestamente en actuar tras la producción del perjuicio del que se considera víctima, el tribunal observará la contradicción entre esta demora en plantear el asunto y la alegación del demandante de que su situación es urgente¹³²⁰ . Cualquier retraso o falta de diligencia en la impugnación de un acto o comportamiento administrativo se vuelve así en contra del demandante. El juez rechazará la calificación de urgente cuando el demandante haya aceptado una situación y sólo impugne sus efectos tardíamente, demostrando "un retraso demasiado largo con respecto a los actos administrativos de los que se queja"¹³²¹ . Dado que se trata de una situación de la que el demandante podría haberse preocupado con anterioridad, la credibilidad de la situación de urgencia se ve gravemente menoscabada. Aunque la intervención del juez haya podido ser urgente en el pasado, ya no lo es en la fecha de la remisión.

Así, para acreditar la urgencia que alega, el demandante no puede invocar la inminencia de la entrada en vigor del acto que impugna, aunque se le haya notificado un mes antes¹³²² . Del mismo modo, un demandante que se ha abstenido de impugnar los dictámenes desfavorables emitidos por la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos en 1996 y 1999 no puede invocar la urgencia que habría, en 2003, en obtener la comunicación de los documentos sobre cuya base la Comisión emitió dichos dictámenes¹³²³ . Para el juez de medidas provisionales, la urgencia no se establece cuando una asociación espera más de un año antes de solicitar la suspensión del decreto por el que se decide incluirla en la lista de personas para las que las transacciones financieras entre Francia y el extranjero están sujetas a la autorización previa del Ministro de Economía¹³²⁴ . El juez también dictaminó que no había necesidad urgente de ordenar la demolición y retirada de una estructura pública que llevaba dos años instalada en un terreno perteneciente a un particular¹³²⁵ . *A fortiori*, no hay urgencia "para suspender la ejecución de disposiciones que llevan más de diecisiete años en vigor"¹³²⁶ .

Sin embargo, si el transcurso de demasiado tiempo hace dudar de la realidad del perjuicio para la situación del solicitante, no podrá imponerse ningún plazo como tal¹³²⁷ . Así pues, el juez de medidas provisionales atenuará a veces el rigor de esta apreciación cuando la urgencia parezca especialmente apremiante, a pesar de la actitud del solicitante. En el auto *M'LAMALI*, aceptó calificar de urgente la situación resultante del retraso de la administración en la renovación del pasaporte del demandante, a pesar de que éste había esperado seis meses para informarse sobre el resultado de su expediente. Dos factores fueron tomados en consideración por el juez para calificar la situación de urgente, a pesar de la falta de diligencia del demandante: por una parte, el hecho de que el demandante había solicitado la renovación de su pasaporte en tiempo útil y, por otra, el plazo anormalmente largo que las autoridades tardaron en tramitar su solicitud, lo que tuvo como efecto privar al demandante de la posibilidad de contar con un documento de identidad válido¹³²⁸ .

313. El juez también será reacio a calificar la urgencia "si falta algún tipo de 'efecto sorpresa'"¹³²⁹ . Por ejemplo, el tribunal se negó a dictaminar que había urgencia cuando una empresa inmobiliaria adquirió un edificio

¹³¹⁹ CE, 8 de octubre de 2001, *Sanches Cardoso, Lebon T.* p. 1091.

¹³²⁰ Según los términos de la jurisprudencia establecida en virtud de la ley anterior, cuando había "transcurrido un largo período" entre el acaecimiento del daño y la remisión al juez del procedimiento sumario, la solicitud ya no tenía el carácter urgente exigido por la legislación (CE, 9 de febrero de 1972, *Entreprise Quille, RDP* 1972, p. 1278).

¹³²¹ R. DENOIX DE SAINT MARC, "Les procédures d'urgence : premier bilan", *AJDA* 2002, p. 1.

¹³²² CE, ord. 16 de marzo de 2001, *Asociación Radio "2 couleurs", Lebon T.* p. 1134. El 23 de febrero de 2001, se notificó a la asociación la decisión impugnada. No fue hasta el 23 de marzo de 2001, sólo tres días antes de la fecha en que la decisión debía entrar en vigor, cuando solicitó al juez de medidas provisionales la suspensión del procedimiento sobre la base del artículo L. 521-2.

¹³²³ CE, ord. 12 de mayo de 2003, *Bidalou*, n° 256868.

¹³²⁴ CE, ord. 15 de diciembre de 2003, *Association secours mondial de France*, n° 262627.

¹³²⁵ CE, orden. 21 de agosto de 2001, *Manigold*, n° 237385.

¹³²⁶ CE, ord. 21 enero 2002, *Auto-école Bergson*, n° 242051.

¹³²⁷ Como afirmaba M. Dugrip en el estado anterior de la ley, "el hecho de que la situación litigiosa exista desde hace mucho tiempo no impide que en un momento dado sea urgente solicitar al juez de medidas provisionales que adopte determinadas medidas. La urgencia puede surgir cuando una situación tiene cierta permanencia, cuando los acontecimientos influyen en ella y hacen necesaria una intervención inmediata" (O. DUGRIP, *op. cit.*, p. 328). En otras palabras, el retraso "no puede (...), por sí solo, demostrar la ausencia de urgencia, ya que una situación de hecho puede muy bien prolongarse en el tiempo y hacer necesaria una acción inmediata en un momento dado" (*ibid.*). Del mismo modo, M. Cossa afirmó que "la antigüedad del daño no excluye necesariamente la urgencia" (M. COSSA, "L'urgence en référé", *GP* 1955, 2, p. 47).

¹³²⁸ CE, ord. 26 abril 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI, Lebon T.* p. 1034.

¹³²⁹ L. ERSTEIN, "Pragmatisme de la notion d'urgence", *Coll. ter.* 2002, *chron.* n° 4, p. 4.

ocupado por okupas y solicitó la asistencia de la policía para ejecutar una orden judicial de desalojo. Cuando adquirió el edificio, la empresa conocía la presencia de okupas y no podía ignorar las dificultades que encontraría para llevar a cabo sus proyectos inmobiliarios. En un razonamiento muy explícito, el juez señaló que "la empresa, que desarrolla habitualmente una actividad de rehabilitación de edificios, no podía ignorar las dificultades que encontraría para llevar a cabo el proyecto para el que había realizado la adquisición". Dedujo que, en estas circunstancias, la sociedad demandante "no podía invocar, en relación con una situación en la que ella misma se había colocado, el concepto de urgencia en el sentido y para la aplicación del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa"¹³³⁰. Con esta fórmula, el juez administrativo introduce en la apreciación de la urgencia el concepto de "riesgo aceptado"¹³³¹, que hasta entonces parecía reservado a los litigios de responsabilidad¹³³².

- 314.** Por último, de esta jurisprudencia se desprende que la urgencia no puede demostrarse si el solicitante se ha colocado en una situación ilegal. Es el caso de una empresa que pretende abrir una actividad sujeta a la Ley de 5 de julio de 1996 relativa al desarrollo y a la promoción del comercio y de la artesanía, pero que no ha solicitado - y, en consecuencia, obtenido - la autorización de la comisión departamental de equipamientos comerciales. Dado que la empresa demandante no había respetado las disposiciones de este texto, "las medidas cautelares solicitadas, relativas al uso que hace el alcalde de sus competencias en materia de establecimientos abiertos al público, no están, en cualquier caso, justificadas por la urgencia"¹³³³. Por tanto, como regla general, "el juez de medidas cautelares podrá considerar que no se ha acreditado una situación de urgencia que justifique la medida solicitada cuando el solicitante pueda invocar la ilegitimidad de su propia situación"¹³³⁴.

Además de la actitud del demandante, el obstáculo a la declaración de urgencia puede derivarse del interés general perseguido por el demandado.

II. El interés general perseguido por la demandada

- 315.** La urgencia de dictar una medida de salvaguardia debe sopesarse con la urgencia de no dictarla. Se dice que esta valoración es "global" cuando el juez integra en su análisis todos los intereses en juego. En determinadas situaciones, el interés general del que es responsable el demandado puede ser un obstáculo para establecer la urgencia.

- 316.** En virtud de la Ley de 30 de junio de 2000, el juez de medidas provisionales debe sopesar el interés del demandante en que se imponga una medida y el interés en que no se imponga. El principio de ponderación de intereses fue establecido por primera vez por el Conseil d'Etat en virtud del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa. En la sentencia *Préfet des Alpes-Maritimes* de 28 de febrero de 2001¹³³⁵, el Conseil d'Etat anuló el auto del juez de medidas provisionales que, a petición de asociaciones de protección del medio ambiente, había suspendido la ejecución de una orden prefectoral por la que se autorizaba a una empresa a explotar un centro de almacenamiento de residuos domésticos en un municipio del departamento de Alpes-Maritimes. El Conseil d'Etat declaró que, dado que la urgencia debía "apreciarse global y objetivamente", correspondía al juez de medidas provisionales tomar en consideración no sólo las consecuencias de la orden impugnada sobre el medio ambiente, como deseaban las asociaciones interesadas, sino también, como pedía el prefecto, "las consecuencias que una suspensión podría tener inmediatamente sobre las condiciones de eliminación de residuos en el departamento de los Alpes Marítimos". En este caso, el Consejo sopesaba dos intereses generales: la protección de la salud pública y el respeto del medio ambiente. Consideró que la necesidad urgente de eliminar los residuos tenía más peso que los riesgos que la explotación del vertedero

¹³³⁰ CE, ord. 3 de enero de 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Société Kerry*, *Lebon T.* p. 928, 931. Véase, en el mismo sentido, CE, ord. 2 junio 2005, *Société civile immobilière "63 rue d'Hautpoul"*, n° 280831.

¹³³¹ J.-P. GILLI, note sous CE, ord 3 janvier 2003, *Ministre de l'Intérieur c/ Société Kerry*, *AJDA* 2003, p. 344.

¹³³² Véase R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} ed, Montchrestien, 2000, n° 1422.

¹³³³ CE, ord. 23 marzo 2001, *Société Lidl*, *Lebon* p. 154.

¹³³⁴ P. SOLER-COUTEAUX, obs. bajo CE, ord. 13 de marzo de 2001, *Société Lidl*, *RDI* 2001, p. 277. También en este caso, esta solución constituye una transposición de los principios del derecho de la responsabilidad extracontractual. En este ámbito, "la víctima que se encuentra en una situación ilegítima, debido a su irregularidad, no tiene derecho a la reparación del perjuicio que le afecta en esta situación" (R. CHAPUS, *op. cit.*, n° 1420). El juez administrativo considera que no puede reclamar una indemnización si no ha respetado la normativa que le es aplicable (véase CE, Secc., 7 de marzo de 1980, *SARL Cinq-Sept*, *Lebon* p. 129, concl. J. MASSOT).

¹³³⁵ CE, Secc. 28 febrero 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes*, *Lebon* p. 110; *AJDA* 2001, p. 461, chron. M. GUYOMAR y P. COLLIN; *Coll. ter.* 2001, com. n° 126, nota T. CELERIER.

podría suponer para el medio ambiente. El principio de apreciación global de la urgencia se transpuso a las medidas cautelares en un auto de 10 de agosto de 2001, *Asociación La Mosquée*. El juez de medidas provisionales adoptó la redacción de la sentencia *del Prefecto de los Alpes Marítimos* en un considerando de principio, afirmando "que la condición de urgencia prevista en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa debe apreciarse objetivamente y teniendo en cuenta todas las circunstancias de cada caso"¹³³⁶.

Como consecuencia de esta jurisprudencia, el juez de medidas cautelares no puede limitar su examen de la urgencia del asunto únicamente a los intereses del demandante. En este contexto, corresponde al juez realizar una "ponderación de la urgencia"¹³³⁷ comparando la urgencia del demandante de obtener una medida de salvaguardia y la urgencia del demandado de proseguir su acción en interés público. Al "ponderar los intereses en juego", el juez debe "comparar el perjuicio que sufriría el demandante si la medida cautelar no prescribiera con el perjuicio que se derivaría para el autor del hecho, para terceros o para el interés general si la medida prescribiera". En su apreciación global de la urgencia, el juez de medidas provisionales debe entonces considerar los efectos de la medida que se le pide que adopte y sopesarlos con los efectos que tendría para el solicitante la decisión o el comportamiento impugnados¹³³⁸. En otras palabras, el juez debe sopesar la urgencia de dictar la medida de salvaguardia solicitada y la urgencia de seguir ejecutando el acto impugnado o la actividad administrativa realizada. De este modo, al incluir el interés del demandado en la apreciación de la urgencia, esta solución pone fin a la jurisprudencia de la *Association de sauvegarde du Quartier Notre Dame* que prevalecía en el estado de derecho anterior¹³³⁹.

Los intereses en juego son definidos por las partes y por las pruebas que obran en el expediente. El juez de medidas cautelares valorará en primer lugar la urgencia "a la luz de las justificaciones dadas en la demanda y de los argumentos presentados en la contestación"¹³⁴⁰. Sin embargo, el juez no está limitado por los argumentos de las partes y puede plantear de oficio la urgencia de no ordenar una medida de salvaguardia, aunque no haya sido planteada por el demandado. Sobre la base del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa francés, el Conseil d'Etat ha aceptado que el juez de medidas provisionales pueda llevar a cabo una apreciación de la urgencia en la fase del procedimiento de clasificación, es decir, tomar en consideración el interés en no ordenar la medida y

¹³³⁶ CE, ord. 10 de agosto de 2001, *Association "La Mosquée" et autres*, Lebon T. p. 1133. Véase también CE, ord. 21 noviembre 2002, *Gaz de France*, Lebon p. 408; CE, ord. 30 de octubre de 2003, *Société Kentucky*, n° 261353.

¹³³⁷ S. Overney, "Le référé-suspension et le pouvoir de régulation du juge", *AJDA* 2001, p. 721.

¹³³⁸ P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, serie Systèmes Droit, 2003, pp. 104-105. Véase también B. CAVIGLIOLI, "Le recours au bilan dans l'appréciation de l'urgence", *AJDA* 2003, pp. 642-652.

¹³³⁹ Antes de la reforma de 30 de junio de 2000, el tribunal administrativo reconocía que tenía la facultad discrecional de no conceder la suspensión de la ejecución de una decisión administrativa cuando se cumplían las condiciones establecidas en la legislación (CE, Ass., 13 de febrero de 1976, *Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame à Versailles*, Lebon p. 100). Cuando se cumplían las condiciones para conceder una suspensión de la ejecución, ésta era "una simple opción para el juez" (CE, Ass., 2 de julio de 1982, Lebon p. 257). En la práctica, esta opción se utilizaba excepcionalmente y sólo en muy raras ocasiones (véase R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, n° 1582). Al establecer el principio de equilibrio de la urgencia, la sentencia *Prefet des Alpes-maritimes puso fin a la* posibilidad de no ordenar la medida solicitada cuando se cumplen todas las condiciones. Sin embargo, la idea de transponer la jurisprudencia de la *Association de sauvegarde du Quartier Notre-Dame* al procedimiento référé-liberté fue barajada por los juristas durante los primeros meses de aplicación de la reforma. Basándose en una lectura literal del artículo L. 521-2 ("el juez de medidas provisionales podrá ordenar"), varios autores afirmaron que esta jurisprudencia era susceptible de aplicarse a las medidas provisionales aunque se cumplieran todas las condiciones para su concesión, incluida la urgencia. La Sra. Rouault declaró que "el artículo L. 521-2, que consagra la jurisprudencia tradicional en la materia, dispone que el juez 'puede' ordenar las medidas en cuestión. También en este caso, dispone de un poder discrecional" (M.-C. ROUAULT, "La loi du 30 juin 2000 : un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif", *D.* 2001, p. 401). M. Pissaloux desarrolló un análisis similar: puesto que en las tres solicitudes urgentes de medidas provisionales, "encontramos el verbo 'podrá', que expresa una opción", el juez de medidas provisionales no está "obligado en modo alguno a ordenar la suspensión de una decisión, ni las medidas urgentes necesarias para salvaguardar una libertad fundamental o cualquier otra medida útil según el caso de que se trate. En otras palabras, aunque se cumplan las condiciones legales, es decir (para centrarnos en las dos principales innovaciones de la Ley) la urgencia y la duda grave en el caso de la suspensión cautelar, la urgencia y la injerencia grave y manifiestamente ilícita en una libertad fundamental en el caso de la puesta en libertad cautelar, el juez de medidas cautelares (de derecho común) no se encuentra en una situación de jurisdicción vinculada" (J.-L. PISSALOUX, "Quelques réflexions dubitatives sur les nouvelles procédures de référé administratif", *Dr. adm.* 2001, chron. n° 18, 1^{ère} part, p. 10). Por último, M. Marcou afirma que "al igual que en el procedimiento sumario de suspensión, en el procedimiento sumario de medidas provisionales el tribunal conserva un poder discrecional en cuanto a la oportunidad de las medidas ("el tribunal del procedimiento sumario podrá ordenar...")" (G. MARCOU, "Le référé administratif et les collectivités territoriales", *LPA* 14 de mayo de 2001, n° 95, p. 45). Pero en realidad, las hipótesis desarrolladas son impensables. En la medida en que la ponderación de intereses se realiza en la fase de apreciación global de la urgencia, excluye radicalmente que el juez se autorice, por la razón que sea, a no pronunciar una medida - especialmente una medida de salvaguardia - cuando se cumplen acumulativamente las condiciones de concesión previstas por el legislador. Ya no corresponde al juez apreciar la *conveniencia de conceder* la medida solicitada, puesto que ya se han tenido en cuenta los motivos de interés público susceptibles de oponerse a ella.

¹³⁴⁰ Fórmula utilizada en el marco de los procedimientos sumarios de suspensión. Véase, en particular, CE, Secc. 25 de abril de 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c/ Commune de Baden*, Lebon p. 220; CE, 26 de septiembre de 2001, *Société de transports "La Mouette"*, Lebon T. p. 1120; CE, 7 de julio de 2004, *Schneiter*, Lebon T. p. 820.

rechazar así por falta de urgencia sobre la base de la mera solicitud¹³⁴¹. Esta solución es notable en la medida en que, por hipótesis, la administración no fue convocada y, por lo tanto, no presentó ninguna observación en su defensa. En consecuencia, no pudo invocar la urgencia de no ordenar la medida solicitada. En consecuencia, el interés público puede ser tenido en cuenta de oficio por el juez de medidas provisionales, aunque la administración no lo haya mencionado en sus observaciones. El juez puede llevar a cabo una evaluación de la urgencia de oficio y deducir de la información que obra en el expediente el interés en no ordenar la medida solicitada.

En algunos casos, la apreciación de la urgencia coincide en gran medida con la apreciación del requisito de ilegalidad manifiesta. Esto explica por qué, en algunos casos, el tribunal no examina la condición de ilegalidad manifiesta separadamente de la condición de urgencia, sino que compara el equilibrio entre el interés general y la vulneración de las libertades fundamentales a la luz de los mismos datos. En las sentencias *Gaz de France* y *SCI Résidence du théâtre*, el tribunal declaró que, a falta de justificación suficiente, la denegación de ejecución de una orden de desahucio parecía "estar viciada de ilegalidad manifiesta y constituir una situación de urgencia en el sentido y para la aplicación del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa"¹³⁴².

317. En la práctica, cuando entran en colisión los intereses del solicitante y uno o varios intereses públicos - en caso de oposición¹³⁴³ - pueden darse dos situaciones. La balanza puede inclinarse a favor del solicitante y, en consecuencia, justificar la concesión de la medida solicitada, o bien puede inclinarse a favor del demandado e impedir así la concesión de la medida. La urgencia puede matizarse en el primer caso, pero queda excluida en el segundo.

En primer lugar, el resultado será desfavorable al solicitante si existe una razón imperiosa de interés general. Por ejemplo, una razón de seguridad pública excluye la urgencia en el caso de una orden municipal que prohíbe el acceso y ordena la demolición de un edificio comunal ruinoso y peligroso ocupado como lugar de culto por una asociación¹³⁴⁴. Del mismo modo, teniendo en cuenta todos los intereses en juego, y en particular la protección del bosque, el juez declara que un decreto por el que se clasifica el bosque de Fontainebleau como bosque de protección¹³⁴⁵ no constituye una situación de urgencia.

Por el contrario, la balanza se inclinará a favor del demandante si el interés del demandado no parece lo suficientemente importante como para compensar la urgencia de ordenar una medida de salvaguardia. Por ejemplo, en el caso de una orden municipal de cierre de un comercio local, el juez de medidas provisionales declaró que "al tratarse de una medida de protección de la salud y la seguridad, la urgencia de las medidas solicitadas sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa debe apreciarse teniendo en cuenta no sólo la situación de la empresa demandante, sino también la inminencia de los riesgos que estas medidas pretenden prevenir". La ponderación entre el futuro comercial de la empresa y la prevención de los riesgos sanitarios hace que, dadas las circunstancias del caso, se considere cumplida la condición de urgencia exigida por el artículo L. 521-2¹³⁴⁶. Del mismo modo, cuando se trata de una denegación de auxilio policial por parte de la prefectura, el interés por mantener el orden no es obstáculo para establecer la urgencia si no se ha acreditado la amenaza de perturbación del orden público¹³⁴⁷. En el auto del *municipio de Collioure* de 2 de julio de 2003, el juez señaló "que si el municipio invoca los riesgos para la seguridad que se derivarían de la suspensión de las disposiciones reglamentarias mencionadas, citando los incidentes, no graves, que se produjeron durante el verano de 2002 y que se habrían repetido en 2003, tiene (...) la posibilidad de adoptar otras medidas policiales para contrarrestar estos riesgos; que, por lo tanto, debe considerarse que se cumple la condición de urgencia"¹³⁴⁸.

¹³⁴¹ CE, 23 de abril de 2003, *SARL Siminvest, Lebon* p. 178, *Dr. adm.* 2003, com. n° 133, nota P. CASSIA. En este caso, el juez de medidas provisionales de primera instancia había desestimado, mediante el procedimiento tripartito, la solicitud de suspensión presentada contra una denegación de licencia urbanística. El Conseil d'Etat dictaminó que, al apreciar la urgencia del caso, el juez de medidas provisionales podía "tomar en consideración los motivos de la decisión por la que el alcalde de Reims denegó a la empresa solicitante la licencia de obras solicitada, relativos a la seguridad de las personas y la salud pública".

¹³⁴² CE, ord. 21 de noviembre de 2002, *Gaz de France, Lebon* p. 408; CE, ord. 27 de noviembre de 2002, *SCI Résidence du théâtre, Lebon* T. p. 874.

¹³⁴³ Cuando todos los intereses coinciden, no es necesario hacer balance y se acepta la urgencia.

¹³⁴⁴ CE, ord. 10 de agosto de 2001, *Association "La Mosquée" et autres, Lebon* T. p. 1133. La orden también señalaba que el ayuntamiento había ofrecido a la asociación otros edificios para celebrar el culto.

¹³⁴⁵ CE, ord. 13 de agosto de 2002, *Commune de La Rochette*, n° 249528.

¹³⁴⁶ CE, ord. 14 de marzo de 2003, *Commune d'Evry, Lebon* T. p. 931.

¹³⁴⁷ Véase, por ejemplo, CE, orden de 21 de noviembre de 2002, *Gaz de France, Lebon* p. 408. Para justificar su negativa a llamar a la policía, la administración invocó una corriente de simpatía entre los residentes locales hacia los ocupantes del edificio, alegando que este apoyo activo amenazaría el orden público si se ejecutara la orden de desalojo. Al rechazar este motivo, el juez constató "la debilidad de los elementos de hecho aportados por la administración (...) para justificar las amenazas de desorden invocadas, que no podían deducirse de la mera corriente de simpatía generada por la presencia de algunos estudios de artistas en el barrio". Véase también CE, ord. 27 de noviembre de 2002, *SCI Résidence du théâtre, Lebon* T. p. 874.

¹³⁴⁸ CE, ord. 2 julio 2003, *Commune de Collioure, Lebon* T. p. 930.

En cuanto a la redacción del auto, cabe señalar que cuando en la resolución se menciona la urgencia de no ordenar una medida, ésta puede tenerse en cuenta al mismo tiempo que la urgencia de ordenar la medida (situación que se da en la práctica cuando los intereses del demandado son primordiales y deben prevalecer)¹³⁴⁹ o después de¹³⁵⁰.

318. La condición relativa a la urgencia y la relativa a la injerencia grave y manifiestamente ilegal en una libertad fundamental son las dos condiciones para conceder una medida solicitada sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. Es cierto que la ley añade un tercer requisito, a saber, que la administración haya actuado en el ejercicio de sus competencias, pero en la práctica esta condición carece de todo contenido.

¹³⁴⁹ En el auto de *la Asociación La Mosquée*, el juez de medidas provisionales se remitió al tenor de la decisión *del Prefecto de los Alpes Marítimos*, expuso las razones por las que no ordenó la medida solicitada y dedujo "que de lo anterior se desprende que la urgencia no justifica que se ordene la suspensión del auto de 11 de junio de 2001 sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa". Si se mencionó la urgencia, fue sólo implícitamente y mediante el único uso de la palabra "urgencia" en el considerando. La urgencia de ordenar la medida no se analizó ni explícita ni implícitamente. El tribunal considera automáticamente que es urgente no suspender la medida impugnada (CE, ord. 10 de agosto de 2001, *Association "La Mosquée" y otros*, *Lebon T.* p. 1133). Véase, del mismo modo: CE, ord. 13 de agosto de 2002, *Commune de La Rochette*, n° 249528; CE, ord. 14 de marzo de 2003, *municipio de Evry*, *Lebon T.* p. 931.

¹³⁵⁰ En el auto de *Gaz de France*, el juez declaró que la negativa de la administración constituía para el demandante "una situación de urgencia; que, no obstante, la condición de urgencia prevista en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa debe apreciarse a la luz no sólo de los intereses del demandante, sino también de los intereses públicos en juego, entre los que figura el mantenimiento del orden público" (CE, auto de 21 de noviembre de 2002, *Gaz de France*, *Lebon* p. 408). En un auto de 8 de noviembre de 2005, el juez caracterizó en primer lugar la urgencia de dictar la orden de cesación solicitada. A continuación, analizó los argumentos esgrimidos por las autoridades para impedir la concesión de la medida cautelar, basados, por una parte, en el hecho de que el demandante había retrasado la presentación del asunto ante el juez de medidas provisionales y, por otra, en que era necesario evitar cualquier retraso en la determinación del emplazamiento en el que podría construirse un centro de almacenamiento definitivo de residuos. El juez rechazó estas dos alegaciones por considerar que el demandante había demostrado la diligencia requerida y que la administración "no había demostrado en modo alguno cómo este retraso obstaculizaría el funcionamiento del servicio público del que es responsable" (CE, ord. 8 de noviembre de 2005, *Moissinac Massenat*, *Lebon* p. 491).

Capítulo 3

Una administración en el ejercicio de sus competencias

319. El artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa supedita la intervención del juez de medidas provisionales a que la administración haya vulnerado una libertad fundamental "en el ejercicio de sus competencias". Al igual que la exigencia relativa a la presencia de una libertad fundamental, esta condición es inhabitual en la medida en que no es una simple condición para la concesión de un recurso, sino que condiciona también el alcance de la intervención del juez. La exigencia de una libertad fundamental restringe el alcance del procedimiento: la condición relativa a una infracción cometida por la administración "en el ejercicio de sus competencias" tenía por objeto restringir el ámbito de competencia del juez de medidas provisionales. Sin embargo, ambas condiciones son necesarias para obtener una medida de salvaguardia solicitada sobre la base del artículo L. 521-21351. Al introducir esta restricción y prohibir la intervención del tribunal administrativo en estos casos, los parlamentarios han querido salvaguardar la competencia judicial en materia de lesiones. Sin embargo, en su aplicación práctica, esta condición carece de contenido.

Sección 1: Una condición destinada a salvaguardar las irregularidades administrativas

320. La Ley de 30 de junio de 2000 limitó innecesariamente la competencia del juez de medidas provisionales a las infracciones cometidas por la administración en el ejercicio de sus competencias. Al formular esta restricción, el legislador pretendía preservar la voie de fait manteniendo su ámbito de aplicación fuera del alcance del tribunal administrativo.

I. El deseo de preservar la vía de hecho

321. El proyecto de ley no contenía ninguna referencia directa o indirecta a la teoría de la agresión de facto. Sobre este punto, no contenía ninguna restricción en cuanto al ámbito de intervención del juez de lo contencioso-administrativo. La situación prevista por el proyecto de ley era simple: el juez de medidas provisionales podía conocer de *todas las* infracciones administrativas de las libertades fundamentales, cometidas o no por la administración en el ejercicio de sus competencias. Sin embargo, "los parlamentarios (¡qué tiempos aquellos en los que viven! Son centenarios) compitieron entre sí para preservar (cosa que el proyecto de ley no hizo) este caso tan arcaico de jurisdicción judicial, en un momento en que se presentaba la oportunidad, si no de retorcerle el pescuezo, al menos de empezar a suprimirlo"¹³⁵². Al prohibir al juez de medidas cautelares conocer de las infracciones cometidas por la administración fuera del ejercicio de sus competencias, los diputados querían mantener la existencia de la agresión de hecho a pesar de la creación de las medidas cautelares, es decir, preservar o salvaguardar esta cabeza de la jurisdicción judicial en un momento en que se

1351 Esta condición podría haberse examinado en el marco de la *competencia* del juez de medidas provisionales. No obstante, en la medida en que limita los casos en los que puede intervenir el juez de medidas provisionales, parecía justificado mencionarla entre las condiciones para conceder la orden. Además, algunas decisiones mencionan este requisito formal del artículo L. 521-2 como una de las condiciones para conceder una medida de salvaguardia. Por ejemplo, el juez de medidas provisionales indica que el derecho constitucional de asilo de los extranjeros constituye "una libertad fundamental para cuya protección el juez de medidas provisionales puede, en caso de urgencia, ordenar, sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, todas las medidas necesarias cuando, en el *ejercicio de sus competencias*, la administración lo haya vulnerado de forma grave y manifiestamente ilegal" (CE, ord. 2 mayo 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Dziri, Lebon* p. 227). En la sentencia *Hyacinthe*, el juez subrayó igualmente que "de lo anterior se desprende que, *en el ejercicio de sus competencias*, la autoridad administrativa ha vulnerado de forma grave y manifiestamente ilegal una libertad fundamental" (CE, ord. 12 de enero de 2001, *Hyacinthe, Lebon* p. 12). En la sentencia *Fofana*, el Consejo señaló "que las circunstancias del caso no revelan ninguna violación grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental por parte de una persona jurídica de derecho público *en el ejercicio de una de sus competencias*" (CE, 22 de mayo de 2002, *Fofana et autres, Lebon* p. 175). M. Chapus también presenta este requisito como una de las condiciones de concesión del artículo L. 521-2 (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, n° 1605).

1352 R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, n° 1605.

daban todas las condiciones para su desaparición.

322. En primera lectura, una enmienda presentada por el senador Pierre Fauchon proponía añadir al artículo 4 del proyecto de ley que la competencia del juez de medidas provisionales se ejercería "sin perjuicio de la competencia atribuida a los tribunales en materia de lesiones". El autor de la enmienda consideró que debía apelar a la Constitución para justificar este reconocimiento¹³⁵³. A pesar de la oposición del Gobierno, la enmienda fue aprobada por el Senado sin verdadero debate. El Sr. Colcombet, ponente del proyecto de ley en la Asamblea Nacional, expresó sus reservas sobre la redacción adoptada por los senadores. Sin embargo, no condenó en absoluto el principio y compartió la preocupación expresada por los senadores de que la agresión de hecho desapareciera como consecuencia de la creación del sistema *référé-liberté*¹³⁵⁴. Por ello, quiso dejar claro que la ley que se estaba debatiendo no pretendía en modo alguno modificar la división de poderes -es decir, abolir las vías de hecho-, sino simplemente impedir que se recurriera a ellas de forma abusiva. Para garantizar, jurídicamente hablando, que el procedimiento sumario no pueda perjudicar la competencia del juez civil en el procedimiento sumario en materia de agresiones, la Asamblea Nacional precisó, a petición de su Comisión de Asuntos Jurídicos, que la administración debe haber actuado "en el ejercicio de una de sus competencias". La referencia a las agresiones es más implícita que en la redacción utilizada por el Senado; no obstante, tiene el mismo objetivo, que es "dejar claro que las agresiones y las lesiones siguen siendo competencia de los tribunales"¹³⁵⁵.

En segunda lectura, el Senado modificó de nuevo la redacción, precisando que la medida de salvaguardia puede dictarse "sin perjuicio de la competencia de los tribunales". Para justificar el mantenimiento de una referencia implícita a la agresión, el Sr. Garrec afirma que "el artículo 4 del proyecto de ley no cuestiona el reparto de competencias entre los dos niveles de jurisdicción. Si la administración ha actuado en un ámbito manifiestamente ajeno al ejercicio de una competencia legalmente reconocida, se aplicará la teoría del abuso de autoridad"¹³⁵⁶. La Asamblea Nacional adoptó la redacción original por considerarla más precisa. A este respecto, el Sr. Colcombet señala que "aunque las dos asambleas expresaron la misma preocupación por eliminar cualquier ambigüedad en cuanto al reparto de competencias entre los tribunales judiciales y administrativos, la redacción de la Asamblea define con mayor precisión (...) el ámbito de competencia de cada uno de los tribunales"¹³⁵⁷.

Para resolver las diferencias entre ambas cámaras fue necesario recurrir a una comisión mixta. Se llegó a un acuerdo sobre una referencia implícita a la agresión. El Sr. Colcombet declaró que "la redacción elegida por la Asamblea Nacional para el primer párrafo del artículo 4 tenía la ventaja de definir claramente los ámbitos de competencia respectivos de los dos órdenes judiciales, garantizando así plenamente al juez judicial el respeto de sus competencias en materia de agresión"¹³⁵⁸. El Sr. Garrec "expresó su acuerdo con el texto de la Asamblea Nacional, que excluye toda referencia a la agresión en el primer apartado del artículo 4, señalando que se trataba de un concepto puramente jurisprudencial"¹³⁵⁹. En consecuencia, "la enmienda más elegante de la Asamblea Nacional prevaleció. Es mejor, en el sentido de que la ley no dará su *imprimatur* al concepto de agresión. Pero no es menos atroz", afirma el profesor Chapus¹³⁶⁰.

323. En efecto, la inclusión de esta condición en el artículo L. 521-2 es criticable, ya que pretende mantener en el derecho positivo una rúbrica de la competencia judicial que perdió toda justificación con la creación del procedimiento sumario (*référé-liberté*)¹³⁶¹. Los parlamentarios, conscientes de las dificultades que inevitablemente plantearía esta exigencia, pidieron a los tribunales que trazaran una especie de demarcación entre el "ámbito" de las medidas cautelares y el de las injerencias ilícitas¹³⁶².

¹³⁵³ *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, pp. 3753-3754.

¹³⁵⁴ Véase F. COLCOMBET, *Rapport AN n° 2002*, p. 41: "La proximidad entre la redacción del artículo 4 y los criterios de los comportamientos de hecho podría, pues, hacer temer que el juez administrativo, mediante la medida cautelar, desvirtuara el concepto de comportamiento de hecho establecido por la jurisprudencia".

¹³⁵⁵ F. COLCOMBET, *JO déb. AN*, CR séance 14 décembre 1999, p. 10941. Para el Sr. Montebourg, "esta clarificación representa una mejora importante de la admisibilidad de los procedimientos sumarios ante los tribunales administrativos. No debe perjudicar (...) el concepto de agresión de hecho" (*JO déb. AN, CR séance 14 décembre 1999*, p. 10941).

¹³⁵⁶ R. GARREC, Informe del Senado n° 210, p. 18.

¹³⁵⁷ F. COLCOMBET, *JO déb. AN*, sesión CR de 6 de abril de 2000, p. 3161.

¹³⁵⁸ F. Colcombet y R. Garrec, Informe n° 2460 (Asamblea Nacional) y 396 (Senado), p. 5.

¹³⁵⁹ F. Colcombet y R. Garrec, Informe n° 2460 (Asamblea Nacional) y 396 (Senado), p. 4.

¹³⁶⁰ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, n° 1605.

¹³⁶¹ Véase § 534 y ss.

¹³⁶² Véase F. COLCOMBET, *JO déb. AN*, sesión CR de 14 de diciembre de 1999, p. 10942: "en la práctica, estoy convencido de que será complicado y que, durante algún tiempo, la jurisprudencia deberá definir el límite. Esperamos que ocurra rápidamente (...). Esperamos que los tribunales administrativos definan los límites con bastante rapidez y aporten algunos criterios".

II. El ámbito de la agresión administrativa

324. Descrito por Marcel Waline como un concepto "bastante curioso y difícil"¹³⁶³, los actos administrativos de facto son al mismo tiempo uno de los "más sutiles" del derecho administrativo francés¹³⁶⁴. Los orígenes de esta construcción jurisprudencial son muy antiguos y se encuentran en ciertas decisiones de los tribunales del Antiguo Régimen¹³⁶⁵. Su aparición también se vio favorecida por la aplicación del artículo 75 de la Constitución del año VIII sobre la garantía de los funcionarios¹³⁶⁶. Sin embargo, estos fueron sólo los comienzos. La verdadera formulación de la teoría de la agresión se produjo en 1867 en las conclusiones pronunciadas por Léon Aucoc sobre la sentencia *Duc d'Aumale*. En ella, el ilustre Commissaire du Gouvernement afirmaba que cuando una autoridad pública, "bajo la apariencia o el pretexto de sus poderes, realiza un acto que excede manifiestamente los límites de estos poderes y atenta contra la propiedad o la libertad de los ciudadanos, este acto no es más que un asalto, cuyos resultados (...) están sujetos a la jurisdicción de los tribunales ordinarios"¹³⁶⁷. Se establecían así los dos criterios que se siguen utilizando hoy en día para calificar una agresión: un acto que excede manifiestamente los límites de las competencias de la administración y que vulnera los derechos de propiedad o las libertades. Posteriormente, la historia del concepto será "sinusoidal, intercalada de vogues y largos letargos"¹³⁶⁸. Alternando periodos de reposo y periodos de intensa actividad, la teoría de las servidumbres de paso tuvo su momento de gloria en la inmediata posguerra, con el contencioso de las requisas.
325. Para que se considere abuso de autoridad, la jurisprudencia exige, en primer lugar, que la administración haya vulnerado gravemente una libertad fundamental o el derecho de propiedad. En segundo lugar, es necesario que la administración se haya apartado de la vía "de iure", la vía legal, por oposición a la vía "de facto". Según una clasificación que se remonta a Maurice Hauriou, existen dos categorías de vía de hecho¹³⁶⁹. La primera variante, la vía de hecho "por falta de procedimiento", se produce cuando la administración procede a la ejecución forzosa de una decisión, incluso legal, sin que se den las condiciones requeridas para ello¹³⁷⁰. La segunda variante, la agresión "por falta de derecho", se produce cuando una decisión administrativa, con independencia de las condiciones en que se ejecute, es manifiestamente inidónea y no puede vincularse a una potestad de la administración¹³⁷¹. La primera forma de abuso se refiere a la ejecución de una decisión, la

1363 M. WALINE, *Traité de droit administratif*, 9^{ème} ed, Sirey, 1963, p. 90.

1364 G. VEDEL y P. DELVOLLE, *Droit administratif*, PUF, 1982, p. 151.

1365 Cf. S. PETIT, *La voie de fait administrative*, PUF, coll. QSJ, 1995, p. 10: "Aprovechando su calidad de guardianes de las leyes fundamentales del reino y de los principios fundamentales de la monarquía", los parlamentos del Antiguo Régimen "se consideraban guardianes de los derechos de los súbditos, así como de los atentados contra su propiedad o su libertad. Como tales, no dudaban en sancionar los actos del poder ejecutivo que perjudicaban los intereses privados y amenazaban la libertad de circulación, la propiedad o la seguridad personal". Véase también en este sentido E. DESGRANGES, *Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif français*, Société française d'imprimerie et de librairie, 1937, p. 30 y ss.

1366 En virtud de esta disposición, que estuvo en vigor hasta 1870, "los funcionarios del Gobierno, con excepción de los ministros, sólo pueden ser perseguidos por actos relacionados con sus funciones en virtud de una decisión del Consejo de Estado: en este caso, la persecución tiene lugar ante los tribunales ordinarios". El Conseil d'Etat consideró que la garantía instituida no podía extenderse a los actos de un funcionario que hubieran perdido la naturaleza de actos administrativos (CE,

23 de abril de 1807, *Diégo Dittner, Lebon* p. 314; CE, 4 de junio de 1823, *Peillon, Lebon* p. 405). El Tribunal de Casación ha adoptado una solución idéntica. Véase a este respecto Ccass, req. 2 de agosto de 1836, *Lassere*, citado por S. GUILLOU-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, tesis París II, 2002, p. 12, nota 3: "Considerando que L... no podía ser protegido por el artículo 75 de la Constitución del año VIII porque no se trataba de un acto que correspondiera a las atribuciones del alcalde sino de un asalto".

1367 L. AUCOC, concl. sobre CE, 9 de mayo de 1867, *Duc d'Aumale, Lebon* p. 472, citado por S. GUILLOU-COUDRAY, *op. cit.* p. 13.

1368 J. MOREAU, "Voie de fait", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif* (1993), § 2.

1369 Como señaló M. Sainte-Rose, el concepto de "voie de fait" corresponde a "dos hipótesis bien definidas: recurso a la ejecución forzosa por parte de la Administración en casos no autorizados; censura de actos administrativos prácticamente inexistentes" (J. SAINTE-ROSE, concl. sobre TC, 23 de octubre de 2000, *Boussadar, D.* 2001, p. 2334). En algunos casos, la vía de hecho resultará tanto de la propia decisión como de su ejecución irregular (véase, por ejemplo, TC, 8 de abril de 1935, *Action française, Lebon* p. 1226, concl. JOSSE, *GAJA* n° 51).

1370 "Cuando se cuestiona la ejecución de oficio de una decisión, debe comprobarse que dicha ejecución no está autorizada en ningún caso. En su defecto, y aunque fuera en sí misma ilegal, la ejecución impugnada no puede calificarse de vía de hecho" (concl. J. SAINTE-ROSE, *op. cit.*, p. 2334). La administración sólo está autorizada a llevar a cabo una ejecución de oficio en tres casos: cuando un texto legislativo lo prevea, cuando la ejecución fuera requerida por la urgencia y, por último, cuando no existiera ningún procedimiento legal susceptible de garantizar la obediencia a la ley o al acto administrativo. Sobre estos casos, véase *GAJA* n° 11, § 2-5. Véanse también los numerosos ejemplos citados por J.-M. Auby en la nota bajo TC, 25 de noviembre de 1963, *Commune de Saint-Just Chaleysin; Epoux Pelé* (dos casos), *JCP G* 1964, II, 13492.

1371 El término "voie de fait par manque de droit" se ha utilizado en la jurisprudencia de diversas formas. Se trata de un acto o una acción que no es competencia de la administración (TC, 13 de diciembre de 1884, *Postes et Télégraphes, Lebon* p. 909; TC, 2 de diciembre de 1902, *Lebon* p. 713, concl. ROMIEU); de una facultad que la autoridad administrativa no

segunda a su contenido. El requisito de que la administración haya actuado "fuera del ejercicio de sus competencias" sólo se formula para el segundo tipo de agresión, la agresión por falta de ley. Aunque puede haber habido algunas dudas sobre este punto tras la decisión del Tribunal des conflits de 12 de mayo de 1997¹³⁷², la jurisprudencia posterior a la Ley de 30 de junio de 2000 ha eliminado cualquier incertidumbre. Establece una distinción muy clara entre los dos tipos de abuso, y sólo en el caso del abuso por falta de derecho exige una infracción "manifiestamente insusceptible de estar vinculada a una potestad de la administración"¹³⁷³. El legislador de 30 de junio de 2000 pretendía excluir la intervención del tribunal administrativo en estos dos casos. En la práctica, sin embargo, la restricción introducida por la ley no tiene alcance real.

Sección 2. Condición insubsistente

326. Los autores afirman que el ámbito de aplicación de la *référé-liberté* y el de la agresión están claramente diferenciados y no se solapan¹³⁷⁴. Los dos procedimientos se *dividen del siguiente modo*: todos los casos de intromisión ilegítima se remiten a los tribunales, y todas las demás infracciones administrativas de las libertades fundamentales se remiten a los tribunales administrativos (excluyendo, por tanto, las infracciones que no constituyen intromisión ilegítima). A la vista de la división así establecida, no sería concebible ninguna yuxtaposición entre los dos procedimientos¹³⁷⁵.

posee (TC, 8 de abril de 1935, *Action française*, op. cit.); un acto manifiestamente ajeno a la aplicación de un texto legislativo o reglamentario (TC, 4 de junio de 1940, *Société Schneider et compagnie, Lebon* p. 248; TC, 17 de febrero de 1947, *Consorts Perrin, Lebon* p. 501; TC, 17 de marzo de 1949, *Société Rivoli Sébastopol, Lebon* p. 594; TC, 28 de febrero de 1952, *Sieur de Kernier, Lebon* p. 620) o un acto manifiestamente insusceptible de estar relacionado con el ejercicio de un poder perteneciente a la administración (CE, Ass, 18 de noviembre de 1949, *Carlier, Lebon* p. 490).

¹³⁷² En sus conclusiones, el Comisario del Gobierno declaró: "Nos parece que, en realidad, las dos variantes de la agresión de hecho presuponen *ambas* que la administración se ha extralimitado manifiestamente en sus competencias" (J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. el TC 12 de mayo de 1997, *Préfet de police de Paris c/ TGI de Paris, RFDA* 1997. Subrayado). Los Sres. Chauvaux y Girardot precisaron que, en esta decisión, el Tribunal des conflits había unificado los criterios de la agresión de hecho estableciendo, para la agresión de hecho por falta de procedimiento, el criterio de la ausencia manifiesta de vínculo con un poder jurídico, que hasta entonces sólo se había afirmado para la primera variedad de agresión de hecho (D. CHAUVAUX y T. GIRARDOT, *AJDA* 1997, pp. 581-582).

¹³⁷³ Véase TC, 23 de octubre de 2000, *Boussadar, Lebon* p. 775: "Considerando que, como excepción al principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales, no existe ninguna vía de hecho que justifique la competencia de los tribunales del orden jurisdiccional, salvo en la medida en que la administración, *o bien ha ejecutado*, en condiciones irregulares, una decisión una decisión, incluso lícita, que vulnere gravemente el derecho de propiedad o una libertad fundamental, *o bien haya adoptado una decisión que produzca uno u otro de estos efectos*, siempre que, no obstante, esta última decisión sea en sí misma manifiestamente insusceptible de estar vinculada a una potestad propia de la autoridad administrativa". Esta fórmula se utiliza sistemáticamente (véase por ejemplo TC, 23 de mayo de 2005, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française c/ Président de l'Assemblée de la Polynésie française, Lebon* p. 659, *JCP A* 2005, act. 258, obs. M.-C. ROUAULT). En una decisión de 12 de diciembre de 2005, el Tribunal des conflits distinguió claramente las dos situaciones, afirmando "que la carta, que no constituye la ejecución forzosa de una decisión, tampoco es una medida manifiestamente insusceptible que pueda vincularse a un poder perteneciente a su autor" (TC, 12 de diciembre de 2005, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française, Lebon* p. 659).

¹³⁷⁴ Según Gilles Bachelier, "la ley es un obstáculo para incluir en su ámbito de aplicación lo que entra en la categoría de agresión" (G. BACHELIER, "Le *référé-liberté*", *RFDA* 2002, p. 261). Según una fórmula utilizada por numerosos autores, el juez judicial sería competente para conocer de las irregularidades más graves, las que constituyen una intromisión ilegítima, mientras que el juez administrativo sería competente para conocer de todas las demás irregularidades. Así, para M. Faure, la acción de hecho está "reservada a los casos de máxima irregularidad" (B. FAURE, "Juge administratif statuant en urgence. *Référé-liberté*", *Jcl. Justice administrative*, fasc. 51 (11, 2002), n° 10). Según la Sra. Rouault, la *référé-liberté* se refiere a "casos de ilegalidades graves, pero no tan graves como cuando la Administración comete una agresión" (M.-C. ROUAULT, "La loi du 30 juin 2000 : un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif", *D.* 2001, p. 401). En el caso de la agresión de hecho, "el comportamiento de la administración requiere un grado de gravedad superior al que basta para que el juez de medidas provisionales sea llamado a intervenir" (A. BOURREL y J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2003, p. 83). En cuanto al criterio de la existencia de un poder, la competencia del juez de medidas provisionales se limitaría a las ilegalidades "ordinarias", la del juez judicial "a las ilegalidades que pueden calificarse de extraordinarias" (B. Pacteau, *Contentieux administratif*, 6^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2002, n° 279).

¹³⁷⁵ Por otra parte, la idea de una competencia concurrente fue expresamente descartada por el Sr. Bachelier durante el primer año de aplicación de la *référé-liberté*. En sus conclusiones en el asunto *Miss Mohamed*, el Comisario del Gobierno planteó la cuestión de la competencia concurrente entre las dos instancias judiciales para poner fin a un acto de violencia. Sin embargo, descarta esta idea por no ser "ni posible ni apropiada" (G. Bachelier, concl. sobre TC, 19 de noviembre de 2001, *Mohamed, D.* 2002, p. 1449). En primer lugar, afirma que esta solución no es posible en modo alguno, tanto por la redacción del artículo L. 521-2 como por la intención del legislador. El artículo L. 521-2 limita la intervención del tribunal administrativo

327. En realidad, parece que se ha concluido un tanto precipitadamente que el juez de medidas provisionales no es competente para conocer de los casos de agresión. No sólo la redacción del artículo L. 521-2 excluye de su competencia únicamente los casos de agresión por falta de ley. Además, el Conseil d'Etat ha adoptado una interpretación maximalista de la expresión "en el ejercicio de sus competencias", con el resultado de que la competencia del juez de medidas provisionales se extiende también a las agresiones por falta de ley.

I. Intervención del juez de medidas provisionales en caso de abuso de autoridad por falta de procedimiento

328. Los diputados parecen haber tenido en mente ambos tipos de agresión cuando incluyeron en el artículo 4 del proyecto de ley una referencia a la injerencia de la administración "en el ejercicio de sus competencias"¹³⁷⁶. Sin embargo, según la jurisprudencia reiterada del Tribunal des conflits, adoptada por el Conseil d'Etat y la Cour de cassation, la infracción cometida por la administración fuera del ejercicio de sus competencias corresponde a un solo tipo de agresión: la agresión por falta de derecho y no abarca la agresión por falta de procedimiento. Por consiguiente, el legislador ha autorizado, sin duda con esa intención, al juez de medidas provisionales a conocer de los actos correspondientes a este primer tipo de agresión.

329. La ejecución forzosa de una decisión administrativa puede ser irregular y, sin embargo, entrar dentro de las competencias de la administración. Por consiguiente, tanto el tribunal administrativo como el tribunal de justicia son competentes para conocer de una medida de ejecución forzosa llevada a cabo por la administración en el ejercicio de sus competencias pero en condiciones irregulares. El juez de medidas provisionales es competente para conocer de estos asuntos desde el auto *Lidl* de 23 de marzo de 2001¹³⁷⁷. El 17 de noviembre de 2000, invocando el hecho de que Lidl había llevado a cabo reformas interiores en un edificio comercial haciendo caso omiso de la legislación sobre licencias urbanísticas, el alcalde ordenó que se colocaran precintos en la entrada principal del edificio.

Como señala la ordenanza, el alcalde deriva esta facultad del artículo L. 480-2 del Código de Urbanismo. En virtud del primer párrafo de este artículo, desde el momento en que se levanta un acta en la que se constata la comisión de una de las infracciones enumeradas en el artículo L. 480-4, que incluye la realización de obras en infracción de la legislación sobre licencias urbanísticas, el alcalde puede, si la autoridad judicial aún no se ha pronunciado, dictar una orden motivada de paralización de las obras. Se especifica que debe enviarse sin demora una copia de esta orden al fiscal. Según el cuarto párrafo del mismo artículo, la orden del alcalde deja de surtir efecto si el caso es sobreesido o absuelto. Según el sexto párrafo del artículo L. 480-2, "cuando no se haya incoado ningún procedimiento, el fiscal informará al alcalde que, de oficio o a petición del interesado, pondrá fin a las medidas adoptadas". Los párrafos séptimo y octavo del artículo L. 480-2 autorizan al alcalde a adoptar todas las medidas coercitivas necesarias, incluida "la colocación de precintos", con el único fin de permitir "la aplicación inmediata de la resolución o del auto judicial".

En este caso, el alcalde hizo un uso ilegal de esta facultad; recurrió a esta medida de ejecución forzosa fuera de los casos en que está autorizada. A raíz de una denuncia presentada por el ayuntamiento, el fiscal decidió archivar el asunto el 23 de octubre de 2000. En estas circunstancias, el alcalde no podía utilizar legalmente el poder de ejecución forzosa que le otorga el artículo L. 480-2 del Código de Urbanismo francés. No cabe duda de que tal actuación constituye un abuso de autoridad por falta de procedimiento. Las autoridades han colocado precintos en un edificio privado fuera de los casos en que esta operación está autorizada. Se trata, de hecho, de un caso de ejecución forzosa de una decisión administrativa fuera de las circunstancias en que dicha ejecución es legal. Esto fue recordado por los autores sin que nadie viera en ello un obstáculo a la intervención del juez administrativo en un procedimiento sumario. Para los autores de *los Grands arrêts*, "la colocación de sellos por un alcalde en la puerta principal de un edificio, con el fin de garantizar, al margen de la ley aplicable, la ejecución de su orden de paralización de las obras (...) constituye una medida de ejecución forzosa que puede considerarse como un acto ilegal según la jurisprudencia de la *Société immobilière de Saint-Just*"¹³⁷⁸. Comentando la misma decisión, el Presidente

a los casos en que la administración haya actuado "en el ejercicio de sus competencias", lo que, según el Comisario del Gobierno, excluye *a contrario* su competencia en los casos de agresión. El Sr. Bachelier recuerda también, como se repitió durante los trabajos preparatorios, que la Ley de 30 de junio de 2000 pretende ser neutra en cuanto al reparto de competencias. En segundo lugar, afirma que la idea de competencia concurrente es "inadecuada porque es fuente de confusión y, en última instancia, no serviría a los intereses de los litigantes" (*ibid.*).

¹³⁷⁶ El legislador no previó, y desde luego no quiso, la superposición de competencias en los casos de agresión. El Sr. Colcombet había indicado claramente que la finalidad y el efecto del procedimiento sumario no debían ser "crear un solapamiento de competencias" (F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, p. 42).

¹³⁷⁷ CE, ord. 23 marzo 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154.

¹³⁷⁸ *GAJA* n° 118, § 11.

Bonichot afirma que el artículo L. 521-2 "se refiere, en particular, a los casos de agresión de hecho"¹³⁷⁹. Del mismo modo, el profesor Ricci subraya que el mantenimiento de los precintos a pesar de que la denuncia del ayuntamiento había sido desestimada "constituye una verdadera agresión"¹³⁸⁰.

330. La legitimidad de la intervención del juez de medidas provisionales en los casos de abuso de autoridad por falta de procedimiento se deriva de la propia redacción del artículo L. 521-2. Debido a la redacción elegida, los diputados no han logrado su objetivo, que era excluir la intervención del juez administrativo en todos los casos de abuso de autoridad. La redacción utilizada no excluye en absoluto la competencia del juez de medidas provisionales en tales casos. Por el contrario, podría haberse pensado seriamente que la redacción del artículo L. 521-2 impediría al juez de medidas provisionales intervenir en los casos de ausencia de ley.

II. Intervención del juez de medidas provisionales en los supuestos de vía de hecho

331. La redacción del artículo L. 521-2 parecía excluir la aplicación del procedimiento sumario a los actos constitutivos de agresión por falta de derecho. Esto ocurre cuando la administración vulnera una libertad fuera del ejercicio de sus competencias. En cambio, en el procedimiento référé-liberté, la autoridad administrativa actúa "en el ejercicio de sus competencias". Así pues, parece surgir una línea divisoria relativamente clara entre los dos procedimientos, con la existencia o inexistencia de una facultad legal como clave. La agresión por falta de derecho constituye una "usurpación de poder"¹³⁸¹; la administración actúa al margen de toda atribución legal de competencia. Las medidas cautelares (référé-liberté) corresponden a un abuso o exceso de poder; la administración actúa ilegalmente pero en el ejercicio de una competencia que tiene atribuida.

Así, la restricción prevista por la ley parecía limitar la intervención del juez de la référé-liberté a las acciones que no respondían a los criterios de una agresión por falta de derecho. Naturalmente, el tribunal administrativo aceptó que era competente para pronunciarse sobre acciones que la jurisprudencia anterior se había negado a calificar de intromisión ilegítima, como la expedición o denegación de una autorización de ocupación del dominio público¹³⁸², la denegación de auxilio policial¹³⁸³, la expulsión de un extranjero¹³⁸⁴ o la denegación de expedición de un permiso de residencia temporal¹³⁸⁵. De forma audaz, el juez de medidas provisionales también ha reconocido que está facultado para intervenir en casos en los que se haya producido una agresión ilegal. Adoptando una visión particularmente amplia del concepto de injerencia de la administración "en el ejercicio de sus competencias", considera que toda injerencia de la administración puede considerarse como tal, incluso en ausencia de fundamento jurídico.

332. En la sentencia *Marvel*, el juez de medidas provisionales sancionó la retirada de los documentos de identidad a los miembros de una familia de nacionalidad francesa sin que mediara ninguna razón de orden público, y por tanto al margen del ejercicio de sus competencias por parte de la administración¹³⁸⁶. En el asunto *Commune*

1379 J.-C. BONICHOT, obs. bajo CE, ord. 13 de marzo de 2001, *Société Lidl*, BJDU 2001/2, p. 114.

1380 J.-C. Ricci, "Chronique du contentieux administratif", RGCT 2001/18, p. 967.

1381 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} ed. 1933, reeditado en Bibliothèque Dalloz, 2002, p. 25.

1382 Incompetencia de la jurisdicción judicial: véase C. LAVIALLE, "Voie de fait et domaine public", RFD A 2000, pp. 1041-1049, esp. pp. 1042-1044. Competencia del juez de référé-liberté: CE, ord. 6 abril 2001, *Lapere et autres*, núm. 232135; CE, ord. 16 de septiembre de 2002, *Société EURL La Cour des miracles*, Lebon T. p. 314.

1383 Incompetencia del tribunal: Civ. 1^{ère}, 20 de noviembre de 1963, *Chapelet c/ Socodimex*, JCP G 1964, II, 13771; TC, 28 de febrero de 1966, *Trésor public c/ Schourmann*, Lebon p. 826. Competencia del juez de référé-liberté: CE, 29 de marzo de 2002, *SCI Stéphaneur et autres*, Lebon p. 117.

1384 Incompetencia de la jurisdicción judicial: TC, 3 de diciembre de 1979, *Fentouci*, Lebon p. 579; TC, 17 de enero de 1994, *Préfet de la région de Haute-Normandie, Préfet de la Seine-Maritime c/ Ben Ali Atia, Dr. adm.* 1994, n° 135; TC, 27 de junio de 1994, *Madaci et Youbi*, GP 1994, 2, p. 571, concl. R. ABRAHAM, nota S. PE'ITT; JCP G 1994, IV, 2033, obs. M.-C. ROUAULT. Competencia del tribunal administrativo: CE, Secc. 30 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, Lebon p. 523; CE, ord. 10 de agosto de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Saddouki*, no. 236969; CE, ord. 25 de abril de 2002, *Labhini*, no. 245547; CE, ord. 7 de mayo de 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Ouakid*, Lebon T. p. 870; CE, ord. 4 de febrero de 2003, *Hilario*, n° 253742.

1385 Incompetencia del tribunal judicial: TC, 1^{er} mars 1993, *Akiana*, GP 1993, 2, panor admin. p. 164; TC, 23 octubre 2000, *Boussadar*, préc. Competencia del juez référé-liberté: CE, ord. 12 noviembre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar*, Lebon T. p. 1132; CE, ord. 5 marzo 2002, *Fikry*, Lebon T. p. 872; CE, ord. 6 junio 2003, *Benmessaoud*, no. 257429; CE, ord. 15 de octubre de 2004, *Sabi*, n° 273110.

1386 CE, ord. 2 abril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marvel*, Lebon p. 167. La administración justificó esta medida alegando que, al no figurar la filiación del demandante en su partida de nacimiento, ya no podía considerarse que tuviera la

d'Hyères-les-Palmiers, el alcalde concedió a todos los vehículos libertad de acceso y estacionamiento en una vía privada. Es evidente que tal medida, que no estaba justificada por consideraciones de orden público, no podía vincularse al ejercicio de sus competencias de policía ni de ninguna otra de sus competencias¹³⁸⁷. En la sentencia *Vast*, el juez administrativo consideró que el alcalde había actuado en el ejercicio de sus competencias al ordenar la apertura sistemática de cartas dirigidas a determinados concejales. En sus conclusiones, la Sra. Boissard declaró que la medida impugnada "no es *totalmente* ajena" a las competencias del alcalde en su calidad de jefe de departamento¹³⁸⁸. La Sra. Rouault declaró que "esta solución contradice la jurisprudencia del Tribunal des conflits y los textos en vigor"¹³⁸⁹. En una decisión de 10 de diciembre de 1956, el Tribunal des conflits consideró que la administración actuaba *fuera del* ejercicio de sus competencias cuando decidió retrasar la entrega de cierto correo¹³⁹⁰. Si el hecho de retrasar la entrega del correo no puede vincularse a las competencias de la administración, la orden de abrirlo lo es aún más. El acto censurado por el juez de medidas cautelares en este caso constituye, por tanto, una vía de hecho por falta de derecho.

Quizás el ejemplo más notable sea la sentencia *Abdallah* de 2 de febrero de 2004¹³⁹¹. Aplicando el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, el Conseil d'Etat aceptó que era competente para pronunciarse sobre una infracción por parte de la administración de los derechos de propiedad basándose en un texto que simplemente no existía. El Consejo considera ilegal una acción tradicionalmente considerada como insusceptible de estar vinculada a las competencias de la administración. El asunto se inició el 17 de junio de 1998, cuando la autoridad local de Mayotte vendió un terreno al Sr. y la Sra. Abdallah. Cinco años más tarde, la autoridad local de Mayotte intentó ejercer un "derecho de recuperación" sobre una parte del terreno, invocando un decreto de 12 de agosto de 1927, dictado para la aplicación del decreto de 28 de septiembre de 1926 que regulaba la propiedad en Madagascar¹³⁹². El Conseil d'Etat señaló que las disposiciones invocadas habían sido necesariamente derogadas por la Orden de 12 de octubre de 1992 relativa al Código de Dominio del Estado y de las Colectividades Públicas, aplicable en la colectividad territorial de Mayotte, cuyo artículo 2 establece que "Quedan derogadas todas las disposiciones de carácter legislativo, en particular las del Decreto de 28 de septiembre de 1926 que regula el dominio en Madagascar, que sean contrarias a la presente Orden". En opinión del Comisario del Gobierno, la administración actuaba no obstante en el ámbito de sus competencias porque, "dado el objetivo perseguido, la construcción de instalaciones deportivas para los alumnos de un instituto de enseñanza secundaria vecino, la colectividad territorial de Mayotte podía solicitar la incoación de un procedimiento de expropiación por causa de utilidad pública"¹³⁹³. Así, desde el momento en que un texto reconoce, aunque sea remotamente, una facultad de la administración, se presume que ésta actúa en el ámbito de sus competencias. Aunque el vínculo entre el "derecho de recuperación" y el procedimiento de expropiación es, cuando menos, tenue, debido en particular al carácter rudimentario y expeditivo del primero, basta con considerar que se cumple el requisito de una injerencia de la administración "en el ejercicio de sus competencias". No importa que las autoridades no dispongan de una competencia específica para actuar en las circunstancias del caso. Aunque el acto en cuestión constituya definitivamente un abuso de derecho¹³⁹⁴, el Conseil d'Etat acepta que es competente. "En cualquier caso", declaró el Comisario del Gobierno, "incluso si considera que la decisión impugnada debe analizarse como una medida de hecho, creemos que seguiría siendo apropiado no excluir la competencia del juez de medidas provisionales sobre la base del artículo L. 521-2, al menos para ordenar su suspensión"¹³⁹⁵.

nacionalidad francesa.

1387 CE, ord. 10 de septiembre de 2003, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, n° 260015.

1388 S. BOISSARD, concl. supra, p. 780. Énfasis añadido.

1389 M.-C. ROUAULT, nota bajo CE, 9 de abril de 2004, *Vast*, *JCP A* 2004, 1318, p. 628

1390 TC, 10 de diciembre de 1956, *Sieurs Randon et autres*, *Lebon* p. 592, concl. GUIONIN. A falta de texto, el Sr. Brunel, Prefecto de Yonne, había dado instrucciones al Sr. Cornevaux, Director General de Correos, para que retrasara la entrega del correo del Sr. Randon (copias de un cartel en el que se criticaba la inelegibilidad de los antiguos diputados que habían votado a favor de los plenos poderes del Mariscal Pétain en julio de 1940) hasta el final del período electoral. El Tribunal des Conflits constató "que los hechos imputados a los Sres. Brunel y Cornevaux constituían un atentado a la seguridad de la correspondencia postal, libertad esencial garantizada por el artículo 187 del Código Penal francés, y que, por consiguiente, constituían una agresión, lo que daba competencia a los tribunales para pronunciarse sobre las consecuencias perjudiciales de estos hechos; de ello se desprende que el Prefecto se equivocó al plantear el litigio".

1391 CE, 2 de febrero de 2004, *Abdallah*, *Lebon* p. 16, *RFDA* 2004, pp. 772-777, concl. S. BOISSARD.

1392 Introducido bajo la Tercera República, este mecanismo tenía por objeto favorecer, mediante una política voluntarista, la instalación de colonos dispuestos a explotar y cultivar las tierras. El derecho de recuperación de treinta años reconocido por el decreto de 28 de septiembre de 1926 permitía a las autoridades públicas recuperar fácilmente el control de las tierras que no habían sido explotadas en condiciones satisfactorias, con el fin de revenderlas a un comprador más emprendedor.

1393 S. Boissard, op. cit. p. 775.

1394 Cf., por comparación, Com. 25 de febrero de 1992, *Bull. civ.* IV, n° 91: se constituye agresión cuando las autoridades aduaneras se incautan de mercancías remitiéndose a una ley que aún no está en vigor.

1395 S. Boissard, op. cit. en p. 775. Véase también G. MARCHESEINI, "L'application de l'article L. 522-3 du code de justice administrative dans le contentieux de la voie de fait", *AJDA* 2005, pp. 1663-1671.

El Conseil d'Etat ha adoptado ciertamente una concepción amplia de las competencias propias de la administración. Cabe señalar que los jueces de primera instancia adoptan el mismo enfoque global de los actos y actuaciones que son competencia de la autoridad administrativa¹³⁹⁶. Todo hace pensar que la jurisdicción contencioso-administrativa reconocerá su competencia para conocer de *todos los* actos tradicionalmente considerados como agresiones por falta de ley.

333. Así pues, el procedimiento référé-liberté puede utilizarse aunque la autoridad administrativa no disponga de una potestad regular en las circunstancias del caso. Basta con que la autoridad administrativa se beneficie, aunque sea remotamente, aunque sea potencialmente, de un poder, para que se aplique el artículo L. 521-2. La justificación de esta jurisprudencia es fácil de entender. Aplicada literalmente, la redacción del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa habría llevado al juez a abstenerse de acudir en ayuda de las personas cuyas libertades fundamentales habían sido menospreciadas por la administración sin un título jurídico claramente establecido. En lugar de forzar al demandante a una situación penosa interponiendo un segundo recurso ante el juez del procedimiento civil sumario, el juez administrativo prefiere ordenar él mismo las garantías necesarias. Como ninguna autoridad puede relevarle, es el Conseil d'Etat el único que decide dónde debe terminar la competencia del juez de medidas provisionales. En la práctica, nunca se ha declarado incompetente alegando que el litigio que se le sometía era competencia de los tribunales por injerencia de hecho.

Por el contrario, el juez de medidas provisionales puede intervenir, y de hecho interviene, en todos los casos de agresión, siempre que, al menos, el litigante se dirija a él y no a la autoridad judicial. La cuestión que se plantea es saber si, con tal interpretación, cualquier infracción puede quedar fuera de su competencia. Esta cuestión puede razonablemente responderse negativamente, debido a la apreciación más flexible de las normas de competencia en los procedimientos sumarios. En este ámbito, el tribunal puede pronunciarse útilmente si su competencia es probable o, al menos, si su falta de competencia no es evidente. Para que el juez de medidas provisionales decline su competencia, sería necesario, por tanto, que la administración hubiera actuado manifiestamente fuera del ejercicio de sus competencias (lo que, a la luz del concepto adoptado por el Conseil d'Etat, es perfectamente impensable) y que la incompetencia del juez fuera manifiesta. Además, por encima de esta doble exigencia, el juez tendría que aceptar el abandono de los litigios por corresponder a la definición clásica de la voie de fait - lo que evidentemente no está dispuesto a hacer, y ello para mayor beneficio del litigante¹³⁹⁷. Por lo tanto, es difícil ver qué casos constitutivos de agresión podrían escapar a la jurisdicción del juez référé-liberté. La posición del Conseil d'Etat establece *de facto* la competencia concurrente de las dos instancias judiciales para poner fin a los actos de violencia cometidos por las autoridades públicas.

Conclusión del Título II

334. Las condiciones de concesión de una medida solicitada sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa son especialmente estrictas. El rigor de su redacción limita considerablemente las posibilidades de intervención del juez de medidas provisionales. El Conseil d'Etat ha valorado de forma diferente los tres conjuntos de condiciones. En primer lugar, la exigencia de una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental fue aplicada literalmente por el juez. Además, esto no dio al juez ningún margen para atenuar o reforzar su rigor. En segundo lugar, la condición de urgencia fue interpretada restrictivamente por el juez de medidas provisionales: se aprecia a la luz del plazo de 48 horas que se le dio para pronunciarse. Por último, la exigencia de que la administración haya actuado "en el ejercicio de sus competencias" fue vaciada de sentido por el Conseil d'Etat. Esta condición, que limitaba el alcance de la intervención del juez, ha sido neutralizada por la interpretación jurisprudencial. De este modo, el juez limitó su ámbito de intervención a las situaciones de extrema urgencia y, al mismo tiempo, amplió su esfera de competencia a todas las acciones que suelen ser competencia de los tribunales administrativos. Mediante esta interpretación cruzada, el juez quiso ocuparse de un mayor número de medidas y pretendió limitar su intervención a los casos de mayor urgencia. En consecuencia, la medida cautelar fundamental sólo puede utilizarse en situaciones excepcionales.

¹³⁹⁶ Véase, por ejemplo, TA Montpellier, ord. 27 enero 2005, *Gal*, *AJDA* 2005, pp. 1409-1412, nota J. GATE. El litigio se refería a la incorporación al dominio público, a falta de título traslativo de dominio, de parcelas pertenecientes a particulares. Para establecer que el derecho de paso no era "manifiestamente insusceptible de ser conectado a una potencia perteneciente a la administración", el juez se basó en una investigación de utilidad pública realizada cinco años antes y que trataba en particular de la incorporación al dominio público del derecho de paso en litigio.

¹³⁹⁷ El solicitante obtiene una decisión a los pocos días, o incluso a las pocas horas, de presentar la solicitud, sin tener que repetir todo el procedimiento ante el tribunal. De este modo, el demandante evita tener que hacer frente a una declaración de incompetencia por parte del tribunal civil de medidas provisionales, o que el procedimiento se ralentice debido a una declinatoria de competencia por parte del prefecto. Sobre estos puntos, véase el § 555 *infra*.

Conclusión de la primera parte

- 335.** La *déféré-liberté* no es un procedimiento de infracción de las libertades fundamentales. Es un procedimiento destinado a remediar situaciones excepcionales, y está pensado para ser utilizado rara vez y de forma subsidiaria.
- 336.** La presencia de una libertad fundamental es una condición previa para la intervención del juez de medidas cautelares sobre la base del artículo L. 521-2. El Conseil d'Etat ha interpretado este concepto en sentido amplio y ha definido ampliamente el ámbito de aplicación de este procedimiento. No obstante, las medidas cautelares siguen estando concebidas para situaciones excepcionales en las que la administración vulnera de forma grave y manifiestamente ilegal una libertad fundamental a la que debe ponerse fin en un plazo de 48 horas. Para utilizar este procedimiento, no basta con que exista una libertad fundamental o que la administración la esté vulnerando. También es necesario, porque no basta, que la infracción sea manifiestamente ilegal -porque no todas las infracciones de las libertades fundamentales son ilegales y menos aún manifiestamente ilegales- y que sea grave -porque no todas las infracciones de las libertades fundamentales son graves-. Además, como última salvaguardia, el solicitante debe demostrar que es necesario obtener una medida de salvaguardia en un plazo de 48 horas. Al ser tan estrictas, las condiciones de aplicación del artículo L. 521-2 no constituyen una vulneración de una libertad fundamental, sino una situación excepcional. Al igual que los procedimientos excepcionales de *déféré-liberté*¹³⁹⁸ y de agresión¹³⁹⁹, su finalidad es sancionar únicamente las actuaciones más graves de las autoridades públicas¹⁴⁰⁰. En el caso de una simple violación de una libertad, en condiciones aparentemente ilegales, el solicitante debe recurrir al procedimiento sumario de suspensión - siempre que, por supuesto, pueda justificarse una situación de emergencia. Aunque la finalidad exclusiva del procedimiento de medidas cautelares es proteger las libertades fundamentales, no es el único procedimiento de urgencia, ni siquiera el principal, para garantizar su protección.
- 337.** La subsidiariedad del mecanismo no implica que el solicitante deba actuar previamente por la vía de la suspensión cautelar, so pena de inadmisibilidad de la solicitud presentada sobre la base del artículo L. 521-2. Esta subsidiariedad significa que el procedimiento de medidas cautelares se limita a los casos específicos para los que se instituyó. El procedimiento sumario de suspensión se revela a menudo eficaz en los casos de violación de las libertades. Incluso puede decirse que, en términos cuantitativos, es el principal procedimiento de protección urgente de las libertades.

Cuando un demandante se considera víctima de una vulneración de sus libertades fundamentales y dispone de una resolución recurrible, es ante todo el procedimiento de suspensión cautelar el que debe tener en cuenta. Los litigantes y sus abogados no tuvieron esto en cuenta inmediatamente, apresurándose a solicitar medidas cautelares a la menor infracción - real o supuesta - de una libertad fundamental. En varios casos, optaron por recurrir al artículo L. 521-2, cuando les convenía tomar la vía prevista en el artículo L. 521-1. Han recurrido al juez de medidas provisionales en situaciones en las que habrían podido obtener una satisfacción plena, y en condiciones más fáciles, mediante el procedimiento de suspensión cautelar. Cuando está en juego una libertad fundamental, no es una buena estrategia acudir precipitadamente al procedimiento de medidas cautelares. Como declaró el Presidente Labetoulle, "demasiados solicitantes y abogados se sienten atraídos por las medidas cautelares en casos en los que les convendría utilizar el procedimiento de suspensión cautelar"¹⁴⁰¹. Las remisiones del juez de medidas cautelares al juez de suspensión cautelar significan que es a este procedimiento al que el solicitante debe pensar en dirigirse en primer lugar. Este procedimiento es perfectamente adecuado para obtener la suspensión de una decisión que vulnera una libertad fundamental y, en su caso, la emisión de una orden conminatoria.

¹³⁹⁸ La *déféré-liberté* se concibió como "un procedimiento excepcional" cuya aplicación debía reservarse "a casos especialmente graves" (A. RICHARD, *JO déb. AN*, CR séance 22 janvier 1982, p. 396).

¹³⁹⁹ La agresión implica actos especialmente graves, en la medida en que se considera que el acto administrativo ha sido "desnaturalizado" (véase *infra*, §§ 539-540).

¹⁴⁰⁰ El procedimiento *déféré-liberté* es más fácil de aplicar que el procedimiento *référé-liberté*, porque la medida de suspensión se pronuncia cuando el juez tiene serias dudas sobre la legalidad de un acto susceptible de comprometer el ejercicio de una libertad. Por otra parte, es difícil dar una respuesta clara sobre si el procedimiento de *référé-liberté* es más o menos exigente que el procedimiento de *voie de fait*. Por una parte, este último sólo puede caracterizarse -y aun así sólo se trata de agresiones por falta de derecho- cuando la administración ha actuado fuera del ejercicio de sus competencias, condición restrictiva que no se formula en el marco del procedimiento sumario de medidas provisionales. Por otra parte, las medidas cautelares están sujetas a una condición -la urgencia- de la que está exenta la vía de hecho. En cuanto al segundo punto, el procedimiento de asalto es menos exigente; en cuanto al primero, es más exigente.

¹⁴⁰¹ D. LABETOUILLE, "L'activité contentieuse du Conseil d'Etat en 2003", *Dr. adm.* 2004, Entretien n° 1, p. 7.

"En muchos casos, la actuación administrativa denunciada adopta la forma de una decisión, implícita o explícita, y las posibilidades de éxito del demandante parecen estar más garantizadas por el procedimiento de suspensión sumaria que por el procedimiento de medidas provisionales"¹⁴⁰². Cuando existe una decisión relativa a una libertad fundamental, el demandante puede elegir entre dos soluciones. La opción más sencilla es solicitar una suspensión de la ejecución: el solicitante debe demostrar la urgencia y alegar un medio de crear una duda seria; esto es suficiente para obtener una suspensión de la ejecución¹⁴⁰³. La vía más difícil es la de las medidas cautelares (référé-liberté): si el solicitante opta por el artículo L. 521-2, "emprende una vía mucho más peligrosa y, en cualquier caso, más difícil desde el punto de vista del objetivo perseguido"¹⁴⁰⁴. Así ocurrió, por ejemplo, en los asuntos *Philippart y Lesage*. Las demandas presentadas sobre la base del artículo L. 521-2 fueron desestimadas por violación manifiestamente ilegal de una libertad fundamental¹⁴⁰⁵. Tras una remisión al juez de suspensión cautelar, en una demanda registrada el 15 de febrero de 2001, la Sala de lo Contencioso-Administrativo concedió, en virtud del artículo L. 521-1, la medida cautelar inicialmente solicitada en virtud del artículo L. 521-2¹⁴⁰⁶. Al tratarse de un recurso contra una decisión denegatoria, la suspensión adoptó de hecho la forma de una medida cautelar, indicando el juez de medidas provisionales a la administración las obligaciones derivadas de su decisión. Del mismo modo, en el asunto *Commune de Venelles*, los demandantes impugnaron una decisión del alcalde de negarse a incluir una cuestión en el orden del día y a convocar el consejo municipal para debatirla. El recurso interpuesto en virtud del artículo L. 521-2 no prosperó, ya que no se había vulnerado ninguna libertad fundamental¹⁴⁰⁷. Siguiendo las recomendaciones del Comisario del Gobierno y la invitación de la División de la Jurisdicción Administrativa, los demandantes presentaron una nueva solicitud, esta vez sobre la base del artículo L. 521-1, y obtuvieron satisfacción¹⁴⁰⁸. Un ejemplo especialmente significativo lo ofrece también la larga batalla judicial librada por el restaurante La Cour des miracles contra la negativa del alcalde de Collioure a autorizar la instalación de una terraza en el dominio público durante la temporada estival. Las sucesivas demandas presentadas ante el juez de medidas provisionales fueron todas rechazadas por vulnerar una libertad fundamental¹⁴⁰⁹ o por ser urgentes¹⁴¹⁰. Tras casi un año de procedimiento y una temporada turística perdida, el demandante tuvo por fin la idea de presentar una demanda basándose en el artículo L. 521-1. El juez de medidas provisionales del tribunal administrativo de Montpellier falló a su favor el 2 de julio de 2003, dictando la medida cautelar solicitada. El auto fue confirmado por una sentencia sobre el fondo de 20 de enero de 2004, que se convirtió en definitiva¹⁴¹¹.

Los litigantes y sus abogados tardaron varios años en comprender el carácter excepcional del procedimiento référé-liberté y el altísimo nivel de exigencia requerido. En los primeros años, muchas solicitudes no entraban claramente dentro de las competencias de este juez. Sin embargo, ahora se está produciendo un cambio¹⁴¹², como muestran las estadísticas: el número de solicitudes de medidas provisionales se ha estabilizado e incluso ha disminuido ligeramente, mientras que el número de otras solicitudes sigue aumentando, tanto sobre el fondo como en procedimientos sumarios.

338. Debido a las estrictas condiciones para la concesión de medidas cautelares, el procedimiento rara vez tiene éxito. Pocos solicitantes pueden demostrar que se encuentran en una situación excepcional que permita utilizar este procedimiento. Por término medio, las condiciones establecidas en el artículo L. 521-2 sólo se cumplen en el 5% de los casos¹⁴¹³. Estas cifras pueden compararse con las del recurso de inconstitucionalidad alemán y el recurso de *amparo* español. En 1999, el porcentaje de éxito fue del 2,6% en Alemania¹⁴¹⁴ y del 4% en

1402 M. Guyomar y P. Collin, cron. bajo CE, Secc. 30 octubre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, *AJDA* 2001, p. 1056.

1403 Véase, por ejemplo, en relación con una violación de la libertad sindical, CE, 31 de agosto de 2001, *Fédération CFTC Santé-sociaux et autres*, *Lebon T.* p. 1104.

1404 G. Bachelier, "Le référé-liberté", *RFDA* 2002, p. 268.

1405 CE, ord. 9 febrero 2001, *Philippart y Lesage*, n° 230112.

1406 CE, Secc. 28 de febrero de 2001, *Philippart et Lesage*, *Lebon* p. 112.

1407 CE, Secc. 18 de enero de 2001, Morbelli, maire de la Commune de Venelles, *Lebon* p. 18.

1408 CE, 5 de marzo de 2001, *Saez*, *Lebon* p. 117, *Coll. ter.* julio de 2001, pp. 4-6, concl. L. TOUVET.

1409 CE, ord. 16 de septiembre de 2002, *Société EURL La Cour des miracles*, *Lebon T.* p. 314.

1410 CE, ord. 19 de marzo de 2003, *Société EURL La Cour des miracles*, n° 255191.

1411 Cf. F. LICHERE, Note sous TA Montpellier, ord. 2 juillet 2003, *EURL La Cour des miracles*, *LPA* 8 novembre 2004, n° 223, pp. 8-10.

1412 Normalmente, ha sucedido que un demandante inicia una référé-liberté y luego, incluso antes de que el juez se haya pronunciado, cambia de opinión e indica su intención de remitir el asunto al juez en una fecha posterior sobre la base del artículo L. 521-1 (véase CE, ord. 31 enero 2005, *Ferreira Nobre*, n° 277028).

1413 No obstante, si incluimos los casos en los que se satisface al demandante retirando o desestimando el caso, el número de casos en los que se satisface al demandante asciende al 10%. Véase el apartado 466.

1414 Cf. A. DITTMANN, "Le recours constitutionnel en droit allemand", *CCC* n° 10, 2001, p. 77.

España¹⁴¹⁵ .

En la medida en que las condiciones para la concesión de medidas cautelares se cumplen muy raramente, las solicitudes por este motivo casi nunca prosperan. Sólo una ínfima parte de los solicitantes obtienen satisfacción por esta vía. Habida cuenta de la escasa proporción de solicitudes que reúnen las condiciones de aplicación del artículo L. 521-2, cabe cuestionarse la utilidad misma de este procedimiento. ¿No habría que concluir que este recurso jurídico carece de utilidad práctica debido al escaso número de aplicaciones positivas del mismo en la jurisprudencia administrativa? Se podría caer en la tentación de llegar a tal conclusión a la vista del escaso número de casos en los que el procedimiento *référé-liberté* se utiliza con éxito. Sin embargo, esto sería malinterpretar la filosofía que subyace a este procedimiento. Las condiciones para la concesión de medidas cautelares no son triviales y no se pretende que se cumplan con frecuencia. El procedimiento *référé-liberté* no tendría sentido si *no se* utilizara nunca. Pero, en realidad, *rara vez se utiliza*. Y ese es precisamente su propósito. Las situaciones para las que puede utilizarse son graves y sólo se dan en la práctica muy excepcionalmente. Cuando se produce una situación de este tipo, el procedimiento de *référé-liberté* garantiza a los litigantes una respuesta rápida y eficaz acorde con la gravedad de la situación. Para responder a situaciones excepcionales, el legislador ha previsto un procedimiento que es en sí mismo excepcional¹⁴¹⁶ .

1415 Cf. C. RUIZ MIGUEL, "L'*amparo* constitutionnel en Espagne: droit et politique", CCC n° 10, 2001, p. 96.

1416 Esta relación no tiene nada de convencional. En general, la gravedad de una situación exige y justifica apartarse de las normas habituales. En las sociedades humanas, es apartándose de la normalidad como se responde a las situaciones más graves.

Parte II

Protección jurídica rápida y eficaz

"(...) la situación era grave, pero ¿qué demostró?
Demostró que eran necesarias medidas aún más excepcionales".1417

339. En el ámbito de las libertades, la eficacia de un procedimiento se mide por la inmediatez y el vigor de la respuesta judicial. Como ha señalado Jean Rivero, "la protección de las libertades sólo es eficaz si asegura su ejercicio efectivo, bien previniendo las amenazas que pesan sobre ellas, bien, si han sido vulneradas, restableciendo con urgencia la libertad conculcada"¹⁴¹⁸. En este ámbito, "la protección efectiva es aquella que, tan pronto como se ha cometido una infracción, logra detener sus efectos y restablecer los derechos de la persona a la que se le han arrebatado"¹⁴¹⁹. Así pues, cuando una persona es víctima de una violación grave y manifiestamente ilícita de sus libertades fundamentales, el legislador ha querido que el juez pueda intervenir muy rápidamente para poner fin a la misma. Es con este único objetivo que se ha definido todo el régimen procesal de las medidas cautelares (référé-liberté)¹⁴²⁰. Dado que la finalidad del artículo L. 521-2 es "poner fin muy rápidamente a situaciones que atentan contra las libertades fundamentales"¹⁴²¹, todo el sistema está orientado a la protección inmediata de las personas víctimas de actos que atentan contra las libertades fundamentales.

Esta búsqueda de eficacia ha justificado apartarse de los principios más arraigados del contencioso administrativo, en particular por lo que se refiere a la remisión de los asuntos al órgano jurisdiccional, a las condiciones de su intervención y a las competencias de que dispone. Dada la gravedad de las infracciones de que se trata, se ha considerado necesario apartarse de normas que, si bien están justificadas en otros ámbitos, comprometerían la protección de las libertades en este caso¹⁴²². El resultado es un procedimiento atípico, que en muchos aspectos queda fuera de las clasificaciones tradicionales¹⁴²³. La cuestión de la eficacia del procedimiento y la de su naturaleza están estrechamente vinculadas. En efecto, el procedimiento sumario tiene una naturaleza tan especial porque su objetivo es lograr una eficacia óptima para poner remedio inmediato a una situación inaceptable. La originalidad del mecanismo es consecuencia del objetivo perseguido cuando se introdujo. Es la importancia de los derechos y libertades en cuestión y, más aún - porque la presencia de una libertad fundamental no basta por sí sola para justificar un alejamiento de los principios tradicionales del contencioso - la gravedad de la situación lo que justifica la adaptación de los mecanismos procesales tradicionales y el refuerzo del nivel de protección.

340. Las disposiciones que regulan el procedimiento de référé-liberté figuran en los dos primeros títulos del Libro V del Código de Justicia Administrativa. Sin embargo, el Conseil d'Etat ha descartado la aplicación del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos a este procedimiento.

Las medidas cautelares (référé-liberté) están sujetas en parte a las normas generales aplicables a todos los procedimientos de medidas cautelares urgentes, y en parte a normas específicas, estando justificadas las adaptaciones de que se beneficia por la finalidad particular de este procedimiento. Por su propia naturaleza, las medidas cautelares se rigen por las normas procesales aplicables a todos los procedimientos de medidas cautelares urgentes, que naturalmente incluyen las aplicables a todos los procedimientos de medidas cautelares¹⁴²⁴. Para definir estas normas, la opción adoptada por los redactores del texto fue tomar como modelo el procedimiento

1417 A. CAMUS, *La Peste*, 1947, ed. Gallimard, coll. Folio, 1972, p. 146.

1418 J. RIVERO, "Dualité de juridictions et protection des libertés", *RFDA* 1990, p. 736.

1419 J. RIVERO, Prefacio a la tesis de S. TSIKLITRAS, *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire*, LGDJ, coll. BDP, t. 155, 1991, p. XV.

1420 El término procedimiento se utiliza aquí en sentido amplio. De acuerdo con la etimología de la palabra (*procedere*, "seguir adelante"), se refiere al proceso que va desde el inicio del procedimiento hasta el final del mismo. Abarca la interposición, instrucción y resolución de los recursos, los poderes del juez y los recursos disponibles contra sus decisiones.

1421 R. GARREC, Informe del Senado n° 380, p. 49.

1422 Este enfoque se basaba en un precedente. En efecto, al instituir el procedimiento *déféré-liberté*, el legislador había confirmado "la necesidad de sustraer la protección de las libertades al derecho común del contencioso administrativo y a los retrasos que puede acarrear" (J. RIVERO, "Dualité de juridictions et protection des libertés", *RFDA* 1990, p. 737).

1423 Las especificidades de la *référé-liberté* justificarán una reflexión transversal sobre la naturaleza del procedimiento instaurado. Las cuestiones se referirán esencialmente al tipo de procedimiento al que pertenece y a la determinación de la categoría a la que pertenece dentro de la estructura del contencioso administrativo y de las grandes clasificaciones del derecho procesal.

1424 Las normas aplicables a todos los procedimientos sumarios no están muy desarrolladas en el Código de Justicia Administrativa, ya que su parte legislativa sólo contiene dos disposiciones (artículos L. 511-1 y L. 511-2), y su parte reglamentaria no contiene ningún artículo. Las normas relativas específicamente al procedimiento sumario urgente figuran en el Título II del Libro V. Véase M. COURTIN, "Référé en urgence", *Jcl. Justicia administrativa*, fasc. 1093 (8, 2003).

civil sumario, cuyo "procedimiento es razonablemente sencillo, rápido y exento de excesivos formalismos"¹⁴²⁵, y adaptar sus principios a las características específicas del contencioso administrativo. Este enfoque no tiene nada de extraño, en la medida en que el Derecho judicial privado ha sido siempre una fuente de inspiración privilegiada para la elaboración de las normas del contencioso administrativo¹⁴²⁶, en particular en el ámbito del procedimiento sumario¹⁴²⁷. Sin embargo, las normas de procedimiento civil no han podido transponerse sin cambios a los procedimientos administrativos, debido a las diferencias existentes en "la naturaleza de los litigios planteados ante los dos órdenes jurisdiccionales y la forma en que se litigan"¹⁴²⁸. Estas especificidades han justificado ciertas adaptaciones consideradas necesarias¹⁴²⁹. Además de esta "ley general" sobre medidas provisionales urgentes, se han establecido normas específicas para las medidas provisionales. Estas normas específicas se han definido teniendo en cuenta la finalidad particular de las medidas cautelares: poner fin muy rápidamente a situaciones que implican graves violaciones de las libertades fundamentales. Por lo tanto, se han añadido elementos para facilitar y acelerar la presentación, instrucción y resolución de las solicitudes. Además, el procedimiento de medidas provisionales difiere de otros procedimientos de medidas provisionales urgentes en cuanto a los recursos disponibles contra la decisión del tribunal de primera instancia. Desde el punto de vista de las normas procesales, la solicitud sumaria de medidas provisionales es, por tanto, excepcional en dos aspectos. En primer lugar, como procedimiento judicial, pertenece a la categoría de los procedimientos sumarios. Como tal, se beneficia de un régimen que deroga el Derecho común de los procedimientos contenciosos, justificado por la necesidad de tener en cuenta la urgencia¹⁴³⁰. En segundo lugar, se trata de una excepción dentro de la categoría de los procedimientos sumarios, debido a las normas especiales que se le aplican y que lo distinguen de otros procedimientos sumarios.

En la sentencia *Casanovas* de 28 de febrero de 2001, el Conseil d'Etat dictaminó que las disposiciones de los artículos 6-1 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no eran aplicables al procedimiento de référé-liberté. En este caso, el demandante impugnaba la convencionalidad del procedimiento de selección regulado por los artículos L. 522-3 y L. 523-1 del Código de Justicia Administrativa. La Sala declaró que estas disposiciones, "habida cuenta del carácter provisional de las medidas que puede adoptar el juez de medidas provisionales, no son incompatibles con las estipulaciones" invocadas¹⁴³¹. Así pues, para el Consejo, el procedimiento sumario no entra

1425 P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides. Référé, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, 2^{ème} ed, Litec, 1998, p. 49.

1426 Véase B. PACTEAU, "Dualité de juridictions et dualité de procédures", *RFDA* 1990, pp. 66-70; R. CHAPUS, "De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile", *EDCE* núm. 29, 1977-1978, pp. 11-65; F. MELLERAY, "L'exorbitance du droit du contentieux administratif", en *L'exorbitance du droit administratif en question*, colloque des 11 et 12 décembre 2003, Poitiers, LGDJ, 2004, pp. 277-310. El Comisario del Gobierno Kahn afirmó que "cuando se trata de una técnica probada por siglos de práctica judicial", el Conseil d'Etat no "se desentiende de los principios por la única satisfacción de afirmar una independencia que nadie piensa en impugnar" (concl. Kahn sur CE, Sect., 13 de mayo de 1970, *Lebon* p. 334).

1427 Desde su introducción en el procedimiento contencioso administrativo, el procedimiento civil sumario es una referencia obligada para el Conseil d'Etat. Cuando su aplicación plantea una dificultad sin precedentes ante los tribunales administrativos, los comisarios del Gobierno acuden al derecho judicial privado en busca de respuestas. Como afirmó M. Chardeau, "en este nuevo ámbito del procedimiento sumario para los tribunales administrativos, es preferible alinearse con la mayor experiencia de los tribunales" (J. CHARDEAU, concl. sobre CE, Secc. 13 de julio de 1956, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction c/ Piéton-Guibout*, *AJDA* 1956, II, p. 322). Del mismo modo, M. Lasry declaró que "en este nuevo ámbito del procedimiento sumario para los tribunales administrativos, no cabe duda de que su jurisprudencia naciente debe alinearse en la medida de lo posible con la que es fruto de una mayor experiencia de los tribunales judiciales" (concl. sobre CE, 15 de julio de 1957, *Ville de Royan*, *RDP* 1958, p. 109). Los comisarios del gobierno se basaron explícitamente en el derecho judicial privado para determinar la naturaleza del juez de medidas provisionales - una emanación del tribunal, y no una jurisdicción separada (concl. CHARDEAU op. cit.; concl. LASRY op. cit.), y para definir los conceptos de "urgencia", "litigio grave" o "perjuicio al comitente" (concl. GREVISSE sobre CE, Secc. 14 de marzo de 1958, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement*, *AJDA* 1958, II, pp. 186-190) o reconocer al juez de medidas provisionales la posibilidad de revocar su decisión inicial en caso de nuevas circunstancias (concl. M. LONG sobre CE, Secc., 12 de octubre de 1956, *Saporta*, *AJDA* 1956, II, pp. 410-412).

1428 "Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence", *RFDA* 2000, p. 953. El procedimiento sumario ante el juez civil es muy a menudo la primera confrontación de pretensiones antagónicas expresadas por particulares, actuando ambos en el marco de la autonomía de la voluntad. El contencioso administrativo, por el contrario, no supone una confrontación entre dos intereses privados, sino que se refiere a decisiones adoptadas en interés general y que gozan de presunción de legalidad. El acto o la actuación administrativa es o bien el resultado de una prerrogativa del poder público, o bien la respuesta a una solicitud previa del constituyente proporcionada por la autoridad pública con arreglo a un procedimiento determinado por la ley.

1429 Si bien el objetivo de la ley era "dotar a la resolución del tribunal administrativo en casos urgentes de una eficacia comparable a la de la resolución del tribunal civil en procedimientos sumarios", la exposición de motivos precisaba que esta transposición debía realizarse "teniendo en cuenta las características específicas del contencioso administrativo".

1430 Véase, en el derecho anterior, la distinción entre el "procedimiento especial" del sumario y "el procedimiento ordinario ante los tribunales administrativos": CE, 19 de abril de 1972, *Département de la Haute-Loire*, *Lebon* p. 297.

1431 CE, Secc. 28 de febrero de 2001, *Casanovas*, *Lebon* p. 108; fórmula repetida en particular en CE, 19 de octubre de 2001, *SCI du Clos*, n° 234090. Para un razonamiento que declara expresamente inoperante el motivo basado en la violación de las disposiciones del tratado, véase CE, 29 de octubre de 2003, *Commune du Ferré*, n° 257586: "Considerando que,

en el ámbito de aplicación de estas disposiciones debido al carácter provisional de las medidas adoptadas por el juez. Esta solución parece coherente con la jurisprudencia administrativa y europea consolidada, que vincula la aplicación de estas disposiciones al carácter definitivo de las medidas ordenadas¹⁴³². Este considerando se basa en la redacción del artículo L. 511-1 del Código de Justicia Administrativa, que establece que "El juez de medidas provisionales resolverá mediante medidas provisionales". La solución adoptada y su razonamiento no plantean dificultades en lo que respecta a la suspensión cautelar y las medidas cautelares provisionales. Las medidas adoptadas sobre la base de los artículos L. 521-1 y L. 521-3 tienen innegablemente un carácter provisional y no afectan al fondo de la ley. En cambio, su aplicación a las medidas cautelares (*référé-liberté*) es discutible¹⁴³³.

341. Mediante las disposiciones del artículo L. 521-2, "el legislador ha querido que el juez de medidas cautelares pueda poner fin muy rápidamente a una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental que afecte a la situación de dicha libertad o a los intereses que pretende proteger"¹⁴³⁴. Para poder intervenir *muy rápidamente*, es decir, desde el momento en que se produce la infracción, la ley ha dado al juez la posibilidad de una intervención inmediata. Para que el juez pueda *poner fin* a esta situación, se le han otorgado amplios poderes que hacen que su intervención sea muy eficaz. El procedimiento establecido, basado en la rapidez y la búsqueda de la eficacia, permite a la víctima de una infracción obtener muy rápidamente el cese de la conducta infractora.

habida cuenta del carácter provisional de las medidas que puede ordenar el juez de medidas provisionales, el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no es aplicable al procedimiento de que se trata; que el motivo basado en la violación del mismo debe ser desestimado".

¹⁴³² Las garantías del artículo 6 están destinadas a aplicarse a un tribunal que resuelve un "litigio". El hecho de resolver el litigio se manifiesta por la resolución de la controversia que dio lugar al procedimiento. Esto excluye, por tanto, los procedimientos no decisorios, es decir, los que no tienen por objeto directo que se decida el litigio relativo a los derechos y obligaciones civiles. Según el Tribunal de Estrasburgo, el artículo 6-1 "no es aplicable a los procedimientos de carácter cautelar que tienen por objeto la adopción de medidas cautelares. Estos procedimientos tienen por objeto regular una situación temporal *en espera de una decisión en el procedimiento principal* y, por lo tanto, no pretenden que se decida sobre derechos y obligaciones civiles" (TEDH, *Carreira contra Portugal*, nº 41237/98, énfasis añadido). En el estado anterior de la legislación, el Conseil d'Etat había considerado, de conformidad con la jurisprudencia europea (véanse las referencias citadas en B. LE BAUT-FERRARESE, "Les procédures d'urgence et le langage du droit", *RFDA* 2002, p. 312, nota 197), que los procedimientos sumarios y las suspensiones de ejecución quedaban fuera del ámbito de aplicación del artículo 6-1 (véase respectivamente CE, 11 de marzo de 1996, *SCI du domaine des Figuières*, *Lebon* p. 71; y CE, 14 de diciembre de 1992, *Lanson*, *Lebon* T. p. 1217, *RFDA* 1993, p. 791, concl. S. LASVIGNES). Con la sentencia *Casanovas*, el Conseil transpuso esta solución al procedimiento sumario de urgencia instituido por la ley de 30 de junio de 2000.

¹⁴³³ En primera instancia, el juez de medidas provisionales se pronuncia sobre una cuestión de derecho. Se pronuncia sobre el fondo del derecho. Mientras que el juez de *l'excès de pouvoir* censura las ilegalidades "ordinarias", es decir, las que pueden ser groseras o evidentes pero no necesariamente lo son, el juez de *référé-liberté* sólo sanciona las ilegalidades "manifiestas". Se pronuncia sobre el fondo del derecho; evalúa, en cuanto al fondo, la legalidad de un acto o de una acción administrativa (sobre este punto, véase *supra*, §§ 277-279). En segundo lugar, la intervención del juez de medidas provisionales es determinante para los derechos y obligaciones de carácter civil. El juez del artículo L. 521-2 no se limita a adoptar medidas provisionales para las partes en espera de una sentencia sobre el fondo. Constituye un recurso autónomo de pleno derecho, independiente y, en cualquier caso, no condicionado a ningún recurso sobre el fondo. Las medidas que prescribe son de carácter permanente (véase *infra*, § 502 y ss.). No obstante, la jurisprudencia europea considera que las medidas de urgencia que permiten resolver el litigio sobre el fondo son directamente determinantes para los derechos civiles en el sentido del artículo 6 del Convenio (véase TEDH, 28 de junio de 1978, *König c/ Alemania*, *Cahiers de droit européen* 1979, p. 474, nota de G. Cohen-Jonathan). Por lo tanto, esta disposición les es aplicable, como ha dictaminado el Conseil d'Etat en relación con las medidas cautelares contractuales (CE, Ass. 10 de junio de 1994, *Commune de Cabourg*, *Lebon* p. 301, concl. S. LASVIGNES) y las medidas cautelares audiovisuales (CE, 25 de noviembre de 1994, *Société "La Cinq"*, *Lebon* p. 511). Por lo tanto, sería concebible reservar un destino diferente a la *référé-liberté* entre los procedimientos de medidas cautelares urgentes y someterla, al igual que la *référé précontractuel* y la *référé audiovisuel*, a las disposiciones del artículo 6-1.

¹⁴³⁴ CE, ord. 12 de noviembre de 2005, *Association SOS racisme - touche pas à mon pote*, *Lebon* p. 496; CE, ord. 4 de abril de 2006, *Bidalou*, nº 291948.

Título I

Posibilidad de intervención inmediata

342. "Para ser eficaces, los medios de defensa de las libertades públicas deben ser fáciles, rápidos y baratos"¹⁴³⁵. Esta frase tan citada de Gaston Jèze se refiere al concepto de libertad pública. Sin embargo, puede aplicarse con igual facilidad a los casos de violación grave y manifiestamente ilícita de las libertades fundamentales contempladas en el artículo L. 521-2. En tales casos, la utilidad de la intervención del órgano jurisdiccional depende sobre todo de la facilidad con que se le puede plantear el asunto y de la rapidez con que puede reaccionar. Cuando el demandante invoca las disposiciones del artículo L. 521-2 y, en consecuencia, alega la existencia de tal infracción, la ley organiza en su beneficio un acceso más fácil a la justicia y el pronunciamiento muy rápido de una resolución. El resultado es una flexibilidad procesal a la hora de interponer un recurso y una rapidez extrema a la hora de dictar una resolución: las solicitudes se investigan y juzgan en cuestión de días, o incluso de horas, a partir del registro de la solicitud. Al establecer excepciones a las normas procesales ordinarias para simplificar y agilizar el procedimiento, el sistema de référé-liberté ofrece a los litigantes los medios para obtener una resolución rápida en condiciones que no son restrictivas ni costosas.

Capítulo 1

Un juez accesible

343. La intención del legislador era que el procedimiento de référé-liberté fuera fácilmente accesible desde un punto de vista procesal. Cuando una persona alega ser víctima de una violación grave y manifiestamente ilícita de sus libertades fundamentales, se han suprimido o adaptado las normas tradicionales del procedimiento contencioso administrativo susceptibles de obstaculizar la interposición de un recurso disuadiendo, ralentizando o impidiendo actuar al demandante. Así pues, las normas de competencia y admisibilidad se han definido con vistas a facilitar la interposición de un recurso. De este modo, por una parte, el juez de medidas provisionales es un juez fácilmente accesible por su proximidad a los demandantes. Por otra parte, se han flexibilizado las normas de admisibilidad de las demandas. En consecuencia, los justiciables tienen un acceso más fácil, y por tanto más rápido, al juez de medidas provisionales. Una persona que considere que sus libertades fundamentales han sido gravemente vulneradas podrá acceder muy rápidamente a este juez para explicar su situación y exponer sus pretensiones.

Sección 1: Un juez próximo al demandante

344. El profesor Drago ha afirmado que "en el caso de recursos relativos a la vulneración de un derecho fundamental", el procedimiento "debe ante todo permitir el acceso a un juez próximo al ciudadano, al litigante"¹⁴³⁶. El legislador de 30 de junio de 2000 adoptó precisamente esta opción al asignar este contencioso a los tribunales administrativos. Las solicitudes de medidas provisionales se presentan ante un

¹⁴³⁵ G. JEZE, "Rapport à l'Institut international de droit public", *Annuaire de l'Institut*, 1929, p. 176.

¹⁴³⁶ G. DRAGO, "Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens", *Dr. adm.* 2004, Etudes n° 11, p. 10.

tribunal administrativo geográficamente próximo al solicitante.

I. Un juez administrativo

345. El procedimiento de référé-liberté es competencia de los tribunales administrativos. Sólo los litigios que son competencia habitual de este tribunal están sujetos al procedimiento establecido en el artículo L. 521-2.

A. El interés de un juez administrativo

346. Para el demandante, la competencia del tribunal administrativo significa, ante todo, la intervención de un órgano judicial. El demandante se beneficia de la seguridad de que su reclamación será examinada con todas las garantías que conlleva la intervención de un órgano de esta naturaleza. Aunque algunos mecanismos no judiciales como el Médiateur de la République pueden, en determinadas circunstancias, ser eficaces en el ámbito de las libertades¹⁴³⁷, ninguno de ellos ofrece garantías equivalentes a un recurso judicial¹⁴³⁸. "A lo largo de la historia, siempre se ha avanzado de lo no judicial a lo judicial. En un principio, las protecciones eran no jurisdiccionales, para luego adquirir gradualmente un carácter jurisdiccional. Desde una perspectiva histórica, la revisión judicial parece ser más eficaz y más segura que la revisión no judicial"¹⁴³⁹. Esta forma de revisión es, de hecho, "la culminación de un movimiento para que la administración esté más sujeta al cumplimiento de la ley"¹⁴⁴⁰. Ninguna técnica de protección no judicial puede igualar o sustituir la intervención de un juez. En un Estado de Derecho, el juez sigue siendo "un defensor insoslayable e insustituible de nuestras libertades"¹⁴⁴¹.

La superioridad del juez en este ámbito no procede de las cualidades personales de los hombres que ejercen estas funciones, sino de la naturaleza misma de la institución que es el tribunal. Como ha señalado el Sr. Fleiner, "un juez sólo es reconocido por motivar racionalmente sus decisiones, es decir, de forma comprensible para terceros. Con la imparcialidad que es su deber, debe decidir cuál de los argumentos expuestos por las partes le convencerá"¹⁴⁴². Resuelve el litigio que se le somete de forma objetiva y conforme al Derecho aplicable, y obliga a su cumplimiento en virtud de la fuerza ejecutiva de sus resoluciones. Evidentemente, "en ningún lugar el recurso ofrece más garantías que ante un órgano debida y estrictamente jurisdiccional"¹⁴⁴³.

347. En segundo lugar, la jurisdicción de los tribunales administrativos ofrece la ventaja de un juez que, por su

1437 Sobre estos mecanismos, véase P. Wachsmann, *Libertés publiques*, 4^{ème} ed, Dalloz, coll. Cours, 2002, p. 190 y ss. Véase también B. DELAUNEY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, coll. BDP, t. 172, 1993, III^e part.

1438 Esto explica por qué la popularidad del sistema no judicial en Francia fue efímera. El fenómeno se desarrolló en los años 70 y 80 con la introducción de nuevas técnicas alternativas de protección de las libertades inspiradas en el modelo escandinavo del *Defensor del Pueblo*. Sin embargo, el entusiasmo por estas nuevas formas de control fue "un poco una moda pasajera" (C. DEBBASCH, Introducción al coloquio "Contrôle juridictionnel et nouvelles protections", *AEAP* 1983/VI, p. 12) y en la práctica se apagó rápidamente. Para una presentación del fenómeno, véase J. WALINE, "L'évolution du contrôle de l'administration depuis un siècle", *RDP* 1984, pp. 1327-1349; J.-C. HELIN, "La protection du citoyen contre l'administration. Réflexions sur l'évolution contemporaine des voies de la protection", *LPA* 23 de noviembre de 1990, n° 141, pp. 9-17.

1439 J.-M. PONTIER, "Contrôle juridictionnel et nouvelles protections en France", *AEAP* 1983/VI, p. 60.

1440 C. DEBBASCH, *op. cit.*, p. 11. En primer lugar, la evolución consistió en pasar de un control administrativo interno en la administración, es decir, un control ejercido por la administración sobre sí misma, a un control confiado a un órgano externo a la administración. A continuación, la evolución consistió en pasar de una forma de justicia en la que el juez sólo emite un dictamen para el ejecutivo, a una forma de justicia delegada en un juez, es decir, un juez con poder de decisión final. Por último, los tribunales han perfeccionado sus técnicas de control: de un control puramente externo de la acción administrativa, se ha pasado a un control interno de la legalidad.

1441 J.-P. COSTA, "Le juge et les libertés", *Pouvoirs* n° 84, 1998, p. 87.

1442 T. FLEINER, "Quelques réflexions sur le discours contemporain des droits de l'homme", en *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, PUS, 2001, p. 239.

1443 P. MERTENS, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 1973, p. 75. En el mismo sentido, el decano Favoreu señaló que "la protección de los derechos humanos sólo está verdaderamente garantizada si se confía a los tribunales" (L. FAVOREU, "Quelques considérations sur les droits de l'homme", en *Separata del libro. Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, p. 675). Véase también N. BACCOUCHE, "La justice comme nécessaire garant des libertés", en *Justice et démocratie. Entretiens d'Aguesseau*, conferencia de Limoges, 21-22 de noviembre de 2002, Pulim, 2003, pp. 171-188.

conocimiento de la administración, es más capaz de detectar cuándo ésta se ha comportado mal. Si, como señalaba el decano Vedel, el problema es "determinar el juez que, técnicamente, estará mejor capacitado para resolver problemas contenciosos de tal o cual naturaleza"¹⁴⁴⁴, es un hecho que el juez administrativo está mejor situado que el juez judicial para resolver los litigios derivados del funcionamiento de la maquinaria administrativa. Está "técnicamente mejor dotado que éste para apreciar correctamente la pertinencia jurídica y la regularidad del comportamiento administrativo"¹⁴⁴⁵. Los jueces están totalmente de acuerdo con esto. Por ejemplo, el Sr. de Lacoste, consejero del Tribunal de Casación, declaró que "cuando se trata de juzgar a la administración, los jueces administrativos están (...) infinitamente mejor equipados que los jueces del poder judicial"¹⁴⁴⁶. Los jueces administrativos deben este nivel superior de competencia a su formación y a su práctica. En virtud de su formación y de su actividad profesional, "tiene una oportunidad más evidente que el juez judicial de adquirir conocimientos sobre la organización y el funcionamiento de las instituciones públicas y, por tanto, sobre lo que puede considerarse "normal" o, por el contrario, "anormal" en su comportamiento"¹⁴⁴⁷. El juez administrativo "está naturalmente más familiarizado con los mecanismos y prácticas institucionales o procedimentales de la administración, mucho menos impenetrables para él que para su homólogo judicial"¹⁴⁴⁸. Está en condiciones de detectar las actuaciones irregulares de la autoridad pública y, por tanto, de distinguir las situaciones ilegales de las que no lo son: "familiarizado con los vericuetos de la acción administrativa, el juez administrativo puede, más fácilmente que el juez judicial, identificar las decisiones y los comportamientos públicos que atentan contra las libertades"¹⁴⁴⁹.

348. En tercer lugar, como órgano jurisdiccional ordinario, la jurisdicción contencioso-administrativa dispone de un ejército de jueces al servicio de los justiciables. Su dotación de personal le permite responder rápidamente a las reclamaciones presentadas por los demandantes en este ámbito. Por el contrario, un tribunal constitucional no podría tratar un volumen tan elevado de asuntos en condiciones satisfactorias. Compuestos por un número reducido de jueces, estos tribunales "no están en condiciones - cualquiera que sea su buena voluntad y la eficacia de las medidas de filtro establecidas - de pronunciarse sobre los numerosos recursos (más de cinco mil cada año en España y en la RFA) interpuestos por los particulares por violación de sus derechos fundamentales"¹⁴⁵⁰. Los tribunales constitucionales no disponen de personal suficiente para tratar los litigios relativos a las infracciones administrativas de las libertades. Al borde de la asfixia, los tribunales constitucionales se ven obligados a hacer una selección entre los miles de recursos que se les presentan y, de hecho, sólo se pronuncian sobre el fondo de una pequeña parte de ellos¹⁴⁵¹. La situación es tal "que en ambos países se han estudiado las condiciones para reducir este flujo: una de las soluciones preconizadas en España es remitir el mayor número posible de asuntos a los tribunales administrativos y judiciales"¹⁴⁵². En Francia, el hecho de que los tribunales administrativos sean competentes para conocer de las solicitudes de medidas cautelares constituye una garantía considerable para los litigantes. Tradicionalmente, la competencia de este tribunal se extiende a todos los litigios que suelen remitirse a los tribunales administrativos.

B. Determinación de la competencia por razón

1444 G. VEDEL, *Droit administratif*, 2^{ème} ed, PUF, 1960, p. 67.

1445 J.-C. RICCI, "Feu sur la voie de fait?", *RRJ* 1998/1, p. 11.

1446 O. de LACOSTE, contribución al debate en *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique*, colloque des 11 et 12 mai 1990 (CERAP dir.), *Economica* 1991, p. 214.

1447 M.-A. LATOURNERIE, "Réflexions sur l'évolution de la juridiction administrative française", *RFDA* 2000, p. 928.

1448 E. PICARD, "Dualismo jurídico y libertad individual. Le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle", en *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique*, colloque des 11 et 12 mai 1990 (CERAP dir.), *Economica*, 1991, p. 178.

1449 J. RIVERO, "Dualité de juridictions et protection des libertés", *RFDA* 1990, p. 737.

1450 L. FAVOREU, "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *D.* 2001, p. 1744.

1451 El Tribunal Constitucional responde a esta afluencia con una selección discrecional de los recursos: más del 80% de las solicitudes se rechazan sin pronunciarse sobre el fondo de la demanda. Como observa M. Pfersmann, "las subsecretarías del Tribunal Constitucional en cuestión pueden decidir (...) sin motivar o basándose en una motivación totalmente estereotipada" (O. PFERSMANN, "Le recours direct entre protection juridique et constitutionnalité objective", *CCC* n° 10, 2001, p. 69). La selección de los recursos pasa a ser discrecional. El Tribunal Constitucional elige ad hoc los recursos que merecen ser examinados. Así, en Austria, el tribunal está "facultado, dentro de un determinado marco, para rechazar la tramitación del recurso según su propio criterio, es decir, para "filtrar" en función de la pertinencia constitucional" (G. KUSKO-STADLMAYER, "Les recours individuels devant la Cour constitutionnelle en droit constitutionnel autrichien", *CCC* n° 10, 2001, p. 82). Sobre este tema, véase S. NICOT, *La sélection des recours par la juridiction constitutionnelle*, LGDJ, 2006, 467 p.

1452 L. Favoreu, *op. cit.* p. 1744.

de la materia

349. La competencia del juez de medidas provisionales se limita a los asuntos sobre los que el tribunal es competente en cuanto al fondo¹⁴⁵³. Como el juez de medidas provisionales no es más que una emanación del tribunal, su competencia material depende siempre del tribunal del que depende. En un considerando de principio, el Conseil d'Etat precisó que "el tribunal administrativo sólo puede conocer de un recurso que tenga por objeto la aplicación de uno de los procedimientos regulados por el Libro V del Código de Justicia Administrativa en la medida en que el litigio principal al que se refiera o pueda referirse la medida de urgencia que se le pide que prescriba no sea manifiestamente ajeno a la competencia del tribunal administrativo"¹⁴⁵⁴. En otras palabras, y de acuerdo con una regla clásica del Derecho procesal, la competencia en el procedimiento sumario sigue a la competencia sobre el fondo¹⁴⁵⁵. La competencia material se determina en función del litigio principal: el litigio al que se refiere o puede referirse en cuanto al fondo la solicitud de medida cautelar. Este litigio principal sólo puede ser un litigio eventual; la mayoría de las veces lo será en el caso de las medidas provisionales, ya que las solicitudes presentadas sobre la base del artículo L. 521-2 no son accesorias a una acción principal y no están condicionadas a la presentación de una acción sobre el fondo. El único requisito es que, en caso de que se presente una demanda, un tribunal administrativo sea competente para examinar la legalidad de la situación controvertida.

También hay que recordar que las reglas de competencia se aprecian con mayor flexibilidad en los procedimientos sumarios. En este ámbito, la regla de competencia se afirma como una simple potencialidad: la jurisprudencia sólo exige que la demanda no escape "manifiestamente" a la competencia del tribunal administrativo¹⁴⁵⁶. En estas circunstancias, el juez de medidas provisionales no tiene que examinar su competencia tan a fondo como lo haría en un recurso sobre el fondo. Puede pronunciarse sobre la solicitud de medidas provisionales si el litigio al que se refiere no escapa manifiestamente a la competencia del tribunal administrativo. La mera incertidumbre sobre la naturaleza del litigio principal basta para justificar su competencia. En tal caso, el tribunal tiene normalmente prohibido afirmar que no es competente.

En cambio, si el litigio es manifiestamente ajeno a un litigio que es competencia del tribunal administrativo, el juez de medidas provisionales debe declararse incompetente¹⁴⁵⁷. Ni la urgencia, ni el cuestionamiento de una libertad fundamental, ni el ejercicio de una potestad de cesación justifican la derogación de esta regla¹⁴⁵⁸. El juez de medidas provisionales debe declinar su competencia cuando el litigio sea definitivamente competencia de los tribunales. Por ejemplo, el juez no es competente para pronunciarse sobre una decisión del Recaudador General de Impuestos por la que se notifica al demandante el mantenimiento del procedimiento incoado contra él, ni sobre una notificación de tercera emitida con el fin de recuperar las sanciones a las que estaba sujeto a raíz de una regularización de los derechos de registro¹⁴⁵⁹. Del mismo modo, no es competente para pronunciarse sobre las condiciones de legalidad, impugnadas por el demandante, en virtud de las cuales éste fue sometido a encarcelamiento y vigilancia judicial durante el procedimiento de extradición incoado contra él¹⁴⁶⁰. Dado que el juez de menores había encargado a una asociación de protección de menores que llevara a cabo una investigación

1453 Conviene recordar que la competencia del juge administratif des référés podría haberse visto limitada por la exigencia de una violación de las libertades fundamentales por parte de la administración "en el ejercicio de sus competencias". Sin embargo, la redacción de esta disposición y su interpretación por el Conseil d'Etat han neutralizado su alcance (véase *supra*, § 326 y ss.).

1454 CE, 29 de octubre de 2001, *Raust, Lebon T. p. 1090*.

1455 Véase, en derecho anterior: CE, 16 de octubre de 1981, *Ministre de la Défense c/ Lassus, Lebon p. 584, AJDA 1981, p. 584*. Para el procedimiento civil, véase Civ. 18 de diciembre de 1872, *D.P. 1873, I, 129*; Civ. 31 de julio de 1889, *D.P. 1891, I, 323*; Civ. 22 de octubre de 1974, *D.S. 1975, IR p. 7*.

1456 CE, 29 de octubre de 2001, *Raust, Lebon T. p. 1090*; CE, ord. 20 de enero de 2005, *Commune de Saint-Cyprien, Lebon T. p. 1022*. Véase, en relación con el estado anterior del derecho: C. HUGLO, *La pratique des référés administratifs devant le tribunal administratif, la Cour administrative d'appel et le Conseil d'Etat*, Litec, 1993, n° 24.

1457 Véase, por ejemplo, en derecho anterior: CE, 15 de octubre de 1982, *Chambre de commerce et d'industrie de Marseille, Lebon p. 711*.

1458 Por analogía, cabe remitirse al dictamen del Conseil d'Etat de 13 de marzo de 1998, *Vindevogel (Lebon p. 78)* relativo a la facultad de requerimiento conferida al juez administrativo por la ley de 8 de febrero de 1995. Para la Sección, "la facultad conferida por la ley al juez administrativo de dictar órdenes conminatorias, eventualmente acompañadas de multas, contra personas jurídicas de derecho público u organismos de derecho privado encargados de la gestión de un servicio público, con el fin de garantizar la ejecución de sus decisiones, no le autoriza a hacer caso omiso de las normas que rigen el reparto de competencias entre las dos instancias jurisdiccionales".

1459 CE, 29 de octubre de 2001, *Raust, Lebon T. p. 1090*. El artículo L. 199 del Libro de Procedimientos Tributarios dispone que "En materia de derechos de registro (...), el tribunal competente es el tribunal de grande instance". Para el Conseil d'Etat, de estas disposiciones se desprende que "el litigio al que puede referirse la demanda del Sr. Raust queda claramente fuera de la competencia del tribunal administrativo".

1460 CE, ord. 30 de enero de 2003, *Smaali, n° 253668*.

sobre la situación de un menor, las decisiones adoptadas por este organismo no podían desvincularse del procedimiento judicial en curso y, por consiguiente, no eran competencia del juez de medidas provisionales¹⁴⁶¹. El juez tampoco puede conocer de los litigios relativos al contenido o a la redacción de los documentos del estado civil¹⁴⁶² ni apreciar la procedencia de una medida de hospitalización involuntaria¹⁴⁶³. El juez de medidas provisionales también debe declinar su competencia si el acto impugnado es competencia exclusiva del Consejo Constitucional¹⁴⁶⁴.

350. La competencia del tribunal administrativo se determina por referencia a las normas y criterios aplicados habitualmente por el Consejo de Estado¹⁴⁶⁵. En consecuencia, no se limita a los actos y actuaciones de los organismos públicos, sino que se extiende también a los de las personas jurídicas de derecho privado encargadas de una misión de servicio público. El artículo 4 del proyecto de ley se limitaba a hablar de "la administración". En aras de la precisión, y para coordinarse con otros textos aplicables al contencioso administrativo¹⁴⁶⁶, los diputados lo han sustituido por la expresión "una persona jurídica de derecho público o un organismo de derecho privado encargado de la gestión de un servicio público"¹⁴⁶⁷. Al volver a utilizar esta expresión en el artículo L. 521-2, la ley se limita a precisar que el acto o el comportamiento impugnado de este modo "debe ser competencia del tribunal administrativo, que el legislador no ha querido extender más allá de sus límites normales"¹⁴⁶⁸. Por consiguiente, si los actos y comportamientos de los particulares responsables de la gestión de un servicio público pueden ser competencia del juez de medidas provisionales, es únicamente si cumplen los criterios establecidos en la jurisprudencia¹⁴⁶⁹.

Para identificar la existencia de una entidad pública - o la de una entidad de derecho privado encargada de gestionar un servicio público - el juez no se limita a las apariencias y restituye la verdadera naturaleza de los actos controvertidos¹⁴⁷⁰. De este modo, cuando el acto en cuestión ha sido realizado por un particular a instancias de una persona pública, el juez administrativo en procedimiento sumario se reconoce competente para conocer del mismo. Este enfoque, que pretende hacer prevalecer la realidad sobre las apariencias, puede ilustrarse con el auto *FN IFOREL* de 19 de agosto de 2002¹⁴⁷¹. En este caso, el centro de congresos de Annecy había sido arrendado por la Communauté d'agglomération a una sociedad privada, Impérial Palace. El 8 de julio de 2002, esta empresa firmó un contrato de alquiler con IFOREL - una asociación próxima al FN - para organizar la universidad de verano del partido del 26 al 30 de agosto de 2002. El 5 de agosto de 2002, Impérial Palace rescindió el contrato tras recibir un requerimiento del Presidente de la Communauté d'agglomération. Basándose en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, el tribunal de primera instancia estimó que el perjuicio alegado por los demandantes se derivaba únicamente de la decisión de resolver el contrato adoptada por Impérial Palace. Al considerar que se trataba de un litigio de Derecho privado, declinó su competencia para conocer del asunto. En apelación, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat se declaró competente para conocer del asunto.

1461 CE, ord. 12 de mayo de 2003, *Pichaut*, n° 256729.

1462 CE, ord. 4 de febrero de 2005, *Bellarbi*, n° 277213.

1463 CE, ord. 3 de marzo de 2003, *Portmann*, n° 254625; CE, ord. 27 de noviembre de 2003, *Association française contre l'abus psychiatrique*, n° 261947. Sin embargo, de conformidad con la jurisprudencia establecida, debe declararse competente para evaluar la legalidad de esta medida (CE, ord. 14 de octubre de 2004, *Arre*, no. 273047).

1464 Véase, por ejemplo, el decreto por el que se convoca a los miembros elegidos del Alto Consejo de los Franceses en el Extranjero: CE, ord. 22 de septiembre de 2004, *Hoffer*, n° 272347 y 372378.

1465 Con las incertidumbres y dificultades de aplicación que pueden conllevar (véase P.-L. FRIER, *Précis de droit administratif*, 2^{ème} ed, Montchrestien, 2003, n° 654 y ss).

1466 Véanse, en particular, las disposiciones del Libro IX del Código de Justicia Administrativa, resultante de las Leyes de 10 de julio de 1980 y 8 de febrero de 1995.

1467 La enmienda de redacción fue adoptada en primera lectura por el Senado a petición de su Comisión de Derecho (*JO déb Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3753). Véase R. GARREC, Informe del Senado n° 380, p. 55.

1468 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, n° 1593. Por ejemplo, no es competente para conocer de una infracción imputable a una autoridad jurisdiccional. Así, una citación para comparecer ante la sección de la seguridad social, que es un órgano jurisdiccional, "no puede constituer una violación grave y manifiestamente ilegal por parte de una autoridad administrativa de una libertad fundamental" (CE, ord. 24 de noviembre de 2004, *Winter*, n° 274484).

1469 Es decir, ser adoptada por un particular en el cumplimiento de la misión de servicio público que le ha sido confiada y en el ejercicio de prerrogativas de poder público (véase CE, As., 31 de julio de 1942, *Monbeurt, Lebon* p. 239, *GAJA* núm. 56; CE, 2 de abril de 1943, *Bouguen, Lebon* p. 86, *GAJA* núm. 57; CE, Secc., 13 de enero de 1961, *Magnier, Lebon* p. 33). Véase, por ejemplo, CE, ord. 18 de marzo de 2002, *GIE Sport libre et autre, Lebon* p. 106, relativa a la decisión adoptada por la Ligue nationale de football de conceder derechos exclusivos de explotación para la retransmisión de determinadas competiciones deportivas.

1470 El planteamiento se hace eco así de las palabras del Presidente Heumann, según el cual "los esfuerzos de los tribunales administrativos deben tender a hacer prevalecer la realidad sobre las apariencias, a devolver a los actos su verdadera naturaleza" (concl. sobre CE, Ass., 24 de junio de 1960, *Société Frampar et Société France d'édition et publications, Lebon* p. 412).

1471 CE, ord. 19 de agosto de 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311.

Aunque, formalmente, la decisión de rescindir el contrato había sido adoptada por una empresa privada, en realidad había actuado bajo las órdenes de la autoridad pública. Las cartas enviadas por la autoridad administrativa a Impérial Palace tenían por objeto obstaculizar la ejecución del contrato de reserva celebrado entre la sociedad e IFOREL. Por consiguiente, en opinión del juez de medidas provisionales, "condujeron *directamente* a la resolución del contrato". En estas circunstancias, la vulneración de una libertad fundamental alegada por los demandantes "no se deriva de la decisión de resolver el contrato adoptada únicamente por Impérial Palace, sino de actos realizados por las autoridades públicas". Volviendo a la fuente, existe efectivamente una decisión administrativa de la que se deriva el litigio y en la que se basa la competencia del tribunal administrativo.

El juez de medidas provisionales es un juez administrativo. Por su proximidad a los justiciables, es también un juez de base.

II. Un juez sobre el terreno

351. Como señaló el Sr. Drago, "el juez de derechos fundamentales es ante todo un juez local"¹⁴⁷². De acuerdo con esta exigencia, las solicitudes de medidas provisionales son, en principio, competencia de los jueces de lo contencioso-administrativo.

352. El juez de medidas cautelares es un juez administrativo accesible porque está geográficamente cerca de los demandantes. No está separado por la distancia -como pueden estarlo algunos tribunales en los procedimientos de *amparo* constitucional- de las personas cuyas libertades están encargados de proteger. Esta proximidad contribuye a facilitar el acceso a este procedimiento y confiere a los jueces de primera instancia un lugar de primer orden en el sistema de tutela de las libertades fundamentales.

El sistema instaurado por la Ley de 30 de junio de 2000 se centra en el papel del tribunal de primera instancia. El juez de medidas provisionales del tribunal administrativo es el pilar del sistema; en él descansa la garantía efectiva de las libertades fundamentales. Ciertamente, esta función privilegiada de los tribunales administrativos podría parecer trivial a primera vista, en la medida en que forma parte de la estructura organizativa habitual de la jurisdicción administrativa. En efecto, desde su creación en 1953, los tribunales administrativos son el órgano jurisdiccional ordinario de primera instancia de los contenciosos administrativos. Por consiguiente, al atribuir en principio a los tribunales administrativos la competencia para conocer de las demandas basadas en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, el procedimiento de medidas provisionales no hace sino seguir la pauta general a este respecto. Dicho esto, la solución adoptada no es tan convencional como podría parecer a primera vista. Refleja una confianza, si no nueva, al menos reciente, en la capacidad de los tribunales administrativos para intervenir con eficacia y urgencia cuando están en juego las libertades.

A este respecto, conviene recordar que las autoridades dudan desde hace tiempo de la capacidad de los tribunales administrativos de primera instancia para tratar con urgencia los grandes contenciosos en materia de libertades. Esta aprensión es incluso consustancial a la historia de los tribunales administrativos, ya que aparece desde su creación en 1953 para sustituir a los Consejos de Prefectura. El decreto de 30 de septiembre de 1953 por el que se crean los tribunales administrativos estipula en el segundo párrafo del artículo 9 que los tribunales tienen prohibido dictar una suspensión de la ejecución de una decisión relativa "al mantenimiento del orden, la seguridad y la tranquilidad públicos". Como señaló el Presidente Labetoulle, esta reserva limitaba considerablemente la capacidad de los jóvenes tribunales administrativos para proteger el ejercicio de las libertades en la medida en que estas decisiones "son, por su propia naturaleza, las que pueden afectar más directamente al ejercicio de las libertades públicas; son también aquellas cuya anulación, cuando se pronuncia tras una instrucción escrita de varios meses, tiene más probabilidades de seguir siendo platónica. En este ámbito más que en ningún otro, los tribunales deben poder intervenir de manera preventiva y protectora, antes de que la vulneración de la libertad sea completa"¹⁴⁷³. Los tribunales administrativos se vieron privados del derecho a intervenir en estos asuntos durante tres décadas. Hubo que esperar al decreto de 27 de enero de 1983 para que se suprimiera definitivamente esta prohibición, reiterada por el decreto de 28 de enero de 1969 y codificada en el artículo R. 96 al. 2 del Código de los Tribunales

¹⁴⁷² G. DRAGO, "Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens", *Dr. adm.* 2004, Etudes n° 11, p. 10.

¹⁴⁷³ D. LABETOULLE, Conclusiones del coloquio *Le juge administratif et les libertés publiques*, RFDA 2003, p. 1120. Para no privar a los justiciables de todas las garantías, el Consejo dictaminó que su propia competencia en materia de suspensión de la ejecución no se había transferido a los tribunales administrativos. Por lo tanto, seguía siendo competente para pronunciarse, en primera y última instancia, sobre las solicitudes de suspensión de la ejecución de las que no pudieran conocer los tribunales (véase CE, As., 23 de julio de 1974, *Ferrandiz Gil Ortega, Lebon* p. 477). Con esta decisión, el Conseil d'Etat creó "una singular disociación de competencias (o, si se prefiere, una insólita división del trabajo)" (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, n.º 1551) entre los tribunales administrativos y el Conseil d'Etat: los primeros resolvían los recursos de anulación interpuestos ante ellos; el Conseil d'Etat, las solicitudes de suspensión de la ejecución de las decisiones en cuestión.

Administrativos. Esta supresión forma parte de una serie de reformas por las que el legislador ha reconocido la legitimidad de los tribunales administrativos para intervenir urgentemente en el ámbito de las libertades. El cambio se inició con la Ley de 2 de marzo de 1982 que, al instituir la *déféré-liberté*, "reconoce tanto la legitimidad del juez administrativo para suspender la ejecución de una decisión administrativa que afecte al espacio de libertades como su capacidad para hacerlo en plazos muy breves"¹⁴⁷⁴. El siguiente paso se dio con la Ley de 10 de enero de 1990, que atribuyó a los tribunales administrativos la competencia en materia de deportaciones. Este texto "dio definitivamente crédito a la idea de que, ante decisiones relativas al orden público, el tribunal administrativo de primera instancia podía, incluso en litigios masivos, intervenir con urgencia y utilizando métodos procesales (juez único, vistas orales) inimaginables en sus manos"¹⁴⁷⁵. La Ley de 30 de junio de 2000 constituye la última etapa de esta evolución. Sin las reformas emprendidas en este sentido desde principios de los años ochenta, el papel central que ahora se concede a los tribunales administrativos en la protección de las libertades habría sido impensable.

353. Según este procedimiento, la demanda de medidas provisionales debe presentarse ante el tribunal que sería competente *en primera instancia* si se interpusiera un recurso sobre el fondo. Así pues, una demanda presentada sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa nunca puede presentarse directamente ante un tribunal de apelación o de casación, independientemente de los vínculos que puedan existir con un procedimiento pendiente ante estos tribunales. Esta particularidad del procedimiento de medidas cautelares (*référé-liberté*) con respecto al procedimiento de suspensión cautelar (*référé-suspension*) se explica y justifica por el carácter autónomo de este procedimiento.

La medida cautelar es un recurso accesorio. Una demanda basada en el artículo L. 521-1 debe interponerse, debido a su relación con un recurso de anulación o de reposición, ante el tribunal que conoce del fondo de dichas pretensiones. Cuando un tribunal administrativo de apelación conozca, en el marco de un recurso contra una sentencia de un tribunal administrativo, de tales pretensiones de anulación o de revocación, podrá formularse o renovarse ante él una demanda de suspensión basada en las disposiciones del artículo L. 521-1. Del mismo modo, si el recurso principal es objeto de un recurso de casación, el Conseil d'Etat podrá conocer de una demanda de suspensión provisional presentada por primera vez o renovada ante él.

Estos principios no se aplican a las medidas cautelares. En la medida en que no está sujeta a la existencia de alegaciones sobre el fondo, una demanda presentada sobre la base del artículo L. 521-2 tiene carácter autónomo. En consecuencia, incluso si un asunto no relacionado está pendiente ante un tribunal de apelación o de casación, "esta demanda sólo puede presentarse ante el tribunal competente en primera instancia, que puede ser un tribunal administrativo o el Conseil d'Etat"¹⁴⁷⁶. Esto tiene dos consecuencias para la interposición de un recurso sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. Por una parte, el demandante no puede interponer una primera acción ante el Conseil d'Etat si el litigio no es competencia de este órgano jurisdiccional en primera y última instancia. El hecho de que el Conseil d'Etat, como tribunal de casación, conozca de un litigio que no sea totalmente ajeno a la demanda no permite al demandante interponer directamente un recurso ante él mediante el procedimiento *référé-liberté*. Por el contrario, el demandante nunca puede interponer un recurso directamente ante un tribunal administrativo de apelación, aun cuando esté pendiente ante dicho tribunal un procedimiento ajeno al objeto de la demanda¹⁴⁷⁷. En el asunto *Bonny* antes citado, el demandante solicitó al juez de medidas provisionales del Tribunal Administrativo de Apelación de París que ordenara a la Oficina francesa de protección de refugiados y apátridas que le reconociera como apátrida y al Prefecto de Val d'Oise que le expidiera un permiso de residencia. Aplicando los principios expuestos, el Conseil d'Etat se declaró incompetente para conocer de estas demandas presentadas sobre la base del artículo L. 521-2: las demandas presentadas por el Sr. Bonny "eran competencia de un tribunal administrativo de primera instancia, aunque estuvieran vinculadas a un procedimiento pendiente ante el Tribunal Administrativo de Apelación de París".

354. La competencia para conocer de una demanda de medidas provisionales en primera instancia se reparte, por tanto, entre los tribunales administrativos y el Conseil d'Etat. Una vez más, el tribunal competente se determina en función del litigio principal, que sólo puede ser un litigio potencial. La demanda debe presentarse ante el tribunal que sería competente en primera instancia si se interpusiera un recurso sobre el fondo¹⁴⁷⁸. Así pues,

¹⁴⁷⁴ D. Labetoulle, *op. cit.* p. 1121.

¹⁴⁷⁵ D. Labetoulle, *op. cit.* p. 1122. Conviene recordar que cuando se adoptó esta reforma, el legislador manifestó una vez más su desconfianza hacia los tribunales administrativos, por considerar que no ofrecían garantías suficientes a los justiciables (véase *supra*, § 19).

¹⁴⁷⁶ CE, ord. 29 marzo 2002, *Bonny, Lebon* p. 119.

¹⁴⁷⁷ Cabe señalar que el tribunal administrativo no puede conocer de un recurso de medidas cautelares, ya que es competencia del juez de medidas cautelares del Conseil d'Etat. Si un tribunal administrativo de apelación conoce por error de un recurso contra un auto dictado por un tribunal de primera instancia, debe remitir el expediente de apelación a la secretaría contenciosa del Conseil d'Etat (véase § 509 *infra*).

¹⁴⁷⁸ La urgencia no justifica derogar las disposiciones que rigen habitualmente el reparto de competencias en el seno de

"la demanda de aplicación del procedimiento sumario instituido por el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa es competencia del tribunal competente para conocer, bien del recurso de anulación interpuesto contra el acto administrativo impugnado en el marco del procedimiento sumario, bien del recurso que pueda interponerse a raíz de una acción de la administración comprendida en el ámbito de aplicación de las disposiciones del artículo L. 521-2"¹⁴⁷⁹. En aplicación de estos principios, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat sólo interviene en los asuntos que normalmente son competencia del Conseil d'Etat en primera y última instancia¹⁴⁸⁰. En su defecto, el litigio se remite al juez de medidas provisionales del tribunal administrativo.¹⁴⁸¹

También en este caso, la jurisprudencia sólo exige una mera apariencia de competencia. Cuando el litigio no es manifiestamente incompatible con la competencia del tribunal que conoce del asunto, la mera posibilidad de que el tribunal sea competente para conocer del fondo debe beneficiar al demandante. Por el contrario, cuando el litigio es manifiestamente incompatible con la competencia del tribunal que conoce del asunto, el juez que conoce de la demanda de medidas provisionales debe inhibirse. No obstante, el juez no está obligado a remitir la demanda al tribunal competente. No obstante lo dispuesto en el Título V del Libro III del Código de Justicia Administrativa, el artículo R. 522-8-1 dispone que "el juez de medidas provisionales que pretenda declinar la competencia del tribunal rechazará mediante auto los escritos presentados ante él".

Las normas que regulan la competencia del juez de medidas provisionales son relativamente estándar en relación con los principios que rigen habitualmente el procedimiento contencioso administrativo. En cambio, para facilitar la interposición de una demanda de medidas provisionales, se han introducido algunas modificaciones especialmente destacables en las normas de revisabilidad.

Sección 2. Facilitar la presentación de solicitudes

355. El legislador ha flexibilizado considerablemente las condiciones de admisibilidad, de modo que los solicitantes de medidas cautelares puedan dirigirse sin obstáculos a los tribunales administrativos en cuanto se produzca una violación grave de una libertad fundamental. Si bien se han mantenido algunos requisitos tradicionales, otros se evalúan de forma más flexible en este contexto, si es que no se suprimen por completo. En consecuencia, "la référé-liberté se caracteriza por un grado significativo de liberalismo en términos de admisibilidad"¹⁴⁸². Esto simplifica y acelera considerablemente el acceso a los tribunales.

I. Simplificación de los requisitos formales de presentación de solicitudes

356. De conformidad con el artículo R. 522-1 del Código de Justicia Administrativa, se presenta una petición ante el juez de medidas provisionales. El artículo R. 522-3 estipula que la petición y el sobre que la contiene deben llevar la mención "référé"¹⁴⁸³. El cumplimiento de esta formalidad no se prescribe so pena de inadmisibilidad de la demanda, sino que sólo tiene por objeto llamar la atención de la secretaría del tribunal sobre la presencia de una demanda urgente de medidas provisionales, que debe tratarse como tal¹⁴⁸⁴. A lo sumo, la omisión de

la jurisdicción contencioso-administrativa: "las competencias atribuidas al juez de medidas provisionales por el Libro V del Código de Justicia Administrativa se ejercen respetando las reglas generales de competencia en el seno de la jurisdicción contencioso-administrativa" (CE, ord. 29 marzo 2002, *Bonny, Lebon* p. 119).

¹⁴⁷⁹ CE, ord. 11 de abril de 2006, *Tefaarere, Lebon* p. 197.

¹⁴⁸⁰ CE, ord. 28 septiembre 2001, *Caillat et autres*, no. 238534; CE, ord. 31 de octubre de 2001, *Syndicat CFTC des agents du Centre national de la fonction publique territoriale*, n° 239555.

¹⁴⁸¹ Así, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat no es competente para conocer en primera instancia de un recurso interpuesto contra una abstención del director del Centre national de la fonction publique territoriale (CE, ord. 31 de octubre de 2001, *Syndicat CFTC des agents du Centre national de la fonction publique territoriale*, n° 239555), una decisión individual adoptada por una federación deportiva en el ejercicio del poder público (CE, ord. 28 de septiembre de 2001, *Caillat et autres*, n° 238534; CE, ord. 19 de diciembre de 2003, *Hypeau*, n° 262817), una medida por la que la autoridad prefectural concede o deniega la ayuda de la fuerza pública para el desalojo de los ocupantes de un edificio (CE, ord. 18 de julio de 2003, *SARL Le Picadilly*, n° 258569) o la orden prefectural por la que se incluye un municipio en una comunidad de municipios (CE, ord. 24 de febrero de 2005, *Commune du Fugeret*, n° 277956).

¹⁴⁸² P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p. 44.

¹⁴⁸³ De forma bastante convencional, el mismo artículo establece que "cuando se envíe por correo, se hará por correo certificado".

¹⁴⁸⁴ Aunque el tribunal puede constatar que una demanda no lleva la notificación exigida por esta disposición (véase, por ejemplo, CE, ord. 8 agosto 2003, *Syndicat de la magistrature*, n° 259217), esta ausencia no se penaliza en modo alguno en términos de admisibilidad.

esta formalidad expone al solicitante al riesgo de que su solicitud no se tramite con la misma celeridad y no tenga motivos para reclamar posteriormente.

357. La demanda deberá estar motivada. De conformidad con la regla general establecida en el artículo R. 411-1, debe contener una exposición de los hechos y motivos, así como una exposición de las conclusiones sometidas al tribunal¹⁴⁸⁵. Más concretamente, el artículo R. 522-1 exige que el solicitante de medidas provisionales "justifique la urgencia del caso". En su demanda, el solicitante debe, por tanto, exponer todos los elementos que justifiquen la necesidad de obtener muy rápidamente una resolución sobre una medida de salvaguardia. En este ámbito, la motivación de la solicitud es de vital importancia, ya que determina si la solicitud se remite a una audiencia pública o se rechaza inmediatamente por el procedimiento de triaje. Por consiguiente, corresponde al solicitante presentar un expediente completo al juez de medidas provisionales en cuanto se registre la solicitud. La solicitud debe ir acompañada de una justificación adecuada e incluir argumentos que demuestren la existencia de una ilegalidad manifiesta, una extrema urgencia y una violación grave de una libertad fundamental. El expediente debe estar completo desde el momento de la presentación de la solicitud; el solicitante que se reserve argumentos para el resto del procedimiento se expone a que su solicitud sea rechazada inmediatamente y sin más investigación¹⁴⁸⁶.

358. Con el fin de facilitar y acelerar la presentación de la demanda, el legislador ha querido que las demandas de medidas provisionales no supongan ninguna carga o restricción financiera para el demandante. En consecuencia, las solicitudes presentadas sobre la base del artículo L. 521-2 no están sujetas a ningún impuesto de timbre y se benefician de una exención general de la obligación de ser instruidas por un abogado.

La exención del impuesto de timbre prevista en el artículo L. 522-2 del Código de Justicia Administrativa era una particularidad destacada de los procedimientos cautelares urgentes cuando se adoptó la Ley de 30 de junio de 2000¹⁴⁸⁷. Esta particularidad desapareció con la Orden de 22 de diciembre de 2003 que suprimió la formalidad del impuesto de timbre para todos los litigios¹⁴⁸⁸.

Por otra parte, la exención general de la obligación de designar abogado es una excepción que sólo se aplica a los procedimientos de medidas provisionales. Debido a la especial importancia que reviste el recurso rápido a los tribunales en este ámbito, sólo las solicitudes de medidas cautelares han quedado exentas de la obligación de designar a un abogado¹⁴⁸⁹. Esta dispensa se aplica tanto ante el tribunal de primera instancia como ante el tribunal de apelación. Sin embargo, no se extiende a los recursos de casación. Cuando un asunto se remite al juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat en primera y última instancia o en apelación, los demandantes se benefician de un servicio de guardia gratuito proporcionado por la *Ordre des avocats aux Conseils* para la fase oral del procedimiento (y sólo a partir de ese momento)¹⁴⁹⁰.

¹⁴⁸⁵ En virtud de esta disposición, la solicitud también debe incluir la información necesaria para identificar a la persona que la presenta (nombre y dirección). Debe presentarse por escrito y estar firmada por su autor.

¹⁴⁸⁶ Véase *infra*, §§ 404-410.

¹⁴⁸⁷ El grupo de trabajo había señalado que la formalidad del timbre prevista por el artículo 1089 B del Código General de Impuestos "era incompatible con la extrema urgencia que podía caracterizar ciertas solicitudes" ("Informe del grupo de trabajo del Consejo de Estado sobre los procedimientos urgentes", *RFDA* 2000, p. 950). Siguiendo el ejemplo de la solución adoptada en el caso de las órdenes de expulsión en frontera (CE, Sect, avis, 18 février 1994, *Chabti, Lebon* p. 80), el grupo de trabajo propuso eximir del impuesto de timbre a las solicitudes presentadas ante el tribunal administrativo con carácter de urgencia. Los diputados siguieron las conclusiones del grupo de trabajo "con el fin de evitar cualquier medida que pudiera ralentizar el examen de la solicitud de medidas urgentes" (F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, p. 54). El procedimiento de pago de esta tasa parecía "incompatible con una tramitación rápida de las situaciones de urgencia por el juez administrativo" (R. GARREC, Informe del Senado n° 380, p. 66).

¹⁴⁸⁸ La orden n° 2003-1235 de 22 de diciembre de 2003 se adoptó en el marco de la ley de 2 de julio de 2003 que habilitaba al Gobierno a simplificar la ley, cuyo artículo 3 preveía que se adoptarían por orden "todas las disposiciones susceptibles de organizar el libre acceso de los justiciables a la justicia administrativa" (cf. B. Pacteau, "Le contentieux administratif, affranchi du droit de timbre", *RFDA* 2003, pp. 89-92). Introduciendo una "jurisdicción de peaje" (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2001, n° 613), el impuesto de timbre era cuestionable en su principio mismo. Además, era una formalidad inútil porque no tenía efecto disuasorio (a diferencia de la multa por recurso abusivo del artículo R. 741-12 o de la obligación de la parte vencida de pagar a la vencedora las costas en que hubiera incurrido). Esta formalidad tenía además el inconveniente de sobrecargar innecesariamente los registros, que se veían obligados a enviar al solicitante un requerimiento de regularización de la solicitud presentada sin sello.

¹⁴⁸⁹ El primer párrafo del artículo R. 522-5 dispone que "las demandas dirigidas al juez de medidas provisionales para que prescriba una medida en aplicación del artículo L. 521-2 están exentas de la obligación de estar representadas por un abogado". El segundo párrafo establece, de conformidad con la jurisprudencia reiterada del Conseil d'Etat (CE, Secc., 12 de octubre de 1956, *Saporta, Lebon* p. 366), que las demás solicitudes sólo se benefician de esta exención si se refieren a litigios para los que no es obligatoria la asistencia de abogado. Así, una demanda de medidas provisionales sólo está exenta de la obligación de estar representada por un abogado si la acción principal está a su vez exenta de esta obligación.

¹⁴⁹⁰ El sistema establecido funciona perfectamente. En cuanto el juez ha decidido someter la solicitud a examen y convocar una audiencia, el *Bureau des référés* informa al solicitante por fax, teléfono o correo electrónico de que tiene a su

Ante los tribunales administrativos o el Conseil d'Etat, las solicitudes presentadas sin la asistencia de un abogado exigen a veces que el juez se esfuerce por interpretar las alegaciones del solicitante. Cuando el solicitante declara que se dirige al juez de medidas provisionales en calidad de "référé-liberté", sin indicar el fundamento jurídico de su solicitud, ésta debe considerarse presentada sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa¹⁴⁹¹. Esta facultad de interpretar los términos de la solicitud no puede llegar hasta el punto de desvirtuar las conclusiones presentadas. Así, cuando una demanda se basa expresamente en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa y alega que la decisión impugnada constituye una violación grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental, debe considerarse una demanda de medidas provisionales, aunque el demandante interponga simultáneamente un recurso por exceso de poder contra la decisión y sólo solicite al juez de medidas provisionales que suspenda su ejecución¹⁴⁹². Del mismo modo, el juez desvirtuó las alegaciones del demandante al interpretar una solicitud de anulación como una solicitud basada en el artículo L. 521-2, por la simple razón de que la solicitud llevaba la indicación "urgencia absoluta"¹⁴⁹³.

359. El Conseil d'Etat ha eximido al demandante de ciertas formalidades más allá de las previstas por la ley, cuando su cumplimiento se ha considerado incompatible con la exigencia de celeridad en el acceso a los tribunales.

De este modo, el juez administrativo eximió a los recurrentes de la obligación impuesta por el artículo L. 600-3 del código de urbanismo de notificar al autor de la decisión y al titular de la autorización los recursos interpuestos contra las decisiones relativas a la ocupación o a la utilización de los terrenos regulados por el código de urbanismo¹⁴⁹⁴.

Del mismo modo, las formalidades relativas a los recursos administrativos previos obligatorios se han adaptado a la urgencia del asunto. Tradicionalmente, la jurisprudencia parecía distinguir entre procedimientos autónomos y procedimientos accesorios, eximiendo únicamente a los primeros de la formalidad¹⁴⁹⁵. Llamado a pronunciarse sobre la cuestión en el contexto del artículo L. 521-1, el Conseil d'Etat dictaminó que el procedimiento de suspensión cautelar es disponible respecto del acto inicial, siempre que se haya interpuesto el recurso previo -factor que incumbe probar al solicitante-, pero sin necesidad de que ya haya dado lugar a una decisión que confirme o revoque -expresa o tácitamente- la posición inicial de la administración¹⁴⁹⁶. La renuncia es válida *a fortiori* en el marco de las medidas cautelares (référé-liberté) en la medida en que este recurso jurídico es de naturaleza autónoma. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat reconoció implícitamente este principio en el auto *Soltani* de 10 de febrero de 2004¹⁴⁹⁷. El Sr. Soltani, interno en el centro penitenciario de Villeneuve-lès-Maguelonne, impugnaba una sanción disciplinaria que le había impuesto el director regional de la administración penitenciaria. En virtud del artículo D. 250-5 del Código de Procedimiento Penal, un preso que desee recurrir ante un tribunal la legalidad de una sanción disciplinaria debe interponer previamente un recurso administrativo ante el director regional de los servicios penitenciarios. Con arreglo a la legislación anterior, la suspensión de la ejecución era

disposición un avocat aux Conseils para representarle gratuitamente en la audiencia pública. Si desea beneficiarse de este servicio, sólo tiene que ponerse en contacto con la Ordre des avocats aux Conseils, que le pondrá en contacto con un abogado del Conseil d'Etat que defenderá sus intereses durante todo el procedimiento y le representará en la audiencia del procedimiento sumario.

1491 CE, ord. 21 agosto 2004, *Rousselle*, n° 271370.

1492 CE, 4 de febrero de 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Rezaï*, n° 270407. El Conseil d'Etat declaró que el juez de medidas provisionales había desnaturalizado las conclusiones al considerar que el demandante había tenido la intención de recurrir a él basándose en el artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa.

1493 CE, 23 de mayo de 2001, *Baudoin, Lebon* T. p. 1135.

1494 CE, 9 de mayo de 2001, *Delivet et Samzun*, concl. S. AUSTRY, obs. L. TOUVET, *BJDU* 2001/4, pp. 287-292. En virtud de la legislación anterior, se había dictaminado que la solicitud de suspensión de la ejecución debía notificarse de esta forma (CAA Nancy, 19 de octubre de 1995, *SCI du Ronillon*, *BJDU* 1995/6, p. 481, concl. PIETRI; CAA Lyon, 13 de febrero de 1996, *Bussaud et autres*, *BJDU* 1996/1, p. 57, concl. GAILLETON). Las consideraciones relativas a la eficacia de los procedimientos de urgencia han justificado el abandono de esta jurisprudencia. El plazo de 15 días previsto en el artículo L. 600-3 del Código de Urbanismo francés parecía incompatible con la obligación impuesta al juez de medidas provisionales de pronunciarse "lo antes posible" en el caso de un requerimiento de suspensión, y en un plazo de 48 horas en el caso de un requerimiento de libertad.

1495 La jurisprudencia convencional en materia de procedimiento abreviado admitía que el solicitante pudiera abstenerse de cumplir esta obligación de recurso previo obligatorio. Sin embargo, la situación era diferente en el caso de una suspensión de la ejecución: el juez declaró inadmisibles las solicitudes cuando la administración aún no se había pronunciado sobre el recurso previo en la fecha en que se resolvió la solicitud de suspensión (CE, 25 de febrero de 1988, *Association le Foyer israélien*, *Lebon* p. 956).

1496 CE, Secc. 12 de octubre de 2001, *Société des Produits Roche, Lebon* p. 463. También en este caso, consideraciones relativas al efecto útil de los procedimientos han justificado el abandono de la jurisprudencia tradicional. En efecto, dado que la autoridad pública dispone de un plazo, a menudo bastante largo, para examinar el recurso administrativo interpuesto contra ella, y que este último no tiene efecto suspensivo, el mantenimiento de la solución anterior habría reducido o eliminado la utilidad misma de la solicitud de medidas provisionales en estos casos.

1497 CE, ord. 10 de febrero de 2004, *Ministro de Justicia contra Soltani*, n° 264182, *JCP G* 2004, 10125, nota E. MASSAT.

inadmisible hasta que la administración se hubiera pronunciado sobre la solicitud¹⁴⁹⁸. En la decisión *Soltani*, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat no declaró la inadmisibilidad de la solicitud, dispensando implícitamente al solicitante de la necesidad de interponer un recurso administrativo antes de presentar una solicitud de medidas provisionales. La exención de la obligación de interponer un recurso administrativo previo en caso de medidas provisionales se confirmó posteriormente de forma explícita en un auto de 26 de julio de 2007. El asunto se refería al contencioso tributario y, más concretamente, a las disposiciones del artículo L. 281-1 del Código de Procedimiento Tributario francés, según el cual el contribuyente que desee impugnar la recaudación de un impuesto a su cargo debe, antes de acudir al juez tributario, presentar una reclamación ante el jefe del servicio competente. En este auto, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat precisó que estas disposiciones "no se oponen a que el juez de medidas provisionales pueda conocer directamente, sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa y a falta de demanda o de recurso de anulación contra el procedimiento seguido con vistas a esta recaudación, de una solicitud de pronunciamiento de una de las medidas de salvaguardia que esta disposición le faculta a adoptar"¹⁴⁹⁹.

360. Por último, la flexibilidad de la demanda sumaria de medidas provisionales se debe al carácter autónomo de la acción. La demanda sumaria de medidas provisionales no se adjunta a una acción principal. No es accesoria de una acción judicial. En consecuencia, el solicitante puede interponer una acción aunque no se haya interpuesto ninguna acción principal ante el tribunal de primera instancia. Como se indica en el auto *Bonny* de 29 de marzo de 2002, "la admisibilidad de una demanda basada en el artículo L. 521-2 no está supeditada a la existencia de alegaciones sobre el fondo"¹⁵⁰⁰. Por consiguiente, el juez de medidas provisionales incurrió en un error de derecho al declarar que las alegaciones formuladas sobre la base del artículo L. 521-2 eran inadmisibles porque no iban precedidas de una demanda sobre el fondo¹⁵⁰¹.

II. Normas de admisibilidad relativas al demandante y al plazo de interposición de la demanda

361. Las normas de admisibilidad relativas al demandante y al plazo para incoar el procedimiento se aprecian de manera opuesta. El interés en ejercitar la acción se aprecia del modo tradicional en relación con los procedimientos ordinarios, es decir, en sentido amplio. Las normas sobre representación se aplican con la misma liberalidad que en otros procedimientos sumarios. En cambio, el juez de medidas provisionales es muy flexible en la apreciación del plazo de recurso.

A. Una evaluación clásica del interés por actuar

362. Para tener acceso directo a los tribunales, es esencial que la víctima de una infracción pueda iniciar un procedimiento para proteger sus libertades. Este requisito implica que sea a la vez beneficiario y titular de las libertades fundamentales. Según una presentación comúnmente aceptada, el "beneficiario" es la persona a la que se atribuye una norma de libertad fundamental, y el "titular" es la persona u órgano facultado para interponer una acción ante el órgano judicial encargado de sancionar su infracción. Como señala el Sr. Pfersmann, estas dos funciones "son conceptualmente distintas y cabe concebir una gran variedad de relaciones entre ellas (...)"¹⁵⁰². Si bien es deseable unir las, no siempre es así. De hecho, estas dos funciones están a veces estrictamente dissociadas en los procedimientos de protección de las libertades. Por ejemplo, en el marco del procedimiento *déféré-liberté*, la autoridad prefectural es responsable de iniciar la inspección, lo que hace por iniciativa propia. Nunca se ha reconocido a los particulares un interés para actuar en este procedimiento¹⁵⁰³. A la inversa, las funciones de beneficiario y titular se combinan en el procedimiento del

1498 CE, dictamen de 29 de diciembre de 1999, *Leboulch, Lebon* p. 426.

1499 CE, ord. 26 julio 2007, *Renoult*, n° 307710.

1500 CE, ord. 29 marzo 2002, *Bonny, Lebon* p. 119.

1501 CE, 4 de febrero de 2005, *Zairi*, n° 267723.

1502 L. Favoreu et al, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} ed, Dalloz, serie Précis, 2005, n° 114.

1503 En este sentido, la *déféré-liberté* es un recurso que puede calificarse de "cerrado". El prefecto es el único habilitado para remitir el acto y acompañar su petición con una solicitud de *déféré-liberté*: "corresponde al representante del Estado poner en marcha el procedimiento previsto (...) bien *de oficio*, bien a petición de la persona física o jurídica que se considere perjudicada" (TA Versailles, ord. 1^{er} de abril de 1982, *Wantiex, Lebon* p. 480; CE, ord. 22 de noviembre de 1984,

artículo L. 521-2, dando a los particulares los medios para tomar ellos mismos la iniciativa de protegerse contra una actuación administrativa ilegal. Sin embargo, el requisito de tener interés en actuar no desaparece.

En el procedimiento sumario, como en los demás procedimientos contenciosos, el demandante debe demostrar su interés en actuar¹⁵⁰⁴. Debe tener interés en solicitar al juez una medida de salvaguardia. Como en el caso de un recurso sobre el fondo, el solicitante debe demostrar un interés directo y personal que le confiera legitimación para actuar. El tribunal se asegura de que se cumple este requisito comprobando si el solicitante puede verse afectado por los efectos del acto o comportamiento que critica. Si no es así, la demanda no es admisible. Por ejemplo, el juez considera que una persona que no vive en los departamentos afectados por el estado de emergencia no se ve afectada por la medida y, por tanto, no tiene interés en interponer una demanda¹⁵⁰⁵. Sólo las personas afectadas por el acto o el comportamiento controvertido pueden dirigirse al juez de medidas provisionales.

363. Aunque no se vea directa y personalmente afectado por los efectos de un acto administrativo, el representante del Estado puede, no obstante, tener interés en someter a la jurisdicción contencioso-administrativa los actos de las autoridades descentralizadas que atenten gravemente contra las libertades. Se plantea la cuestión de si este interés puede darle legitimación para actuar en virtud del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa.

Es evidente que los parlamentarios, a instancias del Senado, querían excluir esta posibilidad. Aunque el proyecto de ley preveía expresamente que el representante del Estado pudiera solicitar al juez de medidas provisionales la adopción de medidas cautelares, los senadores quisieron, y consiguieron, que se suprimiera esta disposición. El texto presentado por el Gobierno permitía al prefecto presentar una solicitud por este motivo cuando la violación de una libertad fundamental fuera "el acto de una autoridad local o de un establecimiento público local". Esta redacción fue suprimida por el Senado en primera lectura, a sugerencia de su ponente. El Sr. Garrec presentó dos argumentos¹⁵⁰⁶. Por una parte, la intervención del representante del Estado, incluso a título subsidiario, se consideró innecesaria, ya que las víctimas de una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental no dejarían de recurrir al juez de medidas provisionales por iniciativa propia. Por otra parte, haciéndose eco de las preocupaciones expresadas por los consejeros locales, el Sr. Garrec argumentó que la apertura del derecho de medidas provisionales al prefecto corría el riesgo de aumentar considerablemente el control ejercido por el prefecto sobre las autoridades descentralizadas, hasta el punto de alterar el equilibrio institucional establecido por la Ley de 2 de marzo de 1982. A petición del Gobierno, los diputados restablecieron el derecho de recurso del prefecto, aduciendo tres consideraciones: en primer lugar, la misión constitucional de control administrativo de las colectividades locales confiada al prefecto por el artículo 72 de la Constitución; en segundo lugar, el hecho de que

Lebon p. 382). El artículo L. 27 del Código de los Tribunales Administrativos y de los Tribunales Administrativos de Apelación, tal como fue modificado por la Ley de 8 de febrero de 1995, parecía extender el beneficio de este procedimiento a los particulares (véase, interpretando esta disposición en este sentido: R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 7^{ème} ed., Montchrestien, 1998, p. 384), Montchrestien, 1998, p. 1025; D. CHABANOL, "Un printemps procédural pour la juridiction administrative?", *AJDA* 1995, p. 388; P. ROLLAND, *La protection des libertés en France*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1995, p. 89). Sin embargo, situado en el contexto de la Ley de 2 de marzo de 1982 a la que se refiere, el artículo L. 27 no fue interpretado por el Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en el sentido de que permitiera a los particulares acceder a este procedimiento. Remitiéndose a los trabajos preparatorios, el Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo precisó que, al codificar esta disposición, el legislador no había pretendido en modo alguno ampliar su ámbito de aplicación a los justiciables ordinarios (CE, ord. 8 junio 1995, *Hoarau*, *AJDA* 1995, p. 508, chron. J.-H. STAHL y D. CHAUVAUX). Así pues, los particulares no tienen acceso al juez de la *déféré-liberté*; sólo pueden pedir al prefecto que ejerza una *déféré* y acompañarla de una demanda sobre la base del artículo 2131-6 al. 5 del Código general de las colectividades locales. Si el prefecto se niega, el constituyente no dispone de ningún recurso jurídico. La decisión de remitir es competencia soberana de la autoridad que la adopta y, por consiguiente, no puede impugnarse ante el juez administrativo (CE, Secc., 25 de enero de 1991, *Brasseur*, *Lebon* p. 23, concl. B. STIRN).

¹⁵⁰⁴ Como señala M. Chapus, "la exigencia de un interés que confiera legitimación activa se encuentra en la cúspide de los requisitos de admisibilidad" y "a este respecto, no cabe hacer distinción alguna en función de la naturaleza del litigio" (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, n° 563).

¹⁵⁰⁵ CE, ord. 9 diciembre 2005, *Allouache et autres*, *Lebon* p. 562. En una demanda presentada sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, varios demandantes, entre ellos el Sr. Julien-Laferrière, pidieron al juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat que ordenara la suspensión del estado de emergencia o, en su defecto, que conminara al Presidente de la República a promulgar un decreto que pusiera fin a esta medida. El juez de medidas provisionales afirmó "que por muy amplio que sea el interés en impugnar ante el juez administrativo las medidas por las que se decide aplicar el régimen de estado de emergencia a un territorio determinado, así como las decisiones posteriores que inciden en el mantenimiento en vigor de este régimen, una persona que, en la fecha en que se somete el asunto al juez, no reside habitualmente en la zona geográfica de aplicación de las disposiciones relativas al estado de emergencia, no justifica un interés suficiente para impugnar su mantenimiento en vigor; de ello se desprende que el Sr. Julien-Laferrière, profesor de la Universidad de París, no tiene un interés suficiente para impugnar la aplicación de las disposiciones relativas al estado de emergencia". El Sr. Julien-Laferrière, profesor de la Universidad de París Sur, en comisión de servicios en el extranjero por un período superior a la fecha de entrada en vigor del estado de emergencia, tal como prevé la ley, no tiene interés suficiente para recurrir ante el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat".

¹⁵⁰⁶ Véase R. GARREC, Informe del Senado n° 380, pp. 55-56; *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3741 y p. 3754.

la référé-liberté no "duplicaría" la déféré-liberté de que ya dispone el prefecto. Por último, añadió el Ministro de Justicia, "sería paradójico que el prefecto, que cumple una misión de interés general, no dispusiera de un instrumento abierto a los particulares"¹⁵⁰⁷. Como ambas asambleas se mantuvieron firmes en sus posiciones¹⁵⁰⁸, la comisión mixta tuvo que reunirse para resolver las diferencias, y al final los diputados se plegaron a la determinación del Senado¹⁵⁰⁹.

Sin embargo, el texto finalmente adoptado no excluye expresamente el interés del prefecto en interponer un recurso. Como señala el Sr. Marcou, la ley "no establece un vínculo entre la condición de autor de la demanda ante el tribunal y la de víctima de la violación de una libertad fundamental"¹⁵¹⁰. Por consiguiente, sin traicionar la letra del artículo L. 521-2, el juez administrativo pudo reconocer el interés del prefecto en actuar en materia de medidas provisionales. En el auto de 20 de julio de 2001, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat se pronunció por primera vez sobre esta cuestión. El municipio recurrente alegó que la existencia del procedimiento déféré-liberté impedía al prefecto presentar una demanda con arreglo al artículo L. 521-2. El juez de medidas provisionales no declaró la inadmisibilidad de la demanda y aceptó conocer de la demanda presentada por el representante del Estado sobre esta base. De este modo, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat "aceptó implícitamente por primera vez que el prefecto podía interponer una demanda de medidas provisionales contra un acto de una autoridad local"¹⁵¹¹. Si el texto no dice nada, el representante del Estado tiene efectivamente un interés que le da derecho a actuar en el marco del procedimiento de medidas provisionales. El juez de medidas provisionales no discrimina en función de la condición del solicitante. El prefecto puede, como un litigante ordinario, interponer una demanda de medidas provisionales, pero sólo, habida cuenta de la condición del demandante, contra actos de las autoridades locales y sus establecimientos públicos.

364. Por último, cabe señalar que la extrema celeridad con la que se pronuncia el tribunal no impide en modo alguno la intervención de terceros. En aplicación de los criterios establecidos en el Derecho general de la jurisdicción contencioso-administrativa, el coadyuvante debe justificar un interés en que las conclusiones de quien interpone el recurso sean confirmadas¹⁵¹² o, por el contrario, en que sean desestimadas¹⁵¹³. Para ser admisible, una intervención debe contener alegaciones por las que el coadyuvante se sume a las formuladas por una u otra de las partes en el procedimiento. No puede admitirse una intervención cuando el interesado se limita a adherirse a los motivos de la demanda sin asociarse, antes de que concluya la vista, a las alegaciones de una de las partes¹⁵¹⁴.

B. Una evaluación liberal de las normas de representación

365. En el procedimiento sumario de urgencia, el juez administrativo aplica con cierta liberalidad las normas relativas a la representación de las personas jurídicas. En el procedimiento sobre el fondo, los solicitantes que representan a una persona jurídica deben, en principio, presentar una autorización para actuar ante el tribunal en nombre de la persona jurídica, de conformidad con las normas establecidas por la ley o por el estatuto de la persona jurídica. Estas normas se aplican con menos rigor en los procedimientos sumarios urgentes. Dada

1507 E. GUIGOU, *JO déb. AN*, sesión CR de 14 de diciembre de 1999, p. 10942.

1508 El Senado suprimió de nuevo el derecho de acción del prefecto (*JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p. 869); la Asamblea Nacional restableció la disposición en su redacción inicial (*JO déb. AN*, CR séance 6 avril 2000, pp. 3161-3162).

1509 Véase F. Colcombet y R. Garrec, Informe n° 2460 (Asamblea Nacional) y n° 396 (Senado), p. 4.

1510 G. MARCOU, "Le référé administratif et les collectivités territoriales", *LPA* 14 de mayo de 2001, n° 95, p. 44.

1511 P. CASSIA y A. BEAL, "Les nouveaux référés administratifs. Bilan de jurisprudence (1^{er} mars-31 août 2001)", *JCP G* 2001, I, 365, p. 2192.

1512 El juez de medidas provisionales acepta así la intervención de asociaciones cuya finalidad es respetar y defender los derechos de los extranjeros, como el GISTI (CE, ord. 12 de enero de 2001, *Hyacinthe, Lebon p. 12*) o la asociación Tiberius Claudius (CE, ord. 10 de abril de 2001, *Merzouk, Lebon T. p. 1135*; CE, ord. 25 de noviembre de 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ M. Nikoghosyan, Lebon T. p. 927*; CE, 15 de julio de 2004, *Dondaev*, n° 265822). En *Stéphaur*, el Conseil d'Etat aceptó la intervención de la Confédération générale du logement-Fédération départementale des Bouches-du-Rhône, cuyo objeto social es la defensa de los arrendatarios (CE, 29 de marzo de 2002, *SCI Stéphane et autres, Lebon p. 117*). Sobre la intervención del comité de empresa de Air Lib, véase CE, ord. 10 de febrero de 2003, *Société d'exploitation AOM-Air-liberté*, n° 254029.

1513 Véase por ejemplo CE, ord. 9 diciembre 2005, *Allouache et autres, Lebon p. 562*. Dado que el Sr. Bidalou es un ciudadano residente en un departamento que ha sufrido la violencia urbana a la que se pretende poner fin con el estado de emergencia, tiene interés en que se le permita intervenir.

1514 CE, ord. 9 diciembre 2005, *Allouache et autres, Lebon p. 562*; CE, ord. 11 de abril de 2006, *Tefaarere, Lebon p. 197*.

la propia naturaleza de estas actuaciones, el Conseil d'Etat permite al representante de una persona jurídica intervenir en el procedimiento sin autorización previa del órgano deliberante. Por ejemplo, un alcalde puede presentar una demanda de medidas provisionales en nombre de su municipio aunque no haya obtenido la autorización para actuar de su consejo municipal¹⁵¹⁵. El presidente de un consejo general puede presentar una demanda en nombre del departamento sin tener que solicitar la autorización de la asamblea deliberante¹⁵¹⁶. Los mismos principios se aplican a las demandas presentadas por personas jurídicas de derecho privado. Habida cuenta de las particularidades del procedimiento sumario, los recursos pueden ser interpuestos por los representantes de las personas jurídicas demandantes sin deliberación de sus órganos colegiados.¹⁵¹⁷

- 366.** El liberalismo que caracteriza la valoración de las normas de representación tiene, no obstante, límites irreductibles. El juez de medidas provisionales no puede hacer caso omiso de los principios más consolidados de la representación legal. Por lo que se refiere a la representación de las personas físicas, el juez recuerda que el mero hecho de ser socio en un pacto civil de solidaridad no confiere un mandato para actuar en nombre del hijo de su socio¹⁵¹⁸. En cuanto a la representación del Estado ante los tribunales administrativos, se dictaminó, de conformidad con la jurisprudencia anterior¹⁵¹⁹, que las disposiciones relativas a la representación del Estado por los ministros eran aplicables a los procedimientos sumarios. En consecuencia, el prefecto no está habilitado para representar al Estado ante el Conseil d'Etat. Un recurso interpuesto por el representante del Estado es inadmisibile cuando el Ministro del Interior, habiendo sido informado del recurso, no se ha apropiado de los términos del recurso¹⁵²⁰. Por último, en un plano más anecdótico, el juez de medidas provisionales del Tribunal Administrativo de Estrasburgo declaró inadmisibile una demanda de medidas provisionales "en la medida en que se presenta en nombre y por cuenta del perro Kaya", precisando que "sólo las personas físicas o jurídicas pueden ejercer acciones judiciales"¹⁵²¹. Como los animales no tienen personalidad jurídica, sus dueños deben actuar en su propio nombre.

C. Una apreciación flexible del plazo de recurso

- 367.** El artículo R. 421-1 del Código de Justicia Administrativa dispone que "salvo en materia de obras públicas,

¹⁵¹⁵ CE, Secc. 18 de enero de 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles, Lebon* p. 18. El Sr. Morbelli deseaba recurrir el auto del juez de medidas provisionales del tribunal administrativo de Marsella que le ordenaba convocar a su consejo municipal para debatir cuestiones relativas a la intercomunalidad. El alcalde no estaba legitimado para interponer un recurso en su propio nombre, y no parecía estar legitimado para actuar en nombre del municipio: la autorización general para actuar en procedimientos judiciales que le había otorgado el consejo municipal sobre la base del artículo L. 2122-22, 16° del Código General de las Entidades Locales había sido derogada el 10 de julio de 2000, y no podía alegar ninguna autorización específica. No obstante, el Conseil d'Etat estimó su recurso. Tras citar el texto de los artículos L. 521-2 y L. 523-1 del Código de Justicia Administrativa, la División basó esta solución en la naturaleza de este procedimiento y en la brevedad del plazo para recurrir. El Consejo subrayó así, por una parte, "la naturaleza misma del procedimiento sumario previsto por las disposiciones antes citadas del Código de Justicia Administrativa, que sólo puede incoarse en caso de urgencia y que, en virtud del artículo L. 511-1 del mismo Código, sólo permite adoptar medidas de carácter provisional" y, por otra parte, "la brevedad del plazo para recurrir ante el Conseil d'Etat contra un auto dictado sobre la base de estas disposiciones". Véase, en el mismo sentido CE, ord. 22 mayo 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer, Lebon* p. 232: "habida cuenta de las características del procedimiento sumario, el alcalde está habilitado para recurrir un auto de procedimiento sumario en nombre del municipio, sin tener que justificar una autorización del consejo municipal". En el derecho anterior, el Conseil d'Etat había considerado que "de la propia naturaleza del procedimiento sumario, que sólo puede incoarse en caso de urgencia y no puede perjudicar a la pretensión principal", se desprende que el alcalde podía actuar a pesar de la falta de autorización del consejo municipal (CE, Secc., 28 de noviembre de 1980, *Ville de Paris c/ Etablissements Roth, Lebon* p. 446, concl. J.-P. COSTA).

¹⁵¹⁶ CE, ord. 29 abril 2004, *Département du Var*, n° 266902.

¹⁵¹⁷ CE, ord. 19 de agosto de 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL), Lebon* p. 311. El juez de suspensión sumaria también aceptó que el presidente de una asociación pudiera actuar por autorización del consejo de administración aunque, según los estatutos, sólo una resolución de la asamblea general pudiera otorgar dicha autorización (CE, 13 de noviembre de 2002, *Association Alliance pour les droits de la vie, Lebon* p. 393, *AJDA* 2002, pp. 1506-1512, concl. D. CHAUVAUX).

¹⁵¹⁸ CE, ord. 11 de febrero de 2003, *Maillot, Lebon T.* p. 914.

¹⁵¹⁹ CE, 14 de febrero de 1964, *Société anonyme Produits chimiques Péchiney Saint-Gobain, Lebon* p. 112.

¹⁵²⁰ CE, ord. 7 mayo 2003, *Préfet de l'Hérault*, n° 256208. En cambio, la inadmisibilidat queda cubierta cuando el Ministro del Interior se apropia del recurso interpuesto por el Prefecto (CE, ord. 26 de abril de 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI, Lebon T.* p. 1034).

¹⁵²¹ TA Estrasburgo, ord. 23 marzo 2002, *Welsch*, n° 0201013, citado por P. CASSIA, "Le chien dans l'espace public municipal" (1^{ère} partie), *LPA* 12 agosto 2003, p. 9, nota 137 (en relación con la eutanasia del animal).

sólo podrá recurrirse en apelación contra *una decisión* en el plazo de *dos meses a partir de la notificación o publicación de la decisión impugnada*¹⁵²². ¿Se aplica la obligación de interponer recurso en el plazo de dos meses a las demandas presentadas sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa? En la medida en que el juez de medidas provisionales es el juez de las situaciones, y no el juez de los actos, hay que distinguir tres hipótesis.

- 368.** El primer caso se refiere a los recursos interpuestos contra un *comportamiento* de la autoridad administrativa en ausencia de decisión previa. En la medida en que el artículo R. 421-1 del Código de Justicia Administrativa sólo se refiere a los recursos interpuestos contra "decisiones", este tipo de recurso no entra en el ámbito de aplicación de esta disposición y, por consiguiente, el recurso puede interponerse sin plazo. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat aceptó este principio en su auto *Marcel* de 2 de abril de 2001. En una demanda registrada en la secretaría del tribunal administrativo de Marsella el 7 de marzo de 2001, los demandantes impugnaron la retirada de un documento de identidad el 7 de noviembre de 2000, respecto del cual no se había iniciado ningún procedimiento sobre el fondo ante el tribunal administrativo. Los demandantes esperaron más de dos meses después de la entrada en vigor del procedimiento sumario para impugnar los efectos de esta acción. Ni el tribunal de primera instancia¹⁵²³ ni el tribunal de apelación¹⁵²⁴ consideraron que ello constituyera una causa de inadmisibilidad. Además, la administración no impugnó en modo alguno la admisibilidad de la demanda.
- 369.** La segunda hipótesis es más delicada; se refiere a los recursos interpuestos contra *una situación derivada de una decisión* y, más concretamente, de una decisión denegatoria. Por una parte, la situación controvertida no puede considerarse independientemente de la decisión en cuestión. Por otra parte, el demandante no impugna formalmente una decisión administrativa y, como tal, no parece entrar en el ámbito de aplicación del artículo R. 421-1 del Código de Justicia Administrativa. Favoreciendo esta segunda consideración, la jurisprudencia se inclina por admitir la admisibilidad del recurso a pesar de la expiración del plazo de recurso contencioso. El auto de *La Cour des miracles* de 16 de septiembre de 2002 ofrece una ilustración interesante a este respecto. En una decisión fechada el 1^{er} de febrero de 2002, el alcalde del municipio denegó al propietario de un restaurante la instalación de una terraza en el dominio público. A falta de recurso, esta decisión se convirtió en definitiva al expirar el plazo de dos meses tras su notificación. En una demanda presentada ante el juez de medidas provisionales del Tribunal Administrativo de Montpellier a principios de agosto de 2002, el restaurador solicitó que se ordenara al ayuntamiento de Collioure autorizar la instalación de la terraza. Hay que señalar que la solicitud no se dirigía contra la denegación de 1^{er} de febrero de 2002, sino, de forma más general, contra una situación concreta derivada de la no concesión de una autorización. El juez de medidas provisionales del Tribunal Administrativo de Montpellier declaró inadmisibile la demanda y convocó a las partes a una audiencia pública. El juez de medidas provisionales de apelación también declaró la inadmisibilidad de la demanda y examinó si se cumplían los requisitos para la concesión de la autorización. Al examinar el requisito de la vulneración de una libertad fundamental, observó incidentalmente que la sociedad demandante "no había impugnado en tiempo útil, ante el juge de l'excess de pouvoir, la denegación de su solicitud de 1^{er} de febrero de 2002 de autorización para instalar dicha terraza". Sin embargo, no consideró este gran retraso como motivo de inadmisibilidad: la solicitud fue rechazada por infundada, y no por inadmisibile¹⁵²⁵. Por lo tanto, parece posible deducir de este auto que no hay plazo para recurrir una situación derivada de una decisión.
- 370.** La tercera y última hipótesis se refiere a los recursos contra *una decisión concreta*. La jurisprudencia ha evolucionado en este punto.

Inicialmente, el juez de medidas provisionales intentó aplicar el artículo R. 421-1 a este respecto. La sentencia *Zhary* parecía consagrar implícitamente esta solución. Sin embargo, la motivación del Conseil d'Etat no permitía determinar con certeza si la inadmisibilidad del demandante en este caso se debía al carácter exclusivo del procedimiento del artículo 22 bis de la Orden de 2 de noviembre de 1945 relativo a la expulsión o al hecho de que se había superado el plazo para interponer recurso¹⁵²⁶. Una solución más clara se adoptó en un auto de 20 de marzo de 2003, relativo a una orden de expulsión impugnada mediante el procedimiento *référé-liberté*. Durante la vista celebrada el 10 de marzo de 2003, el juez de medidas provisionales del tribunal administrativo de Niza informó a las partes de que podía invocarse de oficio un motivo relativo a la extemporaneidad de la solicitud. Tras invitar a las partes a presentar sus observaciones, el juez de medidas provisionales basó su decisión en el hecho de que el

¹⁵²² Véase Y. PITARD, "Introduction de l'instance. Délais", *Jcl. Justice administrative*, fasc. 43 (2002). Cabe señalar que el *juge de la voie de fait* no fija ningún plazo para interponer una acción. También pueden interponerse recursos ante el *juge du référé-liberté* sin plazo alguno, pero es necesario que el recurso de fondo sobre el que se injerta haya sido interpuesto dentro del plazo de recurso contencioso. Al tratarse de un recurso accesorio, las normas que lo regulan se rigen por las aplicables al procedimiento principal. Por tanto, un *déféré-liberté* interpuesto una vez expirado el plazo del recurso contencioso, y a falta de un recurso interpuesto dentro de dicho plazo, es inadmisibile.

¹⁵²³ TA Marseille, orden de 9 de marzo de 2001, *Consorts Marcel*, n° 0101294.

¹⁵²⁴ CE, ord. 2 abril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* p. 167.

¹⁵²⁵ CE, ord. 16 de septiembre de 2002, *Société EURL La Cour des miracles, Lebon T.* p. 314.

¹⁵²⁶ Sobre esta decisión, véase el § 375 *infra*.

auto de 25 de septiembre de 2002 por el que se ordenaba el desalojo del demandante le había sido notificado el 28 de noviembre de 2002 y había adquirido firmeza al no haber sido impugnado en plazo para interponer recurso. El demandante recurrió esta orden de desalojo ante el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat. El juez confirmó el auto del primer juez y desestimó el recurso de conformidad con el procedimiento de clasificación establecido en el artículo L. 522-31527. Así pues, la jurisprudencia ha establecido que cuando el solicitante de medidas provisionales impugna una decisión concreta, debe actuar en el plazo de dos meses a partir de su notificación o publicación.

Sin embargo, esta solución se abandonó posteriormente. La revocación resultó de un auto de 7 de julio de 2007, *Aslantas*¹⁵²⁸. Es cierto que no se trata del plazo de recurso de Derecho común, sino del plazo especial de recurso contra la denegación de residencia acompañada de la obligación de abandonar el territorio francés (OQTF)¹⁵²⁹. Sin embargo, la fórmula utilizada por el juez de medidas provisionales es lo suficientemente amplia como para dar a esta solución un alcance general y hacerla aplicable a cualquier solicitud presentada sobre la base del artículo L. 521-2. En este caso, se denegó al demandante la autorización de residencia y se le ordenó abandonar el territorio francés en el plazo de un mes, por decisión del Prefecto de Oise de 9 de enero de 2007. Esta decisión fue notificada a la interesada el 24 de enero de 2007. Sin embargo, no ejerció el derecho que le confiere el artículo L. 512-1 del Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile de solicitar la anulación de la decisión. Detenida el 14 de junio de 2007, fue puesta en detención con vistas a la ejecución de la decisión prefectoral y presentó su demanda ante el juez de medidas provisionales del tribunal administrativo de Amiens. Al desestimar la demanda, el juez dictaminó que, dado que la orden se había notificado a la interesada el 24 de enero de 2007, era demasiado tarde para solicitar su suspensión. En apelación, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat afirmó que, al rechazar la solicitud por inadmisibile, el primer juez había cometido un error de derecho. Utilizando una fórmula general, declaró que un extranjero que no haya presentado una solicitud en el plazo de recurso de que dispone en virtud del artículo L. 512-1 del Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Código de Entrada y Estancia de Extranjeros y Derecho de Asilo), para que se anulara la decisión de obligarle a abandonar el territorio francés en el plazo de un mes, "no puede, por esta sola razón, ser considerado inadmisibile por extemporáneo cuando, habiendo sido puesto en detención con vistas a la ejecución de oficio de la decisión, recurre al juez administrativo de medidas provisionales, pronunciándose sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, la suspensión de dicha resolución, ya que *su solicitud de medidas provisionales no está sujeta a la condición de que la resolución que impugna haya sido previamente sometida al juez de anulación, ni a un plazo*". En consecuencia, no puede imponerse válidamente al autor de una demanda de medidas provisionales ningún plazo para recurrir¹⁵³⁰. La regla general del artículo R. 421-1 del Código de Justicia Administrativa queda derogada para los recursos interpuestos sobre esta base.

III. Una relación coherente con otros procedimientos judiciales

371. En caso de infracción administrativa de una libertad fundamental, existen varios mecanismos judiciales a disposición de los particulares para combatir los efectos perjudiciales de los actos y actuaciones de las autoridades públicas. La *référé-liberté* es uno de estos mecanismos, pero también puede recurrirse a otros procedimientos en estos casos, aunque su finalidad principal y exclusiva no sea salvaguardar las libertades fundamentales. ¿Cómo se organiza entonces la coexistencia del procedimiento del artículo L. 521-2 y los demás recursos jurídicos disponibles contra un acto o un comportamiento determinado?

En general, existen varias combinaciones posibles de acciones entre las mismas partes¹⁵³¹. Como éstas rara vez están definidas por la ley, la mayoría de las veces corresponde al juez organizarlas. Existen tres soluciones concebibles: acumulación, opción o jerarquía. En primer lugar, el tribunal puede permitir la acumulación de acciones. En este caso, autoriza al demandante a reclamar simultáneamente el beneficio de varias acciones. El tribunal puede también imponer una opción al demandante, ya sea obligándole a elegir entre los distintos procedimientos de que dispone, ya sea exigiéndole que utilice el procedimiento más adecuado. Por último, el tribunal puede permitir que el demandante convierta en subsidiaria una de las acciones que ejercita. En este caso,

¹⁵²⁷ CE, ord. 20 marzo 2003, *Sabli*, n° 255216.

¹⁵²⁸ CE, ord. 7 julio 2007, *Aslantas*, n° 307133.

¹⁵²⁹ Plazo fijado en un mes por el artículo 512-1 del Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

¹⁵³⁰ Al menos en lo que respecta a la admisibilidad. Por otra parte, en la fase de examen de las condiciones de concesión, un retraso en la adopción de medidas se sancionará muy a menudo como revelador de una falta de urgencia (véase *supra*, § 312).

¹⁵³¹ Como señala la Sra. Bussy-Arnaud, dos elementos caracterizan la concurrencia de *acciones judiciales entre las mismas partes*: por una parte, las acciones en cuestión se derivan de la misma situación de hecho; por otra, se trata de acciones entre el mismo demandante y el mismo demandado (F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties. L'étendue de la faculté de choix du plaideur*, LGDJ, coll. BDprivé, t. 201, 1988, spe. p. 32). En el contencioso administrativo, tal situación se produce cuando un determinado acto o actuación puede ser impugnado por el litigante mediante diferentes procedimientos.

aunque el demandante interponga varias acciones al mismo tiempo, no pide que se le conceda cada una de ellas, sino que se limita a solicitar que se admitan como alternativas¹⁵³².

Por lo que respecta a la *référé-liberté*, el Conseil d'Etat ha descartado esta última posibilidad: no reconoce al demandante la posibilidad de presentar escritos alternativos. Por otra parte, no impone en principio ninguna opción entre recursos. Rechazó el principio de "excepción de medidas provisionales paralelas"¹⁵³³, y aceptó la posibilidad de combinar un procedimiento de medidas provisionales con otra acción judicial. Este principio sólo se aplica en el caso concreto de que dicha acción tenga efectos suspensivos de pleno derecho. El Conseil d'Etat también permite a un demandante interponer varias acciones simultáneamente; el único requisito es que cada una de estas acciones se interponga mediante una demanda independiente.

A. El alcance limitado de la excepción de recurso paralelo

372. Cuando se ha puesto especialmente a disposición de los justiciables un procedimiento para combatir los efectos de un acto o comportamiento determinado, ello no cierra la puerta al procedimiento de *référé-liberté*. Los tribunales administrativos han descartado en principio la aplicación de la excepción de recurso paralelo en los procedimientos sumarios¹⁵³⁴. Esto sólo es aplicable en el caso de un recurso al que la ley atribuye automáticamente un efecto suspensivo.

1. El principio: el derecho a acumular

373. De la jurisprudencia basada en el artículo L. 521-2 se desprende que puede incoarse una *référé-liberté* aunque el demandante disponga de un procedimiento específico para impugnar los efectos de un acto o comportamiento concreto.

Así, a pesar de la existencia del procedimiento sumario de suspensión, especialmente instituido para obtener la suspensión de la ejecución de las decisiones administrativas, el demandante puede solicitar y obtener el pronunciamiento de esta medida sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. En la sentencia *Djalout de 27* de marzo de 2001, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat aceptó que las medidas provisionales pudieran utilizarse para obtener una medida de suspensión a pesar de la existencia del procedimiento del artículo L. 521-1. La solución se basa en la naturaleza distinta del procedimiento sumario de suspensión en comparación con el procedimiento de medidas cautelares. En un considerando de principio, el juez de medidas cautelares del Conseil d'Etat declaró "que el procedimiento regulado por el artículo L. 521-2 del citado Código es distinto del instituido por el artículo L. 521-1 del mismo código, que permite al autor de un recurso de anulación o de revocación de una decisión administrativa pedir al juez de medidas provisionales que suspenda la ejecución de esta decisión, o algunos de sus efectos, cuando lo justifique la urgencia del asunto y cuando se invoque un motivo que pueda crear, en el estado de la instrucción, una duda seria sobre la legalidad de la decisión". Concluye "que el artículo L. 521-2 puede, pues, aplicarse, aunque el demandante podría igualmente interponer un recurso en virtud del artículo L. 521-1"¹⁵³⁵. La posibilidad de que una demanda de suspensión prospere en virtud del procedimiento específico del artículo L. 521-1 no excluye la utilización del procedimiento más difícil de *référé-liberté*.

Del mismo modo, y sin perjuicio del procedimiento del que dispone específicamente en virtud de los artículos L. 911-4 y L. 911-5 del Código de Justicia Administrativa, el demandante tiene derecho a impugnar la no ejecución total o parcial de una resolución dictada por un tribunal administrativo mediante una solicitud sumaria de medidas provisionales. Este principio fue aceptado en el auto *Kaigisisiz* de 8 de noviembre de 2001¹⁵³⁶. En apoyo de una redacción particularmente explícita, el juez de medidas provisionales confirmó en un auto posterior que si la no ejecución de una decisión "se rige normalmente por los artículos L. 911-4 y L. 911-5 del Código de Justicia

1532 Esta última hipótesis constituye una posición intermedia entre la acumulación y la opción: se asemeja a la acumulación en que el demandante ejecuta simultáneamente distintas acciones, pero se diferencia en que el examen de una está condicionado al rechazo de la otra, de modo que no pueden aceptarse simultáneamente.

1533 Véase P. YOLKA, "Vers une exception de *référé parallèle*", *AJDA* 2004, p. 57.

1534 Aplicado por el juez, el concepto de excepción de recurso paralelo conduce a rechazar el recurso de un litigante que dispone de un recurso específico que le permite obtener una satisfacción al menos equivalente, si no idéntica (véase J. TERCINET, "Le retour de l'exception de recours parallèle", *RFDA* 1993, pp. 705-720).

1535 CE, ord. 27 marzo 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, *Lebon* p. 158.

1536 CE, ord. 8 noviembre 2001, *Kaigisisiz*, *Lebon* p. 545.

Administrativa, la existencia de estos procedimientos no impide, por sí sola, que el interesado presente al juez de medidas provisionales una solicitud para que ordene una medida de urgencia sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, siempre que se cumplan todas las condiciones previstas por este texto para su aplicación".1537

Por último, nada se opone a la aplicación de la *référé-liberté* en materia contractual. Dado que el Conseil d'Etat ha rechazado el principio de excepción de las acciones paralelas en los procedimientos sumarios, la existencia de un procedimiento sumario precontractual no representa un obstáculo para la presentación de una demanda sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. Nada se opone a la utilización del procedimiento *référé-liberté* en las fases de adjudicación y ejecución del contrato. En la fase de adjudicación del contrato, una empresa que haya sido eliminada del procedimiento podría invocar útilmente una vulneración de la libre competencia. El juez de medidas provisionales aceptó este principio en un auto de 12 de abril de 20061538. La empresa Pau Loisirs, que explotaba el casino municipal de Pau, vio su oferta rechazada en favor de una empresa competidora cuando se renovó el contrato de explotación del establecimiento. Alegando una vulneración de la libertad de empresa, la sociedad demandante solicitó al juez de medidas provisionales la suspensión de los nuevos contratos de explotación. La solicitud no fue desestimada ni en primera instancia ni en apelación. Aunque el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat desestimó la solicitud por falta de urgencia, aceptó en principio el recurso a las medidas provisionales en este ámbito. Este procedimiento también podría utilizarse en la fase de ejecución del contrato. Como señala el Presidente Vandermeeren, "es difícil ver, por ejemplo, qué principio prohibiría al titular de un contrato público presentar una solicitud útil de medidas cautelares contra una decisión de la autoridad pública contratante de imponer sanciones manifiestamente injustificadas y cuya magnitud afectaría gravemente a la tesorería, cuando no a la supervivencia, de la empresa"1539. En general, la doctrina es unánime en reconocer la posibilidad de aplicar el procedimiento *référé-liberté* en materia contractual1540.

En principio, la existencia de un recurso especial no impide en modo alguno el ejercicio de una demanda sumaria de medidas provisionales. Sin embargo, este no es el caso cuando la ley ha otorgado a este recurso efectos suspensivos.

2. La excepción: la obligación de utilizar el procedimiento suspensivo

374. El mecanismo de la excepción de recurso paralelo se aplica en el caso muy concreto de que el recurso especialmente instituido por la ley tenga efectos suspensivos. En tal caso, la interposición de un recurso basta por sí sola para obtener por ministerio de la ley la suspensión de los efectos del acto impugnado. En la medida en que este recurso es muy ventajoso para el demandante, agota sus posibilidades de acudir a los tribunales para hacer valer sus pretensiones. En consecuencia, se deniega al demandante el acceso al procedimiento sumario y se le obliga a utilizar el recurso con efecto suspensivo. El juez de medidas provisionales ha afirmado expresamente este principio en relación con las órdenes prefecturales de expulsión1541.

375. Tras reservar inicialmente la cuestión1542, el juez de medidas provisionales descartó a continuación expresamente la aplicación del procedimiento de medidas provisionales en los casos de deportación fronteriza1543. Esta solución se basa en las características del procedimiento previsto en el artículo 22 bis de

1537 CE, ord. 9 enero 2006, *Ministre d'Etat, ministre de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire c/ Daaji*, n° 288745, mentionnée au recueil *Lebon*. Así pues, el artículo L. 521-2 puede utilizarse para obtener la correcta ejecución de una resolución dictada por el tribunal administrativo. Dentro de los límites de las competencias del juez de medidas provisionales, las medidas solicitadas pueden ser idénticas a las que se aplicarían a una solicitud de ejecución de una resolución judicial.

1538 CE, ord. 12 de abril de 2006, *Société Pau Loisirs*, n° 292255.

1539 R. VANDERMEEREN, "Les procédures d'urgence devant le juge administratif en matière de contrats publics à la veille de l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000", *BJDCP* No. 13, 2000, p. 396.

1540 Véase J. GOURDOU y P. TERNEYRE, "Le référé précontractuel administratif au lendemain de la réforme législative des procédures d'urgence", *CJEG* n° 575, 2001, pp. 135-147, spe. p. 141; D. BAILLEUL, "Les référés "suspension" et "liberté" au secours du référé précontractuel?", *Contrats et marchés publics* 2002, chron. n° 8; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, "Le référé précontractuel, laissé pour compte de la réforme des procédures d'urgence", *Contrats et marchés publics* 2002, Repères n° 3.

1541 A pesar de la ausencia de aplicación contenciosa en otros ámbitos, parece posible afirmar que la norma tiene un alcance más general y afecta a todas las decisiones administrativas que se benefician automáticamente de un efecto suspensivo en caso de recurso. Véase *Pratique du contentieux administratif* Dalloz (octubre de 2002), n° 290-75 y ss.

1542 CE, ord. 26 enero 2001, *Gunes, Lebon* p. 38.

1543 CE, 21 de noviembre de 2001, *Zbary, Lebon T. p. 1125*; CE, ord. 9 de diciembre de 2002, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Negmari*, n° 252338; CE, ord. 27 de enero de 2003, *Amraoui*, n° 253601; CE, ord. 14 de mayo de 2003, *Méliani, Lebon T. p. 913*; CE, ord. 29 de septiembre de 2004, *Préfet de la Marne, Lebon T. p. 829*; CE, ord. 14 de

la Orden de 2 de noviembre de 1945 y, en particular, en el efecto suspensivo del recurso. El artículo 22 bis prevé un procedimiento especial para impugnar las órdenes de expulsión; "la existencia de este procedimiento especial de recurso, con su efecto suspensivo, impide que una orden de expulsión sea objeto de una solicitud de suspensión ante el juez de medidas provisionales, ya sea sobre la base del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa o en virtud del procedimiento de protección especial instituido por el artículo L. 521-2 de dicho Código"1544 . La exclusión se refiere tanto a la orden de expulsión como a las medidas por las que se ejecuta. En este último caso, sólo si se produce un cambio en las circunstancias de hecho o de derecho entre la orden de expulsión y su ejecución, el interesado puede interponer una acción de medidas provisionales. El juez de medidas provisionales resumió muy claramente los principios aplicables en un auto *Bondo* de 14 de enero de 2005. Declaró que una orden de expulsión "no está sujeta en principio al procedimiento sumario instituido por el Libro V del Código de Justicia Administrativa". En caso de que el tribunal conozca simultáneamente de demandas contra la orden de expulsión y demandas contra la decisión separada que determina el país de retorno, esta norma se aplica tanto a la orden de expulsión como a la decisión separada que determina el país de retorno. Sin embargo, "el mecanismo específico de impugnación de una orden de expulsión descrito de esta manera no impide que el juez de medidas provisionales intervenga en los casos en que las medidas adoptadas para ejecutar dicha orden tengan efectos que, debido a cambios en las circunstancias de hecho o de derecho desde que se dictó la orden, excedan del alcance que normalmente implica su ejecución"1545 .

Si no se ha producido ningún cambio en las circunstancias de hecho o de derecho desde que se tomó la decisión de expulsar al solicitante, la solicitud presentada sobre la base del artículo L. 521-2 se rechaza1546 . En cambio, el interesado vuelve a tener acceso a la solicitud sumaria de puesta en libertad en caso de modificación de las circunstancias. Esto puede resultar de una decisión del Conseil d'Etat de anular una orden de expulsión por infracción del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, debido a que la solicitante está especialmente amenazada y corre riesgos para su seguridad si es devuelta a su país de origen1547 . El cambio de circunstancias también puede derivarse del nacimiento de un hijo cuando la esposa del solicitante es de nacionalidad francesa. El artículo 25 de la Orden de 2 de noviembre de 1945 (actualmente artículo L. 511-4, 6° del Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France), modificado por el artículo 36 de la Ley de 26 de noviembre de 2003, impide la expulsión de un extranjero que sea padre de un hijo menor de edad que resida en Francia y sobre el que ejerza la patria potestad .1548

Por regla general, el juez de medidas provisionales excluye la aplicación de la excepción de recurso paralelo prevista en el artículo L. 521-2. En principio, es decir, en ausencia de efecto suspensivo, acepta una demanda de medidas provisionales en un ámbito regulado por un procedimiento especial. La demanda de medidas provisionales también puede presentarse al mismo tiempo que otro recurso. En este caso, el Conseil d'Etat sólo exige que las distintas solicitudes se presenten en peticiones separadas.

B. El derecho a acumular acciones: la exigencia de solicitudes separadas

376. Un solicitante de medidas cautelares puede interponer varios recursos simultánea o sucesivamente contra un mismo acto o comportamiento. En efecto, a falta de disposiciones contrarias, es posible que los solicitantes

enero de 2005, *Bondo*, Lebon T. p. 915; CE, ord. 14 de abril de 2005, *Benbehar*, n° 279340; CE, ord. 25 de mayo de 2005, *Madzabou*, n° 280607; CE, ord. 26 de mayo de 2005, *Ahamadi*, n° 280690.

1544 CE, ord. 14 de mayo de 2003, *Méliani*, Lebon T. p. 913.

1545 CE, ord. 14 de enero de 2005, *Bondo*, Lebon T. p. 915.

1546 Véase en particular CE, ord. 14 de abril de 2005, *Benbehar*, n° 279340; CE, ord. 29 de septiembre de 2004, *Préfet de la Marne*, Lebon T. p. 829; CE, ord. 25 de mayo de 2005, *Madzabou*, n° 280607.

1547 CE, ord. 14 de enero de 2005, *Bondo*, Lebon T. p. 915, *AJDA* 2005, pp. 1360-1363, nota. O. LECUCQ. En estas circunstancias, declaró el juez de medidas provisionales, "la excepción de inadmisibilidad basada en la imposibilidad de impugnar la ejecución de una orden de expulsión según el procedimiento previsto en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa debe, en este caso, rechazarse".

1548 CE, ord. 21 febrero 2005, *Najemi*, n° 277520. En este caso, el interesado fue objeto de una orden de expulsión el 7 de octubre de 2004, que le fue notificada el 1º de febrero de 2005. El 21 de diciembre de 2004, su esposa dio a luz a un niño. El demandante reconoció en el registro civil al hijo nacido de su esposa en el seno del matrimonio. El nacimiento del niño constituyó un cambio de circunstancias que permitió al demandante interponer una demanda ante el juez de medidas provisionales. En virtud del derecho anterior a la ley de 26 de noviembre de 2003, el juez de medidas provisionales no había considerado como cambio de circunstancias el nacimiento de un hijo nacido de padres extranjeros en suelo francés y reconocido por el interesado ante el registro civil (CE, ord. 27 de enero de 2003, *Amraoui*, n° 253601).

actúen en varios frentes y, en particular, que actúen al mismo tiempo mediante la suspensión cautelar y la libertad provisional. Como afirma el Sr. Chapus, "no se entiende (...) por qué el litigante no podría probar suerte en dos frentes, presentando ante el tribunal a la vez una demanda de suspensión (basada en el artículo L. 521-1) y una demanda de salvaguarda de una libertad fundamental. En otras palabras, no debería existir una "excepción de procedimiento de urgencia paralelo" en este ámbito"¹⁵⁴⁹. El juez de medidas provisionales no declara inadmisibles dos demandas que se le presentan el mismo día: una basada en el artículo L. 521-1 y otra en el artículo L. 521-2¹⁵⁵⁰. Una demanda de medidas provisionales puede presentarse al mismo tiempo que una demanda de suspensión provisional. Del mismo modo, podrán presentarse simultáneamente una demanda de medidas cautelares liberatorias y una demanda de ejecución de cosa juzgada. El hecho de que se haya interpuesto una acción ante el juez de la ejecución sobre la base del artículo L. 911-4 no impide que la parte interesada solicite al juez de medidas provisionales una medida cautelar para remediar la persistencia de la no ejecución de la cosa juzgada.¹⁵⁵¹

377. Si una demanda de medidas provisionales puede acumularse a otra presentada por otro motivo y, a la inversa, si una demanda de medidas provisionales puede acumularse a otra acción, el juez exige que estas acciones acumuladas se presenten mediante demandas separadas. En otras palabras, las alegaciones presentadas ante el juez de medidas provisionales deben basarse únicamente en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. La demanda de medidas provisionales no puede contener alegaciones relativas a otro procedimiento.

Durante las primeras semanas de aplicación de la reforma de 30 de junio de 2000, el juez de medidas cautelares recibió a veces, en una única solicitud, escritos en los que se solicitaba la aplicación combinada o alternativa de las medidas cautelares de libertad y suspensión. Inicialmente, aceptó conocer de estas solicitudes. En tres ocasiones,

¹⁵⁴⁹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, n° 1608.

¹⁵⁵⁰ Así, el 21 de marzo de 2001, el Sr. Meyet pudo presentar dos demandas de medidas provisionales, una sobre la base del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa, la otra sobre la base del artículo L. 521-2. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat no consideró esta doble remisión como motivo de inadmisibilidad. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat no consideró esta doble remisión como un motivo de inadmisibilidad; se pronunció sobre ambas solicitudes al día siguiente (véase respectivamente, para la suspensión provisional y la libertad provisional: CE, ord. 22 marzo 2001, *Meyet, Lebon T.* p. 1130; CE, ord. 22 marzo 2001, *Meyet*, n° 231631). Asimismo, el 11 de mayo de 2005, el Sr. Rondeau presentó dos demandas ante el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat solicitando la suspensión de un decreto de 20 de abril de 2005. La primera demanda se basaba en el artículo L. 521-1, la segunda en el artículo L. 521-2. El juez de medidas provisionales se pronunció sobre ambas demandas. El juez de medidas provisionales se pronunció sobre ambas demandas el 16 de mayo de 2005. En un primer auto, suspendió la ejecución del decreto impugnado sobre la base del artículo L. 521-1 (CE, auto. 16 de mayo de 2005, *Rondeau, Lebon T.* p. 1027). En un segundo auto, consideró que no procedía pronunciarse sobre las conclusiones, que perseguían los mismos fines, presentadas sobre la base del artículo L. 521-2 (CE, ord. 16 de mayo de 2005, *Rondeau*, n° 280423). Para un caso similar, véase, sobre dos demandas registradas el 17 de mayo de 2005: CE, ord. 27 de mayo de 2005, *Mme Touria YX, n° 280612* (suspendiendo sobre la base del artículo L. 521-1 la ejecución de la decisión impugnada) y CE, ord. 27 de mayo de 2005, *Mme Touria YX n° 280613* (desestimando, por falta de objeto, la demanda de libertad provisional).

¹⁵⁵¹ CE, 11 de junio de 2002, *M. Aït Oubba, Lebon T.* p. 869. A diferencia del tribunal de primera instancia, que había declarado inadmisibles las demandas, el Conseil d'Etat consideró que los dos procedimientos no se excluían mutuamente. Señaló "que si bien el Sr. Aït Oubba había solicitado al tribunal administrativo la ejecución de la sentencia de 28 de marzo de 2001 en virtud del procedimiento previsto en el artículo L. 911-4 del Código de Justicia Administrativa -procedimiento que aún no ha prosperado-, esta circunstancia no impedía por sí sola que el interesado solicitara al juez de medidas provisionales una orden de urgencia sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa".

en los casos de *Association Promouvoir*¹⁵⁵², *Philippart et Lesage*¹⁵⁵³ y *Perrier*¹⁵⁵⁴, aceptó que un particular se dirigiera a él en virtud de ambos procedimientos mediante una única solicitud. Los jueces de primera instancia también han aceptado conocer de solicitudes por motivos combinados¹⁵⁵⁵. Esta posibilidad contribuía a la flexibilidad buscada por el legislador en este ámbito. Sin embargo, la solución estuvo plagada de dificultades que pronto justificaron su abandono. Tras rechazar las alegaciones formuladas por los Sres. Philippart y Lesage en virtud del artículo L. 521-2 y someter a revisión las alegaciones formuladas sobre la base del artículo L. 521-1, el juez de medidas provisionales decidió remitir el asunto a la Sala de lo Contencioso-Administrativo para que resolviera en sesión solemne la cuestión de la acumulación de alegaciones de medidas provisionales dentro de una única demanda¹⁵⁵⁶.

En opinión del Comisario del Gobierno Didier Chauvaux, la coexistencia de las dos medidas cautelares en una misma demanda corre el riesgo de crear dificultades insolubles para el juez administrativo debido a las diferencias de procedimiento entre los dos recursos. La primera dificultad se deriva de la diferencia de plazo para dictar sentencia: 48 horas para las medidas cautelares, lo antes posible para la suspensión cautelar. A menos que el juez considere que puede desestimar la solicitud de medidas provisionales sin investigar, tendrá que celebrar una vista en un plazo de 48 horas. Si no se admite la solicitud sobre esta base, habrá que prorrogar la investigación y programar una nueva audiencia en el marco del procedimiento de suspensión cautelar. La segunda dificultad se deriva de la diferencia de recursos disponibles contra la decisión dictada por el primer juez tras una audiencia pública. La decisión adoptada sobre la base del artículo L. 521-2 puede impugnarse por vía de recurso, mientras que el auto dictado por el juez de suspensión cautelar puede recurrirse ante el Tribunal Supremo. En consecuencia, "si el juez se pronuncia en la misma resolución adoptada tras una audiencia pública sobre las demandas de las dos formas de procedimiento sumario - lo que hará la mayoría de las veces si se le ha sometido una única demanda - el recurso ante el Conseil d'Etat será conocido en parte por una sala y en parte por el presidente de la sección"¹⁵⁵⁷. Habida cuenta de las diferencias de procedimiento entre los dos procedimientos sumarios, el Sr. Chauvaux consideró que autorizar al demandante a presentar, en la misma demanda, escritos relativos al artículo L. 521-1 y al artículo L. 521-2 daría lugar a un grado de complicación inaceptable. Por lo tanto, propuso establecer "la simple regla de que una solicitud de suspensión y una solicitud de medidas provisionales no deben coexistir en la misma solicitud"¹⁵⁵⁸. De acuerdo con las conclusiones del Comisario del Gobierno, la División descartó expresamente

1552 La asociación demandante solicitó, sobre la base del artículo L. 521-1, la suspensión de una decisión que, según afirmaba, había sido revelada por un despacho de una agencia de prensa y, sobre la base del artículo L. 521-2, que se instara al Ministro de Cultura y Comunicación a incluir la película "Baise-moi" en la lista de películas pornográficas en un plazo de 48 horas y a proceder, antes del 1^{er} de febrero de 2001, a la incautación administrativa de los videogramas de la película. El juez de medidas provisionales examina en primer lugar las alegaciones de suspensión y las declara inadmisibles porque la asociación no puede probar la existencia de ninguna decisión expresa o tácita. A continuación, el juez se pronuncia sobre las alegaciones presentadas en virtud del artículo L. 521-2 (CE, ord. 31 de enero de 2001, *Association Promouvoir*, *Lebon T.* p. 525).

1553 Mediante demanda registrada en la Secretaría de la Sala de lo Contencioso el 8 de febrero de 2001, los demandantes solicitaron, basándose principalmente en el artículo L. 521-2, que se suspendiera la decisión del Consejo Nacional de la Orden de Cirujanos Dentistas por la que se les denegaba la autorización para instalarse en un edificio en el que ya ejercía un colega, y que se instara al Consejo de la Orden a concederles la autorización para ejercer su profesión en dicho edificio. Con carácter subsidiario, solicitaron que se adoptara la misma decisión sobre la base del artículo L. 521-1. Mediante auto de 9 de febrero de 2001, el juez de medidas provisionales desestimó las pretensiones formuladas al amparo del artículo L. 521-2 por considerar que no existía vulneración manifiestamente ilícita de una libertad fundamental. En el mismo auto, precisa que, por lo que se refiere a las alegaciones formuladas sobre la base del artículo L. 521-1, "el juez de medidas provisionales suspenderá el procedimiento hasta que se haya procedido a su instrucción en las condiciones previstas en el artículo L. 522-1". Añade que se pronunciará sobre las alegaciones que pretenden la aplicación del artículo L. 761-1 "al mismo tiempo que sobre las alegaciones formuladas sobre la base del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa" (CE, ord. 9 de febrero de 2001, *Philippart y Lesage*, n^o 230112).

1554 En una demanda presentada el 15 de febrero de 2001, el demandante solicitó al juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat que se pronunciara "sobre la base de los artículos L. 521-1 y L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa". El juez de medidas provisionales se pronuncia el mismo día sobre las alegaciones presentadas en virtud del artículo L. 521-2. Si no hay violación de una libertad fundamental, el juez rechaza estas alegaciones en virtud del procedimiento de selección del artículo L. 522-3 (CE, ord. 15 de febrero de 2001, *Perrier*, n^o 230318). En cuanto a las alegaciones basadas en el artículo L. 521-1 y las que pretenden la aplicación del artículo L. 761-1, el auto reproduce el texto del auto *Philippart y Lesage* de 9 de febrero. Las alegaciones basadas en el artículo L. 521-1 se examinarán, previa instrucción, el 14 de marzo de 2001 (CE, auto de 14 de marzo de 2001, *Perrier*, n^o 230318).

1555 Mediante auto de 27 de febrero de 2001, el juez de medidas provisionales del Tribunal Administrativo de Lille, basándose en el artículo L. 521-1, suspendió la decisión del Prefecto del Norte por la que se denegaba a la demandante la expedición de un permiso de residencia provisional (artículo 1^{er} del auto) y, basándose en el artículo L. 521-2, ordenó al Prefecto del Norte que expidiera un permiso de residencia provisional (artículo 2). El Ministro del Interior solicitó al Conseil d'Etat la anulación del artículo 1^{er} de la orden y la anulación del artículo 2. Se consideró que la solicitud constituía un recurso de casación; el Consejo declaró inadmisibile el recurso y se pronunció sobre el recurso de casación (CE, 16 de marzo de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Glory Okoko*, *Lebon T.* p. 1092).

1556 CE, Secc. 28 de febrero de 2001, *Philippart et Lesage*, *Lebon* p. 112, *RFDA* 2001, pp. 390-398, concl. D. CHAUVAUX.

1557 D. Chauvaux, concl. supra, p. 392.

1558 D. Chauvaux, concl. supra, p. 392.

la posibilidad de tal combinación. Tras señalar que las solicitudes presentadas ante el juez de medidas provisionales sobre la base del artículo L. 521-1 se presentan, investigan, juzgan y, en su caso, recurren según normas distintas de las aplicables a las solicitudes presentadas sobre la base del artículo L. 521-2, el Consejo declaró que estas solicitudes no pueden presentarse simultáneamente en la misma demanda. En consecuencia, declaró la inadmisibilidad de las alegaciones formuladas por los demandantes con carácter subsidiario¹⁵⁵⁹. Esta jurisprudencia, confirmada posteriormente en¹⁵⁶⁰, es de aplicación general. Así, el Conseil d'Etat considera que una demanda de medidas provisionales no puede contener alegaciones basadas en el artículo L. 521-3 del Código de Justicia Administrativa¹⁵⁶¹. Del mismo modo, y la solución es válida para las medidas cautelares, una demanda de suspensión cautelar no puede contener alegaciones basadas en el artículo L. 551-1¹⁵⁶².

378. No obstante, cuando el juez de medidas provisionales recibe una demanda que contiene alegaciones en virtud del artículo L. 521-2 y alegaciones en virtud de otro procedimiento, le corresponde determinar el fundamento principal de la demanda y no desestimar la demanda en su conjunto por inadmisibles¹⁵⁶³. El tribunal debe pronunciarse sobre las pretensiones principales y desestimar las subsidiarias. En la medida en que el juez de medidas provisionales está obligado a pronunciarse sobre todas las alegaciones que se le hayan presentado, debe declarar expresamente la inadmisibilidad de las alegaciones formuladas con carácter subsidiario y no puede desestimarlas por prejuicio.¹⁵⁶⁴

Cuando el demandante haya indicado expresamente que una de las pretensiones es subsidiaria, el tribunal se pronunciará sobre la pretensión principal¹⁵⁶⁵. Cuando el demandante no haya especificado claramente el motivo principal invocado, corresponderá al juez de medidas provisionales precisar el alcance de la demanda a la luz de todos los elementos de que disponga¹⁵⁶⁶. En la decisión *SNUDI-FO du Maine-et-Loire* antes citada, el juez precisó que los "términos de las alegaciones", "la argumentación en su conjunto"¹⁵⁶⁷ o "el hecho de que no se haya presentado ningún recurso de anulación o de revocación de una decisión administrativa"¹⁵⁶⁸ eran criterios de interpretación de la demanda.

¹⁵⁵⁹ Esta solución se ajusta a la jurisprudencia consolidada del Conseil d'Etat. Aunque la jurisprudencia generalmente permite a los solicitantes presentar varias pretensiones en la misma solicitud, existe un límite en la medida en que pueden hacerlo cuando las pretensiones deben investigarse y decidirse de diferentes maneras. Véase por ejemplo CE, 6 de abril de 1962, *Société technique des appareils centrifuges industriels, Lebon* p. 255: el Conseil d'Etat declaró inadmisibles las pretensiones de indemnización adjuntas a una demanda de impugnación de la exigibilidad de un impuesto, basándose en que las pretensiones de indemnización "son instruidas y juzgadas por el tribunal administrativo según formas diferentes de las previstas para la instrucción y el fallo de los procedimientos entablados en materia de fiscalidad directa".

¹⁵⁶⁰ CE, ord. 10 de abril de 2001, *Syndicat national unifié des directeurs, des instituteurs, des professeurs des écoles de l'enseignement public Force ouvrière (SNUDI-FO) du Maine-et-Loire, Lebon* T. p. 1090; CE, ord. 5 de agosto de 2003, *Association des fonctionnaires reclassés de France Télécom*, n° 259184; CE, ord. 7 de agosto de 2003, *Gharmoul*, n° 259242.

¹⁵⁶¹ CE, 8 de octubre de 2001, *Sanches Cardoso, Lebon* T. p. 1091; CE, 6 de marzo de 2002, *Société des pétroles Shell, Lebon* T. p. 852.

¹⁵⁶² CE, 29 de julio de 2002, *Ville de Nice, Lebon* p. 299, *Contrats et marchés publics* 2002, com. n° 229, nota J.-P. PIETRI; *BCMP* n° 20, 2003, pp. 7-12, nota B. GONAND; *Coll. ter.* 2002, com. n° 241, nota T. CELERIER; *AJDA* 2002, pp. 926-828, nota de J.-D. DREYFUS.

¹⁵⁶³ CE, 27 de agosto de 2001, *Abdoulaye*, n° 236164. El juez de medidas provisionales vició su auto al incurrir en un error de derecho al basarse, para rechazar todas las alegaciones de la demanda, en que ésta incluía alegaciones formuladas sobre la base del artículo L. 521-1 y alegaciones formuladas sobre la base del artículo L. 521-2.

¹⁵⁶⁴ CE, 6 de marzo de 2002, *Société des pétroles Shell, Lebon* T. p. 852.

¹⁵⁶⁵ En su demanda de 8 de febrero de 2001, los Sres. Philippart y Lesage habían indicado que las alegaciones formuladas sobre la base del artículo L. 521-1 tenían carácter subsidiario. En consecuencia, el Conseil d'Etat declaró inadmisibles las alegaciones formuladas sobre esta base (CE, Secc., 28 de febrero de 2001, *Philippart y Lesage, Lebon* p. 112).

¹⁵⁶⁶ CE, ord. 10 de abril de 2001, *Syndicat national unifié des directeurs, des instituteurs, des professeurs des écoles de l'enseignement public Force ouvrière (SNUDI-FO) du Maine-et-Loire, Lebon* T. p. 1090; CE, 27 de agosto de 2001, *Abdoulaye*, n° 236164; CE, 29 de julio de 2002, *Ville de Nice, Lebon* p. 299.

¹⁵⁶⁷ Véase CE, ord. 5 agosto 2003, *Association des fonctionnaires reclassés de France Télécom*, n° 259184. Por una parte, la demandante se refiere a la violación grave e inmediata, "en el sentido del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa", de la libertad de trabajo. Pero, por otra parte, su demanda, titulada "suspensión sumaria", menciona que se cumple el doble requisito relativo a la urgencia y a la existencia de un medio capaz de crear serias dudas sobre la legalidad de la decisión cuya suspensión solicita. A la vista del conjunto de las alegaciones, debe interpretarse que la demanda incluye, con carácter principal, alegaciones basadas en el artículo L. 521-1 y, con carácter secundario, alegaciones basadas en el artículo L. 521-2. Véase, a la inversa, CE, ord. 7 de agosto de 2003, *Gharmoul*, n° 259242: debe considerarse que el demandante, que sostiene la existencia de una violación de dos libertades fundamentales, e interpone un recurso después de que su demanda haya sido desestimada por el primer juez, invoca las disposiciones del artículo L. 521-2.

¹⁵⁶⁸ El référé-liberté es un recurso autónomo, el référé-suspension un recurso accesorio. A falta de recurso principal de anulación o de reposición, se considera que el demandante actúa sobre la base del artículo L. 521-2 (CE, ord. 10 abril 2001, *SNUDI-FO du Maine-et-Loire*, antes citado). En cambio, la demanda de medidas provisionales es preferente cuando el demandante ha interpuesto un recurso de anulación de la decisión cuya suspensión solicita por vía de medidas provisionales (CE, ord. 4 agosto 2003, *Association Agora*, n° 259110).

379. Por último, cabe señalar que cuando una demanda de medidas provisionales y una demanda de suspensión cautelar presentadas ante el Conseil d'Etat se refieren al mismo litigio, el juez de medidas provisionales es libre de acumularlas y resolverlas en una sola resolución¹⁵⁶⁹. Por supuesto, esta posibilidad está excluida para el juez de medidas provisionales de primera instancia, ya que las presentaciones realizadas en virtud del artículo L. 521-2 y las realizadas sobre la base del artículo L. 521-2 no están sujetas a los mismos procedimientos de recurso. La acumulación sólo es posible ante el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat, en la medida en que sus decisiones no son susceptibles de recurso.

IV. El alcance ampliado de los actos y conductas impugnables

380. El juez de medidas provisionales es un juez de situaciones jurídicas. Una definición exhaustiva de las medidas que pueden recurrirse le permite conocer de todas las formas de infracción administrativa de las libertades fundamentales, cualquiera que sea su origen. Este enfoque amplio incluye los casos en los que, por negligencia o abstención, la administración permite que se produzca una infracción en las relaciones entre particulares.

A. El juez de medidas provisionales, juez de situaciones jurídicas

381. La intención del legislador era abrir la sala de audiencias del juez de medidas provisionales a cualquier medida susceptible de vulnerar una libertad fundamental sin restricción alguna. Para el grupo de trabajo del Conseil d'Etat, el objetivo era dar acceso a los tribunales administrativos incluso "en situaciones en las que no se cuestionan decisiones administrativas fácilmente identificables"¹⁵⁷⁰. En consecuencia, todas las perturbaciones derivadas del poder público y todas las formas de actuar o comportarse de las autoridades públicas están sujetas al procedimiento de référé-liberté. La infracción puede resultar de cualquier actividad normativa o material de la autoridad pública. El artículo L. 521-2 se refiere, de manera general, sin precisión ni limitación, a la "violación" de una libertad fundamental. Lo que se exige, por tanto, es una *situación de infracción*, sin referencia al origen o la forma de la infracción. Esta falta de precisión es significativa. Al no especificar "lo que puede resultar de la infracción", el silencio del legislador "habla por sí solo: significa ausencia de restricciones"¹⁵⁷¹. Todo lo que se derive de la actividad o inactividad de la administración puede ser objeto de una solicitud de medidas cautelares sin tropezar con el requisito tradicional de una decisión previa.

Siempre que se trate de un acto administrativo, puede someterse al juez de medidas cautelares absolutamente todo lo que atente contra una libertad fundamental. Esta notable característica del artículo L. 521-2 fue ampliamente subrayada durante los debates parlamentarios. El Sr. Colcombet declaró que este procedimiento debería permitir "responder a *situaciones en las que* no se trata de una decisión administrativa susceptible de ser suspendida, sino de actos, inercias o comportamientos administrativos susceptibles de perjudicar a los demandantes"¹⁵⁷². El Sr. Garrec también señaló que el tribunal podría intervenir "cuando una libertad fundamental se ve amenazada por una decisión o una actuación de hecho de la autoridad pública"¹⁵⁷³. Del mismo modo, el Ministro de Justicia había subrayado que el procedimiento de référé-liberté podía utilizarse contra "cualquier acto o comportamiento de la administración"¹⁵⁷⁴.

El artículo L. 521-2 define de forma exhaustiva el alcance de las medidas que pueden someterse a los tribunales. Los tribunales están abiertos a cualquier demandante que impugne una situación que tenga carácter jurídico o efectos jurídicos. Para los autores clásicos, una situación jurídica se refería a la posición particular de un sujeto de derecho en relación con el ordenamiento jurídico; correspondía, en sustancia, al conjunto de derechos y obligaciones conferidos a una persona¹⁵⁷⁵. El concepto se entiende aquí desde el punto de vista del ordenamiento

¹⁵⁶⁹ Véanse, por ejemplo: CE, ord. 7 septiembre 2001, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries électriques et gazières CFTC*, n° 237915 y n° 237916; CE, ord. 2 diciembre 2002, *Peç*, n° 2252157 y 2252158; CE, ord. 22 septiembre 2004, *Hoffer*, n° 272347 y 372378.

¹⁵⁷⁰ "Informe del grupo de trabajo del Consejo de Estado sobre procedimientos de emergencia", *RFDA* 2000, p. 947.

¹⁵⁷¹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, n° 1593.

¹⁵⁷² F. COLCOMBET, Informe AN n° 2002, p. 40. Énfasis añadido.

¹⁵⁷³ R. GARREC, Informe del Senado n° 380, p. 29.

¹⁵⁷⁴ E. GUIGOU, *JO déb. AN*, sesión CR de 14 de diciembre de 1999, p. 10942.

¹⁵⁷⁵ Véase en particular: G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 3^{ème} ed, Marcel Giard, 1925, pp. 10-24; A. de LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. 1, 2^{ème} ed, LGDJ, 1957, pp. 17-20; G. SCHELLE, *Cours de principes du droit public, DES droit public*, 1944-1945, Les cours de droit, pp. 121 y ss.

objetivo, la realidad jurídica resultante de uno o varios actos o actuaciones administrativas.

382. La posibilidad de impugnar una simple conducta tiene una gran ventaja para el demandante, ya que le exime de tener que presentar una resolución antes de interponer un recurso.

Como es sabido, según una regla tradicional del procedimiento contencioso administrativo, "todo litigio sometido al juez debe haber sido objeto previamente de una toma de posición de la autoridad habilitada"¹⁵⁷⁶. Enunciada ahora en el artículo R. 421-1 del Código de Justicia Administrativa, esta exigencia se expresa en el adagio "sin decisión no hay acción". Significa que sólo debe ser posible acudir a los tribunales si ha surgido un litigio y se está tratando actualmente, como lo demuestra la existencia de una decisión explícita o implícita de la administración. Cuando existe una decisión, el constituyente puede interponer inmediatamente un recurso ante el tribunal administrativo. En su defecto, le corresponde provocar una decisión enviando a la autoridad pública una solicitud que le lleve a pronunciarse. La decisión se produce una vez que la administración ha dado una respuesta explícita. Si no se adopta una posición expresa en el plazo de dos meses desde la presentación de la solicitud, el silencio de la administración dará lugar a una decisión denegatoria implícita. Así pues, cuando la administración no se ha pronunciado formalmente, la exigencia de una decisión previa condena al litigante a esperar un plazo de dos meses antes de poder interponer un recurso ante el tribunal administrativo. Esta norma parece, pues, incompatible con la necesidad de celeridad en la interposición de un recurso ante un órgano jurisdiccional en caso de violación grave de las libertades fundamentales.

Cuando se produce una infracción de este tipo, la víctima debe poder recurrir sin demora a los tribunales para salvaguardar sus libertades. Cuando el demandante no disponga de una decisión previa, no debería tener que esperar dos meses antes de poder recurrir al tribunal. Exigir el cumplimiento de esta norma haría inútil el recurso y condenaría al interesado a una satisfacción tardía y puramente platónica. Por lo tanto, en la medida en que la norma del artículo R. 421-1 representa un obstáculo para la intervención inmediata del tribunal, el legislador ha eximido pura y simplemente al solicitante de esta formalidad. El resultado es que "el procedimiento de protección especial instituido por el artículo L. 521-2 (...) puede aplicarse independientemente de cualquier recurso contra una decisión"¹⁵⁷⁷. La aplicación de las disposiciones del artículo L. 521-2 no está condicionada en modo alguno a la existencia de una decisión administrativa. Por lo tanto, el demandante puede actuar *sin demora en cuanto* se produzca una infracción. En cualquier caso, incluso en ausencia de decisión previa, puede dirigirse *inmediatamente* al juez de medidas provisionales.

Esta es una característica notable del procedimiento *référé-liberté* y una ventaja importante sobre el procedimiento *référé-suspensión* en los casos de violación de una libertad fundamental. Es cierto que algunos procedimientos de medidas provisionales están exentos del requisito de decisión previa - la exención está expresamente prevista en el caso de las medidas provisionales cautelares (artículo L. 521-3), la declaración provisional de los hechos (R. 531-1) y la instrucción provisional (R. 531-2) -, pero la exención se deriva de la propia naturaleza de estos procedimientos de medidas provisionales, que en modo alguno pretenden paralizar los efectos de un acto o actuación de una autoridad pública. Por otra parte, dado que la finalidad de las medidas cautelares es neutralizar los efectos de una decisión, la propia estructura de este procedimiento presupone la existencia de una decisión administrativa. Es necesariamente con el fin de contrarrestar los efectos de tal decisión por lo que el demandante presenta alegaciones a este respecto sobre la base del artículo L. 521-1. Cuando, a falta de decisión, el demandante no pueda actuar en el marco del procedimiento de suspensión sumaria y, por extensión, del procedimiento de medidas provisionales, el órgano jurisdiccional podrá invitar al demandante a que le someta el asunto en el marco del procedimiento de medidas provisionales¹⁵⁷⁸. Cabe señalar que los tribunales también tienen una visión amplia del alcance de las medidas que pueden impugnarse por injerencia de facto: "Una acción, operación, comportamiento o decisión de la administración puede bastar"¹⁵⁷⁹.

En virtud del artículo L. 521-2, la situación litigiosa puede ser, en primer lugar, el resultado de una o varias decisiones administrativas. El demandante puede impugnar decisiones individuales positivas¹⁵⁸⁰ o

¹⁵⁷⁶ C. GABOLDE, *Procédure des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, 6^{ème} ed, Dalloz, 1997, p. 55.

¹⁵⁷⁷ CE, 21 de noviembre de 2001, *Zbary, Lebon T.* p. 1125; CE, ord. 27 de enero de 2003, *Amraoui*, n° 253601.

¹⁵⁷⁸ En el auto *Meyet* de 20 de diciembre de 2005, el juez declaró que "el respeto de los derechos reivindicados por el Sr. Meyet puede garantizarse mediante la aplicación del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa que, a diferencia del artículo L. 521-1, no exige que el procedimiento particular de salvaguarda de las libertades fundamentales que instituye esté necesariamente vinculado a la impugnación de una decisión administrativa y abre la posibilidad de criticar una actuación de una autoridad administrativa siempre que se cumplan todas las condiciones previstas por este artículo" (CE, ord. 20 de diciembre de 2005, *Meyet*, n° 288253).

¹⁵⁷⁹ S. PETIT, *La voie de fait administrative*, PUF, coll. QSJ, 1995, p. 41. Véase R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, IEP París, fasc. I, 1981, p. 540.

¹⁵⁸⁰ Por ejemplo, la orden prefectoral que fija el país de destino para la ejecución de una prohibición judicial de entrada (CE, ord. 27 de marzo de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout, Lebon p. 158*); la orden prefectoral que pronuncia la inmovilización de vehículos de transporte (CE, ord. 9 de abril de 2001, *Belrose et autres, Lebon T.* p. 1126); la orden ministerial que pronuncia la expulsión de un extranjero (CE, Sect. 30 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon p. 523*; CE,

reglamentos¹⁵⁸¹, pero también decisiones negativas¹⁵⁸². Una decisión puede manifestarse cuando se aplica¹⁵⁸³. El tribunal ha reconocido que puede ser el resultado de contactos entre una persona concreta y la administración, aunque la persona en cuestión no sea posteriormente uno de los demandantes¹⁵⁸⁴.

La situación litigiosa también puede derivarse de un comportamiento administrativo, es decir, de una conducta que, sin modificar necesariamente el ordenamiento jurídico, afecte sin embargo a la posición personal del beneficiario de una libertad. Cualquier comportamiento u operación de la Administración puede ser objeto de una solicitud sumaria de medidas cautelares si expresa la voluntad de hacer o no hacer algo o refleja negligencia u omisión por su parte. El comportamiento administrativo que es objeto de una solicitud sumaria de medidas cautelares puede, por tanto, ser positivo o negativo. En primer lugar, el solicitante puede impugnar acciones o comportamientos, como la retirada -y luego la retención material- de documentos nacionales de identidad y pasaportes a miembros de una familia¹⁵⁸⁵; la retención material de un permiso de residencia¹⁵⁸⁶; el hecho de que un establecimiento público de cooperación intermunicipal intervenga en los ámbitos de competencia de los municipios que lo componen¹⁵⁸⁷; la supresión por un municipio, durante las obras de reparación de carreteras y aceras, del acceso a locales utilizados como garajes o almacenes y la colocación de bolardos que impidan el acceso

ord. 10 de agosto de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Saddouki*, nº 236969); la prohibición de que el demandante participe en la gestión y supervisión de centros de vacaciones y ocio para menores (CE, ord. 9 de agosto de 2001, *Medrinal*, Lebon T. p. 1127).

¹⁵⁸¹ Por ejemplo, una orden municipal que regula el acceso y el tráfico en una zona industrial (CE, ord. 5 de julio de 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, nº 235387); una orden municipal que prohíbe el acceso a un edificio municipal y ordena su retirada (CE, ord. 10 de agosto de 2001, *Association 'La Mosquée' y otros*, Lebon T. p. 1133); una orden prefectoral que prohíbe la navegación dentro de un perímetro definido (CE, ord. 27 de septiembre de 2001, *Guegueniat*, nº 238473); una nota en la que un alcalde da instrucciones al servicio de correo municipal para que abra todas las cartas dirigidas a determinados concejales (CE, 9 de abril de 2004, *Vast*, Lebon p. 173); una orden municipal que regula las condiciones de acceso de los barcos a un puerto deportivo (CE, ord. 2 de julio de 2003, *Commune de Collioure*, Lebon T. p. 930).

¹⁵⁸² Por ejemplo, la negativa a poner a disposición del demandante una sala municipal (CE, ord. 2 de marzo de 2001, *Dauphine*, núm. 230798); a matricular a un niño en una escuela (CE, ord. 9 de julio de 2001, *Boc*, núm. 235696); a asignar un terreno de dominio público para la celebración de la Foire du Trône (CE, ord. 6 de abril de 2001, *Lapere et autres*, núm. 232135); a convocar un consejo municipal (CE, Sect, 18 de enero de 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles*, Lebon p. 18); inscribir a los hijos del demandante en su pasaporte (CE, ord. 4 de diciembre de 2002, *Du Conédict de Kérerant*, Lebon T. p. 875); expedir un documento nacional de identidad (CE, ord. 11 de marzo de 2003, *Samagassi*, Lebon p. 119) o autorizar a un extranjero a entrar en territorio francés (CE, ord. 25 de marzo de 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov*, Lebon p. 146). Cabe señalar que cuando se presentó al Gobierno el anteproyecto del grupo de trabajo y el proyecto de ley al Parlamento, la posibilidad de impugnar las decisiones negativas constituía una ventaja importante de la *référé-liberté* frente al procedimiento de *référé-suspension*. La jurisprudencia tradicional excluía la suspensión de la ejecución de una decisión negativa (sobre la jurisprudencia *Amorós*, véase § 7 *supra*). A falta de disposiciones contrarias en el proyecto de ley, no estaba previsto que el nuevo régimen de suspensión fuera diferente. Sin embargo, esta ventaja desapareció tras la adopción de una enmienda que autoriza expresamente al juez de suspensión cautelar a suspender la ejecución de una resolución denegatoria. Esta inversión de la jurisprudencia *Amorós* debía surtir efecto el 1^{er} de enero de 2001, fecha de entrada en vigor de la reforma. Sin embargo, fue adelantada unos días por el Conseil d'Etat con el fin de demostrar que el abandono de la jurisprudencia *Amorós* era consecuencia de la ley de 8 de febrero de 1995 que otorgaba al juez administrativo un poder de requerimiento para ejecutar sus decisiones (CE, Secc., 20 de diciembre de 2000, *Onatab*, Lebon p. 643, *RFDA* 2001, pp. 371-377, concl. F. LAMY; *AJDA* 2001, p. 146, cron. M. GUYOMAR y P. COLLIN).

¹⁵⁸³ Así, según el juez de medidas provisionales, la decisión de conceder derechos exclusivos de explotación para la retransmisión de competiciones deportivas se "revela" por una decisión del consejo de administración de la Ligue nationale de football por la que se convoca una licitación para la comercialización de estos derechos, y por la propia licitación (CE, ord. 18 marzo 2002, *GIE Sport libre et al*, Lebon p. 106). La jurisprudencia había aceptado este principio en el pasado. Como señala M. Chapus, "cuando una autoridad administrativa adjudica un contrato, tenemos derecho a suponer que ha tomado la decisión de contratar" (R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, nº 646).

¹⁵⁸⁴ Véase CE, ord. 27 mayo 2005, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres*, Lebon p. 232, *AJDA* 2005, pp. 1579-1582, nota A. RAINAUD. En este caso, el juez observó que ninguno de los demandantes había solicitado al Ministro de Justicia autorización para celebrar un debate sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en una prisión concreta. Sin embargo, de la investigación se desprende que en el marco de los contactos regulares entre el director de la administración penitenciaria y el presidente de la asociación "Dès maintenant", especializada en cuestiones penitenciarias, se previó la celebración de debates sobre este tema a principios de marzo. El juez declaró "que los contactos realizados a este respecto fueron infructuosos, lo que dio lugar a una decisión implícita de rechazo". Así pues, fue la imposibilidad para esta asociación -que no sería parte en el recurso- de ganar su caso ante el director de la administración penitenciaria lo que dio lugar tácitamente a la decisión denegatoria. La decisión denegatoria implícita se deriva del fracaso de estos contactos. Tras un cuidadoso análisis, el juez identificó la existencia de una decisión administrativa susceptible de recurso. Llama la atención que la decisión surja de simples "contactos" y, más aún, que estos contactos no implicaran a ninguno de los autores del recurso. Esta concepción no formal del concepto de decisión merece ser destacada, aunque no carece de precedentes (véase J. MASSOT, "Décisions non formalisées et contrôle du juge de l'excès de pouvoir", *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Gny Braibant*, Dalloz, 1996, pp. 521-540).

¹⁵⁸⁵ CE, ord. 2 abril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel*, Lebon p. 167.

¹⁵⁸⁶ CE, ord. 8 noviembre 2001, *Kaigisisiz*, Lebon p. 545.

¹⁵⁸⁷ CE, 12 de junio de 2002, *Commune de Fauillet et autres*, Lebon p. 215.

a dichos locales¹⁵⁸⁸; las obras de reparación y acondicionamiento de una carretera privada¹⁵⁸⁹; la instalación de un desarenador -dispositivo destinado a garantizar el buen funcionamiento del sistema de evacuación de las aguas pluviales- en una franja de terreno propiedad de un particular¹⁵⁹⁰; la incorporación de una parcela privada a un campo de golf gestionado por un organismo público¹⁵⁹¹; la retención de una aeronave¹⁵⁹²; la realización de un procedimiento médico¹⁵⁹³. Por otra parte, el demandante puede impugnar la no actuación de la administración o la no realización de una acción determinada: incluir una película en la lista de películas pornográficas¹⁵⁹⁴, adoptar medidas para favorecer el acceso a la vivienda¹⁵⁹⁵, remitir una ley al Consejo Constitucional¹⁵⁹⁶, poner fin a un estado de emergencia¹⁵⁹⁷, prestar asistencia policial¹⁵⁹⁸, realizar obras para reparar una carretera que conduce a una discoteca¹⁵⁹⁹, garantizar el pluralismo en la cadena privada Canal +¹⁶⁰⁰, convocar a los electores para las elecciones legislativas parciales¹⁶⁰¹, instalar a un médico como facultativo de hospital¹⁶⁰² o reconocer la dimisión de un ministro del Gobierno de la Polinesia Francesa¹⁶⁰³.

El juez del *référé-liberté* podía aceptar ocuparse de los actos preparatorios¹⁶⁰⁴. Un juez de medidas provisionales dictaminó que una decisión de una comisión de propaganda, que normalmente no es susceptible de recurso¹⁶⁰⁵, podía impugnarse en virtud del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa¹⁶⁰⁶.

383. De manera poco habitual, el juez que conoce de la medida cautelar no se interesa por el acto o el comportamiento considerados aisladamente, sino que se centra en la situación jurídica a la que dan lugar. Considera esta situación como un todo constituido por un conjunto de actos y, en su caso, de acciones o abstenciones. En caso de recurso contra una resolución, el control del tribunal se centra en la situación creada por dicha resolución. Así, en un auto de 18 de octubre de 2001, por ejemplo, declaró que la asociación demandante "no tiene motivos para solicitar la anulación del auto del juez de medidas provisionales de Montpellier por el que se desestima su solicitud de que se dicte una orden conminatoria acompañada de una multa, en aplicación del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, para poner fin a *la situación*

1588 CE, ord. 31 de mayo de 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, *Lebon* p. 253.

1589 CE, ord. 20 julio 2001, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, *Lebon* p. 388

1590 CE, orden. 21 de agosto de 2001, *Manigold*, n° 237385.

1591 CE, ord. 22 octubre 2001, *Gonidec y Brocas*, n° 239165.

1592 CE, 2 de julio de 2003, *Sté Outremer Finance Limited*, *AJDA* 2003, pp. 1780-1785, concl. G. Bachelier. La sociedad demandante impugnó la inmovilización de una aeronave por el organismo público Aéroports de Paris. Para justificar la admisibilidad del recurso, el Comisario del Gobierno declaró que "la demanda sumaria de medidas provisionales no está sujeta a la impugnación de la legalidad de una decisión y puede utilizarse para poner fin a *una situación concreta*" (concl. op. cit., p. 1783. Énfasis añadido).

1593 CE, ord. 16 de julio de 2001, *Feuillatey*, *Lebon* p. 309.

1594 CE, ord. 31 de enero de 2001, *Association Promouvoir*, *Lebon T.* p. 525. La misma demanda, presentada sobre la base del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa, fue declarada inadmisibile porque la asociación demandante no pudo aportar pruebas de una decisión (mismo auto).

1595 CE, ord. 3 de mayo de 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, *Lebon* p. 168: la decisión se refiere a "las acciones" del prefecto.

1596 CE, ord. 7 noviembre 2001, *Tabaka*, *Lebon T.* p. 789, 1125. El demandante no impugna la *negativa* del Presidente de la República a someter el asunto al Consejo Constitucional en la medida en que el Jefe del Estado no se ha pronunciado ni explícita ni implícitamente. Impugna el hecho de que *no se haya hecho ninguna remisión*. El juez de medidas provisionales se refiere "al hecho de que el Presidente de la República se haya abstenido de ejercer el derecho que le confiere el párrafo segundo del artículo 61 de la Constitución de someter una ley al Consejo Constitucional".

1597 CE, ord. 9 diciembre 2005, *Allouache et autres*, *Lebon* p. 562.

1598 CE, 29 de marzo de 2002, *SCI Stéphaur et autres*, *Lebon* p. 117.

1599 CE, ord. 5 marzo 2001, *SARL Club 2000*, *Lebon T.* p. 1130.

1600 CE, ord. 24 febrero 2001, *Tibéri*, *Lebon* p. 85.

1601 CE, ord. 18 de mayo de 2001, *Meyet, Bouget*, *Lebon* p. 244.

1602 CE, ord. 13 de mayo de 2002, Centre hospitalier de Valence c/ Nouri, n° 246551.

1603 CE, ord. 11 de abril de 2006, *Tevaarere*, *Lebon* p. 197.

1604 Véase R. VANDERMEEREN, "Les procédures d'urgence devant le juge administratif en matière de contrats publics à la veille de l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000", *BJDCP* n° 13, 2000, p. 398: "el nuevo mecanismo de salvaguardia sirve para proteger a los interesados, no sólo de los actos administrativos decisivos, sino también de los comportamientos de la autoridad pública que carezcan de este carácter (actos preparatorios, actos materiales, omisiones)".

1605 Estas decisiones no pueden separarse del conjunto de las operaciones electorales. Según jurisprudencia reiterada, las posibles irregularidades de estas decisiones sólo pueden invocarse en apoyo de un recurso contra dichas operaciones electorales (CE, Secc., 17 de octubre de 1986, *Elections cantonales de Sevan*, *Lebon* p. 233).

1606 TA Châlons-en-Champagne, 25 de marzo de 2004, *Mme Gabrielle N'Guyen c/ Commission de propagande de Reims* 6, n° 04-458, *AJDA* 2004, p. 742, obs. S. BRONDEL

resultante de la decisión del alcalde de Castelnau-le-Lez"1607 . En otras palabras, el juez de medidas provisionales es un juez de situaciones jurídicas y no un juez de actos. Tiene en cuenta todos los hechos de una situación jurídica; considera todos los efectos jurídicos resultantes de la voluntad de la administración, sin centrarse necesariamente en un acto concreto. Esto significa que, a diferencia del juez que conoce de un exceso de poder o del juez que conoce de un procedimiento sumario de suspensión, puede aprehender una situación jurídica en su totalidad1608 .

En el asunto *Tibéri*, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat examinó el caso a la luz de las recomendaciones, comunicados de prensa y tomas de posición del Conseil supérieur de l'audiovisuel, que en su conjunto caracterizaban "la situación sometida al juez de medidas provisionales en el presente asunto"1609 . En la sentencia *Aguillon de 9 de diciembre de 2003*1610 , los demandantes impugnaron formalmente un auto de 21 de noviembre que, ordenando la reclusión de los empleados en huelga durante un período de siete días, dejó de surtir efecto el 28 de noviembre, día en que se interpuso el recurso ante el Conseil d'Etat. Dado que la decisión impugnada ante el primer juez había agotado sus efectos, el Conseil d'Etat habría declarado inadmisibles el recurso si éste se hubiera interpuesto en virtud del artículo L. 521-1. Pero el juez de medidas provisionales, que juzga las situaciones jurídicas, acepta conocer del recurso. Aunque la decisión formalmente impugnada ante el tribunal de primera instancia dejó de surtir efecto, fue sin embargo renovada en términos estrictamente idénticos, y por un nuevo plazo de diez días, mediante una decisión de 28 de noviembre. Esta segunda decisión, que surte efectos el día en que el tribunal se pronuncia, no fue impugnada en primera instancia. No obstante, mantiene la situación jurídica derivada de la primera decisión y se ajusta a ella. Por consiguiente, el Conseil d'Etat tomó en consideración la totalidad de la situación controvertida: no se refirió al auto de 21 de noviembre ni al de 28 de noviembre aisladamente, sino que optó por referirse más ampliamente a los "autos en cuestión". Para que una demanda presentada sobre la base del artículo L. 521-2 sea admisible, basta con que se haya producido una situación jurídica y que ésta subsista el día en que el juez de medidas provisionales debe pronunciarse.

384. Aunque el abanico de actos y comportamientos impugnables es amplio, no es posible aceptar que cualquier acto, acción u omisión pueda ser sometido al juez de medidas cautelares. Cualquiera que sea la naturaleza del acto impugnado, debe tener efectos, implicaciones o repercusiones jurídicas.

Así pues, una simple intención no puede dar lugar a la incoación de una référé-liberté. Un simple deseo, que en sí mismo no tiene ninguna repercusión, no puede ser perseguido en virtud del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. En el auto *Meyet* de 22 de marzo de 2001, el juez declaró que "al expresar el deseo de que los miembros de su Gobierno no ejerzan al mismo tiempo el cargo de alcalde, el Primer Ministro no ha promulgado ninguna norma de derecho positivo y no ha vulnerado ninguna libertad fundamental"1611 . Al referirse a la promulgación de una norma de Derecho positivo, el juez de medidas provisionales exige indirectamente que la medida impugnada sea perjudicial. Si no existe repercusión jurídica, la medida impugnada es inadmisibles1612 . En la misma línea, el juez precisa que los actos o actuaciones administrativas contemplados en las disposiciones del artículo L. 521-2 no incluyen "las declaraciones mediante las cuales un miembro del Gobierno define la orientación de su acción ante una u otra asamblea parlamentaria". De ello se desprende que las declaraciones efectuadas por el Ministro del Interior ante la Asamblea Nacional a propósito de las medidas de expulsión que pretendía adoptar o hacer adoptar contra los extranjeros condenados por haber participado en determinados actos de violencia urbana "no son, en sí mismas, objeto del procedimiento instituido por el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa"1613 . En el mismo orden de ideas, el comportamiento contemplado por estas disposiciones no incluye "una declaración por la que el Presidente de la República define ante la opinión pública las orientaciones políticas que se propone seguir". Por consiguiente, las declaraciones realizadas por el Jefe del Estado durante su

1607 CE, ord. 18 de octubre de 2001, *Association groupe local Cimade Montpellier*, n° 239071.

1608 Esto no puede lograrse revisando una decisión concreta. Como ha señalado el Presidente Woehrling, "la norma según la cual todo recurso debe interponerse contra una decisión anterior hace que el litigio cristalice en un acto concreto, artificialmente aislado de su contexto, cuando a menudo es un conjunto de comportamientos administrativos estrechamente vinculados entre sí lo que constituye el origen del litigio" (J.-M. WOEHRLING, "Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée chemins", en *Service public et libertés, Mélanges offerts.M. WOEHRLING, "Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins"*, en *Service public et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 349).

1609 CE, ord. 24 febrero 2001, *Tibéri, Lebon* p. 85.

1610 CE, 9 de diciembre de 2003, *Aguillon et autres, Lebon* p. 497.

1611 CE, ord. 22 marzo 2001, *Meyet, Lebon T.* p. 1130. Véase también *supra* CE, ord. 18 de octubre de 2001, *Association groupe local cimade Montpellier*, n° 239071.

1612 Es cierto que el juez de medidas provisionales rechaza la demanda por "infundada". Sin embargo, en el contexto del procedimiento de selección, el tribunal entiende que este concepto se refiere a una solicitud que no puede prosperar por cualquier motivo, que puede estar relacionado con el fondo pero también con la competencia o la admisibilidad. Véase *infra*, §§ 406-407.

1613 CE, ord. 12 de noviembre de 2005, *Association SOS racisme - touche pas à mon pote, Lebon* 496.

alocución televisada del 31 de marzo de 2006, relativas a la promulgación y las condiciones de aplicación y modificación de la Ley de igualdad de oportunidades, "evidentemente no están sujetas al procedimiento instituido por el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa"¹⁶¹⁴.

En aplicación de esta misma exigencia, un ciudadano que impugna una denegación y no una abstención no puede actuar útilmente en ausencia de una toma de posición de la autoridad administrativa sobre su situación. Un demandante que impugna una denegación, y no una abstención de la administración, debe presentar una decisión denegatoria expresa o tácita en apoyo de su demanda. Según el juez de medidas provisionales, la instrucción y el fallo de las demandas presentadas sobre la base del artículo L. 521-2 no pueden sustituir a la instrucción y el pronunciamiento de una decisión administrativa. Cuando el demandante considera que se ha vulnerado una libertad fundamental por la denegación de una solicitud por parte de la administración, "el demandante sólo puede invocar tal vulneración si es capaz de justificar ante el juez de medidas provisionales la existencia misma de una decisión denegatoria de la solicitud"¹⁶¹⁵. Estos principios se aplican, por ejemplo, a la expedición de documentos de identidad, como ilustra un auto de 13 de septiembre de 2004. En dos demandas distintas registradas en la secretaría judicial del Conseil d'Etat los días 27 y 31 de agosto de 2004 respectivamente, dos demandantes pidieron al juez de medidas provisionales que suspendiera una "decisión" de las autoridades consulares de Dakar por la que se negaban a expedirles un documento nacional de identidad y un pasaporte franceses. Sin embargo, los demandantes no presentaron ninguna decisión denegatoria explícita o implícita en apoyo de su solicitud. En estas circunstancias, "el juez de medidas provisionales no puede, en ningún caso, aceptar tales conclusiones si los demandantes no justifican la existencia de la denegación que se habría opuesto a las peticiones en este sentido dirigidas a la autoridad administrativa"¹⁶¹⁶.

En cualquier caso, el tribunal sólo puede intervenir si ha surgido un litigio. En otras palabras, el demandante sólo puede interponer un recurso útil si puede probar que existe un *litigio, cuya existencia* puede revelarse tanto por una decisión como por un comportamiento de la autoridad pública. En caso contrario, el demandante no estará legitimado para interponer un recurso ante el tribunal administrativo, ni siquiera sobre la base del artículo L. 521-2. Por ejemplo, en un auto *de Titaou* de 5 de octubre de 2006, el juez de medidas provisionales declaró que si el mantenimiento de la validez de una medida de expulsión de un extranjero del territorio nacional puede afectar al ejercicio de la libertad de toda persona a vivir con su familia, "el juez de medidas provisionales no puede ordenar la expulsión del extranjero en cuestión", "el juez de medidas provisionales sólo podrá conocer debidamente de un litigio que se plantee sobre este punto en la medida en que el litigio esté válidamente vinculado, bien por la producción de un acto imputable a la administración, bien por la intervención de una decisión expresa o que haya surgido implícitamente debido a la expiración del plazo dado a la autoridad administrativa para adoptarla"¹⁶¹⁷.

Por último, la situación jurídica debe seguir existiendo el día en que el tribunal es requerido o llamado a pronunciarse. La desaparición de sus efectos llevará al órgano jurisdiccional a declarar, según el momento en que se produzca, la inadmisibilidad del asunto (si el objeto del litigio desaparece antes de la presentación de la demanda)¹⁶¹⁸ o el sobreseimiento (si desaparece después de la presentación de la demanda pero antes de que se dicte sentencia)¹⁶¹⁹. Lógicamente, el mismo requisito se aplica a los procedimientos de acceso de facto¹⁶²⁰ y *déféré-liberté*¹⁶²¹. Esta limitación parece clásica y perfectamente legítima. No restringe en absoluto el alcance de las medidas que pueden recurrirse. El enfoque global adoptado y, más concretamente, la posibilidad de impugnar los fallos y abstenciones de la administración, ha permitido al juez administrativo dar una dimensión horizontal indirecta a las libertades fundamentales.

1614 CE, ord. 4 de abril de 2006, *Bidalon*, n° 291948.

1615 CE, ord. 7 noviembre 2003, SA d'habitations à loyer modéré trois vallées, *Lebon T.* p. 911.

1616 CE, ord. 13 de septiembre de 2004, *Salif X.* y *Yayah X.* n° 271609 y 271707.

1617 CE, ord. 6 octubre 2006, *Titaou*, n° 297932.

1618 Véase, por ejemplo, CE, ord. 12 de noviembre de 2004, *Uluoz*, n° 274010. En una demanda registrada en la secretaría del tribunal administrativo el 27 de octubre de 2004, el demandante solicitaba la suspensión de una decisión de fecha 1^{er} de octubre de 2004 por la que el Ministro de Empleo y Cohesión Social autorizaba su despido. Esta decisión le había sido notificada el 19 de octubre de 2004 por su empresario, por lo que debía considerarse plenamente ejecutada en dicha fecha. En consecuencia, el juez del procedimiento sumario de primera instancia desestimó acertadamente esta demanda por carecer de objeto y ser, por tanto, inadmisibile.

1619 Véase, por ejemplo, CE, ord. 2 noviembre 2001, *SNC Costes*, n° 239617.

1620 Como señala la Sra. Le Foyer de Costil, "una vez que una supuesta agresión ha cesado en el momento de la audiencia, y la misma regla se aplica a cualquier perturbación manifiestamente ilícita, el juez del procedimiento sumario debe considerar que la perturbación ha cesado y que no procede el procedimiento sumario sin investigar ni pronunciarse sobre si dicha perturbación fue o no ilícita" (H. LE FOYER DE COSTIL, "Le vol d'aigle du juge des référés", en *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, pp. 344-145. Véanse los ejemplos citados por el autor en las pp. 345-346).

1621 Si la decisión se ha ejecutado en su totalidad, la solicitud ya no es pertinente. Véase TA Rennes, auto de 28 de abril de 1985, *Préfet du Finistère c/ Conseil général* (citado por R. ETIEN, *RDP* 1988, p. 754, nota 79), relativo a una decisión de concesión de una subvención que había sido efectivamente pagada en el momento en que se envió la decisión a la prefectura.

B. La posibilidad de impugnar conductas negativas, palanca de un efecto horizontal indirecto de las libertades fundamentales

385. Cuando la Administración está sujeta a la obligación de promover o garantizar el respeto de las libertades fundamentales entre particulares o, más en general, de no obstaculizar dichas libertades por su inacción, el artículo L. 521-2 hace posible un efecto horizontal indirecto de dichas libertades que se ejerce a través de la autoridad pública. Se puede hablar de efecto *horizontal en la medida en que* el litigio se refiere principalmente a dos particulares y, más concretamente, a la violación por un particular de las libertades fundamentales de otra persona física o jurídica. Se trata de un efecto *indirecto, en la medida en que* no opera directamente entre particulares, sino a través de la interposición de una tercera entidad pública.

Este efecto es posible cuando concurren tres elementos. En primer lugar, un particular que no es responsable de la gestión de un servicio público vulnera, por su acción (o abstención), los intereses y libertades fundamentales de otra persona. En segundo lugar, una autoridad administrativa tiene el deber de tomar medidas para poner fin a la infracción o conducta en cuestión; debe ser posible identificar una obligación por parte de la autoridad pública de actuar en el contexto de sus "poderes públicos de control y garantía de las libertades fundamentales"¹⁶²². Por último, la autoridad pública se abstiene (o se niega) a actuar.

Por lo tanto, este efecto horizontal indirecto está condicionado en gran medida a la existencia de una obligación de actuar por parte de la autoridad pública. La interposición de una persona pública obligada a actuar es indispensable para la realización de este efecto. En ausencia de tal obligación, el efecto horizontal indirecto no puede aplicarse¹⁶²³. Es importante precisar que si tal efecto es posible en el marco de las medidas cautelares, ello se debe *únicamente a la* posibilidad ofrecida al litigante de impugnar los incumplimientos y abstenciones de la autoridad administrativa y no, como se ha argumentado, a la elección de la expresión "libertad fundamental"¹⁶²⁴.

386. El efecto horizontal indirecto apareció por primera vez en el auto de *Tibéri* de 24 de febrero de 2001¹⁶²⁵. Las circunstancias que dieron lugar a esta decisión son bien conocidas. En el marco de la campaña para las elecciones municipales de 2001, la cadena de televisión privada Canal + tenía previsto organizar un "duelo" entre los dos principales candidatos a la alcaldía de París, Philippe Seguin y Bertrand Delanoé. Jean Tibéri, alcalde saliente de la ciudad pero que no obtuvo la nominación de su partido, no ha sido invitado a participar en este duelo televisado. El Sr. Tibéri considera que la decisión de Canal + de excluirle del debate atenta contra la exigencia de pluralismo en la expresión de las corrientes de pensamiento y opinión. Dado que los tribunales administrativos no son competentes para pronunciarse sobre las vulneraciones de las libertades fundamentales por parte de los organismos privados de radiodifusión, el Sr. Tibéri no podía presentar una demanda de medidas provisionales contra Canal +, persona jurídica de derecho privado a la que no se ha confiado la gestión de un servicio público. Para salvar este obstáculo, la demanda se interpuso contra el Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), autoridad administrativa independiente encargada por ley de garantizar el pluralismo en

1622 B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^{ème} éd, PUF, coll. Droit fondamental, 2002, n° 278.

1623 Véase CE, 22 de mayo de 2002, *Fofana et al, Lebon* p. 175. Los demandantes, inquilinos de viviendas inadecuadas propiedad de particulares, solicitaron una orden que obligara al municipio a proporcionarles una vivienda de sustitución hasta que la vivienda que ocupaban hubiera sido rehabilitada. Dado que la autoridad pública no estaba legalmente obligada a proporcionarles una vivienda de sustitución en tales circunstancias, el Conseil d'Etat consideró que no se había producido una violación grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental "por parte de una persona jurídica de derecho público que actúa en el ejercicio de una de sus competencias".

1624 El Sr. Brenet sostiene que "la utilización del concepto de libertad fundamental ofrece también la ventaja de ampliar los efectos del procedimiento sumario al permitir a los ciudadanos protegerse en las relaciones verticales que mantienen con las autoridades públicas, pero también en las relaciones horizontales que pueden mantener con otros particulares" (F. BRENET, "La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA", *RDJ* 2003, p. 1568). M. Brenet da a la elección de esta expresión un alcance que claramente no tiene. No sólo habría sido posible un efecto estrictamente idéntico con la expresión "libertad pública" o "libertad esencial". Además, nada excluye que tal efecto pudiera conseguirse también en el marco de las medidas cautelares, siempre que el demandante disponga de una decisión que impugnar. En este caso, la suspensión de una decisión negativa va acompañada del pronunciamiento de un requerimiento de ejecución (véase CE, 11 de junio de 2002, *SARL Camping d'Oc, Lebon* T. p. 933, que orienta al autor de un requerimiento de ejecución hacia los procedimientos de suspensión cautelar y de libertad provisional para obtener el desalojo de los ocupantes ilegales).

1625 CE, ord. 24 febrero 2001, *Tibéri, Lebon* p. 85, *JCP G* 2001, I, 318, chron. C. BOITEAU; *D.* 2001, pp. 1748-1751, nota R. GHEVONTIAN; *RFDA* 2001, pp. 629-649, nota B. MALIGNER; *Com. com. électr.* 2001, com. n° 51, obs. G. DECOCQ y A. LEPAGE.

las cadenas de televisión nacionales¹⁶²⁶. El argumento del demandante puede resumirse en dos proposiciones. Por una parte, el respeto del pluralismo exige que el CSA ordene a Canal + bien ampliar el ámbito del debate a todos los candidatos a la alcaldía de París, bien renunciar por completo al debate. Por otra parte, la inacción del Conseil supérieur de l'audiovisuel atenta contra el pluralismo, lo que justifica que el tribunal le ordene que dirija a Canal + este requerimiento. Recurrido en virtud del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat no planteó la cuestión de inadmisibilidad y se pronunció sobre la demanda.

Al hacerlo, el auto "reconoce la existencia de los efectos horizontales de los derechos y libertades fundamentales en la medida en que obliga a un particular - Canal + - a respetar los derechos de otro particular, el Sr. Tibéri"¹⁶²⁷. Al reconocer su competencia, el juez de medidas provisionales acepta que un particular pueda invocar ante su tribunal la vulneración de una libertad fundamental por parte de otro particular, siempre y cuando pueda escudarse en una persona pública que desempeñe el papel de regulador. El alcance de esta decisión es, por tanto, significativo. Significa que "con el procedimiento référé-liberté, y siempre que pueda encontrarse una persona jurídica de derecho público intermediaria, será posible obtener el respeto de los derechos y libertades fundamentales en las relaciones entre particulares"¹⁶²⁸. Contrariamente a lo que a veces se afirma¹⁶²⁹, el juez de medidas provisionales no impone ninguna obligación a una persona privada - en cualquier caso, no podría hacerlo, a menos que hiciera caso omiso de las normas que rigen el reparto de competencias entre los dos niveles de jurisdicción. Las obligaciones establecidas por el juez de medidas provisionales no se dirigen a la empresa privada Canal +, sino a la CSA. El juez de medidas provisionales expone detalladamente las medidas que la autoridad pública debe adoptar, en aras del pluralismo, para resolver el litigio en el que está implicada Canal +, pero no dicta como tal ningún requerimiento a Canal +.

387. Otra aplicación del efecto horizontal indirecto de las libertades fundamentales se encuentra en la jurisprudencia *Stéphaur*¹⁶³⁰. Aquí se encuentran los tres elementos necesarios para que se despliegue este efecto. En primer lugar, la acción de un particular vulnera las libertades fundamentales de un tercero: un particular ocupa ilegalmente la propiedad de un propietario, vulnerando la libertad de éste de disponer de su propiedad (y la del inquilino de disponer de la propiedad arrendada). En segundo lugar, la autoridad administrativa está obligada a tomar medidas para poner fin a la infracción: cuando la autoridad judicial ha constatado que la ocupación ilegal por el ocupante ilegal y ha ordenado su desalojo, el prefecto, en ausencia de riesgo de perturbación grave del orden público, está obligado a recurrir a la ayuda de las fuerzas del orden para hacer cumplir esta decisión¹⁶³¹. Por último, la administración se abstiene de actuar: la autoridad prefectoral deniega o se abstiene de aportar la ayuda de la policía.

Esta jurisprudencia se inauguró con la sentencia *Stéphaur de 29* de marzo de 2002. Propietarios e inquilinos víctimas de una ocupación ilegal habían obtenido una decisión del juez de medidas provisionales civiles que ordenaba el desalojo de los ocupantes no autorizados. Cuando el prefecto no prestó asistencia policial, las partes recurrieron al juez de medidas provisionales y obtuvieron una orden de protección. Cabe señalar que, al mantener la competencia en este litigio y ordenar a la autoridad policial que preste asistencia de la fuerza pública, el juez administrativo no desconoció en modo alguno las prerrogativas de la autoridad judicial. Sorprendentemente, un autor ha sostenido que "al ordenar la ejecución de una decisión del tribunal judicial, el tribunal administrativo se emancipa de las normas que rigen el reparto de competencias entre los tribunales administrativos y judiciales"¹⁶³². Esta lectura de la jurisprudencia *Stéphaur* es censurable porque, al ordenar a la autoridad administrativa que ejecute una resolución judicial, el juez administrativo no invade en modo alguno las competencias del tribunal judicial. No interviene directamente en un litigio de derecho privado. No vuelve a juzgar, después de un tribunal civil, un litigio

¹⁶²⁶ La Ley de 30 de septiembre de 1986 encomendó al Conseil supérieur de l'audiovisuel la tarea de velar por el cumplimiento de los principios enunciados en los artículos 1^{er} y 3, que incluyen la igualdad de trato y la expresión del pluralismo de pensamiento y opinión.

¹⁶²⁷ L. FAVOREU, "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *D.* 2001, p. 1741.

¹⁶²⁸ R. GHEVONTIAN, *op. cit.* p. 1751. Sobre este tema, véase D. RIBES, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, tesis de Aix-en-Provence, 2005, 500 p.

¹⁶²⁹ M. MALIGNER afirma que el tribunal exige "a una persona privada, que no está encargada, por cierto, de 'la gestión de un servicio público', que adopte una actitud específica" (B. MALIGNER, *op. cit.*, p. 644). Del mismo modo, el Sr. Faure sostiene que es "digno de mención que este auto permita al juez de medidas provisionales dictar un requerimiento en forma de obligación de resultado a una persona jurídica privada no encargada de una misión de servicio público, Canal +, en la medida en que es parte interesada de la CSA" (B. FAURE, "Juge administratif statuant en urgence. Référé-liberté", *Jcl. Justice administrative*, fasc. 51 (11, 2002), n° 56).

¹⁶³⁰ CE, 29 de marzo de 2002, *SCI Stéphaur et autres*, *Lebon* p. 117, *AJDA* 2003, pp. 345-349, nota P. GROSIEUX. Sobre las numerosas aplicaciones a que ha dado lugar esta jurisprudencia, véanse las referencias citadas *anteriormente*, § 273.

¹⁶³¹ Véase *supra*, § 273.

¹⁶³² P. GROSIEUX, *op. cit.* p. 349.

entre dos particuliers. Por el contrario, al aceptar conocer de los casos de incumplimiento o negativa de la administración a ejecutar una decisión judicial, refuerza la eficacia de la decisión y garantiza su correcta ejecución por la administración. Lejos de socavar la separación de poderes o autoridades, al contrario, el juez administrativo la refuerza con su intervención¹⁶³³.

388. Gracias a una simplificación significativa de las normas que rigen la incoación del procedimiento, la víctima de una posible violación de sus libertades fundamentales tiene un acceso muy fácil y, en consecuencia, muy rápido al juez de medidas provisionales. Con el mismo objetivo de suprimir inmediatamente las violaciones graves de las libertades fundamentales, el juez de medidas provisionales debe instruir y resolver con extrema rapidez las solicitudes que se le presenten por este motivo.

¹⁶³³ Como ha declarado el Consejo Constitucional, la administración debe ejecutar y respetar las decisiones judiciales; no puede hacer caso omiso de esta obligación sin menoscabar la separación de poderes proclamada en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (véase *supra*, § 273). Al reiterar esta obligación y velar por el respeto de la separación de poderes, el tribunal administrativo garantiza la correcta ejecución de las decisiones de los tribunales por parte de las autoridades públicas. Antes de la introducción del procedimiento *référé-liberté*, los propietarios que habían recibido una orden de desahucio no disponían de medios legales para combatir eficazmente la negativa de la administración a actuar o su inacción. Aunque se pretende que esta negativa siga siendo excepcional, se observó que las autoridades se negaban muy a menudo a colaborar en la ejecución de las decisiones que ordenaban el desalojo de ocupantes no autorizados a petición del propietario. Cada año, sólo se atienden 2.000 de las 30.000 solicitudes de asistencia de las autoridades públicas (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} ed., Montchrestien, 2000, n° 1512). En este caso, "es en última instancia la administración la que decide si debe respetarse la cosa juzgada" (L. FAVOREU, "Rapport français (Droit public interne)", en *L'effectivité des décisions de justice. Travaux de l'Association Henri Capitant* (Journées françaises), 17-21 de mayo de 1985, t. XXXVI, Economica, 1987, p. 610). Los propietarios víctimas de la okupación no tenían más remedio que solicitar que se condenara a la administración al pago de una indemnización. Si la denegación era legal -por estar justificada por una amenaza real para el orden público-, las autoridades eran consideradas responsables sin falta, por vulneración de la igualdad ante los poderes públicos (jurisprudencia *Couëtias*, consagrada en el artículo 16 de la Ley de 9 de julio de 1991: véase § 273 *supra*). En caso de negativa ilegal - a falta de perturbación probada del orden público - la omisión de la administración podría dar lugar a responsabilidad por negligencia grave (véase, por ejemplo, CE, 7 de noviembre de 1984, *Horel, Syndic Société Hélio Cachan, Dr. adm.* 1985, n° 541; CE, 2 de diciembre de 1987, *SA Anodistation, JCP G* 1988, IV, 88). Ahora que disponen de un medio de acción eficaz y rápido, las víctimas de la okupación pueden obligar a la administración a intervenir para poner fin a la violación del derecho de propiedad. De este modo, el tribunal administrativo contribuye a mantener el principio de separación de poderes que, según la jurisprudencia constitucional, implica en particular que la administración debe ejecutar las resoluciones judiciales sin tener que evaluar su oportunidad.

Capítulo 2

Un juez rápido

389. En el procedimiento ordinario, la instrucción y la resolución de los recursos se rigen por normas complejas y formalidades restrictivas destinadas a contrarrestar el desequilibrio entre las partes implicadas. Estas exigencias, en particular el carácter escrito del procedimiento y la intervención de un colegio de jueces, permiten al tribunal pronunciarse con toda serenidad tras una instrucción completa y un examen en profundidad del asunto. Para los litigantes, este formalismo es una garantía de buena justicia. Sin embargo, el cumplimiento de estas normas lleva tiempo y ralentiza necesariamente el curso del procedimiento. En caso de violación grave de una libertad fundamental, el objetivo de un litigio rápido es difícil de conciliar con el formalismo habitual de la instrucción y la resolución de las demandas. Un recurso judicial cuya finalidad es sancionar las violaciones graves de las libertades fundamentales en cuanto se producen no puede tolerar la menor pesadez procesal. Por lo tanto, era necesario definir un régimen procesal adaptado al objetivo de salvaguardar inmediatamente las libertades.

El procedimiento sumario está organizado de tal manera que es posible obtener una decisión a los pocos días o incluso horas de presentar la solicitud. Todo se ha diseñado para garantizar que las solicitudes presentadas por esta vía se tramiten con extrema rapidez. La solicitud es examinada por un único juez que adopta una decisión mediante un procedimiento simplificado. El juez de medidas provisionales rechaza inmediatamente las solicitudes condenadas al fracaso y se pronuncia en un plazo de 48 horas sobre las que merecen un examen más detallado. Así pues, como señala M. Chapus, el procedimiento instituido lleva "el sello distintivo de la preocupación por que los procedimientos (en primera instancia y en apelación) concluyan lo antes posible, hasta el punto de que parece algo más que un procedimiento de emergencia: un procedimiento de extrema urgencia"¹⁶³⁴.

Sección 1ª. El órgano unipersonal: instrumento esencial para la celeridad procesal

390. La utilización del procedimiento unipersonal es esencial para garantizar la celeridad de los procedimientos y la rápida tramitación de las solicitudes. Por consiguiente, el juez de medidas provisionales es un magistrado que resuelve solo y sin la asistencia de un comisario del Gobierno.

I. La necesidad de un juez único

391. El deseo de actuar con rapidez - o con mucha rapidez en el caso de las solicitudes de medidas cautelares - ha llevado al legislador a apartarse del principio tradicional de colegialidad. El examen del asunto por un solo juez es el primer factor de aceleración del procedimiento.

392. La colegialidad ha sido siempre la regla en el derecho contencioso administrativo¹⁶³⁵. Hoy en día, esta exigencia es uno de los principios enunciados en el Título Preliminar del Código de Justicia Administrativa, cuyo artículo L. 3 establece que "Las sentencias son dictadas por un colegio de jueces". Este principio se basa en la idea e incluso en la constatación de que un colegio de jueces ofrece a los justiciables mayores garantías en términos de calidad, independencia y autoridad de la justicia¹⁶³⁶. Sin embargo, el principio no es

1634 R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, n° 1592.

1635 Véase C. BOITEAU, "Le juge unique en droit administratif", *RFDA* 1996, pp. 10-28; B. PACTEAU, "Le juge unique dans les juridictions administratives. Le point de vue de la doctrine", *GP* 1998, 1, pp. 177-182; C. CHEVALLIER-GOVERS, "Le président du tribunal administratif au secours de la célérité de la justice administrative", *GP* 2000, 1, pp. 1030-1047; M. RONCIERE, "Le juge unique dans la juridiction administrative : de l'exception à la généralisation", *LPA* 26 de julio de 1995, pp. 18-20; M. PAILLET, "Le juge administratif, juge unique", en *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux?*, Colloque des IEJ (C. BOLZE et P. PEDROT dir.), Toulon, 19-20 de mayo de 1995, Dalloz, 1996, pp. 93-112; M. RIGAUD, *Le juge unique en droit administratif au regard des garanties de bonne justice*, tesis Toulon, 2002, 369 p.; M. NAUDET-SENECHAL, *Le juge unique. Essai d'une théorie générale*, tesis París II, 2000, 774 p.; R. D'HAEM, *Le juge unique administratif*, tesis París II, 2001, 841 p.

1636 Al favorecer el intercambio de opiniones y la confrontación de puntos de vista, la colegialidad garantiza ante todo la calidad de la decisión adoptada. Mediante la deliberación que induce, reduce el riesgo de error y limita el peso de los

absoluto¹⁶³⁷. Está sujeto a excepciones justificadas bien por la simplicidad del asunto a tratar, bien por la necesidad de una intervención judicial rápida¹⁶³⁸.

- 393.** Habida cuenta de los efectivos de que disponen los tribunales administrativos y del volumen de asuntos que se les someten cada año, la necesidad de procedimientos urgentes hace que se requiera un único juez para los procedimientos sumarios¹⁶³⁹. En la medida en que hace más pesada la tramitación de los asuntos urgentes, el recurso a una sala de jueces es una fuente de alargamiento de los procedimientos. Por tanto, para avanzar con rapidez, "hay que ahorrar tiempo a la sala"¹⁶⁴⁰. Como señaló el Sr. Drago, "la intervención de un solo juez, que resuelva sin procedimiento, es una condición casi fundamental" para la rapidez de los procedimientos¹⁶⁴¹. En el pasado, esta exigencia condujo a la introducción de un órgano unipersonal en determinados asuntos que requerían una intervención muy rápida. Así, se había adoptado el principio del juez único para el *déféré-liberté*, el procedimiento de expulsión, el *référé-précontractuel* y el procedimiento de suspensión provisional organizado por el artículo L. 10 del Código de los Tribunales Administrativos y de los

prejuicios personales. A la inversa, el adagio "juez único, juez injusto" refleja el temor que inspira la personalización de la función judicial. Montesquieu afirmaba que "un magistrado así sólo puede existir en un gobierno despótico" (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Libro VI, Capítulo VII). En segundo lugar, la colegialidad garantiza la independencia de los jueces. Como explica el profesor Pacteau, "la colegialidad, al menos tal como se concibe en Francia, es decir, combinada con la confidencialidad de las opiniones expresadas y el anonimato de los votos emitidos, contribuye a garantizar una mayor independencia personal del juez" (B. PACTEAU, *op. cit.*, p. 178. Énfasis añadido). Para los jueces encargados de resolver los contenciosos administrativos, representa "una condición de su independencia en sus relaciones con el más poderoso y más constante de sus litigantes, es decir, la administración" (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, n° 53). Por último, la colegialidad confiere una autoridad simbólica a la sentencia dictada. Confiere una dimensión particular a la decisión judicial. Es el brazo de la justicia el que decide el litigio y no la voluntad de un solo hombre que puede estar entregado a sus pasiones, debilidades y prejuicios (...) acentúa la función mítica de la justicia vista como desvinculada del individuo" (T.-S. RENOUX, "Le Conseil constitutionnel et la collégialité", en *Les juges uniques : dispersion ou réorganisation du contentieux*, *op. cit.*, p. 113). Estos dos últimos elementos son tanto más valiosos en el contencioso administrativo cuanto que es la propia *autoridad pública* la que se juzga: "Dada la naturaleza de los litigios que afectan a la administración, un órgano colegiado puede garantizar mejor la independencia de los jueces y asegurar la autoridad de la decisión" (C. CHEVALLIER-GOVERS, *op. cit.*, p. 1046). Esto explica que, en el ámbito del procedimiento contencioso-administrativo, "durante mucho tiempo hubo un acuerdo unánime con una opinión fundamentalmente hostil al juez único, un juez que resuelve y, sobre todo, delibera *solo* y, por tanto, *a priori* cada vez peor" (B. Pacteau, *op. cit.*, p. 177, cursiva añadida). La institución ha sido condenada definitivamente por las personalidades más eminentes de la jurisdicción administrativa. Así, el Presidente Odent declaró que "La solución unipersonal, que puede parecer expeditiva en el contencioso administrativo, es una solución detestable (...)" (R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, fasc. III, IEP de Paris, 1981, p. 970). Esta hostilidad explica la tardía aparición del juez único en el contencioso administrativo. De los 25 asuntos unipersonales incoados en la historia del contencioso administrativo -algunos de los cuales han sido suprimidos desde entonces-, 20 se introdujeron en los años ochenta y noventa, registrándose en la última década una aceleración muy marcada (véase R. D'HAEM, *op. cit.*, cuadro recapitulativo, p. 13).

¹⁶³⁷ El artículo L. 3 del Código de Justicia Administrativa reserva expresamente la posibilidad de establecer excepciones legislativas a este principio. Estas derogaciones son posibles en la medida en que la colegialidad no constituye en modo alguno una exigencia supralegislativa (cf. M. RIGAUD, *op. cit.*). Ninguna norma constitucional o europea se opone, pues, a la institución de un juez único. El Consejo Constitucional se negó a consagrar un principio constitucional de colegialidad (CC, n° 75-56 DC, 23 de julio de 1975, *Rec.* p. 22). En 1990, no criticó la institución de un juez único para tratar los casos de expulsión (CC, n° 89-266 DC, 9 de enero de 1990, *Rec.* p. 15). Tampoco criticó lo que se convirtió en la Ley de 8 de febrero de 1995, que desarrolló el sistema de juez único en el contencioso administrativo (CC, n° 95-360 DC, 2 de febrero de 1995, *Rec.* p. 195). Lo mismo ocurre con el Derecho europeo. Como señala M. Pacteau, "la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a menudo tan rápida en identificar las mejores garantías judiciales, no ha (...) impuesto ningún principio, por específico o parcial que sea, de jurisdicción colegiada" (B. Pacteau, *op. cit.*, p. 179).

¹⁶³⁸ En palabras del profesor Normand, el recurso a un juez único es necesario "cuando no hay tiempo que perder" y "cuando no tiene sentido perder el tiempo" (J. NORMAND, "Le juge unique et l'urgence", en *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux?* *op. cit.*, p. 33). La fórmula del juez único es necesaria para poder pronunciarse con urgencia sobre cuestiones que no pueden esperar, hipótesis que nos interesa aquí; es suficiente cuando se trata de resolver cuestiones simples (por ejemplo, declarar el desistimiento de un asunto). Esta segunda hipótesis de juez único parte de la idea de que no es necesario convocar una sala para tratar demandas que no plantean la menor dificultad jurídica y para las que la intervención de una sala es completamente superflua. La Ley de 8 de febrero de 1995 amplió considerablemente esta posibilidad. A raíz de este texto, "se estimó que entre el 10 y el 20% de los asuntos en primera instancia podrían resolverse de esta manera" (A. BOURREL y J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2003, p. 12).

¹⁶³⁹ La urgencia no requiere en sí misma un juez único. Sin embargo, sí lo requiere en relación con el número de funcionarios de que dispone nuestro sistema judicial. Si bien una sala de jueces puede actuar con gran rapidez (véanse los ejemplos citados *anteriormente*, § 6), convocar una sala supone movilizar a los jueces en detrimento de los asuntos que se tramitan con arreglo a las normas ordinarias.

¹⁶⁴⁰ J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON y M.-A. FRISON-ROCHE, "Le juge des référés au regard des principes procéduraux", *D.* 1995, p. 72.

¹⁶⁴¹ R. DRAGO, "La procédure de référé devant le Conseil d'Etat", *RDP* 1953, p. 304.

Tribunales Administrativos de Apelación¹⁶⁴². En cuanto a los procedimientos sumarios regulados por el Libro V del Código de Justicia Administrativa, el legislador ha generalizado la fórmula del juez único de acuerdo con las orientaciones definidas por el grupo de trabajo del Consejo de Estado¹⁶⁴³. Cabe señalar que, incluso en ausencia de un régimen jurídico común a todos los procedimientos sumarios, la solución unipersonal se habría aplicado en cualquier caso a las medidas cautelares. Dado que el legislador deseaba que las solicitudes relativas a la existencia de una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental se resolvieran en un plazo de 48 horas, el principio del juez único se aplicaba naturalmente en este caso.

II. Estatuto de juez de medidas provisionales

394. El juez de medidas cautelares es un juez único y experimentado. Al ejercer una función estrictamente jurisdiccional, está naturalmente sujeto a la exigencia de imparcialidad.

A. Un juez único con experiencia

395. El juez de medidas provisionales es un juez único. Se pronuncia solo y mediante auto sin oír a un comisario del gobierno¹⁶⁴⁴. El artículo L. 522-1, apartado 3, del Código de Justicia Administrativa establece que, a falta de remisión a una sala, "la audiencia se celebrará sin audiencia del comisario del Gobierno". La dispensa del Comisario del Gobierno concierne tanto al juez de primera instancia como al juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat. Cuando conoce de una demanda presentada sobre la base del artículo L. 521-2 por vía de recurso, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat resuelve sin las alegaciones del comisario del gobierno, contrariamente a lo que se haya podido afirmar sobre este punto¹⁶⁴⁵.

El debilitamiento de las garantías ofrecidas a los litigantes por la ausencia de un comisario gubernamental y de colegialidad se ha visto atenuado por la exigencia de un grado y una experiencia mínimos. Los parlamentarios exigieron que el juez llamado a fallar en solitario tuviera una cierta experiencia en litigios. Durante el procedimiento legislativo, el requisito de competencia y experiencia fue introducido en primera lectura por la Asamblea Nacional. Los miembros de la Asamblea Nacional deseaban confiar la aplicación de la reforma a jueces que, al tener experiencia en la tramitación de asuntos y en el procedimiento, no temieran asumir en toda su extensión sus nuevas

1642 En cambio, la suspensión ordinaria de la ejecución debía ser ordenada por una sala de jueces, y el juez único sólo era competente para rechazar la solicitud de suspensión. M. Chapus criticaba con razón esta norma: "La exigencia de que las solicitudes de suspensión de la ejecución sean resueltas por una sala exagera la gravedad de la suspensión de la ejecución de una decisión administrativa (...). (...) Por lo que se refiere a las decisiones administrativas, el principio (al menos) del juicio por un juez único sería más apropiado, ya que se trata de tomar una medida que es a la vez urgente y provisional" (R. CHAPUS, "Le juge administratif face à l'urgence", en *L'administration et son juge*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1999, p. 290). En cuanto al juez des référés, actuaba ciertamente como juez único, pero sus poderes eran muy limitados.

1643 Véase "Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence", *RFDA* 2000, p. 949: "a pesar de las garantías que ofrece la colegialidad, el grupo de trabajo consideró que sólo un único juez era capaz de tratar, en caso de urgencia, determinadas solicitudes de los justiciables. La preocupación por unificar los procedimientos llevó al grupo de trabajo a confiar, en todos los casos, los poderes de intervención urgente del juez administrativo a este juez único, denominado "juge des référés"".

1644 Sin embargo, el juez de medidas provisionales no es un juez aislado. Aparte de la posibilidad, que siempre tiene, de remitir un asunto a una sala de jueces, hay tres factores que descartan cualquier aislamiento del juez que conoce de una demanda de medidas provisionales. En primer lugar, en caso de dificultad, el juez tiene todas las posibilidades de consultar informalmente a sus colegas. En la práctica, no es infrecuente que un juez de medidas cautelares comunique informalmente a sus colegas las dudas que pueda tener sobre un asunto e intercambie así puntos de vista antes de tomar una decisión. En segundo lugar, pueden recurrir a los servicios de asistentes judiciales para sus investigaciones y para redactar las decisiones y, en el Conseil d'Etat, a los servicios del Centro de Documentación. En tercer lugar, una reunión semanal de los jueces de medidas provisionales, que precede a la de la *troika*, permite acordar soluciones conjuntas. Cada martes, esta reunión reúne al presidente y a los tres vicepresidentes de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (que son cuatro de los cinco jueces de medidas provisionales permanentes), a los que se une en esta ocasión el quinto juez de medidas provisionales de la semana. Esta reunión semanal institucionalizada contribuye a armonizar la jurisprudencia en este ámbito. Sobre estos distintos elementos, véase B. GENEVOIS, "Entrevista con Franck Moderne y Pierre Delvolvé", *RFDA* 2007, p. 2; B. STIRN, "Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif", en *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, pp. 795-801, esp. pp. 799-801.

1645 Cf. J. GOURDOU, "Juge des référés. Organisation. Disposiciones generales", *Jel. Justice administrative*, fasc. 50 (5, 2002), núm. 52: "No obstante, cuando deba pronunciarse sobre un recurso interpuesto contra un acto adoptado en un procedimiento sumario (en particular, en materia de medidas provisionales), el Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de conformidad con la ley, se pronuncia tras oír los alegatos".

responsabilidades¹⁶⁴⁶. Así pues, el artículo L. 511-2 del Código de Justicia Administrativa reserva la condición de juez de medidas provisionales a los presidentes de los tribunales administrativos y a los jueces que designen a tal efecto que, salvo en caso de ausencia o impedimento, tengan una antigüedad mínima de dos años y hayan alcanzado al menos el rango de primer consejero. Los autos no tienen que indicar que el juez de medidas provisionales ha sido delegado por el presidente del tribunal administrativo¹⁶⁴⁷. Un magistrado que no haya alcanzado la categoría de primer consejero está habilitado para resolver como juez de medidas provisionales en caso de ausencia o impedimento de aquellos de sus colegas que reúnan la doble condición de edad y antigüedad prevista en el artículo L. 511-21648. Para los litigios que son competencia del Conseil d'Etat en apelación o en primera y última instancia, la condición de juez de medidas provisionales recae en el Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo y en los Consejeros de Estado que éste designe a tal efecto. Durante las primeras fases de la reforma, sólo los vicepresidentes de la Sala de lo Contencioso-Administrativo ejercían esta función a tiempo completo junto con el presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Una vez superada la fase de aclimatación y resueltas las principales dificultades de procedimiento, otros consejeros del Conseil d'Etat, especialmente los presidentes de las subdivisiones, se implicaron en el desempeño de la función de juez de medidas provisionales. El reparto de los asuntos en el seno de un órgano jurisdiccional no tiene nada de particular. Las demandas presentadas sobre la base del artículo L. 521-2 se distribuyen entre los distintos jueces de la misma manera que las demás demandas de medidas provisionales. En el Conseil d'Etat, ningún juez de medidas provisionales se ocupa específicamente de las solicitudes presentadas sobre esta base. Sin embargo, una parte importante de las solicitudes son tramitadas por el propio Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

396. Aunque el juez de medidas provisionales es, en principio, un juez que resuelve en solitario, el principio de colegialidad y el Comisario del Gobierno pueden, no obstante, reaparecer en un asunto complejo o que implique una cuestión de principio. El juez de medidas cautelares no es un órgano jurisdiccional distinto, sino simplemente una rama del órgano jurisdiccional del que depende. En consecuencia, siempre es posible que el juez renuncie a su competencia sobre un asunto y remita su resolución a la sala¹⁶⁴⁹. La decisión de remisión no puede ser impugnada¹⁶⁵⁰. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat¹⁶⁵¹ remitirá un asunto cuando se enfrente a un problema jurídico complejo relativo, por ejemplo, a las condiciones de concesión de

¹⁶⁴⁶ *JO déb. AN*, sesión CR de 14 de diciembre de 1999, p. 10940.

¹⁶⁴⁷ CE, ord. 20 julio 2004, *Mzimba*, n° 270044. La decisión establece que las referencias a resoluciones judiciales son auténticas mientras no se demuestre lo contrario. En consecuencia, el hecho de que una orden indique que el juez que la dictó es un juez de medidas provisionales es suficiente, a falta de prueba en contrario, para establecer la condición de dicho juez.

¹⁶⁴⁸ CE, ord. 20 enero 2005, *Commune de Saint-Cyprien*, *Lebon T.* p. 1022.

¹⁶⁴⁹ El juez de medidas provisionales no constituye un órgano jurisdiccional autónomo distinto del tribunal. Es una mera formación del tribunal al que pertenece y que delega en él su competencia para resolver con la celeridad requerida. Por ello, la jurisprudencia le ha reconocido sistemáticamente la facultad de remitir "al Tribunal Administrativo el fallo de las demandas que le parezcan presentar graves dificultades y puedan dar lugar a serias discusiones" (CE, Secc, 13 de julio de 1956, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction c/ Piéton-Guibout*, *Lebon* p. 338, concl. J. CHARDEAU, *RDP* 1957, pp. 296-300, nota M. Waline; *AJDA* 1956, II, pp. 321-324, concl. J. CHARDEAU; *AJDA* 1956, p. 339 y ss., cron. J. FOURNIER et G. BRAIBANT; CE, 15 de julio de 1957, *Ville de Royan*, concl. LASRY, *RDP* 1958, pp. 109-126; CE, 30 de marzo de 1984, *Société Coignet Pacifique*, *Lebon T.* p. 715). El Conseil d'Etat ha analizado de forma similar la intervención del juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat (CE 21 de febrero de 1958, *Syndicat intercommunal pour l'alimentation en eau potable de la région de Breuillet*, *Lebon* p. 120). Esta posibilidad de recurso es de alcance general, aunque el Código de Justicia Administrativa sólo la menciona expresamente en relación con el Conseil d'Etat (artículo R. 611-20). Se ha aplicado, por ejemplo, a procedimientos de sumario (CE, 19 de marzo de 1997, *SA Entreprise générale de terrassements et de travaux publics et autre*, *Lebon T.* p. 1003) y de expulsión (CE, 28 de diciembre de 1992, *Préfet du Rhône c/ Aslan*, *Lebon T.* p. 983 y p. 1180). Del mismo modo, en materia civil, el presidente del tribunal tiene la facultad de remitir el asunto al tribunal colegiado para un procedimiento sumario en una audiencia cuya fecha fija (artículo 487 del nuevo Código de Procedimiento Civil).

¹⁶⁵⁰ El Conseil d'Etat considera "que la apreciación hecha por el presidente del tribunal no es susceptible de ser impugnada ante el juez de apelación" (CE, Secc., 13 de julio de 1956, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction c/ Piéton-Guibout*, antes citada). El presidente del tribunal dispone de un "poder discrecional para decidir si resuelve él mismo, o a través de un delegado, o si remite el juicio sumario al pleno del tribunal" (M. WALINE, *op. cit.*, p. 299). En otras palabras, la remisión es una simple medida de administración de justicia que no puede recurrirse ante el tribunal de apelación o de casación. Esta regla es de aplicación general (véase, para los casos de expulsión, CE, 10 de diciembre de 1997, *Préfet de police*, n° 170529). Por otra parte, la decisión adoptada por la sala a raíz de esta remisión estará lógicamente sujeta a los mismos procedimientos de recurso que si hubiera sido adoptada por el juez único.

¹⁶⁵¹ La remisión a una sala sigue siendo la excepción ante los tribunales de primera instancia. No obstante, algunas decisiones del juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat indican que la decisión impugnada de primera instancia no fue dictada por un juez único, sino por el tribunal administrativo que se pronunció como sala. Véase CE, ord. 8 marzo 2001, *Rieque*, *Lebon T.* p. 1130; CE, ord. 19 de junio de 2002, *Hoffer*, n° 247884.

las medidas provisionales¹⁶⁵² o a su régimen procesal¹⁶⁵³, confirmando así la práctica de dejar la resolución de las cuestiones de principio a las salas¹⁶⁵⁴. La remisión también puede utilizarse para dar mayor solemnidad a la reafirmación de una jurisprudencia consolidada que ha sido ignorada por la administración¹⁶⁵⁵. Si el asunto se remite a una sala especial, ésta resolverá tras oír a un comisario de la administración¹⁶⁵⁶.

B. La imparcialidad del juez de medidas provisionales y la cuestión de la acumulación de funciones

397. Se planteó la cuestión de si un juez administrativo podía conocer de un mismo asunto sucesivamente en calidad de juez que conoce del fondo del asunto y después como juez de medidas cautelares y, a la inversa, en calidad de juez de medidas cautelares y después como juez que conoce del fondo del asunto. El Conseil d'Etat concluyó, en el marco de las medidas cautelares, que ambas funciones eran compatibles. En el mismo sentido se pronunció sobre la cuestión de la acumulación de las funciones de juez de medidas provisionales con las de juez que conoce de una solicitud de justicia gratuita.

398. En el marco del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa, el Conseil d'Etat tuvo que determinar si un juez que había formado parte de la sala que anuló una decisión administrativa podía pronunciarse posteriormente, como juez de medidas provisionales, sobre la demanda de suspensión de la decisión adoptada a raíz de esta anulación¹⁶⁵⁷. El Conseil d'Etat concluyó que así era, ya que la causa del litigio no era simplemente la misma en cada uno de los dos casos: en el fondo y en el sumario, el juez no se pronunció sobre el mismo acto administrativo. En estas circunstancias, afirma el Consejo, no existe ninguna disposición legislativa o reglamentaria ni ningún principio que se oponga a que el mismo juez conozca a la vez de la demanda sobre el fondo y de la demanda de medidas provisionales. En rigor, no se trata de que el mismo juez conozca del mismo asunto. Dado que la cuestión se plantea del mismo modo para el procedimiento de medidas provisionales, la solución alcanzada en el marco del artículo L. 521-1 debe aplicarse íntegramente al artículo L. 521-2.

El segundo caso es más delicado en la medida en que se refiere a la acumulación de funciones, es decir, a la intervención sucesiva del mismo juez, en dos funciones diferentes, sobre un mismo asunto. El Conseil d'Etat ha aceptado la acumulación de funciones para el procedimiento de suspensión sumaria. En el dictamen de *la Commune de Rogerville* de 12 de mayo de 2004, el Consejo comienza recordando la función del juez de medidas provisionales: "Cuando se presente una solicitud al juez de medidas provisionales sobre la base del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa para que ordene la suspensión cautelar y provisional de una decisión administrativa, el

1652 Véase, por ejemplo, CE, Secc. 18 de enero de 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles, Lebon* p. 18. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat decidió remitir el caso a un grupo de jueces para aclarar el concepto de libertad fundamental. El Comisario del Gobierno señaló que "el juez de medidas provisionales decidió, en cuanto se registró la demanda y habida cuenta de las cuestiones que planteaba, que sería examinada por la sala de la jurisdicción contencioso-administrativa al día siguiente" (concl. L. TOUVEY, *RFDA* 2001, p. 380). Véase también, en relación con el requisito de ilegalidad manifiesta: CE, Secc. 30 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523.

1653 Cf. CE, Secc. 28 de febrero de 2001, *Philippart et Lesage, Lebon* p. 112, relativa a la posibilidad de permitir que coexistan en una misma demanda escritos basados en motivos diferentes.

1654 Véase B. GENEVOIS, "Sur la hiérarchie des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux", en *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 249: "En los últimos tiempos, aunque el Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo dispone de poderes jurisdiccionales propios, deja sin embargo las cuestiones de principio a la decisión de la Sala o de la Asamblea, según el caso".

1655 Véase por ejemplo, recordando a la autoridad administrativa el carácter vinculante de las decisiones adoptadas por el juez de medidas provisionales: CE, Secc. 5 de noviembre de 2003, *Association pour la protection des animaux sauvages et autres, Association Convention vie et nature pour une écologie radicale et autre* (2 especies), *Lebon* p. 444.

1656 En su caso, podrán acumularse escritos relativos a asuntos distintos. Aunque, en virtud del artículo L. 7 del Código de Justicia Administrativa, las alegaciones deben presentarse sobre cada asunto, pueden acumularse cuando sea necesario, especialmente en casos de urgencia. Corresponde al Comisario del Gobierno, en tal caso, distinguir claramente las soluciones que preconiza para cada uno de los litigios. Véanse, por ejemplo, las conclusiones del Sr. Touvet sobre la sentencia *Commune de Venelles, relativa a una demanda de medidas provisionales*, leída el mismo día (CE, Secc., 18 de enero de 2001), y la sentencia *Confédération nationale des radios libres*, relativa a una demanda de suspensión cautelar, leída al día siguiente (CE, Secc., 19 de enero de 2001).

1657 CE, 9 de abril de 2004, *Olard, AJDA* 2004, pp. 1429-1430, nota S. HUL.

juez de medidas provisionales procederá, lo antes posible, a una instrucción sumaria - distinta de aquella a la luz de la cual se pronunciará el juez que conoce del asunto principal (...)" . A continuación establece: "Habida cuenta de la naturaleza del cargo así atribuido al juez que conoce de la demanda de medidas provisionales -y sin perjuicio de la eventualidad de que resulte, habida cuenta en particular de los propios términos del auto, que, yendo más allá de lo que dicho cargo implica necesariamente, ha prejuzgado la solución del litigio-, el mero hecho de que un juez se haya pronunciado sobre una demanda de suspensión de la ejecución de una resolución administrativa no puede, por sí mismo, impedirle pronunciarse posteriormente sobre la demanda en su condición de juez que conoce del asunto principal"¹⁶⁵⁸ . La motivación del dictamen limita estrictamente el alcance de la solución únicamente al procedimiento de suspensión cautelar: "no resuelve ciertamente el caso de las medidas cautelares, sobre todo teniendo en cuenta que el juez debe apreciar entonces la existencia de una infracción grave y manifiestamente ilegal, sin el intermediario de la "duda fundada"¹⁶⁵⁹ . No obstante, pueden desarrollarse varias hipótesis a la vista de la reserva formulada por el Conseil d'Etat sobre el caso en que el juez de medidas provisionales prejuzga el resultado del litigio¹⁶⁶⁰ . Parece posible distinguir dos hipótesis distintas. La primera es la del juez de medidas provisionales que rechaza la demanda por violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental. En este caso, no se ha pronunciado sobre el fondo del asunto. Si se interpone un recurso ante el tribunal que conoce del asunto principal, nada impide que el juez que se pronunció sobre la solicitud de medidas provisionales se sienta en el banquillo. La segunda situación se produce cuando el juez de medidas provisionales ha declarado que se ha producido una violación manifiestamente ilícita de una libertad fundamental, o bien ha declarado que se ha producido una violación manifiestamente ilícita, pero ha desestimado la solicitud por no cumplirse otro de los requisitos para su concesión. En este caso, el juez de medidas provisionales se ha ocupado del fondo del asunto; la reserva del dictamen de *la Commune de Rogerville* es plenamente aplicable. Si se ha interpuesto un recurso sobre el fondo del asunto, el principio de imparcialidad impide que el juez que conoció de la demanda de medidas provisionales forme parte de la sala que conocerá de la misma.

399. El Conseil d'Etat ha adoptado los principios del dictamen de *la Commune de Rogerville* en caso de acumulación de las funciones de juez de medidas provisionales con las de juez que conoce de una solicitud de justicia gratuita. Se reserva la hipótesis de que, en su decisión sobre la justicia gratuita, el juez de medidas provisionales hubiera prejuzgado el resultado del litigio¹⁶⁶¹ . Sin embargo, en comparación con las decisiones anteriores, la cuestión se plantea en términos diferentes, ya que la decisión sobre una solicitud de justicia gratuita es una decisión administrativa y no judicial¹⁶⁶² . Además, como señaló el Sr. Cassia, parece preferible que el propio juez de medidas provisionales decida la cuestión del derecho a la justicia gratuita *en el auto de medidas provisionales*, y no en dos resoluciones sucesivas: "no parece de buena justicia que un magistrado, incluso el presidente de un tribunal, se pronuncie sobre la concesión de la justicia gratuita antes de pronunciarse sobre la solicitud de medidas provisionales. Esta última debe tramitarse en un plazo de cuarenta y ocho horas, mientras que la

¹⁶⁵⁸ CE, Dictamen secc. 12 de mayo de 2004, *Commune de Rogerville*, *Lebon* p. 223; *RFDA* 2004, pp. 723-732, concl. E. GLAISSE; *AJDA* 2004, pp. 1354-1358, crón. C. LANDAIS y F. LENICA; *JCP A* 2004, 1392, nota S. HUL; *LPA* 18 de octubre de 2004, crón. F. MELLERAY; *RDP* 2005, p. 547, nota C. GUETTIER; *Procédures* 2004, n° 166, nota. S. DEYGAS; véase también K. BUTERI, "La participation du juge des référés à la formation de jugement au fond", *D.* 2004, pp. 2586-2588. Antes de que el Conseil d'Etat emitiera este dictamen, el Tribunal Administrativo de Apelación de Burdeos, llamado a pronunciarse sobre la cuestión, había concluido que ambas funciones eran incompatibles (CAA de Burdeos, 18 de noviembre de 2003, *AJDA* 2004, concl. J.-L. REY; *LPA* 22 de agosto de 2005, n° 166, pp. 6-11, nota C. MORLOT-DEHAN). MORLOT-DEHAN). Esta solución fue criticada por un magistrado administrativo (D. LANZ, "Quelques réflexions d'un praticien à propos d'un arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux", *AJDA* 2004, pp. 521-526).

¹⁶⁵⁹ C. LANDAIS y F. LENICA, op. cit. p. 1356.

¹⁶⁶⁰ Para una aplicación de los principios en materia de medidas provisionales, véase CE, 2 de noviembre de 2005, *M. et Mme Fayant*, *Lebon* p. 466, *AJDA* 2006, pp. 327-332, nota P. CASSIA. El Conseil d'Etat precisó que "habida cuenta de la naturaleza de la función del juez de medidas provisionales llamado a pronunciarse sobre una solicitud de suspensión de una decisión administrativa, el hecho de que el mismo juez sea llamado posteriormente a pronunciarse sobre una nueva solicitud de suspensión de la misma decisión no afecta, por sí mismo, a la legalidad del auto que resuelve sobre esta solicitud, a menos que resulte que, yendo más allá de lo que implica necesariamente esta función, haya prejuzgado el resultado del litigio". En un auto de 25 de febrero de 2005, el juez de medidas provisionales rechazó la solicitud de suspensión de una licencia de obras por considerarla inadmisibile, indicando al mismo tiempo al demandante que se habían cumplido los requisitos para la concesión de la licencia. El 17 de marzo de 2005, el mismo juez de medidas provisionales recibió una nueva solicitud, acompañada de documentos que acreditaban su admisibilidad, y ordenó la suspensión de la licencia de obras impugnada, basando su decisión en los mismos elementos que los expuestos en su auto anterior. Por consiguiente, "al indicar de antemano la solución que podría reservarse a una nueva solicitud de suspensión", el juez de medidas provisionales "debe considerarse que ha hecho caso omiso del principio de imparcialidad". Esta solución es perfectamente transponible a las medidas cautelares. Si el juez de medidas provisionales rechaza una solicitud por inadmisibile, indicando al mismo tiempo al solicitante que se cumplen las condiciones para la concesión de una medida de salvaguardia, su decisión estará viciada por la exigencia de imparcialidad.

¹⁶⁶¹ CE, Secc. 12 mayo 2004, *Hakkar*, *Lebon* p. 224; *RFDA* 2004, pp. 713-722, concl. I de SILVA, pp. 723-731, nota E. GLASER; *AJDA* 2005, pp. 1354-1357, crón. C. LANDAIS y F. LENICA; *RDP* 2005, pp. 543-547, nota C. GUETTIER.

¹⁶⁶² CE, 22 de enero de 2003, *Issa M'Trengouani*, *AJDA* 2003, p. 1182.

urgencia a que se refiere el Acta de 1991 para tramitar las solicitudes de asistencia jurídica provisional no está definida con tanta precisión. En consecuencia, el presidente del tribunal administrativo debe pronunciarse sobre la admisión provisional a la justicia gratuita en el momento de dictar el auto de medidas provisionales"1663 .

Al conocer de una demanda presentada sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, la primera función del juez único de medidas provisionales es clasificar *las demandas*. Las solicitudes carentes de interés se desestiman mediante un procedimiento sumario, sin audiencia ni instrucción. Las solicitudes que no se desestiman en esta fase se investigan con carácter de extrema urgencia y se oyen en un plazo de 48 horas.

Sección 2 Rechazo de solicitudes no admitidas sin investigación

400. El juez de medidas provisionales desestimó inmediatamente las solicitudes, que evidentemente no tenían ninguna posibilidad de prosperar. La orden de clasificación se dicta sin ninguna investigación y basándose únicamente en la solicitud. Puede impugnarse mediante recurso ante el Tribunal Supremo.

I. La existencia de un filtro previo: el procedimiento de clasificación de solicitudes

401. El grupo de trabajo del Consejo de Estado "aceptó desde el principio que hubiera, desde el principio del procedimiento, un 'filtrado' que llevara a distinguir entre las solicitudes que se tramitarían por el procedimiento de urgencia, porque la connotación de urgencia es obvia, porque la solicitud es seria, porque es admisible y, por otro lado, las solicitudes que no estarían marcadas por la urgencia o que no serían admisibles o que carecerían de seriedad"1664 . Por lo tanto, la primera tarea del juez de medidas provisionales es identificar inmediatamente qué solicitudes merecen ser examinadas y cuáles, a la vista de la solicitud, están claramente condenadas al fracaso. En cuanto recibe las solicitudes, debe distinguir entre las que merecen la pena y las que no tienen ninguna posibilidad de éxito. Durante los trabajos preparatorios, el Ministro de Justicia declaró que "clasificar la urgencia (...) será la primera función del juez de urgencia. Tendrá que determinar, en el marco de un examen inicial, las solicitudes que, por razones de urgencia, competencia, admisibilidad o fondo, no tengan manifiestamente ninguna posibilidad de prosperar"1665 . Los diputados estaban convencidos de la necesidad de un mecanismo de este tipo1666 . Se ha diseñado sobre la base de los procedimientos existentes que han demostrado su eficacia en los casos en que la solicitud está claramente condenada al fracaso1667 .

402. En función de su fundamento, una solicitud presentada al juez de medidas provisionales sobre la base del artículo L. 521-2 puede, como cualquier otra solicitud de urgencia, tramitarse según dos procedimientos diferentes. Las solicitudes que sean lo suficientemente graves como para justificar un examen más detenido serán oídas por ambas partes y juzgadas tras una audiencia pública. Este primer supuesto corresponde al procedimiento de derecho común: el del artículo L. 522-1 del Código de Justicia Administrativa. Por el contrario, las solicitudes claramente abocadas al fracaso y que no merecen que el juez les dedique tiempo alguno se juzgan sin instrucción ni audiencia. Esta segunda hipótesis corresponde al procedimiento excepcional, denominado de "triaje": el del artículo L. 522-3.

1663 P. CASSIA, "Le juge administratif des référés et le principe d'impartialité", *D.* 2005, pp. 1182-1191 (1^{ère} parte) y pp. 1252-1256 (2^{nde} parte), spe p. 1253.

1664 D. LABETOUILLE, "La genèse de la loi du 30 juin 2000", en *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque 6 décembre 2000 (P. WACHSMANN dir.), Strasbourg, PUS, 2002, p. 21-22.

1665 E. GUIGOU, *JO déb. AN*, sesión CR de 14 de diciembre de 1999, p. 10930.

1666 La clasificación de los asuntos permite resolver inmediatamente "los asuntos cuya suerte es cierta" (F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, p. 55) y evitar así que "el juez del procedimiento sumario se enfrente a una afluencia de demandas mal fundadas o no urgentes" (R. GARREC, Rapport Sénat n° 380, p. 69). Se han oído pocas voces discrepantes. No obstante, cabe señalar que el Sr. Sutoir expresó sus reservas sobre la supresión de "la posibilidad de debatir en público la existencia de una situación urgente o la existencia de una duda grave, o incluso la violación de una libertad fundamental (...)" (S. SUTOIR, *JO déb. Sénat*, CR séance 23 février 2000, p. 866).

1667 Por ejemplo, los artículos R. 611-8 y R. 222-1 del Código de Justicia Administrativa prevén respectivamente la dispensa de las investigaciones y la resolución de los asuntos por orden presidencial. Del mismo modo, el artículo 35-3 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 estipula que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechazará una demanda individual "manifiestamente infundada o que constituya un abuso del derecho de demanda".

Cuando una demanda llega al juez de medidas provisionales, éste se encuentra ante una *disyuntiva*. Tiene que elegir el fundamento de su decisión: el artículo L. 522-1 si la solicitud es seria, o el artículo L. 522-3 si la solicitud no tiene posibilidades de prosperar. El juez decidirá iniciar un procedimiento contradictorio o rechazar la solicitud mediante un auto de clasificación. Se trata de dos procedimientos excluyentes; la elección de uno u otro es irreversible, como declaró el Conseil d'Etat en la sentencia *SARL Les Belles demeures du Cap-Ferrat*. En un considerando de principio, la División estableció la regla según la cual el procedimiento sumario de Derecho común contemplado en el artículo L. 522-1 es distinto del procedimiento de ordenación organizado por el artículo L. 522-3. De ello extrajo la conclusión de que el procedimiento sumario de Derecho común es distinto del procedimiento de ordenación organizado por el artículo L. 522-3. De ello dedujo la conclusión de que, cuando el juez de medidas provisionales inicia un procedimiento de derecho común poniendo en marcha el debate contradictorio entre las partes o convocándolas a una audiencia pública, ya no le es posible cambiar de opinión y desestimar finalmente la demanda mediante un auto de clasificación¹⁶⁶⁸. Cuando se remite una demanda al juez de medidas provisionales, éste puede utilizar tanto el procedimiento de Derecho común como el procedimiento de orden de clasificación. Desde el registro de la demanda, el juez debe elegir el procedimiento que va a seguir sin pasar de uno a otro. Si elige el primero, le es imposible cambiar de bando posteriormente. "En resumen, el juez de medidas provisionales debe decidir rápidamente si rechaza la demanda mediante un auto de "clasificación". En caso contrario, debe iniciar todo el procedimiento contradictorio"¹⁶⁶⁹. Una vez que el juez ha iniciado el procedimiento contradictorio y ha convocado una vista, las partes saben que podrán intercambiar sus argumentos en el plazo autorizado por la urgencia del asunto. No corren el riesgo de ver anulada la vista pública en el último momento, aunque hayan reservado parte de sus argumentos para la fase oral.

403. Desde el punto de vista de la buena administración de la justicia, esta clasificación es muy importante porque permite al tribunal resolver rápidamente las demandas cuya desestimación parece segura e inevitable desde el principio. Al autorizar al órgano jurisdiccional a filtrar las demandas en función de su fundamento, evita saturar innecesariamente los tribunales con demandas que no tienen ninguna posibilidad de prosperar. En efecto, si los tribunales quisieran tratar en detalle todas las solicitudes, no podrían pronunciarse en 48 horas sobre las que implican realmente una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental. Al ahorrar al juez tiempo innecesario para solicitudes irrelevantes, este procedimiento anima al juez a intervenir rápidamente en los casos que realmente lo justifican.

Esta "válvula de seguridad"¹⁶⁷⁰ es especialmente necesaria en el contexto del procedimiento *référé-liberté*. En la medida en que se trata del procedimiento más atractivo de todos, es naturalmente aquel al que convergen el mayor número de solicitudes manifiestamente infundadas o no urgentes. Apoyándose en la amplitud de los poderes del juez y en la perspectiva de una decisión en un plazo muy breve, los demandantes no pueden resistirse a la tentación de presentar sus demandas sobre la base del artículo L. 521-2, aunque ello implique remitir con frecuencia al juez demandas que evidentemente no le incumben. Sin embargo, las medidas cautelares son un procedimiento que, para seguir siendo eficaz, debe permitir al juez intervenir en pocas horas para poner fin a cualquier violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental. El juez de medidas provisionales debe, más que ningún otro, poder utilizar un procedimiento adecuado para desestimar las numerosas solicitudes inútiles que le asedian y concentrarse únicamente en las que realmente merecen un examen en profundidad. Si ya no fuera posible tomar una decisión en un plazo de 48 horas, el procedimiento establecido por el artículo L. 521-2 perdería lo que constituye una de sus principales ventajas y lo que lo hace tan eficaz. Como señalaron los Comisarios del Gobierno, al permitir al juez de medidas provisionales concentrar sus esfuerzos en las solicitudes que realmente pueden

¹⁶⁶⁸ CE, Secc. 26 de febrero de 2003, *SARL Les belles demeures du Cap-Ferrat*, *Lebon* p. 65, *AJDA* 2003, pp. 498-500, cron. F. DONNAT y D. CASAS; *JCP G* 2003, 10094, nota J. DUVAL y V. GUINOT. GUINOT. La sentencia fue confirmada en particular por CE, 23 de abril de 2003, *Commune de Roquebrune-cap-Martin*, *Lebon* T. p. 912, 913, *Constr. urb.* 2003, comm. n° 192, nota N. ROUSSEAU. La solución adoptada es una revocación de la decisión Breucq de 16 de febrero de 2001 (CE, 16, février 2001, *Breucq*, *Lebon* T. p. 1092, *RFDA* 2001, pp. 669-672, concl. D. CHAUVAUX). En esta decisión, el Conseil d'Etat consideró "que el juez de medidas provisionales podía aplicar el procedimiento de selección, aunque hubiera iniciado el procedimiento contradictorio comunicando la demanda al demandado". Esta solución se justificaba por razones de conveniencia: en efecto, algunos tribunales administrativos habían optado por confiar a la secretaría la tarea de iniciar el procedimiento del artículo L. 522-1 incluso antes de que un magistrado hubiera examinado el asunto; sin embargo, se reservaban la posibilidad de utilizar posteriormente el procedimiento del artículo L. 522-3 y resolver mediante un auto de clasificación. El abandono de esta decisión se justificó por los términos utilizados en las disposiciones pertinentes del Código de Justicia Administrativa. El artículo L. 522-3 dispone que el juez puede dictar un auto de clasificación si considera, "a la vista de la demanda", que ésta no ha prosperado. Esta disposición muestra claramente que el legislador no ha querido permitir que el juez de medidas provisionales se forme progresivamente una convicción sobre las posibilidades de éxito de la demanda. Debe decidir inmediatamente, aunque no se haya iniciado ningún procedimiento contradictorio. Además, sería bastante extraño que el juez de medidas provisionales tuviera que esperar al escrito de contestación antes de darse cuenta de que la demanda carece claramente de posibilidades de prosperar. Si no puede afirmar que se cumplen las condiciones para un procedimiento de selección, debe abandonarlo inmediata y definitivamente.

¹⁶⁶⁹ F. DONNAT y D. CASAS, *op. cit.* p. 499.

¹⁶⁷⁰ I. DE SILVA, concl. sobre CE, Secc. 30 octubre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *RFDA* 2002, p. 332.

corresponder a una situación de violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental, la clasificación "no es en absoluto una desviación del sistema, sino la condición de su supervivencia"¹⁶⁷¹. Garantiza que la popularidad de este procedimiento "no obstaculice el examen de las solicitudes graves"¹⁶⁷².

II. Aplicación de la clasificación

404. En virtud del artículo L. 522-3 del Código de Justicia Administrativa, el procedimiento de triaje puede utilizarse en dos situaciones distintas: en primer lugar, cuando "la solicitud no sea urgente" y, en segundo lugar, cuando de la solicitud se desprenda "claramente que no es competencia del tribunal administrativo, que es inadmisibles o que está mal fundada".

405. La primera hipótesis se refiere a la falta de urgencia. La ley no exige que la ausencia de urgencia sea "manifiesta"¹⁶⁷³. En consecuencia, esta causa de desestimación deja un amplio margen de maniobra al juez de medidas provisionales. Aunque se utiliza con menos frecuencia que la segunda causa de sobreseimiento, tiene muchas aplicaciones. Por ejemplo, como el sistema de control antidopaje en el liceo francés de Bangkok había funcionado durante el año escolar sin plantear dificultades, el juez de medidas provisionales consideró que "la indicación, en una nota del director con fecha de 3 de septiembre de 2001, de que este sistema se renovaría durante el año escolar 2001-2002 no puede considerarse que creara una situación de urgencia"¹⁶⁷⁴. Del mismo modo, no existe urgencia para suspender la aplicación de disposiciones que llevan vigentes más de diecisiete años¹⁶⁷⁵. El tribunal puede desestimar una solicitud por este motivo si los argumentos del solicitante sobre la urgencia no son suficientemente convincentes¹⁶⁷⁶.

El juez tiene una visión amplia de los motivos de clasificación. En primer lugar, se refiere a las solicitudes que no tienen carácter urgente. Pero también abarca, de forma más amplia, las solicitudes que no requieren una intervención inmediata del órgano jurisdiccional. Es el caso, en particular, de un recurso contra una resolución que ha agotado sus efectos y es, por tanto, inadmisibles. En el auto *Onlai Doué*, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat constató que el auto impugnado ante el primer juez había dejado de surtir efecto el día de la interposición del recurso. En lugar de desestimar el recurso por ser manifiestamente inadmisibles, el juez declaró que debía desestimarse por no cumplir la condición de urgencia establecida en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa¹⁶⁷⁷. El Conseil d'Etat ha afirmado, en el marco de las medidas cautelares, que el juez de medidas cautelares no comete un error de derecho al desestimar una solicitud por falta de urgencia "aunque hubiera podido decidir que no procedía pronunciarse sobre la solicitud"¹⁶⁷⁸.

406. La segunda hipótesis de ordenación se refiere a las demandas que no son competencia del tribunal administrativo, son inadmisibles o están mal fundadas. De acuerdo con la redacción del artículo L. 522-3, esta hipótesis sólo puede aplicarse si la incompetencia jurisdiccional, la inadmisibilidad de la demanda o la falta de pertinencia de los argumentos cumplen la condición de obviedad¹⁶⁷⁹. La jurisprudencia relativa a las medidas cautelares ofrece diversas aplicaciones de estos tres motivos de denegación.

¹⁶⁷¹ Ibid.

¹⁶⁷² D. Chauvaux, conclusión sobre CE, Secc. 28 de febrero de 2001, *Philippart et Lesage*, p. 392.

¹⁶⁷³ Véase, sin embargo, el auto que menciona, para aplicar el procedimiento de selección, que es "manifiesto que no se cumple la condición de urgencia prevista en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa": CE, ord. 30 de marzo de 2001, *Schoettl*, n° 231963.

¹⁶⁷⁴ CE, ord. 10 de septiembre de 2001, *Hartmann*, n° 238020. Para otras solicitudes, véase en particular CE, ord. 2 septiembre 2002, *Sopena*, n° 249944; CE, ord. 21 enero 2003, *Commune des Angles*, n° 253421; CE, ord. 6 noviembre 2003, *Société coordination en véhicules accidentés et en pièces de emploi*, n° 261489; CE, ord. 7 abril 2003, *Saez*, n° 266279; CE, ord. 16 de febrero de 2005, *SARL Médiation et arguments*, n° 277584; CE, ord. 9 de marzo de 2006, *SELAFA mandataires judiciaires associés*, n° 290642.

¹⁶⁷⁵ CE, ord. 21 enero 2002, *Auto-école Bergson*, n° 242051.

¹⁶⁷⁶ CE, ord. 12 de julio de 2001, *M'Hamdi*, n° 248507.

¹⁶⁷⁷ CE, ord. 16 de abril de 2002, *Onlai Doué*, n° 245140. Véase en el mismo sentido: CE, ord. 26 abril 2004, *Souloumiac*, n° 266849. La demanda, registrada el 23 de abril de 2004 en la secretaría jurídica del Conseil d'Etat, tenía por objeto que la administración autorizara al demandante a participar en las pruebas de un concurso organizado el 20 de abril. La demanda fue declarada inadmisibles. Sin embargo, el juez la rechazó por falta de urgencia.

¹⁶⁷⁸ CE, 30 de diciembre de 2002, *Urban, Lebon T.* p. 864.

¹⁶⁷⁹ El proyecto de ley limitaba el requisito de la evidencia a la tercera posibilidad de rechazo: una solicitud mal fundada. El Senado quería que se ampliara a la segunda: la inadmisibilidad (R. GARREC, Informe del Senado n° 380, p. 69; *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3755) y la Asamblea Nacional a la primera: la incompetencia (F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, p. 56; *JO déb. AN*, CR sesión 14 diciembre 1999, p. 10944).

Así, un recurso interpuesto contra una resolución judicial¹⁶⁸⁰, un acto gubernamental¹⁶⁸¹, una medida individual relativa a la concesión de una prestación de jubilación en el marco de un régimen gestionado por la Caisse nationale d'assurance vieillesse¹⁶⁸² o la decisión del Presidente de la Assemblée nationale por la que se registra el aplazamiento de los trabajos de dicha asamblea¹⁶⁸³ no es manifiestamente competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Del mismo modo, es evidente que no es competente para conocer de un litigio relativo a las condiciones en las que el demandante fue encarcelado y puesto bajo control judicial durante el procedimiento de extradición incoado contra él¹⁶⁸⁴. Si bien el artículo L. 522-3 limita este primer motivo de recurso a las demandas que no son competencia "de la jurisdicción contencioso-administrativa", el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat ha admitido que se utilice para demandas que, siendo competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, se han presentado sin embargo ante una jurisdicción contencioso-administrativa que no es competente para conocer de ellas¹⁶⁸⁵.

Por lo que respecta a las demandas manifiestamente inadmisibles, el juez de medidas provisionales ha calificado como tales, por ejemplo, una demanda de anulación de una resolución administrativa y una demanda de cesación que tendría efectos idénticos en todos los aspectos a una demanda de anulación¹⁶⁸⁶.

Por último, el concepto de solicitud manifiestamente infundada es objeto de una interpretación especialmente amplia por parte del juez de medidas provisionales. En primer lugar, incluye las solicitudes que no cumplen una o varias de las condiciones para la concesión de una medida cautelar establecidas en el artículo L. 521-21687, por ejemplo, porque no hay violación de una libertad fundamental¹⁶⁸⁸, no hay infracción grave¹⁶⁸⁹ o no hay ilegalidad manifiesta¹⁶⁹⁰. Sin embargo, de manera más general, este concepto abarca las solicitudes que, por cualquier motivo, tienen pocas probabilidades de prosperar. Es el caso de las solicitudes que se basan en elementos

1680 La norma se aplica independientemente del tribunal de que se trate. Puede tratarse de una resolución dictada por un tribunal administrativo general (CE, ord. 11 de junio de 2003, *Rousselle*, n° 257494; CE, ord. 30 de junio de 2003, *Lecomte*, n° 257914; CE, ord. 29 de junio de 2005, *Portier*, n° 281928), un tribunal administrativo especial (CE, ord. 11 de diciembre de 2003, *Allag*, n° 262549; decisión de la Comisión de Apelación de Refugiados), un tribunal penal (CE, ord. 3 de abril de 2001, *Murat*, n° 232012; CE, ord. 14 de agosto de 2003, *Castelli*, n° 259457) o un tribunal civil (CE, ord. 28 de febrero de 2005, *Vuillet*, n° 277999).

1681 CE, ord. 7 noviembre 2001, *Tabaka*, n° 239761 (relativo a la no remisión por el Presidente de la República de una ley al Consejo Constitucional para el examen de su constitucionalidad); CE, ord. 14 de marzo de 2003, *Brossollet*, n° 25510 (decreto del Presidente de la República tendente a someter dos proyectos de ley constitucional al Parlamento reunido en congreso); CE, ord. 8 de septiembre de 2005, *Gaiffe*, n° 284832 (solicitud de requerimiento al Gobierno para que someta un proyecto de ley a una u otra de las asambleas que componen el Parlamento).

1682 CE, ord. 31 de diciembre de 2002, *Bakayoko*, n° 252977.

1683 CE, ord. 9 abril 2002, *Catsiapis*, n° 244924.

1684 CE, ord. 30 de enero de 2003, *Smaali*, n° 253668.

1685 CE, ord. 13 de mayo de 2003, *Castelli*, n° 256745: "Considerando que, si bien el tribunal administrativo no es manifiestamente incompetente para conocer de la demanda del Sr. Castelli, ésta no es competencia del Conseil d'Etat como tribunal de primera y última instancia, por lo que debe ser desestimada con arreglo al procedimiento de selección previsto en el artículo L. 522-3 del Código de Justicia Administrativa". Véase, en el mismo sentido CE, ord. 18 de julio de 2003, *SARL Le Picadilly*, n° 258569.

1686 CE, ord. 1^{er} mars 2001, *Paturel, Lebon T.* p. 1134.

1687 *En sentido estricto, una demanda infundada* es aquella que no cumple las condiciones previstas para la aplicación de este procedimiento. En el auto *Perrier*, el juez declaró "que al no cumplirse manifiestamente las condiciones de aplicación del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, procede desestimar las demandas correspondientes por aplicación del artículo L. 522-3 del mismo código" (CE, auto. 15 de febrero de 2001, *Perrier*, n° 230318).

1688 CE, ord. 15 de febrero de 2001, *Perrier*, n° 230318; CE, ord. 6 de abril de 2001, *Lapere et autres*, n° 232135 (denegación de adjudicación de un lugar en el dominio público); CE, ord. 3 abril 2001, *Soriano et autres, Lebon T.* p. 1128 (perturbaciones observadas en el funcionamiento del servicio público de educación); CE, ord. 4 de julio de 2001, *Cazgrla*, n° 235371 (negativa a matricular a un niño en la escuela elegida por los padres y propuesta de matricularlo en una escuela más cercana a su domicilio, de conformidad con la legislación vigente); CE, ord. 12 de septiembre de 2001, *Langard*, n° 238106; CE, ord. 18 de octubre de 2001, *Syndicat départemental INTERCO 33 CFDT*, n° 239082; CE, ord. 19 November 2001, *Commune de Escueillens et Saint-Just de Bellengard*, n° 240174 (regarding the General Council's decision to cut down several plane trees in the commune); CE, ord. 26 March 2002, *Société Ronte Logistique Transports, Lebon p.* 114; CE, ord. 18 de julio de 2003, *Burdeau*, n° 258560.

1689 CE, ord. 18 de mayo de 2001, *Meyet, Bouget, Lebon p.* 244; CE, ord. 5 de marzo de 2002, *Fikery, Lebon T.* p. 872.

1690 CE, ord. 26 enero 2001, *Gunes, Lebon p.* 38; CE, ord. 9 febrero 2001, *Fauvet, Lebon p.* 55; CE, ord. 13 de abril de 2001, *Yabiaoui*, n° 232542; CE, ord. 18 de mayo de 2001, *Meyet, Bouget, Lebon p.* 244; CE, ord. 9 de agosto de 2001, *Medrinal, Lebon T.* p. 1127; CE, ord. 20 de agosto de 2002, *Société Lido plage*, n° 249723; CE, ord. 6 de septiembre de 2002, *Tetaabi*, n° 250120; CE, ord. 18 de septiembre de 2002, *Bouchakour*, n° 250340; CE, ord. 21 de febrero de 2003, *Maillot, Lebon T.* p. 914; CE, ord. 9 de mayo de 2003, *Marques Meireles*, n° 256595; CE, ord. 20 de abril de 2004, *Ba*, n° 266647; CE, ord. 8 de junio de 2004, *Fritch*, n° 268460; CE, ord. 8 de junio de 2004, *Zebdi-Ghorab*, n° 268467.

de hecho inexistentes¹⁶⁹¹ o que no se basan en ningún medio¹⁶⁹². Y lo que es más sorprendente, las demandas que no pueden prosperar por motivos relacionados con la competencia o la admisibilidad también pueden considerarse infundadas y, por lo tanto, entrar en los dos epígrafes anteriores¹⁶⁹³.

407. Así, el tribunal hace un uso muy flexible de la causa de falta de urgencia o del carácter manifiestamente infundado de la demanda. Cuando desestima una demanda por motivos de admisibilidad o de competencia, puede deducirse con certeza que la demanda era inadmisibile o que no era competencia del tribunal administrativo. En cambio, cuando la demanda se desestima por falta de urgencia o carácter manifiestamente infundado, no puede determinarse con precisión el motivo exacto de la desestimación. El tribunal está facultado para desestimar una solicitud por motivos de urgencia o falta de fundamento que habría sido inadmisibile en cualquier caso. En un litigio ordinario, el tribunal decide en primer lugar si no procede resolver; a continuación, evalúa su competencia, la admisibilidad de la demanda y, en su caso, su fundamento. Este procedimiento no se aplica a la clasificación de las demandas. Aunque esta causa de inadmisibile debería reservarse a las demandas que no cumplen las condiciones de fondo establecidas en el artículo L. 521-2, el tribunal desestima a veces una demanda inadmisibile por infundada. Es cierto que los ejemplos son raros, pero las solicitudes ortodoxas son más numerosas. Sin embargo, estas pocas decisiones oscurecen la división entre normas sustantivas, normas jurisdiccionales y normas de admisibilidat, en detrimento de la coherencia global.

408. En la jurisdicción contencioso-administrativa, el procedimiento de selección previsto en el artículo L. 522-3 puede ser aplicado en primer lugar por el juez que conoce del asunto en primera instancia, ya sea el juez de medidas provisionales de la jurisdicción contencioso-administrativa o el juez de medidas provisionales del Consejo de Estado. La apreciación que debe hacerse al aplicar esta disposición "depende de la naturaleza de los elementos de hecho y de derecho de los que tiene conocimiento el juez de medidas provisionales"¹⁶⁹⁴. Esto significa que la apreciación del juez depende de los argumentos presentados por el solicitante en apoyo de su solicitud; una motivación insuficientemente precisa y convincente expone al solicitante a un rechazo inmediato.

El artículo L. 522-3 también puede ser utilizado por el juez que conoce del recurso de medidas cautelares. En aplicación de esta disposición, corresponde al juez "tener en cuenta la información recabada por el tribunal de primera instancia" durante el procedimiento contradictorio escrito y oral que ha incoado¹⁶⁹⁵. Por lo tanto, podrá desestimar por manifiestamente inadmisibile un recurso interpuesto ante el Conseil d'Etat fuera de plazo¹⁶⁹⁶ o cuando la resolución impugnada ante el tribunal de primera instancia haya agotado sus efectos¹⁶⁹⁷. Del mismo modo, podrá desestimar por manifiestamente infundado un recurso de casación.¹⁶⁹⁸

409. Cuando la solicitud presentada al juez entra en el ámbito del procedimiento de clasificación, el artículo L. 522-3 organiza un "procedimiento simplificado"¹⁶⁹⁹ sin audiencia ni instrucción. En virtud del artículo R. 522-10 del Código de Justicia Administrativa, la aplicación de esta disposición hace inaplicables los artículos R. 522-4

1691 CE, ord. 15 de enero de 2001, *Charlery-Adele, Lebon* p. 14.

1692 CE, ord. 28 mayo 2002, *Génération écologie*, n° 247329.

1693 Por ejemplo, el órgano jurisdiccional considera infundada una demanda que tiene por objeto la suspensión de los efectos de una sentencia dictada por un tribunal de la seguridad social (CE, ord. 29 de noviembre de 2002, *Association des entraîneurs de chevaux de course et autre*, n° 251921) cuando es evidente que tal demanda no es competencia del tribunal administrativo.

1694 CE, ord. 15 de enero de 2001, *Charlery-Adele, Lebon* p. 14; CE, ord. 26 de enero de 2001, *Gumes, Lebon* p. 38; CE, ord. 9 de febrero de 2001, *Fauvet, Lebon* p. 55; CE, ord. 8 de febrero de 2001, *Gnillon, Lebon T.* p. 1129; CE, ord. 30 de marzo de 2001, *Schoettl*, n° 231963; CE, ord. 21 de marzo de 2001, *Rahal*, n° 231531; CE, ord. 2 de marzo de 2001, *Dauphine*, n° 230798; CE, ord. 18 de octubre de 2001, *Association groupe local cimade Montpellier*, n° 239071; CE, ord. 22 de octubre de 2001, *Gonidec et Brocas*, n° 239165; CE, ord. 6 de septiembre de 2002, *Tetaabi*, n° 250120.

1695 Véanse las decisiones citadas anteriormente. Por ejemplo, en el auto de 22 de octubre de 2001, *Gonidec y Brocas*, el juez de apelación se basó expresamente en los resultados de la audiencia pública celebrada ante el primer juez. Para desestimar la demanda, declaró que "se desprende de la instrucción, y en particular de las declaraciones del presidente del syndicat mixte en la audiencia pública celebrada por el juez de medidas provisionales del tribunal administrativo de Caen, que las tierras de los demandantes están a punto de serles restituidas".

1696 CE, ord. 16 de mayo de 2002, *Auto-école SOS permis*, n° 246813.

1697 CE, ord. 29 octubre 2001, *SARL Objectif*, n° 239443.

1698 CE, ord. 22 de marzo de 2001, *Commune d'Eragny-sur-Oise, Lebon T.* p. 1134; CE, ord. 10 de abril de 2001, *Syndicat national unifié des directeurs, des instituteurs, des professeurs des écoles de l'enseignement public Force ouvrière (SNUDI-FO) du Maine-et-Loire, Lebon T.* p. 1090; CE, ord. 9 de julio de 2001, *Boc*, n° 235696 (los demandantes solicitaron de forma manifiestamente infundada la anulación del auto por el que el primer juez desestimó sus pretensiones de una medida cautelar que tendría efectos idénticos en todos los aspectos a una anulación); CE, ord. 23 de mayo de 2001, *Jacques VII*, n° 233941.

1699 CE, ord. 12 de enero de 2001, *Hyacinthe, Lebon* p. 12; CE, 28 de diciembre de 2001, *Lodama*, n° 232132.

(obligación de notificar la solicitud al demandado), R. 522-6 (obligación de convocar a las partes a la vista) y R. 611-7 (obligación de notificar previamente los motivos de orden público planteados por el juez). Además, de conformidad con el artículo R. 522-2, el tribunal no tiene que invitar a los demandantes a realizar ningún ajuste¹⁷⁰⁰. El tribunal no tiene que esperar a que el demandante presente un escrito complementario¹⁷⁰¹. Al permitir al tribunal prescindir de la celebración de una vista contradictoria y de una audiencia pública, el artículo L. 522-3 le permite dictar una resolución -presumiblemente desestimatoria de la solicitud- en un plazo muy breve. Este es el sentido de la clasificación: es rápida y fácil de utilizar¹⁷⁰². También muestra la necesidad vital de que los solicitantes motiven sus solicitudes de la forma más convincente posible en la fase del procedimiento escrito, ya que esta formulación es una condición previa para organizar una audiencia contradictoria y un procedimiento oral sobre la base del artículo L. 522-11703.

A veces, el juez de medidas provisionales aplica el procedimiento de selección sin mencionar el texto del artículo L. 522-3 ni las condiciones de su aplicación. En tales casos, el recurso al procedimiento de selección puede deducirse del hecho de que las partes no han sido citadas a una vista¹⁷⁰⁴. Cuando el órgano jurisdiccional no aplica el procedimiento establecido en el artículo L. 522-1, significa necesariamente que está aplicando el procedimiento establecido en el artículo L. 522-3. A este respecto, el Conseil d'Etat no censuró la decisión por la que se aplicaba el procedimiento de clasificación sin mencionar el artículo L. 522-3¹⁷⁰⁵.

410. En la medida en que determinó en gran medida el éxito de la reforma de 30 de junio de 2000, el artículo L. 522-3 fue presentado por el Presidente Labetoulle como una disposición "a tratar sin complejos"¹⁷⁰⁶. En primera instancia, una de cada dos solicitudes de medidas cautelares se desestima de este modo¹⁷⁰⁷. En

¹⁷⁰⁰ En el caso de una demanda de medidas provisionales inadmisibles y que deba rectificarse, y contrariamente a lo que implica el reglamento general de procedimiento, el tribunal no está obligado a invitar al demandante a rectificar la situación. En virtud del artículo R. 522-2, se excluye expresamente en esta materia la aplicación del artículo R. 612-1, que obliga al tribunal a invitar al autor de una demanda inadmisibles a regularizarla cuando ello resulte posible.

¹⁷⁰¹ Habida cuenta del plazo de 48 horas en el que debe pronunciarse el juez que conoce del recurso de medidas provisionales, "el hecho de que la demanda presentada ante él anuncie la presentación de un escrito de ampliación no le impide pronunciarse sin esperar a dicha presentación" (CE, auto de 3 de enero de 2003, *Belminar y otros*, n° 253045). Así pues, no hay razón para que el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat, habida cuenta del tiempo de que dispone para pronunciarse sobre el recurso, aplazase su decisión hasta que se haya presentado el escrito de ampliación de la demanda (CE, ord. de 20 de junio de 2003, *Pascal*, núm. 257827; CE, ord. de 5 de septiembre de 2003, *Keller*, núm. 259991; CE, ord. de 7 de julio de 2004, *Abdallab*, núm. 269571; CE, ord. de 8 de julio de 2004, *Dia*, núm. 269651; CE, ord. de 13 de octubre de 2004, *Merabet*, núm. 269571; CE, ord. de 8 de julio de 2004, *Dia*, núm. 269651). 13 de octubre de 2004, *Merubet*, n° 273068). Según la redacción del artículo L. 522-3, resuelve "a la vista de la demanda".

¹⁷⁰² En virtud del procedimiento de clasificación del artículo L. 522-3, el tribunal puede rechazar una solicitud el mismo día de su presentación (véase, por ejemplo, CE, ord. 15 febrero 2001, *Perrier*, n° 230318).

¹⁷⁰³ En ocasiones, el juez se basa expresamente en la debilidad de los argumentos desarrollados por el solicitante para rechazar su solicitud en el marco del procedimiento de selección. Véase por ejemplo CE, ord. 10 de enero de 2002, *Massal*, n° 241746, señalando que "el demandante no demuestra ni la urgencia ni la existencia de una violación grave de una de las libertades fundamentales contempladas en el artículo L. 521-2".

¹⁷⁰⁴ Véase, por ejemplo, CE, ord. 29 abril 2002, *Joana*, n° 245658.

¹⁷⁰⁵ Véase, sobre la base del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa: CE, 23 de abril de 2003, *SARL Siminvest, Lebon* p. 178, *Dr. adm.* 2003, com. n° 133, nota de P. CASSIA. M. Cassia opinó que la obligación de deducir la aplicación del procedimiento de selección de la ausencia de citación a la vista no debería aplicarse a los procedimientos de medidas provisionales: "En efecto, para estos procedimientos, la aplicación del procedimiento de selección cierra la vía normal de recurso y conduce al demandante a someter el asunto, en su caso, al Tribunal Supremo. Sin embargo, si el artículo L. 522-3 no se menciona en el auto de sobreseimiento, parecería contrario no sólo al artículo L. 522-1 sino también a la exigencia de claridad y seguridad jurídica obligar al demandante a deducir de la ausencia de citación a una vista pública y del silencio del auto que debe remitirse, en su caso, al juez de casación, y no al juez de apelación. El juez de medidas provisionales no puede dejar de mencionar el texto que ha aplicado, ya que el escrito de notificación del auto no tiene por objeto suplir su omisión" (*op. cit.*, p. 37).

¹⁷⁰⁶ D. Labetoulle, "La genèse de la loi du 30 juin 2000", *op. cit.* p. 22.

¹⁷⁰⁷ El porcentaje de rechazo por el procedimiento de clasificación fue del 48,8% en 2001, del 54,9% en 2002, del 54,4% en 2003, del 54,2% en 2004 y del 58% en 2005. Véase el anexo 2. Aunque cabía esperar que este porcentaje disminuyera con los años, ha aumentado en el caso del procedimiento *référé-liberté*. Esta situación es tanto más llamativa cuanto que, para el conjunto de los procedimientos de medidas provisionales de urgencia, el número de asuntos en los que se utiliza el procedimiento de selección ha disminuido y se ha estabilizado en un porcentaje que oscila entre el 20% y el 25% (véanse, para el Tribunal Administrativo de Marsella, las cifras citadas por G. FERULLA en "Le tri trié"). FERULLA en "Le tri trié", *RRJ* 2003/5 *L'actualité des procédures d'urgence*, p. 3064: 45% en 2001, 30% en 2002 y 21% en 2003), la disminución se explica porque los demandantes y sus abogados están más familiarizados con los procedimientos vigentes. A este respecto, la situación de la *référé-liberté* es insólita, ya que el procedimiento de clasificación previsto en el artículo L. 522-3, que pretendía ser una excepción, tiende a convertirse en el procedimiento normal para las solicitudes presentadas sobre la base del artículo L. 521-2. Desde un punto de vista cuantitativo, la regla que se está imponiendo en la práctica de los tribunales administrativos es que la mitad de las solicitudes de medidas provisionales se resuelven sin audiencia ni instrucción.

general, este procedimiento no es muy apreciado por los litigantes y sus abogados¹⁷⁰⁸. Es cierto que este procedimiento es expeditivo y, al no haber audiencia pública, debilita las garantías a las que suele tener derecho el solicitante. Además, priva al solicitante de medidas provisionales de la posibilidad de recurrir ante el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat, ya que contra los autos de clasificación sólo está abierta la vía de casación. Sin embargo, estos inconvenientes deben relativizarse. Por una parte, no priva al demandante de todas las garantías en la medida en que el procedimiento de selección debe, en virtud del artículo L. 522-3, dar lugar a un auto denegatorio *motivado*. Como afirman Collin y Guyomar, el recurso a este procedimiento "no exime al juez de medidas provisionales de un estudio en profundidad de la demanda"¹⁷⁰⁹. El examen de los argumentos del solicitante debe figurar en la motivación de la resolución, y una simple afirmación sin explicación específica debe considerarse insuficiente. Por otra parte, el procedimiento de clasificación puede ser favorable al solicitante en varios aspectos. En primer lugar, en función de los motivos alegados para la denegación, el solicitante podrá presentar una nueva solicitud en un plazo más breve que en el caso de una solicitud de medidas provisionales seguida de una audiencia¹⁷¹⁰. Incluso en el peor de los casos, cuando no sea posible rectificar, una desestimación sin vista tendrá la ventaja de no exponer al solicitante a una demanda de reembolso de los gastos irreductibles del oponente. Por último, al ahorrar tiempo innecesario al juez, le permite actuar con la celeridad necesaria en los casos en que realmente se requiere una respuesta en un plazo de 48 horas. En cualquier caso, los errores cometidos por el tribunal de primera instancia en la aplicación del procedimiento de clasificación pueden rectificarse ante el Conseil d'Etat.

III. Recursos contra las órdenes de clasificación

411. Los autos de clasificación dictados por el juez de medidas provisionales de un tribunal administrativo pueden ser impugnados por vía de casación. La revisión efectuada por el Conseil d'Etat puede dar lugar a la impugnación del auto recurrido.

A. Procedimiento de recurso

412. El recurso de casación es el único que puede interponerse contra los autos de medidas provisionales dictados en virtud del artículo L. 522-3, incluso en los casos en que la demanda se presentó ante el primer juez sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. En la sentencia *Casanovas* de 28 de febrero de 2001, el Conseil d'Etat precisó que "el auto por el que el juez de medidas provisionales desestima una demanda haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo L. 522-3 sólo es recurrible ante el Conseil d'Etat, sin que sea necesario distinguir si la demanda ante el juez se presentó sobre la base del artículo L. 521-1 o del artículo L. 521-2"¹⁷¹¹. El artículo L. 523-1, que define la competencia del Conseil d'Etat en materia de medidas cautelares urgentes, establece que las órdenes de triaje "serán definitivas". No hace ninguna distinción en función del procedimiento sumario incoado. Por consiguiente, esta disposición, común a todos los procedimientos regulados por el Título II del Libro V, es aplicable a los procedimientos de medidas provisionales. Los autos de medidas cautelares sólo pueden recurrirse ante el Tribunal de Casación, no obstante lo dispuesto en el artículo L. 523-1, apartado 2, que prevé el principio del recurso contra los autos de medidas cautelares. Cuando el demandante interpone un "recurso de casación" contra un auto de ordenación, el Conseil d'Etat recalifica el recurso como recurso sobre cuestiones de derecho (*pourvoi en cassation*)¹⁷¹².

¹⁷⁰⁸ Para una presentación crítica de este procedimiento, véase P. MOUKOKO, "La procédure de tri devant le juge des référés", *JCP G* 2006, II, 10100.

¹⁷⁰⁹ M. Guyomar y P. Collin, cron. bajo CE, Secc. 30 octubre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, *AJDA* 2001, p. 1056.

¹⁷¹⁰ El auto de inadmisión, debidamente motivado, indicará el problema que se ha planteado y, en su caso, permitirá al solicitante subsanarlo. El mismo día en que se rechaza la solicitud por inadmisión, el solicitante podrá presentar una nueva solicitud, por ejemplo reformulando sus alegaciones. No hay plazo. Desde un punto de vista práctico, los efectos son más o menos los mismos que si el juez de medidas provisionales hubiera invitado al solicitante a poner en orden la solicitud. El solicitante también puede presentar una nueva solicitud mejor motivada. Si la solicitud se rechaza por falta de urgencia, a veces es posible establecerla más claramente en una nueva solicitud con las explicaciones y justificaciones adecuadas.

¹⁷¹¹ CE, Secc. 28 de febrero de 2001, *Casanovas, Lebon* p. 108.

¹⁷¹² Véase CE, Secc. 28 febrero 2001, *Casanovas, Lebon* p. 108; CE, 16 mayo 2001, *Mafille*, n° 231197; CE, 28 mayo 2001, *Raut, Lebon* T. p. 1126; CE, 7 mayo 2003, *Boumaïza*, n° 250002. La recalificación del recurso como apelación no requiere un auto del juez de medidas provisionales declinando su competencia para conocer del mismo. El acto por el que el presidente de la sala de lo contencioso-administrativo reconduce este recurso a una subsección, en el ámbito de las competencias que le confiere el artículo R. 822-1, constituye una medida de administración de justicia que no necesita ser motivada (sentencia *Casanovas* antes citada).

El tribunal administrativo de apelación que conoce de un recurso contra una orden de clasificación debe remitir el recurso al Conseil d'Etat y no desestimarlos por ser manifiestamente inadmisibles¹⁷¹³.

El artículo L. 523-1 establece un plazo de 15 días para interponer un recurso. El plazo se cuenta a partir de la fecha en que se notifica debidamente la resolución¹⁷¹⁴. De conformidad con la jurisprudencia anterior sobre procedimientos sumarios¹⁷¹⁵, se trata de un plazo claro¹⁷¹⁶, que puede ampliarse por períodos de distancia¹⁷¹⁷. De conformidad con las normas que rigen el procedimiento de casación ante el Conseil d'Etat, el recurrente debe designar un abogado de oficio¹⁷¹⁸. El recurso debe seguir teniendo objeto en la fecha de su interposición ante el Conseil d'Etat¹⁷¹⁹. En apoyo de su recurso, el recurrente debe criticar un elemento en el que se haya basado la resolución impugnada¹⁷²⁰. De acuerdo con las normas habituales, el recurso sólo se examina si no se desestima en la fase de admisión previa.

Una vez más, la competencia del juez de cassation en el procedimiento sumario se atribuye tradicionalmente a las divisiones colegiadas del Conseil d'Etat: en principio, las subdivisiones se reúnen, y una de ellas resuelve en solitario cuando el recurso se desestima por el procedimiento de admisión¹⁷²¹, o la División cuando un asunto ofrece la oportunidad de exponer las principales líneas jurisprudenciales. El artículo R. 523-2 concede al juez de cassation un plazo de un mes para pronunciarse, y no de 48 horas como se exige en primera instancia y en apelación¹⁷²².

1713 Véase, sobre la base del artículo L. 521-1: CE, 21 de noviembre de 2001, *Akeriche, Lebon T.* p. 1093. La fecha que debe utilizarse para determinar la admisibilidad de un recurso ante el Tribunal Supremo es la fecha en que se registra en la secretaría del tribunal que, si no es competente para conocer del asunto, remite el expediente (misma decisión).

1714 Si se notifica una orden sumaria por fax, el informe de transmisión, si no se impugna, inicia el plazo para recurrir la orden (CE, 18 de diciembre de 2002, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ SARL Le Méditerranée, Lebon T.* p. 851). En caso de error de notificación en los plazos de recurso, se aplica el plazo ordinario de dos meses en lugar del plazo especial de 15 días (CE, 28 de febrero de 1996, *Société LVM*, n° 154358).

1715 CE, 18 de noviembre de 1991, *Pérochon, LPA* 11 de diciembre de 1991, p. 4, concl. O. FOUQUET.

1716 CE, 23 de mayo de 2001, *Baudoin, Lebon T.* p. 1135. En este caso, el recurso se registró en la secretaría jurídica del Conseil d'Etat el 12 de abril contra un auto notificado al recurrente el 27 de marzo. Dado que el recurso no fue declarado inadmisibile, cabe deducir que el plazo para recurrir es un plazo claro. Véanse, en el marco de otras demandas urgentes de medidas provisionales: CE, 28 de mayo de 2001, *Société Codiam, Lebon T.* p. 1136 (demanda de medida cautelar); CE, 5 de noviembre de 2001, *Ministre de l'Intérieur*, n° 235496 (demanda de medida cautelar de suspensión).

1717 El artículo R. 811-5 del Código de Justicia Administrativa establece que "Los plazos adicionales de alejamiento previstos en los artículos 643 y 644 del Nuevo Código de Procedimiento Civil se añadirán a los plazos normalmente impuestos". El artículo 643 establece: "Cuando la demanda se interponga ante un tribunal que tenga su sede en la Francia metropolitana, los plazos para comparecer, recurrir, oponerse, interponer recurso de revisión y recurrir ante el Tribunal Supremo se incrementarán en: 1° un mes para las personas que residan en un departamento o territorio de ultramar; 2° dos meses para las personas que residan en el extranjero". El Conseil d'Etat ha aplicado el plazo de alejamiento a un recurso de casación contra un auto sumario (CE, 29 de noviembre de 2002, *Arakino, Lebon* p. 422: recurso registrado el 3 de junio de 2002 contra un auto de ordenación dictado por el juez de medidas provisionales del tribunal administrativo de Papeete el 26 de abril de 2002).

1718 La exención de la obligación de designar a un abogado prevista en el artículo R. 522-5 no se aplica en esta fase. A falta de disposición en contrario, se aplica la regla general del artículo R. 821-3. Si el recurrente no cumple este requisito, su demanda se declara inadmisibile (CE, 28 de febrero de 2001, *Catsiapis*, n° 229458; CE, 25 de abril de 2001, *Pause*, n° 230315; CE, 16 de mayo de 2001, *Majille*, n° 231197; CE, 15 de junio de 2001, *Mairau*, n° 233437; CE, 15 de junio de 2001, *Tauraatua*, n° 233755; CE, 15 de junio de 2001, *Hoffer*, n° 233163; CE, 15 de junio de 2001, *Hoffer*, n° 233164; CE, 15 de junio de 2001, *Société Théâtre de fortune*, n° 232604; CE, 19 de octubre de 2001, *SCI du Clos*, n° 234090), a menos que se produzca una regularización después de la interposición del recurso (CE, 16 de marzo de 2001, *Brun et autres*, n° 2311003).

1719 Véase, por ejemplo, CE, 16 de marzo de 2001, *Brun et autres*, n° 231003. Ante el tribunal de primera instancia, los demandantes pidieron al juez de medidas provisionales que ordenara a la comisión de propaganda electoral no distribuir las circulares y papeletas de los dos candidatos de extrema derecha. Como estos dos candidatos no habían obtenido un número suficiente de votos en la primera vuelta electoral para presentarse a la segunda vuelta, el recurso interpuesto contra el auto que desestimó su petición quedó sin objeto. Véase también CE, 29 de julio de 2002, *Talbouarne*, n° 247222. El demandante había solicitado al juez de medidas provisionales la suspensión del decreto prefectoral que ordenaba su requis del 18 al 20 de mayo de 2002. El recurso contra el auto que rechazaba su solicitud se registró en el Conseil d'Etat el 24 de mayo de 2002. Dado que la suspensión de la orden había perdido su pertinencia, el recurso era inadmisibile. Por último, véase CE, 27 de marzo de 2006, *Ezenmaosu*, n° 284546: al haber sido el demandante desviado a su país de origen, el recurso, dirigido contra el auto por el que el juez de medidas provisionales se negó a ordenar a las autoridades policiales que le permitieran continuar su vuelo a Finlandia, ha perdido su objeto.

1720 En el asunto *Lodama*, el recurrente alegó que la negativa del Prefecto vulneraba manifiestamente una libertad fundamental. El Comisario del Gobierno señaló que "este argumento no es operativo en la medida en que el juez de medidas provisionales no basó su auto en este punto, sino únicamente en la ausencia de urgencia" (concl. inédita E. PRADA-BORDENAVE sobre CE, 28 de diciembre de 2001, n° 232132).

1721 No obstante, véase la decisión de una subsección que resuelve en solitario: CE, 15 de mayo de 2002, *Baudoin*, n° 239487 (anulación del auto recurrido y emisión de una orden conminatoria).

1722 Véase, sin embargo, CE, 2 de julio de 2003, *Société Outremer Finance Limited, Lebon* p. 306 (el tribunal de casación se

B. Objeto y alcance del control jurisdiccional

413. En palabras del profesor Pacteau, el tribunal de casación revisa "la forma en que se decidió el caso" y "lo que se decidió"¹⁷²³.

1. Regularidad externa de la orden

414. En cuanto a la regularidad externa de la decisión, el Tribunal Supremo se asegura de que el juez de primera instancia haya respetado los requisitos procesales - necesariamente reducidos ya que, en materia de medidas provisionales, el Tribunal Supremo sólo conoce de los autos de clasificación - y la presentación de la sentencia. Por ejemplo, el Conseil d'Etat señaló la irregularidad de un auto de clasificación que se dictó después de haberse organizado una vista contradictoria¹⁷²⁴ o que no mencionaba determinadas alegaciones formuladas por el demandante¹⁷²⁵.

En cuanto a la obligación de motivación, el Tribunal Supremo no se pronunció en un considerando de principio. El artículo L. 522-3 impone al juez de medidas provisionales la obligación de motivar su decisión, lo que excluye una motivación estereotipada o demasiado general. Como señaló el Sr. Chauvaux, "sería difícil aceptar una motivación sumaria consistente en afirmar sin más explicaciones que la medida controvertida no es manifiestamente ilegal. En nuestra opinión (...) el juez deberá motivar su decisión de manera bastante completa. Y una motivación más detallada da mayor peso a los motivos del recurso"¹⁷²⁶. El juez debe exponer y analizar correctamente los argumentos de la demanda. La motivación de la resolución debe exponer detalladamente los motivos por los que se desestima la demanda. En términos generales, "el Tribunal de Casación debe poder apreciar el razonamiento que llevó al juez de medidas provisionales a considerar que el acto o el comportamiento controvertido no constituye una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental"¹⁷²⁷. Lógicamente, el Tribunal de Casación no podía exigir al juez de medidas provisionales una motivación más completa que la aportada por el demandante¹⁷²⁸.

2. Regularidad interna de la orden

415. En cuanto a la regularidad interna de la decisión, sólo la tergiversación de los hechos y el error de derecho son susceptibles de ser censurados por el juez de casación. Esta solución se ha encontrado sobre la base del artículo L. 521-1¹⁷²⁹ y se ha aplicado a las medidas cautelares (référé-liberté).

416. El Conseil d'Etat no revisa la apreciación de los hechos. El juez de medidas cautelares realiza una apreciación

pronunció el 2 de julio de 2003 sobre un recurso registrado el 26 de febrero de 2003); CE, 27 de julio de 2006, *Makiese*, n° 278122 (el tribunal de casación anuló un auto de primera instancia dictado un año y medio antes).

1723 B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} éd, PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 360 et seq.

1724 CE, 8 de octubre de 2001, *Sanches Cardoso*, *Lebon T.* p. 1091: "el juez de medidas provisionales, que conoce de una demanda basada en el artículo L. 521-1 o en el artículo L. 521-2, no puede legalmente dictar una resolución sobre la base de las disposiciones del artículo L. 522-3 después de haber iniciado el procedimiento contradictorio y celebrado la audiencia pública mencionada respectivamente en los párrafos primero y segundo del artículo L. 522-1".

1725 CE, 6 de marzo de 2002, *Société des pétroles Shell*, *Lebon T.* p. 852; CE, 12 de junio de 2002, *Commune de Fauillet et autres*, *Lebon* p. 215.

1726 D. CHAUVAUX, concl. sobre CE, 16 de febrero de 2001, *Breucq*, *RFDA* 2001, p. 672.

1727 P. CASSIA, "Le contrôle de cassation sur les référés administratifs. Bilan de jurisprudence (1^{er} janvier-11 juillet 2001)", *Dr. adm.* 2001, chron. n° 19, p. 14.

1728 Véase, en el contexto de la suspensión sumaria, en relación con la condición de urgencia: CE, Secc. 25 de abril de 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c/ Commune de Baden*, *Lebon* p. 220.

1729 Véase CE, 16 de febrero de 2001, *Breucq*, *Lebon T.* p. 1092, *RFDA* 2001, pp. 669-672, concl. D. CHAUVAUX. El Conseil afirmó que "al declarar, mediante el auto impugnado, que la demanda era manifiestamente infundada, el juez de medidas provisionales, que no cometió ningún error de derecho, realizó una apreciación soberana de las circunstancias del caso, que no estaba viciada por una *desnaturalización* de los documentos del expediente que se le presentaron y que no es discutible ante el tribunal de casación".

soberana de las circunstancias del caso en relación con la urgencia¹⁷³⁰ y la grave vulneración de una libertad fundamental¹⁷³¹. La apreciación sólo se sancionará si constituye una desnaturalización, es decir, un error grave de apreciación del significado de un acto o de un hecho que haga incompatible esta interpretación con el acto o el hecho en cuestión. Por ejemplo, cuando el Prefecto informó a la demandante de que concedería su solicitud de permiso de residencia a reserva de las conclusiones de la investigación preliminar habitual, el juez de medidas provisionales desnaturalizó los hechos del asunto al no considerar esta declaración como una decisión creadora de derechos¹⁷³². Del mismo modo, el juez desnaturalizó los documentos del expediente al calificar una decisión denegatoria de respuesta de espera¹⁷³³.

417. Por lo que se refiere a los errores de derecho¹⁷³⁴, el Conseil d'Etat revisa la corrección del razonamiento jurídico y del enfoque subyacente a la orden de clasificación. La cuestión es saber si el tribunal de casación puede sancionar cualquier error de razonamiento cometido por el juez de medidas provisionales o si, siguiendo el ejemplo de la solución adoptada en el marco de la suspensión cautelar, debe limitar su control a los errores flagrantes. En otras palabras, ¿debe ejercer un control restringido o normal de los autos de clasificación? La respuesta a esta pregunta depende de la función del juez. Dado que el juez de suspensión provisional tiene un papel menor, el Conseil d'Etat ejerce un control limitado de sus autos; dado que el juez que conoce del fondo tiene un papel normal, el propio juez de cassation ejerce un control normal de sus decisiones.

El juez de suspensión cautelar está obligado a establecer una apariencia de ilegalidad, no una ilegalidad definitiva. Extrayendo las consecuencias de esta función, limitada a la apariencia o a la verosimilitud, el Tribunal de Casación ha establecido, en el marco del artículo L. 521-1, el principio de un control de un error de derecho retenido o restringido. No ejerce un control ordinario, es decir, en profundidad, de los errores de derecho comparable al que se ejerce sobre las sentencias sobre el fondo. Para respetar el papel del juez de medidas provisionales, limitado por el concepto de "duda grave", desde la sentencia emblemática *Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole* sólo sanciona los errores de derecho flagrantes¹⁷³⁵. En otras palabras, sólo revisa errores de Derecho "manifiestos"¹⁷³⁶. Como señala el Sr. Cassia, el principio de control limitado parece implicar que "el Conseil d'Etat ya no controlará la interpretación de una disposición legislativa o reglamentaria efectuada por el tribunal de primera instancia - salvo si el motivo es inoperante o entra en el ámbito de aplicación de la ley"¹⁷³⁷.

En sus conclusiones sobre el caso *Abdallah*, la Sra. Boissard defendió la aplicación de la jurisprudencia de la *Communauté urbaine Saint-Etienne métropole* a las medidas cautelares. Indicó que esta revisión estaba aún más justificada

1730 Véase, por ejemplo, CE, 9 de julio de 2001, *Landry*, n° 234809: "al considerar que el Sr. Landry no justificaba la urgencia de su reincorporación en la unidad de motos urbanas de Nantes, el juez de medidas provisionales realizó una apreciación soberana de las circunstancias del caso, que no estaba viciada por una desnaturalización de los documentos del expediente que se le presentaron y que no es susceptible de discusión ante el Tribunal Supremo". Véase, en el mismo sentido CE, 28 de diciembre de 2001, *Lodama*, n° 232132; CE, 6 de marzo de 2002, *Société des pétroles Shell, Lebon T.* p. 852; CE, 25 de octubre de 2002, *Chiapello*, n° 249569; CE, 25 de octubre de 2002, *Nould Masseglia*, n° 249568.

1731 Véase CE, 25 de octubre de 2002, *Bongiovanni, Syndicat CFDT Intervo de l'Herault*, n° 244289. El juez de medidas provisionales consideró que la decisión de trasladar al demandante no podía considerarse una violación grave de una libertad fundamental. El Conseil d'Etat declaró que "de este modo, el juez de medidas provisionales, que no cometió ningún error de derecho, realizó una apreciación soberana de las circunstancias del caso que, a falta de desnaturalización, no es discutible ante el Tribunal Supremo". Véase también CE, 8 de marzo de 2002, *Région Languedoc-Roussillon*, n° 236587: al considerar que el funcionamiento irregular de un sindicato mixto y la imposibilidad para una región de retirarse del mismo no vulneraban de forma grave y manifiestamente ilegal el derecho de la región Languedoc-Rosellón a administrarse libremente, el primer juez, que no cometió error de derecho, "realizó una apreciación soberana de los elementos de prueba del asunto, que, a falta de desnaturalización de dichos elementos, no es susceptible de discusión ante el Tribunal de Casación".

1732 CE, 7 de mayo de 2003, *Boumaïza*, n° 250002.

1733 CE, 10 de octubre de 2003, *Association Capselle et autres*, n° 251562. Véase también CE, 9 de febrero de 2005, *SARL "Lou Marseillou"*, n° 272196.

1734 La excepción de error de derecho es inoperante cuando se dirige contra una razón sobreabundante (CE, 6 de marzo de 2002, *Société des pétroles Shell, Lebon T.* p. 852; CE, 15 de julio de 2004, *Doudaev*, n° 265822).

1735 CE, Secc. 29 de noviembre de 2002, *Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole, Lebon* p. 421, *BDCF* 2/03, n° 28, pp. 36-43, concl. L. VALLEE; *AJDA* 2003, pp. 278-279, chron. F. DONNAT y D. CASAS. El Conseil d'Etat había optado inicialmente por una revisión en profundidad del error de derecho, que no tenía en cuenta la especificidad del cargo de juez de suspensión provisional (véase CE, Secc., 16 de mayo de 2001, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Rival, Lebon* p. 243, *AJDA* 2001, pp. 643-648, chron. M. GUYOMAR y P. COLLIN).

1736 L. VALLEE, concl. supra, p. 40. Al ejercer un control "mínimo" sobre el error de derecho, el juez reconoce una especie de derecho al error al juez de la suspensión sumarial. Así, el Tribunal Supremo francés se negó a censurar por error de derecho dos decisiones que sostenían, en relación con un motivo idéntico que alegaba que el artículo L. 111-6 del Código de Urbanismo no otorgaba al alcalde la facultad de oponerse a una solicitud de conexión definitiva de una caravana a las redes eléctricas, una que este argumento podía crear una duda seria (CE, 5 de abril de 2004, *Commune de Pertuis, Lebon* p. 156), y la otra que este argumento no podía crear una duda seria (CE, 12 de diciembre de 2003, *Cancy*, n° 257794).

1737 P. CASSIA, nota bajo CE, 9 de diciembre de 2003, *Aguillon et autres, AJDA* 2004, p. 318.

sobre esta base. "En este caso, la tarea del juez es identificar una ilegalidad manifiesta y no simplemente detectar un medio de suscitar una duda seria sobre la legalidad de una medida administrativa. Por lo tanto, cuando el juez no se haya considerado convencido de la existencia de una ilegalidad manifiesta, su razonamiento sólo debería, en nuestra opinión, censurarse por error de Derecho en un caso en que los documentos que obran en el expediente y las alegaciones de los demandantes establecieran, por el contrario, la existencia de una ilegalidad flagrante"¹⁷³⁸. Sin embargo, esta solución es discutible en la medida en que la función del juez de medidas provisionales no es en absoluto comparable a la del juez de suspensión provisional. Cuando interviene sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, el juez de medidas provisionales es el juez de la prueba. Sólo puede hacer uso de sus facultades si la ilegalidad es cierta, probada e indiscutible. Por lo que se refiere a la apreciación de la legalidad de un acto o de una acción, la función del juez de medidas provisionales es la de un juez del fondo¹⁷³⁹, lo que tiende a justificar el ejercicio de un control normal de sus decisiones por parte del Tribunal Supremo. Además, como señala el Sr. Cassia, la frontera entre el control normal y el control limitado del tribunal de casación es difícil de trazar, y no impide que el tribunal de casación decida cuestiones de principio en un procedimiento sumario¹⁷⁴⁰.

Cuando interviene en el marco de un auto de medidas provisionales, el Conseil d'Etat no menciona el "cargo de juez de medidas provisionales" al que se refiere el juez de cassation en el marco del artículo L. 521-1 desde la sentencia *Communauté urbaine Saint-Etienne Métropole*. No "retiene" su control, sino que se niega a "salvar" un posible error de derecho del juez de medidas provisionales por no ser suficientemente evidente para ser sancionado en un procedimiento sumario. Cuando conoce de un auto de ordenación dictado sobre la base del artículo L. 521-2, el Tribunal Supremo censura el error de derecho cometido por el primer juez, sea o no flagrante. La jurisprudencia ilustra el alcance del control ejercido sobre esta base. En primer lugar, el tribunal de casación sanciona los errores de derecho cometidos por el juez de medidas provisionales al interpretar y aplicar las condiciones de concesión de la medida prevista en el artículo L. 521-2. Así pues, censuró el error de derecho cometido por el primer juez "al considerar que la denegación de la titularidad no podía, "cualesquiera que fuesen los motivos", atentar grave y manifiestamente contra una libertad fundamental"¹⁷⁴¹; al afirmar, en principio, que el mantenimiento en el empleo de un trabajador protegido acusado de acoso moral no podía comprometer ninguna libertad fundamental vinculada al Derecho laboral¹⁷⁴² o al considerar que, dada la existencia de un procedimiento de recurso con efectos suspensivos contra la decisión de expulsión del interesado, la urgencia no justificaba ordenar la medida solicitada por el demandante, dirigida a ordenar a la autoridad administrativa que registrara su solicitud de asilo territorial¹⁷⁴³. El control del error de Derecho ejercido sobre la correcta aplicación de las condiciones de concesión del asilo roza a veces el control de la apreciación¹⁷⁴⁴. Por ejemplo, en la sentencia *Aguillon*, el Tribunal Supremo francés censuró la apreciación errónea del juez sobre la proporcionalidad de una medida que restringía excesivamente el derecho de huelga con respecto al objetivo de protección de la salud pública. El Conseil d'Etat considera que el juez cometió un error de derecho al no considerar que esta medida constituía una violación grave y manifiestamente ilegal del derecho de huelga¹⁷⁴⁵. En segundo lugar, y de forma más general, el Tribunal de Casación ha sancionado errores de razonamiento del juez de medidas provisionales en la interpretación de los textos aplicables. En el asunto *Stéphaur*, censuró la aplicación, en las circunstancias del caso, de la moratoria prevista en el artículo L. 613-3 del Código francés de la construcción y de la vivienda¹⁷⁴⁶. El juez de medidas provisionales también cometió un

1738 S. BOISSARD, concl. sobre CE, 2 de febrero de 2004, *Abdallah*, RFDA 2004, p. 775. Otro elemento podría tomarse en consideración en el sentido de una revisión restringida: en los procedimientos de derecho común, el Conseil d'Etat no revisa la apreciación del juez sobre la existencia de un error manifiesto de apreciación cometido por la administración (CE, Secc, 18 de noviembre de 1994, *Société "Clichy Dépannage"*, *Lebon* p. 505: al desestimar la excepción de error manifiesto de apreciación, el tribunal administrativo de apelación realiza una apreciación soberana de los hechos del asunto que, en ausencia de desnaturalización de los hechos del asunto, no es discutible ante el tribunal de casación). Dado que el juez de medidas provisionales sólo puede ejercer sus competencias en caso de ilegalidad "manifiesta", cabría desear, por analogía, extender la solución encontrada para un error "manifiesto" de apreciación al procedimiento del artículo L. 521-2. Sin embargo, esto sería confundir la diferencia entre los dos conceptos: en los procedimientos de Derecho común, el carácter manifiesto es el del error de apreciación; en el marco del artículo L. 521-2, este carácter va unido a la ilegalidad cometida.

1739 Véase *supra*, §§ 278-279.

1740 Véase P. CASSIA, nota *supra*, p. 319, y los ejemplos citados por el autor en la nota 65.

1741 CE, Secc. 28 de febrero de 2001, *Casanovas*, *Lebon* p. 108.

1742 CE, 4 de octubre de 2004, *Société Mona Lisa investissements et autres*, *Lebon* p. 362.

1743 CE, 15 de febrero de 2002, *Hadda*, *Lebon* p. 45. Véase, en el mismo sentido CE, 3 de noviembre de 2003, *Kobanda Doro*, n° 258322.

1744 Esto coincide con la posición adoptada por el Comisario del Gobierno Didier Chauvaux cuando se aplicó por primera vez la reforma de 30 de junio de 2000. Utilizando una fórmula general, afirmó: "Dudaríamos en afirmar que, globalmente, el tribunal de primera instancia realiza una apreciación soberana cuando considera que una violación de una libertad fundamental no es manifiestamente ilícita" (D. CHAUVAUX, concl. sobre CE, 16 de febrero de 2001, *Breucq*, RFDA 2001, p. 672).

1745 CE, 9 de diciembre de 2003, *Aguillon et autres*, *Lebon* p. 497.

1746 CE, 29 de marzo de 2002, *SCI Stéphaur et autres*, *Lebon* p. 117. El artículo L. 613-3 especifica que la moratoria sobre la ejecución de las medidas de desalojo no es aplicable cuando las personas cuyo desalojo se ha ordenado han entrado en los

error de Derecho al considerar que los menores extranjeros no pueden invocar lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁷⁴⁷ o al afirmar que la negativa del Ministro de Justicia a prestar la asistencia de Francia para garantizar el retorno de un menor trasladado al extranjero por uno de sus progenitores constituye un acto relativo a la dirección de las relaciones internacionales que no está sujeto a ningún control jurisdiccional¹⁷⁴⁸. Un error en la interpretación de los textos aplicables también puede afectar a las normas de competencia. Por ejemplo, el Conseil d'Etat señaló que la competencia atribuida a la Comisión de Recursos de los Refugiados no incluye los litigios relativos a la negativa del Director General de la Oficina Francesa de Protección de los Refugiados y Apátridas a registrar una solicitud de asilo. En consecuencia, estos litigios deben someterse a la jurisdicción contencioso-administrativa de Derecho común; el juez de medidas provisionales incurrió en error de Derecho al declararse incompetente para conocer de ellos¹⁷⁴⁹.

C. La decisión del Tribunal de Casación

418. Tras examinar los argumentos presentados en apoyo del recurso, el tribunal de casación admite el recurso o lo desestima.

El Conseil d'Etat desestima el recurso si no hay motivos para recurrir. Cuando un motivo de casación es fundado, el recurso puede, no obstante, ser desestimado cuando las circunstancias del caso permiten al tribunal de casación sustituir los motivos del recurso por los suyos propios, efectuándose la sustitución sobre la base de los mismos hechos. Así, en el asunto *Soares dos Santos*, el Consejo declaró que, dado que las alegaciones presentadas ante el primer juez excedían de la competencia del juez de medidas provisionales, "este motivo, que no implica la apreciación de ninguna circunstancia de hecho, debe ser sustituido por el adoptado por el auto recurrido, cuya parte dispositiva justifica"¹⁷⁵⁰. En la sentencia *Fofana*, el Conseil d'Etat, al desestimar un recurso contra un auto de ordenación dictado en materia de medidas provisionales, sustituyó la motivación del juez de medidas provisionales por la basada en que las circunstancias del caso no revelan ninguna violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental por parte de una persona jurídica de derecho público en el ejercicio de una de sus competencias¹⁷⁵¹. En la sentencia *Arakino* de 29 de noviembre de 2002, el Conseil d'Etat sustituyó los motivos para evitar pronunciarse sobre si el derecho a la educación constituye una libertad fundamental. El juez de medidas provisionales había rechazado una solicitud de suspensión de una orden de exclusión permanente dictada por un liceo contra un alumno del centro. Al constatar una vulneración del derecho a la educación, que calificó de libertad fundamental, el juez desestimó todas las alegaciones jurídicas formuladas contra la decisión impugnada. Para evitar tener que pronunciarse sobre la existencia de una libertad fundamental, afirmó que "no puede considerarse que una medida de exclusión de un alumno de un liceo por motivos disciplinarios vulnere una libertad fundamental; por tanto, la solicitud del Sr. Arakino no entraba en el ámbito de aplicación de una libertad fundamental". La solicitud del Sr. Arakino no entraba en el ámbito de aplicación del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa; que este motivo, que no implica la apreciación de ninguna circunstancia de hecho, debe sustituir a los utilizados en la resolución impugnada, que justifica jurídicamente"¹⁷⁵².

Cuando el motivo esté fundado, el juez de casación podrá anular total o parcialmente el auto de clasificación¹⁷⁵³. En el caso de référé-liberté, el Conseil d'Etat se remite *sistemáticamente* al asunto en interés de la

locales por ministerio de la ley. En el caso de autos, no se discute que los ocupantes ilegales entraron en los locales de oficio. Al basarse en el hecho de que la denegación de auxilio por parte de la policía no era manifiestamente ilegal "habida cuenta del período durante el cual tuvo lugar", el juez de medidas provisionales aplicó erróneamente las disposiciones del artículo L. 613-3 y vició su auto con un error de derecho.

1747 CE, 6 de diciembre de 2004, *El Akrae*, n° 265917.

1748 CE, 4 de febrero de 2005, *Karrer, Lebon T.* p. 1033. Ignora la jurisprudencia del Conseil d'Etat según la cual las acciones que pueden emprenderse sobre la base de las estipulaciones del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores no constituyen actos de gobierno (CE, 30 de junio de 1999, *Guichard, Lebon p.* 218).

1749 CE, 9 de marzo de 2005, *Moinuddin, Lebon T.* p. 805, p. 921.

1750 CE, 8 de agosto de 2001, *Soares dos Santos*, n° 234589.

1751 CE, 22 de mayo de 2002, *Fofana et autres, Lebon p.* 175.

1752 CE, 29 de noviembre de 2002, *Arakino, Lebon p.* 422.

1753 Para la anulación de toda la orden de clasificación, véase CE, 12 de junio de 2002, *Commune de Fauillet et autres, Lebon p.* 215, *AJDA* 2002, pp. 590-592, cron. F. DONNAT y D. CASAS. El juez de medidas provisionales del tribunal administrativo había omitido referirse a ciertas alegaciones presentadas ante él. El tribunal de casación podría haberse limitado, como es habitual, a una casación parcial en la medida en que el resto de las alegaciones de los demandantes habían sido citadas correcta y completamente. Sin embargo, el asunto fue desestimado en su totalidad por dos razones. Por un lado, la omisión afectaba a las *principales alegaciones de los* demandantes: un elemento susceptible de agravar el alcance de la irregularidad en cuestión y, por tanto, de ampliar el posible alcance de la casación. Por otra parte, una casación completa habría permitido abordar plenamente la interesante cuestión jurídica del asunto (véase F. DONNAT y D. CASAS, nota supra,

buena administración de la justicia, como permite el artículo L. 821-21754 . Esto es totalmente comprensible dado que las cuestiones en cuestión deben, por su propia naturaleza, resolverse lo antes posible. Esta solución evita retrasar el procedimiento remitiéndolo a un nuevo juez.

419. Si la solicitud supera el proceso de selección, es decir, si tiene un interés suficientemente serio, se remite a la autoridad de instrucción para que tome una decisión en un plazo de 48 horas tras una audiencia pública¹⁷⁵⁵

Sección 3 Resolución en 48 horas de las reclamaciones de interés grave

420. El legislador ha exigido que las solicitudes de medidas cautelares sean oídas en un plazo de 48 horas si no son rechazadas en la fase de calificación. Teniendo en cuenta esta exigencia, el juez se pronuncia sobre el fondo de la solicitud en los días siguientes a su presentación, tras oír a ambas partes y celebrar una audiencia pública. Cuando haya pruebas de una violación grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental, el juez de medidas provisionales tiene la posibilidad de acelerar la fecha en que su decisión surte efecto.

I. Un plazo de resolución de 48 horas

421. Debido a la gravedad de las situaciones que el procedimiento sumario pretende combatir, la ley obliga al juez a examinar las solicitudes que se le presentan por este motivo en un plazo de 48 horas. La fijación de un plazo tan breve para dictar sentencia obliga a acelerar radicalmente el ritmo de la instrucción.

A. Brevedad dictada por la gravedad de la situación

422. El plazo en el que un tribunal debe pronunciarse depende de la naturaleza y las particularidades de cada caso¹⁷⁵⁶ . Cuando se acusa a una autoridad pública de atentar grave y manifiestamente contra las libertades fundamentales, el plazo para conocer de los recursos debe ser lo más breve posible¹⁷⁵⁷ . En la práctica, se observa que la gravedad de la situación da lugar muy a menudo a la obligación de pronunciarse en un plazo

p. 591).

¹⁷⁵⁴ Sólo un caso no fue remitido tras la casación, pero esta solución estaba justificada por las circunstancias particulares del caso. El tribunal administrativo había interpretado el recurso de anulación que se le había presentado como una solicitud de aplicación de las disposiciones del artículo L. 521-2. Tras anular la decisión del juez de medidas provisionales que se había pronunciado erróneamente sobre este recurso, el Consejo tuvo naturalmente que devolver el asunto al tribunal administrativo que se pronunciaba sobre el fondo (CE, 23 de mayo de 2001, *Baudoin, Lebon T.* p. 1135).

¹⁷⁵⁵ Por regla general, el juez de medidas provisionales decidirá sobre la clasificación en el mismo día. Si opta por esta opción, normalmente se pronunciará al día siguiente. Si opta por la audiencia pública, iniciará el contradictorio el mismo día dando el calendario del procedimiento a la oficina de medidas provisionales, que lo comunicará a las partes, indicando los plazos de presentación y respuesta. Cuando el juez de medidas provisionales elige esta vía y convoca a la administración, ésta sabe que la demanda no ha sido rechazada en virtud del artículo L. 522-3 y, por consiguiente, que es probable que se plantee un problema grave. Por consiguiente, toma las medidas necesarias, organiza su defensa y a veces incluso satisface al demandante antes de la vista (véanse los §§ 468-471 *infra*).

¹⁷⁵⁶ Sobre los factores que deben tenerse en cuenta para determinar la duración razonable de los procedimientos para cada tipo de litigio, véase M.-A. FRISON-ROCHE , "Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure", en *Le temps dans la procédure* (J.-M. COULON y M.-A. FRISON-ROCHE dir.), Dalloz, 1996, pp. 11-23, especial pp. 11-12.

¹⁷⁵⁷ En la época de las leyes de descentralización, la necesidad de una respuesta muy rápida, si no inmediata, condujo a la idea de un efecto suspensivo para los recursos en materia de libertades. El Presidente Chabanol declaró que "los recursos suspensivos parecen ser el único medio, en estas materias, de preservar eficazmente las libertades públicas" (D. CHABANOL, "Décentralisation et juge administratif", *AJDA* 1983, p. 73). Si bien esta propuesta respondía a la voluntad de poner fin inmediatamente a una vulneración de las libertades, resultaba demasiado omnicomprendensiva - ya que casi todos los contenciosos administrativos podían considerarse que afectaban a las libertades - para ser mantenida.

extremadamente breve. Por ejemplo, cuando el presidente del tribunal administrativo conoce de un acto sospechoso de comprometer el ejercicio de una libertad pública o individual, la ley le obliga a pronunciarse en un plazo de 48 horas (artículo L. 2131-6 al. 5 del código general de las entidades locales). Del mismo modo, cuando un particular alega la comisión de un acto administrativo, el juez civil en procedimiento sumario está obligado a pronunciarse en los días, o incluso horas, siguientes a la presentación de la solicitud.

En materia de medidas provisionales, el legislador no se contentó con pedir al juez, en términos generales, que se pronunciara rápidamente o en un plazo breve. De manera a la vez precisa y directiva, el propio legislador evaluó, *in abstracto*, de cuánto tiempo debe disponer el juez para intervenir cuando una persona se considera víctima de una violación grave y manifiestamente ilícita de sus libertades fundamentales. Estimando que, en tal caso, la situación en cuestión no podía durar más de dos días tras la presentación de la demanda, añadió al artículo L. 521-2 la frase "El juez de medidas provisionales resolverá en un plazo de 48 horas".

Esta obligación no figuraba en el proyecto de ley presentado por el Gobierno. El texto no imponía ningún plazo específico al juez de medidas provisionales: éste sólo estaba invitado por la disposición general del artículo 1^{er} (actual artículo L. 511-1) a pronunciarse "lo antes posible". En primera lectura, el Senado adoptó una enmienda que obliga al juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat a pronunciarse en un plazo de 48 horas en su calidad de juez de apelación en materia de medidas provisionales¹⁷⁵⁸. Para coordinar con el plazo de los recursos, y con el fin de mantener la analogía con el procedimiento "déféré-liberté", la obligación se amplió al juez de primera instancia en segunda lectura.¹⁷⁵⁹

La fijación de un plazo para dictar sentencia y, más aún, de un plazo tan breve para dictar sentencia, es especialmente llamativa. No sólo se aparta de la norma según la cual el juez es en principio soberano para determinar la duración de la instrucción y el enjuiciamiento de un asunto¹⁷⁶⁰, sino que además el plazo fijado es notablemente breve¹⁷⁶¹. Como señaló el Sr. Chapus, "el hecho de que el plazo se fije específicamente en este procedimiento y mediante una disposición legislativa es totalmente indicativo de la forma en que está concebido el procedimiento de protección provisional"¹⁷⁶². Para los Sres. Cassia y Béal, "es una de las manifestaciones, probablemente la más simbólica, del carácter excepcional del procedimiento previsto por el artículo L. 521-2"¹⁷⁶³.

423. ¿Qué autoridad tiene un juez sobre un plazo legal? En Derecho estricto, los plazos fijados por el legislador deben considerarse lógicamente vinculantes. Sin embargo, a falta de una sanción expresamente prevista por la

¹⁷⁵⁸ *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3755.

¹⁷⁵⁹ *JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p. 869. El Gobierno apoyó la adopción de esta enmienda, juzgando que la propuesta era "coherente tanto desde el punto de vista del texto en discusión, puesto que este plazo ya está previsto para el juez de apelación, como desde el punto de vista de la remisión prefectoral en materia de libertades resultantes de las leyes de descentralización" (E. GUIGOU, *JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p. 863).

¹⁷⁶⁰ Normalmente, los textos que rigen los procedimientos ante los tribunales administrativos no fijan ningún plazo para que éstos se pronuncien sobre los recursos que se les presentan. En principio, el tribunal administrativo dispone de un poder discrecional para determinar la fecha en la que se convoca un asunto. Los casos en los que el legislador fija al tribunal un plazo dentro del cual debe resolver el litigio y dictar sentencia son, por tanto, excepcionales. Como observa M. Dugrip, "el legislador sólo impone plazos al tribunal con la mayor reserva" (O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1991, p. 31). Cuando existen, estos plazos pueden variar en duración, desde varios meses a unas pocas horas. En virtud del artículo 7 de la ley de 17 de julio de 1978, el tribunal administrativo debe pronunciarse en un plazo de 6 meses a partir del registro de la solicitud cuando se le somete un recurso contencioso contra una denegación de comunicación de un documento administrativo (véase la nota de D. CHABANOL bajo siete especies del TA Lyon, 30 de abril y 7 de mayo de 1981, *AJDA* 1982, p. 94; y TA Lyon, 7 de enero de 1982, *Bertin c/ Ministre de la Défense*, *AJDA* 1982, p. 523, nota de H. MAISL). En el marco del référé-précontractuel, el artículo L. 551-1 del Código de justicia administrativa concede al juez un plazo de 20 días para pronunciarse (véase C. BERGEAL, "Référé en matière de passation des contrats et marchés", *Jcl. Justice administrative*, fasc. 55 (11, 2001), n° 54). El presidente del tribunal administrativo debe pronunciarse en un plazo de 15 días sobre los recursos interpuestos contra las decisiones expresas o tácitas adoptadas por los municipios sobre las solicitudes de indemnización por los daños sufridos en caso de requisa a raíz de catástrofes o desastres (véase O. DUGRIP, *op. cit.*, p. 31). En materia electoral, los plazos se limitan a menudo a algunos días. Así, se impone al juez administrativo un plazo uniforme de 3 días para pronunciarse sobre la regularidad de las operaciones preparatorias de las elecciones y sobre los resultados de las elecciones a los órganos deliberantes de las entidades territoriales (véase O. DUGRIP, *op. cit.*, pp. 33-37).

¹⁷⁶¹ Los casos sujetos a plazos tan breves son raros. El más importante, desde un punto de vista cuantitativo, es el de la expulsión, en el que el juez debe pronunciarse en un plazo de 48 horas "a partir del registro de la solicitud en la secretaría del tribunal" (artículo R. 776-9 del Código de Justicia Administrativa). También hay que mencionar otros procedimientos. Representan una proporción muy pequeña de los litigios y corresponden a determinadas demandas presentadas por la autoridad prefectoral (déféré-liberté, déféré-urbanisme según el artículo L. 421-9 del Código de Urbanismo, déféré-défense nationale) o por los alcaldes de los municipios de París, Lyon y Marsella (sobre estos procedimientos, véase R. D'HAEM, *Le juge unique administratif*, tesis París II, 2001, pp. 96-107).

¹⁷⁶² R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, n° 1592.

¹⁷⁶³ P. CASSIA y A. BEAL, note sous CE, ord. 18 febrero 2003, *Commune de Pertuis*, *AJDA* 2003, p. 1174.

ley, el juez administrativo sólo les reconoce un efecto indicativo o incitativo.

El Conseil d'Etat considera que la fijación de un plazo para dictar sentencia nunca es vinculante y que el tribunal nunca está obligado a pronunciarse antes de su expiración. "A pesar de la voluntad del legislador de que el asunto sea juzgado con urgencia en el plazo fijado en los textos, el juez reconoce que tiene el poder soberano de no dictar sentencia en el plazo, dando así primacía a su apreciación de la urgencia sobre la del legislador, cuando no la ignora pura y simplemente"¹⁷⁶⁴. Esta posición coherente del juez administrativo¹⁷⁶⁵ también se encuentra en el contexto de las medidas cautelares (référé-liberté). Sin embargo, en un primer momento, el juez de medidas provisionales pareció reconocer el carácter imperativo del plazo de 48 horas para pronunciarse. En un auto de 30 de enero de 2001, declaró que la fecha de recepción del expediente completo del recurso "constituye el punto de partida del plazo concedido al Conseil d'Etat para pronunciarse"¹⁷⁶⁶. La referencia al punto de partida del plazo parecía implicar el reconocimiento de su fuerza vinculante. En efecto, mencionar el cómputo de un plazo sólo tiene sentido si el juez le reconoce autoridad jurídica y se considera obligado a respetarlo. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat confirmó esta interpretación en una decisión de 27 de septiembre de 2001. Afirmó "que el juez de medidas provisionales del tribunal administrativo de Rennes (...) fue requerido sobre la base de las disposiciones mencionadas del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, que *le obligaban a pronunciarse en un plazo de 48 horas (...)*"¹⁷⁶⁷. Esta solución fue incluso respaldada por un órgano colegiado cuando, en una decisión de 27 de julio de 2001, el Conseil afirmó que la ley "*obligaba* al juez de medidas provisionales a pronunciarse en un plazo de 48 horas"¹⁷⁶⁸. El reconocimiento del carácter vinculante del plazo para dictar sentencia se ajustaba a la letra del texto y a la intención del legislador. En particular, el Ministro de Justicia había declarado que el plazo de 48 horas "se contaría" no, como había deseado la Comisión de Legislación del Senado, una vez que el juez de urgencia hubiera hecho la selección, sino a partir del registro de la solicitud¹⁷⁶⁹. También en este caso, la referencia a las normas de cómputo del plazo sólo tiene sentido si el plazo es vinculante. Posteriormente, sin embargo, el tribunal sostuvo expresamente que el plazo establecido en el artículo L. 521-2 era indicativo. Utilizando las fórmulas clásicas, precisó que el plazo "no se prescribe bajo pena de nulidad"¹⁷⁷⁰ o "no se impone bajo pena de que el tribunal sea relevado de su competencia o de que la resolución dictada sea nula de pleno derecho"¹⁷⁷¹.

Como ha demostrado el Sr. Dugrip, los argumentos esgrimidos para explicar o justificar esta jurisprudencia apenas resisten análisis. La negativa a reconocer carácter vinculante a los plazos legales "contradice tanto la letra como el espíritu de la ley"¹⁷⁷². En primer lugar, la fijación de un plazo para dictar sentencia sería incompatible con el poder discrecional del juez para dirigir la investigación¹⁷⁷³. Así las cosas, la existencia de un plazo fijo para dictar sentencia no afecta a la facultad del órgano jurisdiccional de dirigir la instrucción y de apreciar el momento en que el asunto está listo para el juicio: simplemente presupone que el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo adopte las medidas necesarias, de conformidad con la legislación, para garantizar que el asunto esté listo para el juicio en el momento exigido por el legislador. En segundo lugar, el plazo para dictar sentencia sólo tendría autoridad en los casos en que su vencimiento conlleve consecuencias, es decir, cuando la ley haya previsto expresamente una sanción si se sobrepasa el plazo¹⁷⁷⁴. En caso contrario, el Conseil d'Etat considera que "se

¹⁷⁶⁴ O. DUGRIP, *op. cit.*, p. 74.

¹⁷⁶⁵ Esta jurisprudencia es antigua (véase, por ejemplo, CE, Secc., 1^{er} février 1946, *Roux, Lebon* p. 30) y se aplica en todos los casos. Por ejemplo, el Conseil d'Etat considera que una sentencia dictada tras la expiración del plazo de un mes previsto para que el tribunal administrativo, en virtud del artículo L. 421-9 del Código de Urbanismo, se pronuncie sobre las solicitudes de suspensión de la ejecución de la licencia urbanística no adolece de irregularidad (CE, 22 de abril de 1988, *Comité de sauvegarde du patrimoine du pays de Montpellier, Lebon* T. p. 956). Del mismo modo, el incumplimiento del plazo de 20 días concedido al juez que conoce de la demanda de medidas cautelares no implica la pérdida de competencia del juez (CE, Secc., 3 de noviembre de 1995, *District de l'agglomération nancéienne, Lebon* p. 391) ni la irregularidad de su decisión (CE, 2 de julio de 1999, *S.A Bouygues, Lebon* p. 941). En cuanto al plazo de 48 horas concedido al juez de expulsión, al considerarse indicativo, no prescribe so pena de nulidad de la decisión (CE, 6 de julio de 1980, *Préfet des Hauts-de-Seine c/ Korchi, Lebon* T. p. 778 y 904).

¹⁷⁶⁶ CE, ord. 30 de enero de 2001, *Tauraatua*, n° 229418.

¹⁷⁶⁷ CE, ord. 27 septiembre 2001, *Guegueniat*, n° 238473.

¹⁷⁶⁸ CE, 27 de julio de 2001, *Haddad*, n° 231889.

¹⁷⁶⁹ E. GUIGOU, *JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p. 869.

¹⁷⁷⁰ CE, ord. 19 de junio de 2002, *Hoffer*, n° 247884.

¹⁷⁷¹ CE, auto. 6 de septiembre de 2002, *Tetaabi*, n° 250120. La demandante no tiene derecho a alegar que el auto impugnado "caducó" porque se dictó pocos minutos después de que expirara el plazo de 48 horas desde el registro de su solicitud.

¹⁷⁷² O. DUGRIP, *op. cit.* p. 74.

¹⁷⁷³ Véase CE, 18 de noviembre de 1983, *Delord et al*, citado por O. DUGRIP, *op. cit.* p. 74. El Conseil d'Etat declaró que "corresponde al tribunal administrativo (...) llevar a cabo la instrucción del asunto y apreciar cuándo el asunto está listo para ser juzgado; por consiguiente, el argumento según el cual el tribunal administrativo (...) debería haberse pronunciado antes de la expiración del plazo de un mes fijado por la disposición legislativa mencionada (...) no puede aceptarse en ningún caso".

¹⁷⁷⁴ En los casos en que está prevista, la sanción adopta la forma bien de una renuncia a la competencia por parte del órgano jurisdiccional, bien de una concesión implícita de la medida solicitada. En el primer caso, si se sobrepasa el plazo, el

trata (...) de un simple plazo"¹⁷⁷⁵. No obstante, hay que señalar que la norma jurídica que fija el plazo tiene un contenido jurídico real aunque el legislador no haya previsto una sanción; esta última no hace sino reforzar la eficacia del plazo legal, pero no es en absoluto una condición de su legalidad. En tercer lugar, la enumeración prioritaria de determinadas categorías de asuntos tiene por efecto retrasar el conocimiento de otros litigios. También en este caso debe señalarse que tal efecto, por lamentable que sea, no justifica la neutralización de la disposición por la que el legislador pretendía introducir la prioridad en la programación de tales asuntos. Los argumentos jurídicos desarrollados por el Conseil d'Etat para negar la fuerza vinculante de los plazos para dictar sentencia son, por tanto, un tanto débiles. A pesar de ello, el juez administrativo considera que los plazos legales para dictar sentencia no tienen ninguna incidencia¹⁷⁷⁶.

Así las cosas, aunque sólo reconoce la autoridad indicativa de los plazos fijados por el legislador, el juez administrativo es especialmente sensible a ellos y se esfuerza, en la medida de lo posible, por respetarlos¹⁷⁷⁷. Esta voluntad se refleja en el marco del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, ya que el juez de medidas provisionales se compromete a resolver en un plazo extremadamente breve las solicitudes que se le presenten por este motivo. Cuando las circunstancias exigen que el juez de medidas provisionales intervenga muy rápidamente, suele respetar el plazo de 48 horas que se le ha concedido para pronunciarse. En cualquier caso, nunca tarda más de unos días en examinar una solicitud. En primera instancia, el plazo medio de resolución es de unos cinco días. La mayoría de las solicitudes se tramitan en menos de tres días. Los solicitantes tienen garantizada una respuesta a su solicitud en el plazo máximo de una semana. Esta rapidez de respuesta es una garantía de la eficacia del procedimiento. Para el juez, la obligación de pronunciarse en un plazo extremadamente breve tras el registro de la solicitud implica que las solicitudes presentadas por este motivo deben tramitarse con extrema urgencia.

B. Adaptaciones dictadas por la necesidad de velocidad extrema

424. Para que el juez de medidas provisionales pueda pronunciarse muy rápidamente y sobre la base de un expediente completo, le corresponde organizar una investigación eficaz en un plazo muy breve. Obligado a pronunciarse en 48 horas, no debe sacrificar la calidad de su información ni hacer caso omiso de las exigencias

tribunal renuncia a la competencia en favor de un tribunal superior, que se pronunciará entonces como tribunal de primera instancia sobre el litigio (véase O. DUGRIP, *op. cit.*, pp. 83-84). El segundo tipo de sanción consiste en atribuir un efecto al silencio del juez, es decir, provocar un juicio implícito. El incumplimiento del plazo puede dar lugar a la aceptación implícita de la solicitud del demandante (cf. O. DUGRIP, *op. cit.*, pp. 82-83) o, más raramente, al rechazo implícito de la solicitud. Lo mismo ocurre con el silencio observado por el juez en los procedimientos fiscales sumarios. El juez debe pronunciarse sobre el valor de las garantías ofrecidas por el contribuyente en el plazo de un mes. Si no se pronuncia en este plazo, el juez queda relevado de su competencia y se desestima la solicitud (O. DUGRIP, *op. cit.*, pp. 187-188).

¹⁷⁷⁵ Concl. THERY sobre CE, 31 de enero de 1975, *Union régionale de Rouen de la CGC*, *AJDA* 1975, p. 448.

¹⁷⁷⁶ El vencimiento del plazo, la inercia jurisdiccional y el silencio del juez no tienen ningún significado. La superación del plazo no agota la potestad jurisdiccional del juez, salvo que la ley disponga lo contrario. Cuando la ley no atribuye ninguna consecuencia a la expiración del plazo, la resolución del litigio queda suspendida hasta la sentencia, que es la única que pondrá fin al proceso. Disponiendo de todo el tiempo necesario para pronunciarse, el tribunal, una vez transcurrido el plazo, sigue siendo competente para resolver (CE, 2 de febrero de 1972, *Election des délégués du Collège I des étudiants à l'UER d'odontologie de l'Université de Lille II*, *Lebon* p. 105; CE, 23 de mayo de 1980, *Lemaire*, *Lebon* p. 241). El tribunal al que se remite el asunto emite una resolución aunque haya expirado el plazo mencionado en el texto.

¹⁷⁷⁷ La nota de 31 de enero de 1990 enviada por el Presidente Marceau Long a los jueces de los tribunales administrativos en relación con los procedimientos de expulsión es especialmente significativa. El Vicepresidente del Conseil d'Etat afirmaba "que el respeto de la obligación impuesta por el legislador de pronunciarse en un plazo 'extremadamente breve' es uno de los criterios por los que se juzgará la eficacia de los tribunales administrativos. Por lo tanto, es de la mayor importancia cumplir este plazo" (nota citada por J.-P. Denizet en "Les reconduites à la frontière", *LPA* 14 de marzo de 2001, n° 52, p. 12). Por otra parte, existe una verdadera hostilidad por parte de los tribunales administrativos hacia los plazos de resolución, que es objetivamente imposible respetar sin sacrificar la calidad de la decisión. Prueba de ello es la acogida dada al artículo L. 421-9 del Código de Urbanismo, que preveía la extensión del procedimiento acelerado de suspensión a las solicitudes de suspensión de ejecución presentadas por el Estado, los municipios o los establecimientos públicos de cooperación intermunicipal. El Presidente Labetoulle consideró que esta disposición era "poco realista": "¿Cómo puede un tribunal que conoce de una demanda relativa a una licencia de obras disponer, en 48 horas, del texto del plan de ordenación del territorio con el que tendrá que evaluar la legalidad de la licencia, llevar a cabo una investigación contradictoria que, en este ámbito, por la naturaleza de las cosas, lleva tiempo, y finalmente formarse una convicción? El plazo (...) de 48 horas es, en este ámbito, totalmente incompatible con la buena justicia" (D. Labetoulle, "Le contentieux du nouveau droit de l'urbanisme : analyse prospective", en *Le nouveau droit de l'urbanisme*, Sirey, 1984, pp. 101-122, especial pp. 118-119). Como era de esperar, el Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo estimó que esta disposición no tenía "ni por objeto ni por efecto modificar las condiciones previstas por el artículo 3, párrafo 4" de la Ley de 2 de marzo de 1982, por lo que se negó a aplicar este procedimiento a las solicitudes de suspensión de la ejecución presentadas por los prefectos en este ámbito (CE, ord. 10 de enero de 1985, *Prefecto de Poitou-Charentes*, *AJDA* 1985, p. 366, nota H. PERINET-MARQUET).

de contradicción. Como afirma el Sr. Gohin, "contradicción y urgencia no son opuestos, sino que deben conciliarse"¹⁷⁷⁸. El artículo L. 5 del Código de Justicia Administrativa, que consagra el principio de contradicción, establece expresamente que "las exigencias de la contradicción se adaptan a las de la urgencia". El juez de medidas provisionales debe examinar las solicitudes con arreglo a este principio, lo que implica reconocer y organizar un derecho de información y réplica para las partes.

425. Para conciliar estas exigencias contradictorias, el grupo de trabajo del Conseil d'Etat consideró que "ciertas solicitudes sólo pueden tramitarse con carácter de extrema urgencia si se celebra una audiencia pública en la que se confronten los argumentos de las partes"¹⁷⁷⁹. Así pues, el apartado 1 del artículo L. 522-1 del Código de Justicia Administrativa introduce la flexibilidad necesaria al prever que el juez resuelva "al término de un procedimiento contradictorio escrito *u oral*". El procedimiento oral permite mantener informados al juez y a las partes mientras se desarrolla rápidamente la instrucción. Permite "respetar el carácter contradictorio del procedimiento más rápidamente que cualquier procedimiento escrito e informar mejor al juez sobre la medida que debe adoptarse"¹⁷⁸⁰. La introducción de las audiencias orales representa una innovación notable en este ámbito¹⁷⁸¹; incita al juez a actuar con toda la rapidez necesaria.

426. El único requisito que se le impone antes de la vista es comunicar el escrito de demanda al demandado¹⁷⁸². Por lo demás, la vista puede celebrarse exclusivamente en la audiencia. Por consiguiente, una vez admitido el escrito de demanda y comunicado al demandado, la vista puede ser puramente oral.

La instrucción comienza con el intercambio de escritos; continúa, a veces en gran medida, en la vista. Sin embargo, aunque la proporción de vistas orales ha aumentado considerablemente, los escritos no han desaparecido por completo del procedimiento. No sólo sólo se puede presentar una solicitud por escrito, sino que además debe enviarse a la administración antes de que se celebre la audiencia pública. Por consiguiente, no puede afirmarse, como se ha argumentado, que el procedimiento introducido por la Ley de 30 de junio de 2000 "pueda ser totalmente oral"¹⁷⁸³. Por último, cabe señalar que el juez debe pronunciarse únicamente sobre la base de "las alegaciones de las partes y la información recabada durante la audiencia pública"; dado el plazo de 48 horas para pronunciarse, no puede ordenar un dictamen pericial sugerido por una de las partes.¹⁷⁸⁴

II. Una instrucción expresa

427. Una vez fijada la fecha de la audiencia y convocadas las partes, suele preceder a la misma un intercambio de escritos. La audiencia no se dará por concluida hasta que haya finalizado.

1778 O. GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, LGDJ, 1988, p. 258.

1779 "Informe del grupo de trabajo del Consejo de Estado sobre procedimientos de emergencia", *RFDA* 2000, p. 950.

1780 *Ibid.*

1781 En el estado de derecho anterior, era deplorable que, muy a menudo, el juez administrativo de medidas cautelares resolviera "por la noche en el secreto de su despacho con dos o tres documentos escritos que habían intercambiado las partes" (A. LYON-CAEN, *Intervention au débat "Le justiciable, le juge administratif et le temps"*, en *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle*, PUG, 1995, p. 338). De hecho, en el procedimiento contencioso administrativo, el papel desempeñado por la oralidad siguió siendo marginal, incluso en los procedimientos de urgencia, a pesar de su introducción con éxito en los procedimientos de expulsión en frontera (véase V. HAIM, "L'écrit et le principe du contradictoire dans la procédure administrative contentieuse", *AJDA* 1996, pp. 715-720). Para una crítica del carácter exclusivamente escrito del procedimiento que, en particular, aleja al juez de todo contacto físico con los demandantes, véase A. MARION (seudónimo), "Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y remédier", *Pouvoirs* n° 46, 1988, pp. 21-34, especial p. 33.

1782 Según una fórmula jurisprudencial que se ha repetido muchas veces, "el auto sumario se dicta siguiendo un procedimiento particular adaptado a la naturaleza de la solicitud y a la necesidad de garantizar una decisión rápida" (CE, 19 de abril de 1972, *Département de la Haute-Loire*, *Lebon* p. 297). De ello se desprende, para el Conseil d'Etat, que la transmisión de la demanda al demandado es suficiente para garantizar el carácter contradictorio del procedimiento. El juez de medidas provisionales no está obligado a comunicar al demandante las observaciones presentadas por el demandado en respuesta a la notificación de la demanda. Véase, en el mismo sentido CE, 9 de marzo de 1979, *Ferys*, *Lebon* T. p. 889; CE, 15 de febrero de 1989, *Port autonome de Dunkerke*, *Lebon* T. p. 899; CE, 1^{er} de octubre de 1993, *Office national interprofessionnel du lait et des produits laitiers*, *Lebon* T. p. 952.

1783 M. FOULETIER, "La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", *RFDA* 2000, p. 978. Como señala el profesor Richer, "los procedimientos puramente orales son aquellos en los que el tribunal sólo conoce por comparecencia, los argumentos se presentan y discuten en la vista y la sentencia se lee en la vista" (L. RICHER, "L'instance de référé d'urgence", *RFDA* 2002, p. 270).

1784 CE, ord. 25 abril 2002, *Société Saria Industries*, *Lebon* p. 155. Tal medida es manifiestamente incompatible con la extrema brevedad del plazo para dictar sentencia establecido en el artículo L. 521-2.

A. La fase preliminar de la investigación

428. Cuando el juez de medidas provisionales considera que la solicitud merece ser oída, es decir, que no ha sido rechazada por el procedimiento de selección, fija la fecha y hora de la audiencia pública a la vista de la solicitud y, si es necesario, tras recabar información adicional del solicitante o de su abogado. Además de fijar la fecha de la vista, el juez también determina otros aspectos del procedimiento, como los plazos para la presentación de alegaciones. Esta programación del procedimiento es nueva para los tribunales administrativos¹⁷⁸⁵. Garantiza la claridad del procedimiento y la información de las partes, objetivo del grupo de trabajo del Consejo de Estado¹⁷⁸⁶. Las partes en el procedimiento pueden saber cuándo se resolverá su caso y, cuando aleguen una violación de una libertad fundamental, cuándo podrá el juez poner fin al mismo si se cumplen las condiciones para concederlo.

429. Una vez establecido el calendario procesal, deben cumplirse dos trámites.

En primer lugar, el artículo R. 522-4 obliga al juez de medidas provisionales a notificar inmediatamente la demanda al demandado y a fijar un plazo muy breve para que éste responda. En principio, existe la obligación de notificar la demanda que inicia el procedimiento y de fijar un plazo para la respuesta. Ninguna medida puede prescribirse regularmente sin que se haya notificado al demandado y se le haya dado la oportunidad de presentar sus observaciones (lo que hará, en su caso, en la vista). Los requisitos de contradicción se cumplen simplemente transmitiendo la demanda¹⁷⁸⁷, lo que, dada la urgencia del asunto, se hace por fax. Por otra parte, el tribunal no puede pronunciarse antes de que expire el plazo concedido al demandado para presentar sus observaciones¹⁷⁸⁸. El artículo R. 522-4 estipula que los plazos fijados deben "respetarse estrictamente", so pena de sobreseimiento sin emplazamiento¹⁷⁸⁹.

En segundo lugar, el artículo R. 522-6 establece que "las partes serán convocadas a la vista sin demora y por cualquier medio". En la práctica, las partes¹⁷⁹⁰ son notificadas por fax y teléfono¹⁷⁹¹. Dado el plazo de 48 horas concedido al juez para pronunciarse, las partes no tienen motivos para quejarse de la brevedad de los plazos que se les han fijado. Así, la administración puede válidamente ser citada para una audiencia que se celebrará al día siguiente de la citación¹⁷⁹². Del mismo modo, el demandante no puede invocar una vulneración del principio de

1785 El decreto de 29 de mayo de 1997 ofreció a los tribunales administrativos la posibilidad de informar a las partes de la fecha fijada para la audiencia en el momento de la presentación de la demanda. Sin embargo, esta posibilidad seguía siendo meramente facultativa para el juez, lo que dejaba a las partes en una situación de incertidumbre si el juez no hacía uso de ella (véanse los artículos R. 611-11 y R. 611-18 del Código de Justicia Administrativa).

1786 Deseoso de aclarar el desarrollo del procedimiento a los demandantes, el grupo de trabajo "destacó la importancia que tiene para los litigantes conocer la fecha en la que el tribunal examinará el litigio y la fecha en la que se dictará la resolución. Esta necesidad de información es especialmente acuciante en los procedimientos urgentes" (Informe, p. 944).

1787 Véase *supra*, § 426.

1788 Como declaró el juez de la *déféré-liberté*, "sólo a la expiración de este plazo puede, a pesar de la ausencia de tales observaciones, pronunciarse regularmente" (CE, ord. 13 de julio de 1999, *Commune de Monétier-les-Bains, Lebon* p. 246).

1789 Así, en el auto *Caze*, el juez pudo dictar una resolución útil a pesar de que la administración no había presentado observaciones escritas y no estaba representada en la vista (CE, ord. 22 marzo 2002, *Ministre de la Justice c/ Caze, Lebon* T. p. 852).

1790 Como el artículo R. 522-6 sólo se refiere a las "partes", los terceros, y en particular los coadyuvantes, no tienen que ser citados a la vista. Sin embargo, el juez de medidas provisionales es libre de convocar a la vista a cualquier parte interesada. En el asunto *Tibéri*, convocó a la vista no sólo a las partes directamente implicadas en el litigio, Jean Tibéri y el Conseil supérieur de l'audiovisuel, sino también a las partes indirectamente interesadas en la resolución del litigio: Canal + (cadena organizadora del duelo televisado) y los dos candidatos invitados por la cadena a participar (el Sr. Seguin y el Sr. Delanoë). Estos últimos, que no estaban presentes en la vista, habían declarado en sus escritos que se someterían a la prudencia del Conseil d'Etat (CE, ord. 24 de febrero de 2001, *Tibéri, Lebon* p. 85).

1791 Estos procedimientos menos formales se han introducido en el procedimiento contencioso administrativo gracias al contencioso de expulsión. El artículo R. 776-10 del Código de Justicia Administrativa dispone que "se notificará a las partes por cualquier medio la fecha, hora y lugar de la audiencia". La posibilidad de una citación por teléfono se había aceptado en el marco de este procedimiento (CE, 31 de marzo de 1999, *Ba, Lebon* T. p. 829).

1792 CE, ord. 22 marzo 2002, *Ministre de la Justice c/ Caze, Lebon* T. p. 852. Teniendo en cuenta el objeto de la demanda que se le había sometido y el plazo en el que debía pronunciarse, el primer juez aplicó correctamente las disposiciones del artículo R. 222-6 al comunicar la demanda del demandante al centro de internamiento de Nantes el 5 de marzo de 2002, y acompañar esta comunicación con la indicación de que se celebraría una audiencia el 6 de marzo de 2002 a las 16h00. El juez precisó que "correspondía a la administración adoptar todas las medidas necesarias para garantizar su defensa". Al ser la única responsable de no haber estado representada en la vista, no podía alegar útilmente que el auto impugnado se había dictado siguiendo un procedimiento irregular. Hay que señalar que, en el estado anterior de la legislación, la jurisprudencia relativa a los procedimientos sumarios consideraba insuficiente un plazo de dos días concedido al demandado para contestar a la demanda (CE, 28 de abril de 1989, *GP* 21 de julio de 1989, p. 3). Lo mismo se aplicaba a las suspensiones de ejecución, en las que el plazo de notificación de dos días no podía reducirse a un plazo más breve, independientemente de la urgencia (CE, 11 de mayo de 1977, *Melki, Dr. adm.* 1977, n° 236; *RDP* 1978, p. 293). Los litigios relativos a la expulsión anularán una vez más

contradicción cuando el juez decide celebrar una audiencia al día siguiente de la presentación de la demanda del demandante¹⁷⁹³. El Conseil d'Etat dictaminó que el juez de apelación podía citar al demandado a una vista que se celebraría esa misma tarde¹⁷⁹⁴. Aunque la extrema brevedad del plazo de notificación no influye en la legalidad de un procedimiento en el que el juez debe pronunciarse en un plazo de 48 horas, es imperativo que las partes sean debidamente convocadas a la vista¹⁷⁹⁵.

430. De conformidad con el artículo R. 522-7 del Código de Justicia Administrativa, el asunto está listo para ser juzgado una vez que se ha notificado la demanda al demandado y se ha convocado a las partes a una audiencia pública. Una vez que se ha dado traslado de la demanda al demandado para que pueda contestar, el juez de medidas provisionales no está obligado a dar traslado al demandante de las observaciones presentadas en su escrito de contestación¹⁷⁹⁶. Sin embargo, si el juez decide comunicar el escrito de contestación, aunque no esté obligado a hacerlo, la brevedad del plazo que haya podido tener el demandante para responder no influye en la regularidad del procedimiento¹⁷⁹⁷. Así pues, el tribunal es libre de ir más allá del requisito mínimo de comunicar el escrito de demanda a los demandados y, aunque no esté obligado a ello, dar traslado a cada parte de los escritos de alegaciones comunicados por la otra antes de la vista pública¹⁷⁹⁸. El procedimiento está en orden independientemente del tiempo que tarde la administración demandada en presentar sus observaciones escritas¹⁷⁹⁹ ya que, en cualquier caso, no está obligada a presentar observaciones escritas y puede desarrollar todas sus alegaciones en la vista¹⁸⁰⁰.

estas normas. Habida cuenta del plazo extremadamente corto de que dispone el juez para pronunciarse, el Conseil d'Etat ha aceptado, por ejemplo, que la administración sea convocada la víspera para el día siguiente (CE, 14 de febrero de 1992, *Vax, Lebon T.* p. 982 y 1179; CE, 31 de marzo de 1999, *Ba*, ya citada).

¹⁷⁹³ CE, ord. 10 de octubre de 2003, *Sagnard*, nº 260867. El asunto se remitió al juez de medidas provisionales del tribunal administrativo el 18 de septiembre de 2003, que celebró una audiencia pública el 19 de septiembre y dictó sentencia al término de la misma. Ante el juez de apelación, el demandante alegó que no había podido responder al escrito presentado por el Prefecto de Policía y que no se le había notificado la vista hasta el día anterior y no había podido asistir. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat dictaminó que, dado que se había informado al interesado de la fecha y hora de la audiencia pública, "le correspondía asistir para familiarizarse con las observaciones presentadas ese mismo día por el Prefecto de Policía y debatirlas ante el juez de medidas provisionales; al no haberlo hecho, no tiene motivos para alegar que se ha hecho caso omiso del carácter contradictorio del procedimiento".

¹⁷⁹⁴ El juez de medidas provisionales del Tribunal Administrativo de Cergy-Pontoise había anulado, a raíz de una demanda de medidas provisionales presentada por el Sr. Haddad, una decisión adoptada por el Presidente de la Universidad de París VIII. El recurso interpuesto por la institución pública fue comunicado al Sr. Haddad, que fue citado por fax el 24 de enero de 2001 a las 9.47 horas, para la audiencia prevista ese mismo día a las 16.00 horas. El juez de apelación anuló el auto del primer juez (CE, ord. 24 de enero de 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis, Lebon* p. 37). El Sr. Haddad impugnó este auto presentando una recusación, cuestionando la brevedad del plazo que se le había concedido para presentar sus observaciones. El Conseil d'Etat rechazó este argumento: "habida cuenta de las disposiciones del artículo L. 523-1 del Código de Justicia Administrativa, que obligaban al juez de medidas provisionales a pronunciarse en un plazo de 48 horas, debe rechazarse el argumento de que se había hecho caso omiso del principio de contradicción" (CE, 27 de julio de 2001, *Haddad*, nº 231889).

¹⁷⁹⁵ El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat sancionó la no convocatoria de una administración central. Véase CE, ord. 28 agosto 2002, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Koudjil, Lebon T.* p. 851. La demanda del Sr. Koudjil ante el juez de medidas provisionales del Tribunal Administrativo de Lyon tenía por objeto la suspensión de la ejecución de una orden del Ministro del Interior que ordenaba su expulsión del territorio francés. El juez de medidas provisionales señaló que "consta que la orden de 13 de agosto de 2002 por la que se accede a esta solicitud se dictó sin que el Ministro hubiera sido interpelado; que, por lo tanto, se dictó sobre la base de un procedimiento irregular y que el Ministro tiene derecho a solicitar su anulación por este motivo".

¹⁷⁹⁶ CE, ord. 3 de junio de 2005, *Okzibat, Lebon T.* p. 776, p. 920: el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat señaló que la demanda había sido comunicada al demandado "conforme a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo R. 522-6 del Código; que las partes habían sido convocadas a la audiencia interlocutoria de conformidad con los requisitos del segundo párrafo del mismo artículo; que el primer juez cerró la instrucción al final de la audiencia; que, en estas condiciones, se había satisfecho el principio de contradicción del procedimiento aunque el demandante no hubiera recibido el escrito de contestación del Prefecto antes de la audiencia interlocutoria".

¹⁷⁹⁷ CE, 22 de marzo de 1999, *Sondain, Lebon* p. 87. En efecto, no tendría sentido sancionar al juez de medidas provisionales que, en interés del demandante, procedió a una comunicación facultativa.

¹⁷⁹⁸ La transmisión se realiza por fax y bajo la supervisión del Bureau des référés.

¹⁷⁹⁹ Cf. CE, ord. 22 marzo 2001, *Commune d'Eragny-sur-Oise, Lebon T.* p. 1134. El juez declaró "que, habida cuenta del plazo fijado al juez de medidas provisionales para pronunciarse, en aplicación del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, el hecho de que el escrito de contestación del Prefecto de Val-d'Oise se recibiera en el tribunal por fax y al inicio de la audiencia pública en la que estaban representados tanto el municipio demandante de Eragny-sur-Oise, al que se envió in situ el escrito de contestación, como el Prefecto, no es pertinente, y el Prefecto, no puede desvirtuar el carácter contradictorio del procedimiento ante el juez de medidas provisionales, con independencia del plazo fijado por el juez para que el Prefecto presente sus alegaciones".

¹⁸⁰⁰ Véase, por ejemplo, CE, ord. 9 enero 2001, *Depertbes, Lebon* p. 1. La administración no había presentado ninguna observación en su defensa pero, el día de la audiencia, el representante del Ministerio del Interior presentó un decreto de 13 de enero de 1947 que proporcionaba una base jurídica a la decisión impugnada. El juez de medidas provisionales se basó en

En la práctica, sin embargo, la administración suele respetar los plazos fijados por la oficina de procedimientos sumarios para presentar sus observaciones escritas. De este modo, da al demandante la oportunidad de leerlas y, en su caso, de responder antes de que se celebre la audiencia. En el escaso tiempo disponible antes de la audiencia, las partes pueden intercambiar varios escritos; no es infrecuente que presenten y respondan a los argumentos de la parte contraria en pocas horas. Esto permite completar la instrucción antes de la audiencia sumaria, de modo que el juez y las partes estén mejor informados. La importancia de la fase escrita en el proceso de audiencia no debe pasarse por alto ni subestimarse en comparación con la revolución que representa la introducción de las audiencias orales. Esta fase no ha desaparecido: no es puramente formal y sigue teniendo una importancia real. Se completa sistemáticamente con una fase oral, ya que la ley obliga al juez de medidas provisionales a celebrar una audiencia cuando la demanda no ha sido rechazada por el procedimiento de selección.

B. La fase oral de la vista

431. El grupo de trabajo del Consejo de Estado había indicado que "será necesaria una audiencia pública siempre que el juez de medidas provisionales tenga que dictar una resolución de extrema urgencia"¹⁸⁰¹. El apartado 2 del artículo L. 522-1 del Código de Justicia Administrativa impone la celebración de una audiencia pública cuando el juez interviene en virtud del artículo L. 521-2. Al obligar al juez de medidas provisionales a celebrar una audiencia cuando tramita una demanda de medidas provisionales¹⁸⁰², el artículo L. 522-1 deroga el principio según el cual el juez de medidas provisionales "es siempre libre de decidir, para cada demanda que se le somete, si procede citar a las partes y oír las"¹⁸⁰³. Esta audiencia debe celebrarse en público de conformidad con el artículo L. 6 del Código de Justicia Administrativa¹⁸⁰⁴. La no celebración de la audiencia pública haría que la orden posterior fuera irregular.

432. La audiencia pública es parte integrante de la investigación. El artículo R. 522-8 del Código de Justicia Administrativa establece que la investigación se cierra, como muy pronto, al *final* de la audiencia¹⁸⁰⁵. Por consiguiente, las partes tienen todas las oportunidades de presentar argumentos, aportar documentos y aclarar o reformular sus alegaciones.

En la vista sobre medidas provisionales, "las partes podrán alegar cualquier motivo de hecho o de derecho"¹⁸⁰⁶. Las partes pueden alegar argumentos totalmente nuevos, es decir, que no se habían desarrollado o ni siquiera mencionado en los escritos de alegaciones¹⁸⁰⁷. Por tanto, la solución finalmente adoptada por el juez puede basarse en argumentos que hayan surgido en la vista. Los argumentos de hecho también pueden presentarse por primera vez durante la vista: "siempre que se refieran a hechos anteriores a las decisiones administrativas criticadas,

este texto para concluir que la decisión no era manifiestamente ilegal.

¹⁸⁰¹ "Informe del grupo de trabajo del Consejo de Estado sobre procedimientos de emergencia", *RFDA* 2000, p. 950.

¹⁸⁰² Esta norma también se aplica a los procedimientos de suspensión. Sin embargo, no se aplica a las medidas cautelares (CE, 24 de junio de 2002, *Département de la Seine-Maritime, Lebon T.* p. 851, *RDI* 2002, pp. 406-407, nota de J.-D.D.).

¹⁸⁰³ CE, 19 de febrero de 1965, *Souris, Lebon T.* p. 1017. Cabe señalar que, como excepción a este principio, el Conseil d'Etat había impuesto la obligación de celebrar una vista en los procedimientos de medidas cautelares (CE, 10 de junio de 1994, *Commune de Cabourg, Lebon* p. 301, concl. S. LASVIGNES) y de medidas cautelares audiovisuales (CE, 25 de noviembre de 1994, *Société La Cinq, Lebon* p. 511) debido a la importancia de las medidas susceptibles de ser ordenadas y a la rapidez de la intervención del juez.

¹⁸⁰⁴ Véase, sin embargo, la celebración de una audiencia a puerta cerrada para preservar la intimidad del demandante que padece un trastorno neurológico grave: TA Marseille, ord. 22 enero 2004, *Mme X*, n° 04427/0. El artículo 57 de la ley n° 2004-1343 de simplificación de la ley preveía expresamente el recurso a esta posibilidad insertando un artículo L. 731-1 en la parte legislativa del Código de Justicia Administrativa, redactado de la siguiente manera: "No obstante lo dispuesto en el artículo L. 6, el presidente de la sala de audiencia podrá, con carácter excepcional, decidir que la audiencia se celebre o continúe sin la presencia del público, si así lo exige la salvaguarda del orden público o el respeto a la intimidad de las personas o a los secretos protegidos por la ley".

¹⁸⁰⁵ En los procedimientos de derecho común, la instrucción se cierra, en principio, a más tardar tres días hábiles *antes* de la vista (artículo R. 613-2 del Código de Justicia Administrativa). Por tanto, se cierra al mismo tiempo que la fase oral (artículo R. 613-11). La importancia concedida a las audiencias orales en los procedimientos sumarios urgentes se deriva del hecho de que la fecha de cierre de la instrucción se ha pospuesto en relación con las normas ordinarias.

¹⁸⁰⁶ CE, ord. 20 enero 2005, *Commune de Saint-Cyprien, Lebon T.* p. 1022. Para el procedimiento de impugnación de las órdenes de expulsión, véanse: CE, 28 de octubre de 1991, *Aoulad Haj, Lebon T.* p. 1141; CE, 29 de noviembre de 1991, *Préfet de l'Aisne c/ Stryzowski, Lebon T.* p. 1118.

¹⁸⁰⁷ Se trata de una ruptura radical con las normas habitualmente aplicables a los procedimientos contencioso-administrativos. En efecto, en los procedimientos de derecho común, es jurisprudencia reiterada que ninguna disposición legislativa o reglamentaria, ni ningún principio general de derecho, obliga al juez administrativo a analizar las observaciones orales presentadas en la audiencia pública (CE, 22 de diciembre de 1965, *Vialle, Lebon* p. 705).

pueden aportarse elementos útiles ante el juez para un debate contradictorio, aunque la administración no tuviera conocimiento de ellos antes de adoptar dichas decisiones"¹⁸⁰⁸. En el asunto *Sulaimanov*, los demandantes pudieron así aportar precisiones durante el procedimiento sumario sobre los riesgos de persecución a los que estaban expuestos en su país, y disipar las dudas planteadas por las autoridades en cuanto a su origen checheno.

Las partes también pueden presentar documentos adicionales durante la vista, independientemente de su volumen o pertinencia. En el asunto *Tibéri*, el juez de medidas provisionales pidió, durante la vista, que se añadiera a los autos el documento en el que se exponían los detalles técnicos del programa propuesto por Canal + a Jean Tibéri y solicitó al adjunto a la oficina de medidas provisionales que este documento se comunicara inmediatamente a las partes presentes en la vista¹⁸⁰⁹.

Por último, la audiencia permite a las partes aclarar sus alegaciones. Esto permite al demandante reformular sus escritos iniciales para no encontrarse con una desestimación basada en el desconocimiento de las disposiciones del artículo L. 511-1 del Código de Justicia Administrativa. De este modo, el demandante puede indicar que sus pretensiones de requerimiento deben considerarse como una solicitud de que se ordene a la autoridad administrativa que no expida los visados solicitados, sino que vuelva a examinar la solicitud de visado¹⁸¹⁰. El demandante también puede aclarar sus alegaciones, por ejemplo especificando que la solicitud de suspensión de la ejecución de la resolución impugnada debe entenderse como una solicitud de anulación de la misma¹⁸¹¹. El demandante puede renunciar a determinadas alegaciones, por ejemplo las que solicitan el pago de un anticipo¹⁸¹². También puede añadir nuevos escritos¹⁸¹³.

433. Las audiencias públicas se celebran sin ninguna formalidad particular, con un espíritu similar al del procedimiento civil¹⁸¹⁴. No hay solemnidad en los procedimientos. Por lo general, el juez de medidas provisionales resume el asunto, escucha a las partes y, si es necesario, les pide información complementaria para tener un conocimiento lo más completo posible del asunto. Las partes -si están presentes- pueden a su vez expresarse e intercambiar sus observaciones en tiempo real. Pueden responder informalmente a las preguntas del juez de medidas provisionales y presentar oralmente sus respectivas posiciones. Cada parte puede responder a los argumentos de la otra sin demora, y el juez comparará sus posiciones. Los debates celebrados durante la audiencia pública proporcionan al juez información concreta sobre los aspectos materiales del asunto y le permiten obtener información adicional a la contenida en los escritos de alegaciones. Cualquier persona útil o interesada puede ser oída por el juez de medidas provisionales. En el caso *Tibéri*, por ejemplo, señaló que "Canal + también hizo saber, tanto en varias cartas antes de la audiencia provisional como durante la misma, que el Sr. Tibéri y el Sr. Contassot podrían hablar al día siguiente, a la misma hora (...)"¹⁸¹⁵. El juez menciona a veces que ciertos puntos se aclararon, completaron¹⁸¹⁶ o confirmaron¹⁸¹⁷ en la

¹⁸⁰⁸ CE, ord. 25 marzo 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov*, *Lebon* p. 146.

¹⁸⁰⁹ Véase P. CASSIA A. BEAL, "La nouvelle procédure applicable devant le juge administratif des référés. Bilan de jurisprudence (1^{er} January-28 February 2001)", *JCP G* 2001, I, 317, p. 929.

¹⁸¹⁰ CE, ord. 18 de febrero de 2005, *Launay y Benfdil*, n° 277579; CE, ord. 25 de marzo de 2005, *Soumbou*, n° 278823.

¹⁸¹¹ CE, ord. 6 enero 2005, *Landu-Diambu*, n° 276105.

¹⁸¹² CE, ord. 14 de marzo de 2005, *Gollnisch*, *Lebon* p. 103.

¹⁸¹³ Véase por ejemplo: CE, ord. 27 mayo 2005, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres*, *Lebon* p. 232. Durante la vista del procedimiento abreviado, los demandantes indicaron que, además de solicitar la suspensión de la decisión impugnada del Ministro de Justicia, también pedían al Ministro que reconsiderara la posibilidad de autorizar la organización de debates sobre la "Constitución Europea" en las prisiones, a la luz de los motivos expuestos en el auto del juez del procedimiento abreviado.

¹⁸¹⁴ Véase el informe sobre la audiencia del 24 de febrero de 2001, en el asunto *Tibéri*, por B. MALIGNER (nota en *RFDA* 2001, número especial, p. 644). Sobre este tema, véase también G. GOUDOUIN, "L'oralité dans la procédure de référé", *RFDA* 2007, pp. 68-72; J. RAYMOND, "Le rôle de l'audience dans la procédure du référé suspension", *JCP A* 2005, 1054.

¹⁸¹⁵ CE, ord. 24 febrero 2001, *Tibéri*, *Lebon* p. 85.

¹⁸¹⁶ CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud*, *Lebon T.* p. 1126: "selon les indications recueillies au cours de l'instruction, et notamment au cours de l'audience publique (...)". CE, ord. 27 noviembre 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon T.* p. 874: "il ressort des pièces versées au dossier ainsi que des éléments recueillis au cours de l'audience publique (...)". CE, ord. 10 de agosto de 2001, *Asociación "La Mosquée" y otros*, *Lebon T.* p. 1133: "il ressort des pièces du dossier ainsi que de l'audience tenue par le juge des référés du Conseil d'Etat (...)".

¹⁸¹⁷ CE, orden de 2 de noviembre de 2001, *SNC Costes*, n° 239617: "tal y como ha confirmado la audiencia sumaria, la decisión del Presidente del Centro de 17 de octubre de 2001 ha dejado de tener efecto". CE, ord. 14 de marzo de 2003, *Commune d'Evry*, *Lebon T.* p. 931: "tal y como constató el juez de medidas provisionales del tribunal administrativo de Versailles, y confirmaron los debates celebrados durante la audiencia (...)". CE, ord. de 22 de mayo de 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer*, *Lebon p.* 232: "también se confirmó en la vista oral ante el Conseil d'Etat (...)". CE, ord. 17 de diciembre de 2003, *solicitudes EURL Ecosphère y S.ARL Général services*, *Lebon p.* 519: "tal como indicó el Ministro en su escrito de defensa y confirmaron las explicaciones dadas durante la audiencia pública (...)".

audiencia. También puede señalar que la vista no aportó ninguna información nueva en relación con la contenida en los escritos de alegaciones¹⁸¹⁸. El juez puede basarse expresamente en las aclaraciones dadas por la administración en la audiencia pública para descartar la vulneración grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental¹⁸¹⁹.

- 434.** Los requisitos de contradicción se aplican en la fase de audiencia pública en virtud de lo dispuesto en los artículos L. 5 y L. 522-1 del Código de Justicia Administrativa. "Por consiguiente, el juez sólo debe tomar en consideración los datos de los que las partes comparecientes hayan tenido conocimiento y hayan podido debatir en plena igualdad"¹⁸²⁰.

El juez de apelación comprueba que todos los documentos presentados al tribunal "fueron objeto de intercambios contradictorios durante el procedimiento escrito o en la vista pública"¹⁸²¹. El procedimiento es irregular si se toma en consideración un documento presentado por una parte durante la vista sin que el auto o el acta de la vista mencionen que dicho documento fue comunicado a la otra parte durante la fase oral del procedimiento para que pudiera impugnar las declaraciones¹⁸²². La comunicación de documentos en la vista es válida aunque la parte interesada esté ausente¹⁸²³. Por tanto, la presencia de las partes y de sus abogados en la audiencia pública es crucial. Dado que la audiencia se prolonga y a veces incluso se desarrolla en su mayor parte durante la misma, la parte que no se tome la molestia de asistir a ella corre el riesgo de que se presenten nuevas pruebas y alegaciones sin poder contestar. Si esto ocurre, la parte asume las consecuencias. A falta de defensa por parte de la administración, se considerarán probadas las alegaciones del demandante. Así, en el asunto *Caçe* antes citado, a falta de defensa por parte de la administración, el primer juez se pronunció únicamente sobre la base de las alegaciones del demandante, lo que podría sugerir que el centro de detención en el que estaba encarcelado el interesado había retenido cartas que éste pretendía enviar a diversas autoridades administrativas o judiciales o que le habían sido enviadas por dichas autoridades¹⁸²⁴.

El artículo R. 522-9 obliga al tribunal a invitar a las partes a pronunciarse sobre las razones de orden público que plantee de oficio. Puede cumplir esta obligación en la vista, pero la comunicación debe mencionarse después en la resolución. El procedimiento es irregular cuando el juez se limita a basar su decisión en el hecho de que las alegaciones que se le presentan exceden del ámbito de las competencias que le confiere la ley y no informa a las partes de que el auto parece basarse en un motivo planteado de oficio¹⁸²⁵. La instrucción sólo puede cerrarse al término de la vista.

C. Cierre de la investigación

- 435.** Al final de la audiencia, el artículo R. 522-8 del Código de Justicia Administrativa¹⁸²⁶ prevé tres hipótesis.

- 436.** En primer lugar, si considera que la investigación debe continuar ante él, el juez de medidas provisionales puede decidir remitir el asunto a otra audiencia. Dada la brevedad del plazo de que dispone para pronunciarse, el juez de medidas provisionales rara vez recurre a esta posibilidad. En la práctica, se recurrirá a este procedimiento cuando los documentos del expediente sean insuficientes para tomar una decisión tal cual, o si

¹⁸¹⁸ En el auto *Lidl*, el juez señaló que la sociedad demandante había alegado la existencia de urgencia "sin aportar, en particular durante la vista de 22 de marzo de 2001, el más mínimo elemento concreto de apreciación" (CE, ord. 23 de marzo de 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154).

¹⁸¹⁹ Véase, por ejemplo, CE, ord. 4 de septiembre de 2003, *Thanattikul, Lebon* T. p. 928.

¹⁸²⁰ A. PLANTEY y F.-C. BERNARD, *La preuve devant le juge administratif*, Economica, 2003, n° 410.

¹⁸²¹ CE, ord. 22 mayo 2003, *Commune de Théoule-sur-mer, Lebon* p. 232.

¹⁸²² CE, ord. 26 marzo 2002, *Société Route Logistique Transports, Lebon* p. 114. El juez no puede válidamente basar su solución en un documento que no fue comunicado antes de la audiencia o durante los debates.

¹⁸²³ Sobre la base del artículo L. 521-1, el Conseil d'Etat ha declarado que el juez de medidas provisionales no comete una irregularidad "al basarse en informaciones que fueron proporcionadas por una de las partes durante la vista pública y de las que la otra parte no podía tener conocimiento por no haber estado presente o representada en la vista" (CE, 29 de enero de 2003, *Société Chourgnoz SAS, RDI* 2003, p. 384, obs. A. R.-I.).

¹⁸²⁴ CE, ord. 22 marzo 2002, *Ministre de la Justice c/ Caçe, Lebon* T. p. 852. Véase también CE, 15 de mayo de 2002, *Baudoin*, n° 239487. El demandante, que había sido ingresado involuntariamente en un hospital, alegó que se le había negado la posibilidad de enviar correo y de comunicarse con las autoridades administrativas y judiciales. Como la administración no había presentado ninguna observación, se consideró establecida la existencia de esta prohibición.

¹⁸²⁵ Para una orden de suspensión sumaria, véase CE, 27 de julio de 2001, *Société Foncière MFC, Lebon* p. 417.

¹⁸²⁶ Hay que recordar que la instrucción no se cierra cuando el juez declara que no hay necesidad de juzgar o reconoce que se ha retirado el caso.

es necesario aclarar elementos de hecho antes de tomar la decisión. Así, en el asunto *Commune de Montreuil-Bellay*, el juez decidió, tras la audiencia pública del 9 de noviembre de 2001, que se celebró por la mañana, proseguir la instrucción y ordenar una nueva audiencia. Esa misma tarde, el ayuntamiento y los demandantes presentaron los documentos que faltaban. El 12 de noviembre de 2001 se celebró una nueva audiencia, teniendo en cuenta los documentos adicionales presentados por las partes¹⁸²⁷. La finalidad del aplazamiento a otra audiencia puede ser también oír al demandante retenido por la administración. En el asunto *Ngamisimi*, por ejemplo, la finalidad misma de la solicitud era mantener al demandante en la zona de espera. El asunto se aplazó para que el juez pudiera oír al demandante en una nueva vista¹⁸²⁸.

437. En segundo lugar, si el juez considera que la investigación debe continuar entre las partes, puede aplazar su cierre y autorizar a los protagonistas a intercambiar información complementaria. Este procedimiento es especialmente flexible: permite al juez "aplazar el final de la investigación a una fecha posterior que notificará a las partes por cualquier medio. En este último caso, la información complementaria presentada después de la audiencia y antes del cierre de la instrucción podrá enviarse directamente a las otras partes, siempre que la parte que presente la información complementaria pueda probar al juez que ha realizado las gestiones necesarias" (artículo R. 522-8 al. 1). Con el fin de acelerar el procedimiento, las partes pueden intercambiar documentos y alegaciones directamente entre sí durante esta fase de ampliación, siempre que aporten al juez la prueba de su diligencia¹⁸²⁹. Esta posibilidad de cerrar la investigación después de la audiencia es útil cuando el juez desea obtener pruebas adicionales o, en lo que respecta al proceso contradictorio, para permitir que la parte contraria responda a un alegato o a un documento complejo presentado durante la audiencia pública. En su caso, se tendrán en cuenta sin necesidad de una nueva audiencia. Dos casos ilustran la aplicación y el valor práctico de este procedimiento.

En el caso *Kilicikesen*, el juez decidió aplazar el cierre de la investigación hasta después de la vista del 3 de abril de 2004, con el fin de permitir a las partes, y en particular a las autoridades, aclarar las condiciones en las que la hija de los demandantes, que llevaba un pañuelo en la cabeza, podía ser autorizada a asistir a su escuela. El 5 de abril, el Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Educación envió al abogado de los demandantes un escrito en el que confirmaba y aclaraba las indicaciones dadas oralmente sobre las características de la vestimenta que las autoridades podían considerar, en las circunstancias del caso, justificadas por la libertad de expresión de las convicciones religiosas. El 7 de abril, de la misma manera que el 5 de abril, envió al abogado de los demandantes un escrito complementario aclarando e interpretando el escrito anterior. El juez dictó su decisión el mismo día sobre la base de la información presentada¹⁸³⁰.

En el asunto *Benbehar*, esta posibilidad se utilizó para permitir a las partes justificar, con documentos justificativos, la veracidad de las afirmaciones realizadas en la audiencia pública del 8 de abril de 2005. En esta primera vista, el demandante afirmó que la ejecución de la orden que ordenaba su expulsión vulneraba su derecho a llevar una vida familiar normal. Alegó que estaba a punto de contraer matrimonio con una nacional francesa y que ya había suscrito con ella un pacto civil de solidaridad. Tras esta audiencia pública y la audiencia del abogado del demandante y de representantes del Ministro del Interior, se decidió prorrogar la audiencia hasta el 14 de abril de 2005 a las 12.00 horas. Las partes pudieron presentar documentos y escritos para completar y apoyar sus alegaciones. El 11 de abril de 2005, el Ministro presentó documentos de los que se desprendería que el demandante había declarado el 20 de noviembre de 2002 que estaba casado y tenía tres hijos. El 13 de abril de 2005, el demandante presentó varios documentos, entre ellos un certificado de no matrimonio fechado el 25 de diciembre de 2004 en presencia de dos testigos. El juez se basó expresamente en los documentos presentados. Declaró que "de la investigación complementaria ordenada al final de la audiencia sumaria se desprende que cuando el Sr. Benbehar presentó su solicitud de asilo territorial el 20 de noviembre de 2002, certificó que estaba casado. Benbehar certificó que estaba casado con una nacional argelina y que era padre de tres hijos; que indicó en su solicitud que su esposa y sus hijos habían permanecido en Argelia; que, en respuesta a la comunicación de este documento, el interesado se limitó a presentar un "certificado de no matrimonio" expedido por una autoridad local argelina "bajo la atestación y responsabilidad" de dos testigos, cuyo valor probatorio es muy incierto; que, en estas circunstancias (...), no pueden aceptarse las conclusiones de su solicitud.", las conclusiones de su demanda no pueden aceptarse"¹⁸³¹. El juez evalúa el valor y la pertinencia de los documentos presentados por las partes después de

¹⁸²⁷ CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, *Lebon* p. 551. Véase igualmente, la decisión de remitir el asunto a una nueva audiencia con el fin de evaluar mejor la realidad del riesgo en que incurría la demandante en caso de regreso a su país de origen: CE, ord. 14 de enero de 2005, *Bondo*, *Lebon* T. p. 915.

¹⁸²⁸ CE, ord. 12 de diciembre de 2005, *Ngamisimi*, n° 287718. Como se verá, el interesado fue efectivamente expulsado a su país de origen el mismo día en que se presentó la demanda, por lo que no tiene sentido examinar las alegaciones contra el auto del primer juez.

¹⁸²⁹ Esto suele hacerse adjuntando al escrito presentado ante el tribunal el resguardo del fax enviado a la parte contraria con la nota: "receipt ok".

¹⁸³⁰ CE, ord. 7 abril 2004, *Kilicikesen*, *Lebon* p. 164.

¹⁸³¹ CE, ord. 14 de abril de 2005, *Benbehar*, n° 279340.

la vista y, a continuación, desestima la demanda.

438. En tercer lugar, si el juez considera que está suficientemente informado al final de la audiencia, o tras la investigación complementaria decidida sobre la base del artículo R. 522-8, el juez cierra la investigación. Esta es la situación normal después de la audiencia. Sin embargo, el juez estará obligado a reabrir la investigación si una nota presentada después de la audiencia aporta nuevos elementos susceptibles de modificar su apreciación¹⁸³². En el asunto *Ouakid*, el demandante presentó, al día siguiente de la audiencia pública del 30 de abril de 2002, una nota que contenía información susceptible de modificar la apreciación del juez sobre la proporcionalidad de la orden de expulsión dictada contra él. El Sr. Ouakid afirmaba que había manifestado una verdadera voluntad de reinserción y que la orden de expulsión se había dictado sobre la base de hechos materialmente inexactos. A la luz de estos elementos, que podían modificar su apreciación, el juez convocó a las partes a una nueva audiencia pública, que se celebró el 2 de abril. De la redacción de su decisión se desprende claramente que el juez se basó en estos nuevos elementos para aceptar que se había producido una violación grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental. Como la decisión no menciona las disposiciones del artículo R. 522-8, puede deducirse que el juez no había decidido aplazar el cierre de la investigación hasta después de la audiencia del 30 de abril de 2002. Fue el contenido del escrito presentado por el demandante al día siguiente de la audiencia lo que justificó la reapertura de la investigación y la celebración de una nueva audiencia¹⁸³³.

El principio de contradicción se vulnera si el juez se basa en pruebas aportadas después de la vista sin haberlas comunicado a la otra parte. En un auto de 2 de mayo de 2006, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat precisó "que cuando se le remita un nuevo documento de una de las partes en el procedimiento después de la vista o, si ha aplazado el cierre de la instrucción, en la fecha que haya fijado, con independencia de que lleve o no el título de "note en délibéré", el juez de medidas provisionales deberá tenerlo en cuenta en todos los casos antes de dictar su auto; aunque siempre tiene derecho, en interés de la buena administración de la justicia, a reabrir la instrucción y a someter al debate contradictorio los elementos contenidos en el documento presentado, no está obligado a hacerlo, so pena de irregularidad de su auto, sólo si el documento contiene, o bien la exposición de una circunstancia de hecho que la parte que lo invoca no pudo exponer antes del cierre de la instrucción y que el juez no podía ignorar sin basar su decisión en hechos materialmente inexactos, o bien una circunstancia nueva desde el punto de vista jurídico o que el juez debe plantear de oficio; para que las partes puedan comprobar si el procedimiento se ha desarrollado correctamente a la luz de estos requisitos, el documento o documentos presentados después de la vista deben incluirse en el expediente del procedimiento"¹⁸³⁴. En este caso, el primer juez se basó en documentos y pruebas que la administración no había podido incluir antes en el expediente contradictorio. Estos documentos no habían sido comunicados al demandante, aunque las declaraciones que contenían habían sido tenidas en cuenta por el juez de medidas provisionales. En estas circunstancias, el auto recurrido se dictó siguiendo un procedimiento irregular.

439. Una vez concluida la instrucción, el debate contradictorio entre las partes ha llegado a su fin y el juez está en condiciones de pronunciarse sobre la demanda. A continuación, fijará una fecha u hora provisionales para su decisión.

III. La sentencia

440. Las resoluciones dictadas en caso de urgencia -pero en ningún caso de urgencia- deben, no obstante, estar motivadas e incluir ciertas informaciones obligatorias. Cuando se cumplen las condiciones para la concesión de medidas cautelares, el juez puede acelerar su decisión para que la violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental cese lo antes posible.

A. Contenido de la Decisión

441. De acuerdo con la jurisprudencia tradicional, el juez apreciará el fundamento de la solicitud de medida cautelar

¹⁸³² En el marco de un procedimiento sumario, el Conseil d'Etat censuró un auto que denegaba la reapertura de la instrucción tras la presentación de un documento susceptible de modificar la apreciación del juez (CE, 10 de diciembre de 2001, *Association Gabas Nature Patrimoine, Lebon T.* p. 1126). En caso de remisión a otra audiencia, que será celebrada por un juez único o por un colegio de jueces, el artículo R. 522-8 al. 2 prevé la reapertura de la instrucción.

¹⁸³³ CE, ord. 7 mayo 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Ouakid, Lebon T.* p. 870.

¹⁸³⁴ CE, ord. 2 mayo 2006, *Amiralava, alias Kirilova, épouse Koulayeva*, n° 292910, mencionada en el Recueil *Lebon*.

en la fecha de la resolución¹⁸³⁵. Esto significa que el tribunal apreciará si se cumplen los requisitos para conceder una medida solicitada en virtud del artículo L. 521-2 el día de la vista, y no el día en que se le sometió el asunto - ni el día de expiración del plazo de 48 horas concedido para resolver¹⁸³⁶. Esto se aplica tanto al requisito de urgencia¹⁸³⁷ como a los demás requisitos¹⁸³⁸. Independientemente de que la solicitud cumpla o no los requisitos para su concesión, siempre debe ir acompañada de una motivación e incluir determinada información obligatoria¹⁸³⁹.

442. Cuando el juez se haya pronunciado conforme al procedimiento previsto en el artículo L. 522-1, deberá mencionar que las partes han sido citadas a la vista. El artículo R. 522-6 estipula que "las partes *serán convocadas a la vista* sin demora y por cualquier medio", lo que significa que el juez de medidas provisionales debe mencionar que las partes han sido debidamente convocadas, so pena de que su decisión sea irregular¹⁸⁴⁰. Por lo demás, los elementos que el juez está obligado a mencionar en su decisión o en el acta de la vista se determinan en el artículo R. 522-11.

Esta disposición exige, en primer lugar, que el auto incluya las indicaciones previstas en el capítulo II del título IV del libro VII del Código de Justicia Administrativa, titulado "Disposiciones específicas de los autos"¹⁸⁴¹. En primer lugar, el artículo R. 742-1 obliga a mencionar que la audiencia fue pública. En segundo lugar, de conformidad con el artículo R. 742-2, el auto debe mencionar los nombres de las partes, el análisis de las alegaciones¹⁸⁴² y las

¹⁸³⁵ Véase, por ejemplo, para los tribunales administrativos, CE, 9 de febrero de 1972, *Entreprise Quille*, RDP 1972, p. 1278; y para los procedimientos civiles sumarios (artículo 809 al. 1^{er} del nuevo código de procedimiento civil): Com., 23 de octubre de 1990, *Bull. civ.* IV, n° 252.

¹⁸³⁶ CE, ord. 19 de junio de 2002, *Hoffer*, n° 247884.

¹⁸³⁷ El juez de référé-liberté ha declarado que "corresponde al juez de apelación de medidas provisionales administrativas apreciar la urgencia en la fecha en que se pronuncie" (CE, ord. 30 de marzo de 2001, *Schoettl*, n° 231963). Véase también CE, ord. 13 de noviembre de 2002, *Harlant, Lebon T.* p. 875: "en la fecha del presente auto, la condición de urgencia exigida por el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa (...) no puede considerarse satisfecha".

¹⁸³⁸ Véase, en particular, CE, ord. 8 de junio de 2005, *Commune de Houilles, Lebon T.* p. 1036: "corresponde al juez de medidas provisionales, al apreciar la existencia de una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental, situarse en la fecha en que dicta su resolución". Sin embargo, cuando se interpone un recurso contra una resolución, el tribunal aprecia la legalidad de ésta a la luz de las circunstancias de hecho y de Derecho existentes el día en que se dictó. Por tanto, cabe concebir que la resolución impugnada no fuera manifiestamente ilegal en la fecha en que se dictó y que, al mismo tiempo, la situación creada por dicha resolución fuera manifiestamente ilegal en la fecha en que el órgano jurisdiccional se pronunció. Sobre este punto, véanse las conclusiones muy explícitas de G. Bachelier en CE, 2 de julio de 2003, *Société Outremer Finance Limited, Lebon p.* 306, *AJDA* 2003, pp. 1780-1785. El comisario gubernamental concluyó que no había ilegalidad manifiesta en la decisión del organismo público Aéroport de Paris de retener la aeronave (pp. 1782-1783), y que la situación resultante de esta decisión era manifiestamente ilegal (pp. 1783-1784).

¹⁸³⁹ Los requisitos relativos a la sentencia son los mismos para las resoluciones dictadas con arreglo al procedimiento establecido en el artículo L. 522-1 y las anuladas con arreglo al procedimiento de selección establecido en el artículo L. 522-3. Las diferencias se refieren a determinadas menciones obligatorias de las que están exentas las resoluciones de clasificación por su propia naturaleza (citación para la vista; prueba de que las partes han sido oídas; cláusula ejecutoria) y a la exigencia menos estricta de motivación en la medida en que estas resoluciones se adoptan sobre la base de la demanda. Las resoluciones dictadas sobre la base de la L. 522-3 no se comunican a la administración ya que, por presunción, no hay demandado. Sólo se notifican al demandante.

¹⁸⁴⁰ Véase, en relación con el procedimiento de suspensión sumaria: CE, 5 de diciembre de 2001, *Thomas, Lebon T.* p. 1134

¹⁸⁴¹ Cuando la decisión es dictada por una sala, se aplican de nuevo las disposiciones generales del Capítulo I^{er} del Título IV del Libro VII. Las principales diferencias se refieren a la obligación de mencionar que el ponente y el comisario del Gobierno han sido oídos (artículo R. 741-2 al. 3) y de indicar la fecha de la audiencia y la fecha en que se dictó la resolución (artículo R. 741-2 al. 4).

¹⁸⁴² El juez de medidas provisionales está obligado a referirse a *todas las* alegaciones de las partes (véase CE, 12 de junio de 2002, *Commune de Fauillet et autres, Lebon p.* 215). También está obligado a pronunciarse sobre la admisibilidad de los escritos de intervención que puedan presentarse (CE, ord. 16 de diciembre de 2005, *Kabengeru y association Forum réfugiés*, n° 287905). Por lo que se refiere a los motivos, la jurisprudencia exige que se analicen todos ellos, so pena de que la decisión se vuelva irregular (CE, 15 de mayo de 2002, *Bandoim*, n° 239487). En primer lugar, debe mencionar los argumentos expuestos en los escritos de alegaciones y responder a ellos. También debe mencionar y analizar los motivos invocados durante la audiencia pública cuando éstos "no se plantearon durante el procedimiento escrito" (CE, 26 de octubre de 2001, *Aignebonne, Lebon T.* p. 1119). Sin embargo, ni el artículo R. 742-2 del Código de Justicia Administrativa, aplicable en el procedimiento sumario en virtud del artículo R. 222-11 del mismo código, ni ninguna otra disposición de este código obligan al juez del procedimiento sumario a mencionar en sus citaciones las alegaciones formuladas por las partes durante la audiencia pública (CE, ord. 2 de diciembre de 2005, *EURL Maryloup Marée*, n° 287533). Por tanto, los argumentos desarrollados oralmente sólo deben figurar en el auto si constituyen argumentos *nuevos* (véase en los procedimientos de derecho común, y en relación con los escritos: CE, 21 de julio de 1972, *Elections municipales de Xanton-Chassenon, Lebon p.* 582). Por último, el juez no está obligado a citar en los vistos o motivos de su auto las alegaciones o la descripción de los hechos que acompañan a los motivos (CE, 12 de julio de 2002, *Oulai Doné*, n° 245141).

disposiciones legislativas a las que se aplica; también debe indicar la fecha en que se firmó. De conformidad con el artículo R. 742-3, el auto comienza con las palabras "En nombre del pueblo francés"1843 y a continuación indica la calidad del firmante1844. Por último, el artículo R. 742-4 establece que la parte dispositiva de la orden se divide en artículos y va precedida de la palabra "ordonne"1845.

En segundo lugar, el artículo R. 522-11 exige que el auto haga constar, en su caso, que se han aplicado las disposiciones de los artículos R. 522-8 (cierre diferido de la investigación o reapertura de la investigación) y R. 522-9 (alegación de orden público comunicada en la audiencia). Se dispensa de esta obligación cuando, bajo la responsabilidad del juez de medidas provisionales, se ha redactado un acta de la audiencia que ha sido firmada por el juez y por el funcionario encargado de la secretaría judicial. En principio, el juez sólo tiene la posibilidad de redactar el acta1846. Sin embargo, si el caso se remite a una sala, el acta es obligatoria y debe añadirse al expediente del caso.

443. En su caso, la resolución mencionará la resolución de determinadas cuestiones accesorias al objeto del litigio. En su caso, la resolución mencionará que el demandante ha sido condenado a pagar una multa por recurso abusivo1847 o que el juez se ha pronunciado sobre las costas o sobre una solicitud de justicia gratuita1848.

444. El Conseil d'Etat tuvo que determinar el alcance de la exigencia de motivación del juez de medidas cautelares al analizar las condiciones de concesión de una medida cautelar. El grado de precisión exigido es el resultado de un compromiso entre dos exigencias opuestas: por una parte, la necesidad de proporcionar información suficiente a las partes y al tribunal superior1849; por otra, la preocupación de no sobrecargar el trabajo de un

1843 Este requisito es una aplicación específica del principio establecido en el artículo L. 2 del Código de Justicia Administrativa, que establece que "las sentencias se dictan en nombre del pueblo francés".

1844 El artículo L. 10 del Código de Justicia Administrativa establece que las sentencias "mencionarán los nombres de los jueces que las hayan dictado". Una decisión dictada haciendo caso omiso de estas disposiciones está viciada, en principio, de irregularidad. No obstante, esta exigencia se aplica con cierta flexibilidad en el marco de los procedimientos sumarios: se considera satisfecha si el nombre del juez figura en el acta del auto, aunque la copia entregada al demandante y luego la copia ejecutiva que se le notifica posteriormente no muestren el nombre de dicho juez (CE, ord. 11 de octubre de 2001, *Tabibou, Lebon T.* p. 1133). El artículo R. 742-5 establece que "el original del auto sólo será firmado por el magistrado que lo haya dictado". Por lo tanto, debe desestimarse el motivo de que el auto impugnado no fue firmado por el secretario judicial (CE, 8 de agosto de 2001, *Soares dos Santos*, n° 234589). Por último, no existe ninguna disposición que exija la firma del magistrado que dictó el auto de ampliación de éste notificado a las partes (CE, 27 de julio de 2001, *Haddad*, n° 231889).

1845 La motivación del auto consta generalmente de tres partes: en primer lugar, una exposición de las distintas alegaciones del demandante; en segundo lugar, una exposición de las alegaciones del demandante y de la parte demandada; y en tercer lugar, una referencia a los textos en los que se basa el juez de medidas provisionales. En la motivación de la resolución, el juez expone los hechos y circunstancias que dieron lugar a la remisión y, a continuación, evalúa, a la luz del Derecho aplicable, si se cumplen los requisitos para la concesión de una medida solicitada sobre la base del artículo L. 521-2.

1846 Cuando se levanta acta de una vista, ésta constituye un medio de prueba de los argumentos esgrimidos durante la misma y del cumplimiento del principio de contradicción.

1847 El juez de medidas provisionales tiene la posibilidad de acompañar la desestimación de la demanda con una condena al pago de una multa por recurso abusivo en virtud del artículo R. 741-12 del Código de Justicia Administrativa. La ley anterior permitía al juez de medidas provisionales utilizar este procedimiento (CE, 10 de mayo de 1989, *SA des établissements Laurent, Lebon* p. 848). Para prevenir y evitar el recurso excesivo y caprichoso al juez de medidas provisionales, la Comisión Jurídica del Senado deseaba que el juez de medidas provisionales *impusiera "más sistemáticamente una multa por recurso abusivo, en todos los casos en que el demandante presente solicitudes abusivas en número, repetitivas o sistemáticas"* (R. GARREC, Informe del Senado n° 380, p. 68. Subrayado). De este modo, el juez de référé-liberté condena al demandante que se dirige a él de manera manifiestamente irrelevante, por ejemplo invocando la urgencia de suspender disposiciones vigentes desde hace más de diecisiete años (CE, ord. 21 de enero de 2002, *Auto-école Bergson*, n° 242051), pidiendo que se declare que el juez de instrucción no existe (CE, ord. 28 de octubre de 2002, *Lecomte*, n° 251086) o magistrados judiciales (CE, ord. de 8 de noviembre de 2002, *Chaumont*, n° 251377), o solicitando la suspensión del decreto de 14 de junio de 1997 por el que se nombra al Sr. Jean-Eric Schoettl Secretario General del Consejo Constitucional (CE, ord. de 23 de mayo de 2005, *Hoffer*, n° 280703). El Tribunal también impone una multa de este tipo a los demandantes que, después de que su demanda haya sido desestimada por ser manifiestamente infundada, vuelven a presentar las mismas alegaciones, aduciendo argumentos estrictamente idénticos (CE, ord. 15 de julio de 2003, *Bidalou*, n° 1258371; CE, ord. 31 de julio de 2003, *Bidalou*, núm. 259032; CE, ord. 8 de agosto de 2003, *Syndicat de la magistrature*, núm. 259217; CE, ord. 2 de julio de 2004, *Hoffer*, núm. 269149; CE, ord. 1^{er} diciembre de 2004, *Winter*, n° 274705; CE, ord. 19 de agosto de 2005, *Gaiffe*, n° 284216; CE, ord. 25 de enero de 2006, *Tueche*, n° 289305). El hecho de que la solicitud se presente a través de un avocat aux Conseils no impide la imposición de una multa por recurso abusivo (CE, ord. 21 de enero de 2003, *Commune des Angles*, n° 253421). Hay que señalar que las condenas pronunciadas a este respecto no han tenido ningún efecto sobre el comportamiento de algunos demandantes que, a pesar de las condenas sucesivas pronunciadas contra ellos, siguen presentando solicitudes abusivas ante el juez de medidas provisionales. Sobre este procedimiento, véase en particular J.-E. CALLON, "L'abus du droit au juge peut-il être sanctionné", *LPA* 28 de marzo de 2000, n° 62, pp. 4-10; y P. FRAISSEIX, "Droit au juge et amende pour recours abusif", *AJDA* 2000, pp. 20-30.

1848 Véase, por ejemplo, CE, ord. 6 enero 2005, *Landu-Diambu*, n° 276105 (admisión al beneficio de justicia gratuita, desestimación de los principales argumentos).

1849 La precisión de la resolución permite a las partes comprender y, en su caso, aplicar correctamente la medida

tribunal obligado a pronunciarse en 48 horas.

El juez debe demostrar la razón o razones por las que se cumple o no una condición. No puede proceder por vía de afirmación, sin razonamiento o explicación adecuados. En el contexto del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa, el Conseil d'Etat ha declarado que el juez de medidas cautelares debe "demostrar las razones de hecho y de derecho por las que considera que la urgencia justifica la suspensión del acto impugnado, o considera que no la justifica; que el cumplimiento de este requisito se aprecia, no obstante, a la luz de las justificaciones presentadas en la contestación"¹⁸⁵⁰. El Comisario del Gobierno, Francis Lamy, declaró que para las medidas cautelares "deben aplicarse los mismos requisitos de motivación que para la suspensión"¹⁸⁵¹. La solución alcanzada en el caso de la suspensión cautelar se aplica en principio a las disposiciones del artículo L. 521-2. Corresponde al juez de medidas provisionales precisar en qué medida se cumple o no la condición de urgencia y justificar en qué medida considera que se caracteriza o no la violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental. Sobre este punto, el Sr. Chauvaux desea que el juez esté obligado a "motivar sólidamente su decisión con respecto a cada una de las condiciones jurídicas: urgencia, violación grave de una libertad fundamental, medida manifiestamente ilegal. En particular, su decisión debe establecer la ilegalidad del comportamiento de la Administración"¹⁸⁵². Si el órgano jurisdiccional considera que no se cumple al menos una de estas condiciones, debe indicar por qué la decisión o el comportamiento en cuestión no es manifiestamente ilegal, no vulnera gravemente una libertad fundamental o no constituye una situación de urgencia que requiera la adopción de una medida cautelar en un plazo de 48 horas.

Puede observarse que las resoluciones del juez de medidas provisionales se justifican a menudo de forma más detallada que las resoluciones dictadas por una sala¹⁸⁵³. Muchas decisiones contienen largas motivaciones, como para compensar con explicaciones una autoridad o una legitimidad mermadas por la ausencia de colegialidad. La forma y la calidad de la motivación dependen también de la persona del juez que conoce de la demanda de medidas provisionales.

B. Cuándo surte efecto la decisión

445. Las formalidades posteriores a la sentencia se rigen por los artículos R. 522-12 a R. 522-14 del Código de Justicia Administrativa¹⁸⁵⁴. El artículo R. 742-6 dispensa al juez de pronunciar la resolución en audiencia pública¹⁸⁵⁵. La orden puede ser ejecutiva en distintas fechas. En principio, según las reglas habituales, surte efecto a partir del día en que la parte obligada a cumplirla recibe la notificación¹⁸⁵⁶. Según el artículo R. 522-12, la notificación debe realizarse "sin demora y por cualquier medio". Se ha dictaminado que la notificación por fax es procedente: si no se impugna, el informe de transmisión por fax relativo a la notificación de un auto de medidas provisionales pone en marcha el plazo para recurrir dicho auto¹⁸⁵⁷.

prescrita. Proporciona al juez de apelación o de casación la información necesaria para llevar a cabo su revisión.

1850 CE, Secc. 25 de abril de 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c/ Commune de Baden*, *Lebon* p. 220; CE, 16 de febrero de 2001, *Breucq*, *Lebon* T. p. 1092.

1851 F. LAMY, concl. sobre CE, Secc. 25 abril 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c/ Commune de Baden*, RFDA 2001, p. 850.

1852 D. CHAUVAUX, concl. sobre CE, 16 de febrero de 2001, *Breucq*, RFDA 2001, p. 672.

1853 Véase, sin embargo, para un razonamiento expeditivo: CE, 14 de febrero de 2003, *Société Le café français Notre-Dame*, n° 254137. Al conocer de un recurso contra una decisión por la que se ordenaba el cierre de un bar durante un período de ocho días, el juez de medidas provisionales declaró, sin explicar los hechos del caso, "que no se desprende de los documentos del expediente presentados al juez de medidas provisionales, ni en primera instancia ni en apelación, que la decisión prefectoral impugnada, adoptada sobre la base del artículo L. 62 del Code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme, adolece de una ilegalidad de carácter manifiesto exigida por el legislador en el marco del procedimiento especial instituido por el artículo L. 521-2".

1854 El artículo R. 522-14 prevé, en varios casos, el envío sin demora de una copia de la decisión al Procureur de la République o al Trésorier payeur général. Si se rechaza una solicitud en el marco del procedimiento de selección, el juez de medidas provisionales puede enviar una copia de su decisión a las autoridades interesadas "para información" (véase, por ejemplo: CE, ord. 1^{er} de junio de 2001, *Ploquin*, *Lebon* T. p. 1126; CE, ord. 20 de noviembre de 2002, *Deloose*, n° 251803).

1855 Véase CE, 15 de junio de 2001, *Syndicat intercommunal d'aduction d'eau potable de Saint-Martin-de-Ré*, n° 228856.

1856 Artículo R. 522-13 al. 1. El principio es idéntico en derecho judicial privado. En virtud del artículo 489, apartado 1, de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, la resolución es ejecutiva desde el momento en que se pone en conocimiento de los interesados mediante notificación. Es el cumplimiento de esta formalidad lo que permite a la parte invocar.

1857 CE, 18 de diciembre de 2002, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ SARL Le Méditerranée*, n° 249887. Esta solución ya había sido aceptada en casos de deportación fronteriza (véase CE, 22 de marzo de 2000, *Préfet de l'Isère c/ bouchalta*, *Lebon* T. p. 1149).

Con el fin de acelerar la fecha de entrada en vigor de la decisión, el artículo R. 522-13, apartado 2, prevé que el juez administrativo de medidas provisionales pueda, al igual que su homólogo judicial, decidir que la orden "sea ejecutiva desde el momento en que se haya dictado" y, por tanto, incluso antes de que se haya notificado¹⁸⁵⁸. El juez menciona entonces esta ejecutoriedad inmediata en la parte dispositiva del auto¹⁸⁵⁹. El apartado 3^{me} de este artículo dispone que "si la urgencia lo exige, la parte dispositiva del auto, junto con la cláusula ejecutoria prevista en el artículo R. 751-1, se comunicará in situ a las partes, que acusarán recibo de la misma"¹⁸⁶⁰. Cuando se cumplen las condiciones para la concesión de la orden, estos procedimientos permiten acelerar el momento en que la administración ejecutará las medidas adoptadas por el juez de medidas provisionales y pondrá fin a la situación ilegal. Desde la notificación o comunicación del auto a las partes, la autoridad administrativa debe adoptar sin demora las medidas necesarias.

Conclusión del Título I

446. La référé-liberté permite al juez administrativo intervenir inmediatamente en una situación litigiosa. Se facilita el acceso al juez. Se simplifican las formalidades y se flexibiliza el procedimiento, lo que permite tomar una decisión muy rápidamente. Pero si se cumplen las condiciones para la concesión de una medida, la intervención del juez no sólo es rápida, sino también eficaz, capaz de poner fin de forma inmediata y definitiva a la violación de las libertades fundamentales del solicitante. Cuando se reúnen acumulativamente las condiciones previstas en el artículo L. 521-2, el juez puede hacer uso de todas sus prerrogativas para poner fin a la situación ilegal.

¹⁸⁵⁸ El apartado 2 del artículo 489 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil establece que "en caso de necesidad, el juez podrá ordenar que la ejecución se lleve a cabo basándose únicamente en el acta".

¹⁸⁵⁹ Véase, por ejemplo: CE, ord. 19 de agosto de 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311; CE, 9 de abril de 2004, *Vast, Lebon* p. 173; CE, ord. 11 de abril de 2006, *Tefaarere, Lebon* p. 197.

¹⁸⁶⁰ Este procedimiento se introdujo por primera vez en los casos de deportación fronteriza. En virtud del artículo R. 776-17 del Código de Justicia Administrativa, "la parte dispositiva de la sentencia, junto con la cláusula ejecutoria, se comunicará in situ a las partes presentes en la vista, que acusarán inmediatamente recibo de la misma". En el marco de este procedimiento, esta formalidad es esencial. El Conseil d'Etat censuró por irregular la sentencia dictada el 5 de noviembre de 2001, a pesar de que la audiencia pública había tenido lugar el 29 de octubre (CE, 30 de diciembre de 2002, *Préfet des Hauts-de-Seine c/ Makblouq, Lebon* p. 506).

Un poder de reacción eficaz

447. ¿Cuál es la eficacia material de la intervención del juez de medidas provisionales?¹⁸⁶¹ ¿Cuál es su capacidad práctica para poner fin a una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental? Hay dos factores que hacen que la intervención del juez de medidas provisionales sea notablemente eficaz. En primer lugar, dispone de un amplísimo abanico de facultades que le permiten elegir e imponer la solución estrictamente adecuada a las circunstancias del caso para poner fin a la infracción. En segundo lugar, su intervención pone fin definitivamente a la vulneración de las libertades fundamentales. El demandante obtiene así una satisfacción inmediata e irreversible, sin tener que esperar a que la decisión sea confirmada -o al riesgo de que sea revocada- por un tribunal que conozca del fondo del asunto. La eficacia de la référé-liberté plantea la cuestión de si el recurso administrativo debe mantenerse en el derecho positivo.

Capítulo 1

Eficacia gracias a la posibilidad de elegir la medida adecuada

448. Sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, el juez de medidas provisionales dispone de un amplio arsenal jurisdiccional que le permite aportar a cada problema la solución particular que le conviene. Para responder a una situación excepcional, el juez ha sido dotado de poderes que son en sí mismos excepcionales. De este modo, el carácter atípico y excepcional del procedimiento de medidas provisionales se expresa también en los poderes conferidos al juez. Por su naturaleza y alcance, estos poderes son inusuales en comparación con las prerrogativas de que suelen estar investidos los jueces administrativos. Al describirlos, los autos dictados sobre esta base hacen referencia a "los poderes especiales previstos por el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa"¹⁸⁶². Y lo que es aún más sorprendente, el grupo de trabajo del Conseil d'Etat afirmó que el juez de medidas provisionales tendría "poderes fuera del ámbito del derecho común" en virtud de este procedimiento¹⁸⁶³. La amplísima definición de sus poderes significa que cada litigio podrá resolverse mediante una solución estrictamente adaptada a las circunstancias del caso. Cuando el juez no puede poner fin a una infracción mediante la disuasión o la persuasión, ordena la medida de salvaguardia apropiada.

Sección 1: Una definición muy amplia de los poderes del juez de medidas provisionales

¹⁸⁶¹ Sobre este concepto, véase C. BLERY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, LGDJ, BDPPrivé, t. 328, 2000, 397 p.

¹⁸⁶² CE, ord. 27 junio 2002, *Centre hospitalier général de Troyes*, Lebon p. 228. Véase también CE, ord. 16 de octubre de 2003, *Syndicat des propriétaires de la pointe croissette*; CE, ord. 4 de febrero de 2004, *Commune d'Yvrac*, Lebon T. p. 828.

¹⁸⁶³ "Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence", *RFDA* 2000, p. 947. La utilización de esta expresión en el ámbito del procedimiento contencioso administrativo es atípica. En efecto, la noción de prerrogativas exorbitantes o de poderes exorbitantes de derecho común suele referirse a los poderes especiales concedidos a la administración para el ejercicio de su misión en interés general y que no se encuentran en el derecho privado. La expresión se entiende entonces como sinónimo de prerrogativas del poder público. Los particulares tienen poderes de derecho común, mientras que los organismos públicos tienen prerrogativas que no están contempladas en el derecho común. En este sentido, el concepto se opone a las normas de Derecho privado. Por otra parte, la expresión se utiliza aquí no en referencia a las normas de derecho privado -judicial-, sino en relación con las del contencioso administrativo propiamente dicho. Significa que, a diferencia de los procedimientos de derecho común, en los que el juez administrativo ejerce poderes *ordinarios*, el juez de medidas provisionales ejerce poderes que no tiene habitualmente, poderes *extra-ordinarios*.

449. Una de las características originales del procedimiento de medidas provisionales es "la amplitud de lo que permite"¹⁸⁶⁴. El artículo L. 521-2 no pone límite alguno a la facultad del juez de medidas provisionales para poner fin a la vulneración de una libertad fundamental. Sin embargo, el Conseil d'Etat considera que el juez sólo puede adoptar medidas provisionales.

I. Un poder caracterizado por su falta de límites aparentes

450. Sobre la base del artículo L. 521-2, el juez administrativo dispone de amplios medios de acción frente a la administración. Su poder, simplemente finalizado, se asemeja a un poder de decisión.

A. Potencia simplemente finalizada

451. Los poderes del juez de référé-liberté se conciben en los términos más amplios ya que, en virtud del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, puede "ordenar todas las medidas necesarias para salvaguardar una libertad fundamental"¹⁸⁶⁵. Las prerrogativas de que dispone se concretan en los términos "medidas", que designa los medios elegidos para salvaguardar la libertad fundamental, "todas", que expresa la ausencia de límites¹⁸⁶⁶, y "ordenar", que debe entenderse en sentido amplio, como sinónimo de "decidir"¹⁸⁶⁷. Las competencias del juez de medidas provisionales no se definen de otro modo, ya que el legislador ha evitado cualquier enumeración que hubiera limitado *a priori* el alcance de sus posibilidades. Negándose a restringir su poder de decisión, la ley no indica qué garantías pueden ordenarse. No precisa - y por tanto no limita - la naturaleza o el contenido de las medidas que puede prescribir. También en este caso, este "silencio habla por sí solo: significa que no hay restricciones"¹⁸⁶⁸. Durante los trabajos preparatorios, el Sr. Garrec destacó que los poderes conferidos al juez de medidas provisionales "son considerables y se enuncian en términos muy generales, dejando al juez un margen de maniobra considerable"¹⁸⁶⁹. Cuando interviene sobre la base del artículo L. 521-2, señala el Presidente Chabanol, "los poderes del juez de medidas provisionales no están limitados en modo alguno"¹⁸⁷⁰. En otras palabras, afirma Fromont, "sus poderes son prácticamente ilimitados"¹⁸⁷¹. A falta de predeterminación legislativa, corresponde pues al juez de medidas provisionales determinar, caso por caso, la medida necesaria para salvaguardar una libertad fundamental.

Las ventajas de esta formulación son evidentes. Al conceder al tribunal un margen de maniobra considerable en la elección de la medida, le permite "adaptar el contenido de su decisión a las circunstancias del caso"¹⁸⁷². Permite al tribunal ser flexible e incluso creativo a la hora de determinar las medidas apropiadas para las circunstancias particulares de cada caso. En otras palabras, en virtud de su generalidad y flexibilidad, la redacción del artículo L. 521-2 permite dar una respuesta específica a la diversidad de situaciones que pueden plantearse¹⁸⁷³

¹⁸⁶⁴ B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} éd, PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 278.

¹⁸⁶⁵ El juge du référé-liberté sólo puede suspender la ejecución de un acto administrativo. Sobre la base de una injerencia de hecho, el tribunal puede, en procedimiento sumario, adoptar todas las medidas necesarias (artículo 809 al. 1 del nuevo Código de Procedimiento Civil).

¹⁸⁶⁶ Es sinónimo de "cualquier", "todo" o "cualquier tipo de".

¹⁸⁶⁷ *En sentido estricto*, el término "orden" evoca la idea de dar una orden, de condenar a la administración de que se trate a todas las obligaciones de hacer o no hacer. Aquí, sin embargo, la expresión se entiende en un sentido amplio, y no se limita a la emisión de órdenes judiciales. Medidas como la suspensión no son órdenes. El pronunciamiento de una medida de suspensión no puede confundirse con el ejercicio de la potestad de requerimiento: el juez no dicta un requerimiento de suspensión. No se apoya en la administración para suspender la decisión; la suspende él mismo. La medida prescrita es en todos los aspectos comparable a una suspensión de ejecución adoptada sobre la base del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa. Por otra parte, cabe señalar que la palabra "orden" también se utiliza en el artículo L. 521-1 para describir el poder de suspensión conferido al juez de medidas provisionales sobre esta base.

¹⁸⁶⁸ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, n° 1593.

¹⁸⁶⁹ R. GARREC, Informe del Senado n° 380, p. 55.

¹⁸⁷⁰ D. Chabanol, *La pratique du contentieux administratif*, 4^{ème} ed, Litec Jurisclasseur, 2002, n° 248.

¹⁸⁷¹ M. FROMONT, "Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie et France. Convergences", *RFDA* 2002, p. 556.

¹⁸⁷² *GAJA* n° 118, § 12.

¹⁸⁷³ Esta flexibilidad se encuentra en todos los procedimientos sumarios que utilizan una formulación similar, como la posibilidad de ordenar "cualquier medida útil" en virtud del artículo L. 521-3 del Código de Justicia Administrativa o, en derecho judicial privado, la posibilidad de ordenar "todas las medidas que no sean objeto de impugnación seria o que estén justificadas por la existencia de un litigio" (artículo 808 del Nuevo Código de Enjuiciamiento Civil) o incluso "las medidas (...)

. El juez podrá imaginar y desarrollar soluciones en las que el legislador no podría haber pensado al redactar el texto. Está en condiciones de aportar una solución adaptada a cada caso que se le someta.

452. Sin embargo, si bien los poderes del juez de medidas provisionales se han ampliado, siguen siendo definitivos gracias a la redacción del artículo L. 521-2. La medida ordenada debe tener una finalidad específica y responder a un objetivo preciso: la necesaria salvaguarda de una libertad fundamental.

En primer lugar, la medida ordenada debe tener por objeto "salvaguardar" una libertad fundamental, es decir, protegerla, defenderla o garantizarla. Las medidas cautelares tienen por objeto aportar una solución adecuada a una situación concreta. La medida adoptada debe constituir una respuesta a la situación que justificó la remisión al tribunal. No puede perseguir un objetivo distinto de la salvaguarda de una libertad fundamental específicamente vulnerada o amenazada por la administración. El objetivo debe ser restablecer una situación normal poniendo fin a la actuación ilegal y liberticida de la administración. Para poner fin a la vulneración grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental, la medida elegida debe guardar relación con la forma en que se cometió la vulneración.

En segundo lugar, el artículo L. 521-2 precisa que la medida prescrita debe ser "necesaria" para salvaguardar una libertad fundamental, es decir, indispensable para su preservación. Según *Littré*, *lo necesario* es "lo que debe ser para que algo se haga o pueda hacerse". El concepto de necesidad introduce, pues, una idea de proporcionalidad en la elección de la medida. Para cumplir este requisito, la medida debe guardar relación con la conducta infractora de la autoridad pública y adaptarse a la gravedad de la infracción. La *necesidad* de una medida se distingue así de su *utilidad*, por utilizar la expresión mencionada, por ejemplo, en el artículo L. 521-3 del Código de Justicia Administrativa. El juez de medidas cautelares debe decidir que la medida no es simplemente útil para salvaguardar una libertad fundamental, sino realmente esencial para ella. En otras palabras, debe existir una relación de necesidad entre la medida prescrita y la gravedad de la situación. Si una medida es útil pero no necesaria, el juez de medidas cautelares debe optar por otra medida más acorde con la conducta controvertida. Esta exigencia no parece, sin embargo, susceptible de atenuar sustancialmente los poderes otorgados al juez. Se asemeja más a una finalización o a una directriz que a una verdadera restricción. Los poderes conferidos al juez de medidas provisionales siguen siendo especialmente amplios y hacen de él un verdadero *decisor*.

B. Poder de decisión

453. Su poder no adopta la forma de una alternativa binaria: pronunciamiento de una medida *predeterminada* o rechazo de la solicitud. La elección de la medida y, más concretamente, las condiciones de su intervención no están predefinidas. De manera activa y dinámica, el juez de medidas provisionales elige, pues, en función de las circunstancias particulares de cada caso, los medios susceptibles de restablecer a la víctima de la infracción en el disfrute de sus libertades fundamentales. Determina cómo poner fin a la infracción explotando todas las posibilidades que le ofrece el artículo L. 521-2. Selecciona, entre las distintas medidas posibles, la que producirá el resultado más eficaz. Este poder de decisión corresponde a la finalidad del procedimiento *référé-liberté*, que es proteger las situaciones individuales y los intereses de los particulares. Cuando el juez interviene sobre la base del artículo L. 521-2, su papel no es controlar objetivamente la legalidad de la acción administrativa, sino defender las libertades fundamentales de los individuos. Para el juez, ya no se trata de enunciar el derecho en abstracto, sino de actuar de forma útil sobre una situación jurídica. Para ello, se le confieren competencias para modificar de forma concreta las situaciones que se le plantean. A diferencia del modelo clásico de casación, en el que el juez sólo tenía poderes limitados¹⁸⁷⁴, el juez del procedimiento sumario no es un juez que anula,

que sean necesarias" (artículo 809, apartado 1, y 873, apartado 1, del Nuevo Código de Enjuiciamiento Civil). En Bélgica, el artículo 18 de los actos consolidados prevé un procedimiento de suspensión provisional que permite al Consejo de Estado adoptar todas las "medidas necesarias para salvaguardar los intereses de las partes o de las personas interesadas en la resolución del asunto" hasta que se resuelva sobre la solicitud de suspensión. Esta fórmula confiere al Consejo de Estado poderes muy amplios en cuanto a la elección de la medida a prescribir (véase P. Lewalle, "Le contrôle de l'administration: l'effectivité du contrôle de la légalité", *RA* 2000, número especial 3, pp. 132-176, especial p. 157).

¹⁸⁷⁴ En el modelo francés tradicional, la función exclusiva de los tribunales administrativos era garantizar que las autoridades administrativas cumplieran la ley. La única función del *recours pour excès de pouvoir*, concebido como un juicio de acto, era provocar la verificación del respeto de las normas objetivas de derecho por parte de las autoridades administrativas (véase la célebre presentación de esta función por Maurice HAURIOU *en note sous CE*, 8 décembre 1899, *Ville d'Avignon*, *D.* 1900, 3, p. 73). Como explica M. Fromont, "la doctrina francesa ha hablado (...) de la función educativa del juez administrativo: éste debía limitarse a decir si la administración se había comportado regularmente o no. Poco importaba lo que le sucediera al demandante en la práctica (...)" (M. FROMONT, *op. cit.*, p. 551). A esta concepción de su función correspondía el modelo de la "casación": el tribunal administrativo "intervenía en relación con la decisión administrativa más o menos de la misma manera que un juez de casación revisaría una sentencia objeto de recurso (...)" (J.-M. WOEHRLING, "Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe de l'Ouest. Particularismes et convergences", *REDP* Invierno 1994, vol. 6, n° 2, p. 374). El centro del debate no era la situación individual del demandante, sino si el comportamiento de la administración era conforme a derecho. En consecuencia, en su calidad de guardián de la legalidad objetiva, el juez

sino un juez que decide y actúa. En cada caso, decidirá cuál es el medio más eficaz para proteger los derechos del demandante. Por lo tanto, el acento no se pone en la protección de la legalidad objetiva, sino en la defensa efectiva de los particulares frente a la administración¹⁸⁷⁵. La *référé-liberté* es el símbolo de una nueva comprensión de su papel por parte del juez administrativo.

454. Sin embargo, el poder del juez de medidas provisionales, aunque se defina de forma particularmente amplia, no representa un poder de sustitución. El juez puede decidir sobre la medida que debe *ordenarse*, pero no puede decidir en lugar *de* la administración. Por consiguiente, no puede decirse que la ley confiera al juez de medidas provisionales plenos poderes contenciosos¹⁸⁷⁶. El juez de medidas provisionales no tiene el poder de sustitución, sino sólo -por así decirlo- el poder de oponerse (por suspensión) y de ordenar (por mandamiento judicial). Ordena o suspende, pero nunca sustituye a la administración. Cabe señalar que también se excluye el segundo criterio principal para distinguir entre exceso de poder y litigación plena, a saber, la posibilidad o imposibilidad de impugnar los actos reglamentarios mediante una acción¹⁸⁷⁷. Dado que el juez de medidas cautelares puede conocer de tales actos por vía de acción (pero también, por supuesto, por vía de excepción), la calificación de litisconsorcio pleno queda, una vez más, excluida. También hay que añadir, con vistas a la calificación como abuso de poder, que el procedimiento de *référé-liberté* no requiere generalmente la asistencia de un abogado y que el demandante debe demostrar un interés lesionado y no un derecho subjetivo lesionado (la exigencia de una libertad fundamental no entra en juego en la fase de admisibilidad sino en la de las condiciones de fondo) y que el alcance de sus decisiones no se limita necesariamente a las partes en el procedimiento, por ejemplo en el caso de un recurso contra un acto reglamentario. Por último, al apreciar la legalidad de una *decisión administrativa*, el tribunal se remonta al día en que la administración adoptó su decisión y no al día en que la adoptó. A diferencia del tribunal de plena jurisdicción¹⁸⁷⁸, no tiene en cuenta los cambios que hayan podido producirse en las circunstancias de hecho o de derecho entre la emisión de la resolución impugnada y el pronunciamiento de la sentencia¹⁸⁷⁹.

administrativo se vio encerrado en una alternativa binaria de anulación/rechazo en el litigio por exceso de poder.

1875 En este sentido, su papel está en consonancia con el nuevo papel que están asumiendo los tribunales administrativos en Francia y otros países europeos. La justicia administrativa "ya no es considerada como el garante de la buena administración, sino como el principal protector del ciudadano frente a una administración cada vez más omnipresente" (M. FROMONT, "La justice administrative en Europe: Convergences", en *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, pp. 207-208). Es ante todo una institución destinada a promover y garantizar los derechos subjetivos de los individuos (véase en particular E. GARCIA DE ENTERRIA, "Contentieux administratif objectif et contentieux administratif subjectif à la fin du XX^e siècle : analyse historique et comparative", *RA* 2000, número especial 3, pp. 125-131; G. MARCOU, "Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale", *RFD* 2006, pp. 84-95). Este cambio de perspectiva ha conducido a un desarrollo considerable de los poderes de decisión del juez en el procedimiento administrativo. En Francia, en particular, la Ley de 8 de febrero de 1995, al otorgar al juez administrativo la facultad de dictar un título ejecutivo, ha modificado profundamente la concepción de la función del juez y la forma en que pretende ejercer sus competencias. Como señalan Guyomar y Collin, "esta derogación del principio tradicional de prohibición de las medidas cautelares contra la administración ha provocado un profundo cambio de mentalidad" (M. GUYOMAR y P. COLLIN, cron., *AJDA* 2001, p. 1049). En adelante, "El juez administrativo es (...) menos reacio a admitir que su oficio es también ser juez administrativo" (F. DONNAT y D. CASAS, "L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat", *Dr. adm.* 2004, études n° 9, p. 12; véase también D. BAILLEUL, "Les nouvelles méthodes du juge administratif", *AJDA* 2004, pp. 1626-1630). Esta evolución se plasma plenamente en los poderes otorgados al juez administrativo des *référés* por la Ley de 30 de junio de 2000. Como afirma M. Pacteau, "si el siglo XX^e fue el siglo de la supervisión de la función administrativa por parte del juez y el siglo de sus sanciones, el siglo XXI^e se perfila ahora como el siglo de su participación en la acción pública y el nuevo sistema de procedimiento sumario administrativo - tanto por los poderes como por los procedimientos que ofrece - contribuirá a esta presencia del juez en el terreno mismo de la vida administrativa" (B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2002, n° 260).

1876 M. Guérin-Laporte afirma que las disposiciones del artículo L. 521-2 "confieren al juez des libertés poderes equivalentes a los del juez de pleine juridiction"; el autor también se refiere a "la plena naturaleza jurisdiccional del juez du *référé-liberté*" (E. GUERIN-LAPORTE, *Le commandement dans l'office du juge administratif*, tesis Montpellier I, 2002, p. 429).

1877 Como afirma M. Négrin, "no hay que olvidar que la gran diferencia entre ambos recursos es que el recours de *pleine juridiction* sólo se refiere a actos individuales" (J.-P. NEGRIN, Préface de la thèse de B. BALDOUS, *Les pouvoirs du juge de pleine juridiction*, PUAM, 2000, p. 11). Sólo el juez de l'excès de pouvoir se ocupa de los actos reglamentarios por vía de acción.

1878 Véase CE, Secc. 8 de enero de 1982, *Aldana Barrena, Lebon* p. 9, concl. B. GENEVOIS.

1879 Así, en apoyo de su recurso y durante el procedimiento sumario, los demandantes pueden aportar cualquier prueba relativa a hechos existentes en el momento en que la administración adoptó su decisión: "si se refieren a hechos anteriores a las decisiones administrativas criticadas, las pruebas pueden aportarse útilmente ante el juez para un debate contradictorio, aunque la administración no tuviera conocimiento de ellas antes de adoptar estas decisiones" (CE, ord. 25 de marzo de 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon* p. 146). A la inversa, el juez no puede tener en cuenta factores surgidos con posterioridad a la adopción de la decisión. Véase, por ejemplo, CE, ord. 2 de mayo de 2006, *Amiraleva, alias Kirilova, épouse Koulayeva*, n° 292910, citado en Recueil *Lebon*: el juez declaró, con respecto a la decisión de readmitir a un solicitante de asilo en otro Estado europeo, "que si bien la medida de expulsión que afecta a la joven Patimat tendrá como efecto la interrupción de su escolarización en una escuela infantil, ésta había comenzado en una fecha posterior a la decisión

Es cierto que podría tenerse en cuenta un último criterio para determinar la naturaleza de este procedimiento, a saber, el carácter objetivo o subjetivo del litigio en cuestión. Sin embargo, este criterio es inadecuado en el caso de los procedimientos sumarios¹⁸⁸⁰, debido a la naturaleza mixta de estos procedimientos. Por una parte, como afirma M. Etchegaray, el juez que conoce del asunto sobre la base del artículo L. 521-2 es "un juez de exceso de poder, ya que se trata aquí de buscar una ilegalidad"¹⁸⁸¹. Por otra parte, se pronuncia sobre la existencia de derechos subjetivos, formalizados por la exigencia de una violación de las libertades fundamentales. Se pronuncia sobre una cuestión de legalidad objetiva, pero en relación con un derecho subjetivo.

455. En aplicación de las normas habituales del procedimiento contencioso administrativo, el poder de decisión del juez de medidas provisionales debe ejercerse dentro de los límites de las alegaciones del demandante. En la práctica, sin embargo, parece que el juez dispone de un margen de maniobra considerable en relación con los términos de la demanda.

En virtud del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa, se ha dictaminado "que, incluso cuando se pronuncie sobre un asunto que sea objeto de un litigio completo, el juez de medidas provisionales sólo puede pronunciarse dentro de los límites de las conclusiones que se le presenten"¹⁸⁸². En este caso, el tribunal de primera instancia desestimó en primer lugar la solicitud de suspensión de los demandantes; a continuación, dictó una medida cautelar principal contra la administración y ordenó diversas evaluaciones periciales sobre la base de los artículos R. 521-3 y R. 532-1 del Código de Justicia Administrativa. En apelación, el Tribunal Supremo anuló el auto del primer juez, reprochándole haber resuelto más allá de los términos de la demanda. No obstante, hay que señalar que, en este caso, la anulación de la decisión se justificaba sobre todo por el hecho de que el juez había ordenado medidas que no eran de su competencia. En virtud del artículo L. 521-1 del Código, el juez sólo puede "ordenar la suspensión de la ejecución" de una resolución; sus competencias están estrictamente limitadas por esta disposición. Incluso en caso de solicitud en ese sentido, el tribunal no puede, en ningún caso, dictar una medida cautelar como recurso principal ni ordenar peritajes. Así pues, a pesar de la formulación general del considerando, no es seguro que la solución adoptada sea exactamente transponible a las medidas cautelares y pueda aplicarse con todo su rigor en el contexto del artículo L. 521-2, que otorga al tribunal no un poder predeterminado, sino la facultad de "ordenar todas las medidas necesarias".

En la práctica, el juez de medidas provisionales nunca se ha pronunciado sobre esta cuestión. El juez de medidas cautelares del Conseil d'Etat nunca ha criticado a un tribunal de primera instancia que se haya pronunciado sobre la base del artículo L. 521-2 por haber hecho caso omiso de esta exigencia. Los autores consideran que el juez es¹⁸⁸³ o debería ser¹⁸⁸⁴ totalmente libre para definir las medidas necesarias. A la luz de la jurisprudencia dictada sobre esta base, debe considerarse que el juez de medidas provisionales no puede ordenar una medida que sea manifiestamente ajena a las alegaciones del demandante. En cambio, tiene la posibilidad de elegir, en el marco trazado por estas conclusiones, la medida que le parezca más adecuada al objetivo perseguido. En particular, puede ir más allá o no llegar a las conclusiones presentadas por la demandante.

Cuando las conclusiones se formulan en términos muy generales¹⁸⁸⁵, el demandante deja en manos del juez la determinación completa de las garantías necesarias. En la sentencia *Vast*, por ejemplo, el demandante pidió al juez de medidas provisionales que ordenara, con carácter urgente, cualquier medida que pudiera poner fin a la

del Prefecto de Loire-Atlantique de 12 de enero de 2006 que ordenaba la entrega de la demandante y de su hija a las autoridades alemanas". En consecuencia, este elemento no puede ser tenido en cuenta por el juez de medidas provisionales para apreciar la legalidad de la decisión impugnada.

¹⁸⁸⁰ Y, al parecer, más allá: véase F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 212, 2001, p. 165 y ss.

¹⁸⁸¹ J.-R. ETCHEGARAY, "La réforme des procédures d'urgence : le nouveau juge des référés administratifs est-il arrivé ?", *Constr. urb.* 2001, chron. n° 1, p. 8.

¹⁸⁸² CE, 29 de julio de 2002, *Ministre de l'équipement, du transport et du logement c/ Clerissi et autres*, *Lebon T.* p. 867.

¹⁸⁸³ Véase *Pratique du contentieux administratif* Dalloz (octubre de 2002), n° 290-435: el juez de medidas provisionales "determina las medidas apropiadas para salvaguardar la libertad fundamental en cuestión".

¹⁸⁸⁴ Comentando las disposiciones de la ley de 30 de junio de 2000, la Sra. Rouault declara: "Sería bueno que el juez administrativo tuviera (...) un poder soberano para elegir las medidas adecuadas" (M.-C. ROUAULT, "La loi du 30 juin 2000 : un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif", *D.* 2001, p. 401). Por su parte, M. Faure considera que es dudoso que la jurisprudencia aplicable al artículo L. 521-1 que prohíbe las resoluciones *ultra petita* se aplique al artículo L. 521-2 "ya que, erigido en guardián de las libertades fundamentales, el juez de la référé-liberté debe poder adoptar libremente cualquier decisión esencial para su protección" (B. FAURE, "Juge administratif statuant en urgence. Référé-liberté", *Jcl. Justice administrative*, fasc. 51 (11, 2002), n° 57).

¹⁸⁸⁵ El juez de medidas cautelares acepta la admisibilidad de peticiones formuladas de forma relativamente general, siempre que sean suficientemente comprensibles. Lo mismo se aplica en virtud de la Ley de 8 de febrero de 1995: las medidas cautelares deben ser precisas (CE, 7 de abril de 1995, *Grekos*, *Lebon* p. 159), pero no tienen que indicar necesariamente la naturaleza de las medidas que deben adoptarse para cumplir la medida cautelar (CE, Secc., 26 de marzo de 1999, *Société Hertz France*, *RFDA* 1999, p. 977, nota D. POUYAUD).

conducta en cuestión. Las conclusiones fueron amplias. El Conseil d'Etat suspendió la aplicación del memorándum que había causado la infracción y ordenó a la autoridad administrativa que diera instrucciones a los servicios competentes para que pusieran fin inmediatamente a su aplicación¹⁸⁸⁶.

Incluso cuando las conclusiones son precisas, el juez reconoce que tiene la facultad de apartarse de ellas para sustituir la medida solicitada por el demandante por otra que puede ser menos rigurosa o más rigurosa. Así, cuando el demandante solicita una medida cautelar que excede de la competencia del juez de medidas provisionales, éste puede, de oficio, sustituir la medida solicitada por una de las que puede ordenar legalmente. En un auto fechado el 17 de marzo de 2006, el juez declaró que debía ordenarse al Ministro del Interior "que no expida el permiso de residencia solicitado por el demandante, lo que excedería la competencia del juez de medidas provisionales, sino que vuelva a examinar la solicitud de residencia del Sr. Saidov a la luz de los motivos de este auto en un plazo de ocho días a partir de su notificación"¹⁸⁸⁷. En este caso, el juez optó por una medida diferente de la solicitada por el demandante¹⁸⁸⁸. Este enfoque le permite salvar de la inadmisibilidad las solicitudes que exceden de la competencia del juez de medidas provisionales. El juez también tiene la posibilidad de ir más allá de los términos de la demanda ordenando una medida que, aunque no haya sido expresamente solicitada por el demandante, se inscribe sin embargo en el marco definido por la demanda. Así, en el asunto *FN IFOREL* de 19 de agosto de 2002¹⁸⁸⁹, el juez de medidas provisionales conoció de dos series de escritos. En primer lugar, los demandantes solicitaron la suspensión de los efectos de las cartas en las que la autoridad administrativa denegaba a Impérial Palace, sociedad gestora del palacio de congresos de la ciudad, la celebración de la universidad de verano del Front National en dicha sala. A continuación, presentaron escritos en los que solicitaban que se instara a la Administración a "retirar" la prohibición impuesta a Impérial Palace de permitir la celebración de la universidad de verano en sus locales. Dado que se cumplían los requisitos para conceder la autorización, el juez de medidas provisionales suspendió los efectos de las cartas impugnadas y acompañó esta medida de una orden conminatoria de no obstaculizar la ejecución del contrato de reserva celebrado entre IFOREL e Impérial palace. Esta medida cautelar, que no fue solicitada por los demandantes sino que constituyó una ampliación de sus escritos, refleja la discrecionalidad del juez a la hora de interpretarlos. Del mismo modo, en el asunto *Hadda*, el demandante pidió al juez de medidas provisionales que ordenara la suspensión de la decisión de denegación de registro de su solicitud de asilo territorial y que ordenara al Prefecto examinar la solicitud de asilo y expedir el recibo de solicitud previsto en el Decreto de 23 de junio de 1998. Aun respetando el espíritu general de estas conclusiones, el Conseil d'Etat ordenó una medida más concreta que las solicitadas específicamente por el demandante. No suspendió la decisión impugnada, pero ordenó al Prefecto que registrara la solicitud de asilo territorial del Sr. Hadda en cuanto éste se presentara en las oficinas de la Prefectura¹⁸⁹⁰. El Sr. Hadda debía ser informado de ello por el Prefecto en un plazo de 48 horas a partir de la notificación de la orden.

Los poderes del juez de medidas provisionales son, por tanto, muy amplios; incluso parecen no tener límites cuando se lee el artículo L. 521-2. Sin embargo, el Conseil d'Etat se niega a considerar ilimitado el poder que se le otorga sobre esta base. Aplicando a este procedimiento las disposiciones del artículo L. 511-1 del Código de Justicia Administrativa, prohíbe al juez de medidas provisionales adoptar otras medidas que no sean provisionales.

II. Carácter provisional de las medidas ordenadas

456. La jurisprudencia relativa a la fuerza temporal de las medidas que pueden ordenarse ha seguido siendo ambigua durante mucho tiempo en el ámbito de las medidas provisionales (*référé-liberté*). Por una parte, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat se autorizó a sí mismo, desde las primeras solicitudes de este procedimiento, a ordenar medidas que no tuvieran carácter provisional. Por otra parte, el mismo juez dictaminó sistemáticamente la inadmisibilidad de las solicitudes de medidas que no fueran provisionales. Para poner fin a esta situación insatisfactoria, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat, en un importante auto de 30 de marzo de 2007, aclaró los principios aplicables¹⁸⁹¹. La solución adoptada lleva a distinguir dos situaciones para determinar el alcance de los poderes del juez de medidas provisionales y, más concretamente, la fuerza temporal de las medidas que pueden ordenarse. Cuando la concesión de una medida provisional sea suficiente para eliminar los efectos de una infracción, el juez sólo podrá conceder una medida de esta naturaleza. En caso contrario, es decir, cuando una medida provisional no baste para poner fin a los efectos de una infracción, el juez de medidas provisionales "podrá ordenar al responsable de la infracción que adopte

¹⁸⁸⁶ CE, 9 de abril de 2004, *Vast, Lebon* p. 173.

¹⁸⁸⁷ CE, ord. 17 de marzo de 2006, *Saidov*, n° 291214.

¹⁸⁸⁸ Cuando el demandante reformule sus alegaciones en la vista, el juez lo mencionará en los motivos o citas de su resolución. Véase *supra*, § 432.

¹⁸⁸⁹ CE, ord. 19 de agosto de 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311.

¹⁸⁹⁰ CE, 15 de febrero de 2002, *Hadda, Lebon* p. 45.

¹⁸⁹¹ CE, ord. 30 de marzo de 2007, *Ville de Lyon*, n° 304053, publicado en *Recueil Lebon, Dr. adm.* 2007, com. n° 90, nota F. MELLERAY; *LPA* 6 de agosto de 2007, n° 156, pp. 22-30, nota O. LE BOT.

cualquier medida susceptible de garantizar el ejercicio efectivo de la libertad fundamental de que se trate". Aunque establecida como principio, la exigencia de que las medidas ordenadas sean provisionales tiene la particularidad, en el caso de las medidas cautelares, de ser matizada cuando las circunstancias lo justifiquen.

A. Un requisito establecido como principio

457. Cuando una medida provisional parece susceptible de poner fin a la violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental, el poder del juez es limitado. En tal caso, sólo está obligado a dictar una medida provisional y, por tanto, no puede ordenar una medida definitiva. En esta situación, el juez de medidas provisionales debe rechazar por inadmisibles cualquier presentación que pretenda una medida que no sea provisional. El Conseil d'Etat deriva esta exigencia del artículo L. 511-1 del Código de Justicia Administrativa. Abriendo el Libro V del Código de Justicia Administrativa en su parte legislativa, el artículo L. 511-1 establece que "El juez de medidas provisionales resolverá mediante medidas de carácter provisional. No conocerá de la cuestión principal (...)". Esta disposición, que se inspira directamente en el artículo 484 del Nuevo Código de Procedimiento Civil¹⁸⁹², expresa la idea de que "el procedimiento de medidas provisionales es un procedimiento provisional y conservatorio"¹⁸⁹³.

Dicho esto, como ha señalado Roger Perrot, es "llamativo constatar que en ninguna parte de la ley existe una definición de decisión o medida provisional, como si lo provisional fuera un accidente de la vida jurídica que renunciáramos a definir por falta de poder controlarlo"¹⁸⁹⁴. A primera vista, "tenemos la tentación de mirar al tiempo y ver en la decisión provisional una duración limitada, por oposición a la sentencia definitiva, que es eterna"¹⁸⁹⁵. Sin embargo, como ha señalado Jacques Normand, este enfoque debe rechazarse en la medida en que lo "temporal" no se corresponde necesariamente con lo "provisional"¹⁸⁹⁶. En realidad, tanto en el derecho judicial privado como en el contencioso administrativo, una medida provisional es una medida reversible¹⁸⁹⁷, que puede ser cuestionada fuera del proceso de apelación, tanto por el juez del fondo que puede ser llamado a pronunciarse -y que no está vinculado por la solución jurídica dada en el procedimiento sumario- como por el propio juez del procedimiento sumario que, a petición de cualquier parte interesada, puede revocar su propia decisión en caso de "elemento nuevo" (artículo L. 521-4 del Código de Justicia Administrativa) o "nuevas circunstancias" (artículo 488 del Nuevo Código de Enjuiciamiento Civil). En este sentido, "una decisión provisional es aquella que, fuera del ámbito del recurso, siempre puede ser revisada, modificada o retractada por efecto de otra decisión; aquella que, en una palabra, está expuesta a todos los vientos en contra"¹⁸⁹⁸. Sin embargo, para que la medida impuesta sea reversible, la posibilidad de que la decisión sea cuestionada debe ser no sólo virtual, sino realmente efectiva. Ello presupone, por tanto, que el litigio no se extinga por el mero pronunciamiento de la resolución.

Según esta definición, por ejemplo, la suspensión de la ejecución de una decisión administrativa contra la que se ha interpuesto un recurso sobre el fondo constituye una medida provisional - que puede ser ordenada por el juez de medidas provisionales¹⁸⁹⁹. En efecto, una medida de este tipo puede ser cuestionada, tanto por el tribunal que conoce del fondo como por el juez de medidas provisionales, si una parte interesada presenta nuevos elementos a este último. Del mismo modo, un requerimiento dirigido a una autoridad administrativa para que restablezca los derechos de que gozaba anteriormente el sindicato demandante devolviéndole los locales que ocupaba anteriormente su sección sindical, todos los bienes y documentos que allí se encontraban, así como las bajas laborales y permisos concedidos a sus representantes, tiene carácter provisional. Por consiguiente, el Tribunal de Casación declaró que el juez de medidas provisionales había cometido un error de Derecho al negar el carácter

¹⁸⁹² "El auto de medidas provisionales es una resolución provisional (...) en los casos en que la ley confiere a un órgano jurisdiccional que no conoce del litigio principal la facultad de ordenar inmediatamente las medidas necesarias.

¹⁸⁹³ D. LABETOUILLE, "L'activité contentieuse du Conseil d'Etat en 2003", *Dr. adm.* 2004, Entretien n° 1, p. 7.

¹⁸⁹⁴ R. PERROT, "Du 'provisoire' au 'définitif'", en *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 447.

¹⁸⁹⁵ R. Perrot, *op. cit.* p. 447.

¹⁸⁹⁶ J. NORMAND, *RTD civ* 1997, p. 499. En la misma línea, M. Plessix señala que "No hay que confundir lo provisional con lo temporal. Lo provisional es lo que no es definitivo, irrevocable. Lo provisional no es la antítesis de lo permanente; está más cerca de lo interino que de lo temporal, de lo transitorio que de lo efímero" (B. PLESSIX, "Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé", *RFDA* 2007, p. 77).

¹⁸⁹⁷ Según el Conseil d'Etat, el carácter provisional de una medida "se aprecia teniendo en cuenta la finalidad y los efectos de las medidas en cuestión, en particular su carácter reversible" (CE de 31 de mayo de 2007, *Syndicat CFDT Intervo* 28, n° 298293, citada en el Recueil *Lebon*).

¹⁸⁹⁸ R. Perrot, *op. cit.* pp. 447-448.

¹⁸⁹⁹ Véase CE, 2 de febrero de 2004, *Abdallah, Lebon* p. 16.

provisional de las medidas solicitadas, sin tener en cuenta su carácter reversible¹⁹⁰⁰.

458. Por otra parte, el juez no podrá anular, subsanar u ordenar ninguna otra medida definitiva.

En primer lugar, no tiene competencia para anular una decisión administrativa. Por ejemplo, no puede anular una decisión del presidente de una universidad por la que se deniega la inscripción de un candidato a un título de postgrado¹⁹⁰¹, una orden prefectoral por la que se amplía y transforma una comunidad de municipios en una comunidad de aglomeraciones urbanas¹⁹⁰², una orden ministerial por la que se jubila obligatoriamente a un candidato¹⁹⁰³ o una decisión por la que se deniega la reinscripción de un alumno en un liceo¹⁹⁰⁴.

En segundo lugar, el juez no puede indemnizar a la víctima por los daños sufridos como consecuencia de una violación de sus libertades fundamentales¹⁹⁰⁵. Del mismo modo, la Cour de cassation prohíbe al juez civil en un procedimiento sumario indemnizar por las consecuencias perjudiciales de una agresión¹⁹⁰⁶.

En tercer lugar, el juez de medidas provisionales no puede dictar una medida cautelar que tenga efectos idénticos en todos los aspectos a los que se derivarían del cumplimiento por la administración de una anulación contenciosa¹⁹⁰⁷. En la práctica, esto sólo se aplica a las decisiones denegatorias de una solicitud de un constituyente¹⁹⁰⁸ y, por extensión, a las abstenciones (que también darían lugar a una denegación si la administración tuviera que posicionarse)¹⁹⁰⁹ y a la retirada de una ventaja concedida al solicitante a raíz de una acción previa de este último¹⁹¹⁰. En estas circunstancias, la verdadera justificación de la denegación de la solicitud

1900 CE, 31 de mayo de 2007, *Syndicat CFDT Interco 28*, n° 298293, citado en el Recueil *Lebon*.

1901 CE, ord. 24 de enero de 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis*, *Lebon* p. 37. Véase también CE, ord. 29 de octubre de 2001, *SARL Objectif*, n° 239443.

1902 CE, 12 de junio de 2002, *Commune de Fauillet et autres*, *Lebon* p. 215.

1903 CE, ord. 11 de julio de 2007, *Sanguin*, n° 307334.

1904 CE, ord. 11 de agosto de 2005, *Millan*, n° 283995. Del mismo modo, el juez civil en procedimiento sumario no puede ordenar una anulación (véase, por ejemplo, en relación con una sanción disciplinaria impuesta a un empleado: Soc. 5 de marzo de 1987, *Bull. civ. V*, n° 110; Soc. 4 de noviembre de 1988, *Bull. civ. V*, n° 568; Soc. 23 de marzo de 1989, *Bull. civ. V*, n° 253).

1905 CE, ord. 29 octubre 2001, *SARL Objectif*, no. 239443; CE, ord. 2 abril 2003, *Gaiffe*, no. 255597; CE, ord. 15 de octubre de 2004, *Sabi*, n° 273110.

1906 Sólo el tribunal que conoce del fondo del asunto es competente para conocer de los recursos de indemnización en caso de acto administrativo, con exclusión del juez del procedimiento sumario (véase S. PETIT, *La voie de fait administrative*, PUF, coll. PETIT, *La voie de fait administrative*, PUF, coll. QSJ, 1995, pp. 113-114). En general, el juez civil en procedimiento sumario no está facultado para reparar el daño mediante la concesión de una indemnización por daños y perjuicios (Civ., 15 de marzo de 1939, *GP* 1939, 1, p. 757).

1907 CE, ord. 10 de abril de 2001, *Merzouk*, *Lebon T.* p. 1135; CE, ord. 9 de julio de 2001, *Boc*, n° 235696; CE, ord. 17 de julio de 2003, *Syndicat de la magistrature*, n° 258494; CE, ord. 2 de agosto de 2002, *Chamouma*, n° 249189.

1908 Cuando el Ministro del Interior se ha negado a revelar a una persona el expediente que obra sobre ella en poder del servicio de inteligencia, una orden judicial en ese sentido equivaldría a anular la negativa (CE, ord. 1^{er} mars 2001, *Paturel*, *Lebon T.* p. 1134). Del mismo modo, si la administración ha denegado la escolarización porque los padres no han facilitado un justificante de domicilio, el juez de medidas provisionales no puede ordenar a la autoridad administrativa que matricule al niño (CE, auto de 9 de julio de 2001, *Boc*, n° 235696). Tampoco puede ordenar que se destine a un médico hospitalario a un puesto que el director del establecimiento le ha denegado (CE, auto de 2 de agosto de 2002, *Chamouma*, n° 249189). El juez no puede ordenar a la administración que vuelva a inscribir al demandante en la lista de peritos de automóviles cuando la autoridad competente le ha denegado dicha reinscripción (CE, ord. de 15 de diciembre de 2005, *Marcon*, *Lebon* p. 565). No puede ordenar a la administración que expida al demandante un permiso de residencia que le ha sido denegado (CE, ord. 10 de abril de 2001, *Merzouk*, *Lebon T.* p. 1135; CE, 8 de agosto de 2001, *Soares dos Santos*, n° 234589; CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar*, *Lebon T.* p. 1132; CE, ord. 25 de octubre de 2004, *Ben Habbab et Dupré Habbab*, n° 273436; CE, ord. 23 de noviembre de 2004, *Syndou*, n° 274368). De hecho, cuando la autoridad prefectoral ha denegado la solicitud de permiso de residencia de un extranjero, una orden judicial para expedir dicho permiso tendría un resultado similar a la anulación de la denegación. Del mismo modo, el juez no puede ordenar la "retirada" de una denegación de autorización de ocupación temporal del dominio público, ya que tal medida cautelar equivaldría a anular dicha retirada (CE, ord. 2 de julio de 2003, *Commune de Collioure*, *Lebon T.* p. 930).

1909 Así, el juez no puede ordenar a la administración que renueve el documento nacional de identidad y el pasaporte del demandante cuando no se ha dado curso a su solicitud desde hace varios meses (CE, ord. 26 de abril de 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI*, *Lebon T.* p. 1034). Del mismo modo, las alegaciones presentadas por el Syndicat de la magistrature, en las que solicita que se ordene al Ministro de Justicia el nombramiento de la Sra. Ben Hamida como representante del sindicato en el consejo de administración de la École nationale de la magistrature, se extralimitan en la competencia del juez de medidas provisionales en la medida en que pretenden que éste dicte "una medida cautelar cuyos efectos serían idénticos en todos los aspectos a los que resultarían de la ejecución por la autoridad administrativa de la decisión por la que el juez de l'excès de pouvoir anularía, en su caso, la decisión por la que se deniega el nombramiento de la Sra. Ben Hamida" (CE, ord. 17 de julio de 2003, *Syndicat de la magistrature*, n° 258494).

1910 Por ejemplo, cuando el Prefecto ha reconocido el derecho de la demandante a obtener el permiso de residencia solicitado, a reserva de los controles habituales, una orden conminatoria para que se le expida este permiso tendría los mismos

del demandante no reside en las disposiciones del artículo L. 511-1, sino más bien en el poder discrecional de la administración para decidir si concede o no la solicitud del demandante en tal caso. En otras palabras, el juez se niega a ordenar a la administración que actúe de una determinada manera por el simple hecho de que no está obligada a actuar de una determinada manera. Dado que la autoridad administrativa dispone de un margen de apreciación en cuanto al contenido de la decisión que debe adoptar, el juez sólo puede, en tal caso, ordenarle que examine o reexamine la solicitud del demandante en un plazo determinado. En otras palabras, para reiterar la distinción hecha en la Ley de 8 de febrero de 1995, el tribunal se niega a ordenar un tipo de medida cautelar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo L. 911-1 alegando que la administración se encuentra en una situación correspondiente al artículo L. 911-2. Dos factores corroboran este análisis. Por un lado, el tribunal no desestima un asunto cuando la administración carece de poder discrecional y está obligada a actuar de una forma concreta. Este es el caso, por ejemplo, cuando el tribunal ordena a las autoridades que presten asistencia policial cuando se habían negado a hacerlo. La medida ordenada es innegablemente definitiva; tiene los mismos efectos para la administración que una anulación de su denegación; sin embargo, el tribunal no declara la inadmisibilidad de la solicitud. En cambio, del tenor de algunas resoluciones se desprende que el juez de medidas provisionales vincula expresamente la inadmisibilidad de las pretensiones al margen de libertad de que dispone la administración para negarse a actuar, es decir, al hecho de que no está obligada a actuar de una manera determinada. Por ejemplo, en el asunto *Allouache y otros*, el juez declaró que no entraba dentro de sus competencias ordenar la suspensión del estado de emergencia porque tal medida tendría "el mismo alcance que la obligación que pesaría sobre la autoridad administrativa a raíz de una decisión del Conseil d'Etat que resolviera el litigio anulando la negativa del Presidente de la República a poner fin al estado de emergencia alegando *que legalmente podía abstenerse de dictar un decreto a tal efecto*"¹⁹¹¹. Aunque esta solución está vinculada por el juez a las disposiciones del artículo L. 511-1 del Código de Justicia Administrativa, su única justificación es el poder discrecional de que goza la administración en los casos en cuestión. Incluso en los procedimientos de derecho común, en los que las resoluciones dictadas son jurídicamente firmes, el juez nunca puede obligar a la administración a tomar una decisión concreta cuando dispone de un poder discrecional. En tal caso, el tribunal sólo puede ordenar a la autoridad competente que reexamine la solicitud presentada por el constituyente en un plazo determinado. Esta lógica se aplica a todos los procedimientos, y en particular a los procedimientos de medidas cautelares, sin que sea necesario remitirse a las disposiciones del artículo L. 511-1 del Código de Justicia Administrativa. Al igual que el juez que conoce del fondo, el juez de medidas provisionales ordena a la administración que actúe de una determinada manera cuando ésta se encuentra en una situación en la que está vinculada por la decisión. Al igual que el juez del fondo, el juez de medidas provisionales ordena a la administración que examine o reexamine la solicitud cuando dispone de poderes discrecionales¹⁹¹².

459. *En cualquier caso, según el auto de la Ville de Lyon*, el juez de medidas provisionales sólo puede ordenar "en principio" medidas provisionales. Dicho esto, del mismo auto se desprende que el poder del juez de medidas provisionales sólo está limitado en la medida en que una medida provisional sea suficiente para suprimir los efectos de la infracción. El juez queda liberado de este límite cuando ninguna medida de este tipo ponga fin a la situación de infracción.

B. Exención de un requisito cuando sea necesario

460. Cuando sólo una medida no provisional puede poner fin a una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental, entonces y sólo entonces el juez de medidas provisionales está facultado para conminar al infractor "a adoptar cualquier medida que pueda garantizar el ejercicio efectivo de la libertad fundamental de que se trate"¹⁹¹³. El recurso a este tipo de medidas cautelares sólo está permitido cuando ninguna medida provisional pueda eliminar los efectos de la infracción. En tal situación, los poderes del tribunal se ven reforzados: puede ordenar a la administración que haga o lleve a cabo cualquier cosa que sea legal y materialmente necesaria para salvaguardar una libertad fundamental.

Sin embargo, el poder del juez de medidas provisionales no es absoluto en tal caso. En el auto de *Ville de Lyon*, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat evitó deliberadamente utilizar el término "definitivo" (por

efectos que la medida de ejecución que el Prefecto debería adoptar si la retirada ilegal de esta decisión fuera anulada por ultra vires. Por lo tanto, no corresponde al juez de medidas provisionales, "incluso si se recurre a él sobre la base del artículo L. 521-2 del Código", dictar dicha medida cautelar (CE, ord. 14 de febrero de 2003, *Fouzi*, n° 254185).

1911 CE, ord. 9 diciembre 2005, *Allouache et autres, Lebon* p. 562.

1912 Cuando el solicitante pide que se ordene a la autoridad administrativa que actúe de un modo concreto, aunque tenga una facultad discrecional, basta, para levantar la inadmisibilidad, con ordenar a la autoridad administrativa que se pronuncie sobre la petición del solicitante en un plazo concreto. Véase *supra*, § 455, el auto *Saidov*.

1913 Texto de la citada orden de *la Ville de Lyon*.

oposición a "provisional"). Si bien el juez de medidas provisionales puede dictar medidas *no provisionales* ("no provisionales" en el sentido de que estas medidas resolverán el litigio en un plazo muy breve y, en consecuencia, harán improbable, si no imposible, que el asunto pueda ser impugnado), no puede prescribir medidas *definitivas* (es decir, medidas de anulación o reparación), ya que éstas impiden *jurídicamente* -y ya no sólo en la práctica- cualquier posibilidad de impugnar la decisión del tribunal. Esta distinción entre "no provisionales" y "definitivas" se justifica por la existencia del procedimiento de revisión previsto en el artículo L. 521-4 del Código de Justicia Administrativa¹⁹¹⁴. El hecho de que el juez de medidas provisionales, al que cualquier parte interesada somete un asunto, tenga la posibilidad de modificar o revocar su decisión en caso de aparición de un nuevo elemento hace que las medidas ordenadas deban considerarse provisionales, al menos desde el punto de vista jurídico. Esta disposición, que figura en el Título II del Libro V del Código de Justicia Administrativa, se aplica, al menos virtualmente, a las medidas cautelares (*référé-liberté*)¹⁹¹⁵. En estas circunstancias, reconocer carácter jurídicamente definitivo a las medidas adoptadas sobre la base del artículo L. 521-2 sería incompatible con el mecanismo de revisión previsto en el artículo L. 521-4. En cualquier caso, una medida que no sea provisional ordenada por el juez de medidas provisionales - por ejemplo, un requerimiento para alquilar una sala municipal - sigue siendo provisional en derecho¹⁹¹⁶.

461. En el auto de *Ville de Lyon*, el juez de medidas provisionales precisó que la falta de efecto útil de una medida provisional puede deberse, en particular, a dos factores. En primer lugar, puede deberse a los plazos en los que se somete el asunto al tribunal. Tal es el caso cuando la infracción es inminente: en tal supuesto, la decisión modificará inmediata y definitivamente la situación jurídica, haciendo desaparecer el objeto del litigio en los días, si no en las horas, siguientes a su pronunciamiento. La falta de efecto útil de una medida provisional también puede derivarse de la naturaleza de la infracción de la libertad fundamental, en particular cuando la infracción resulta de una prohibición cuyos efectos son a su vez provisionales o limitados en el tiempo (por ejemplo, una orden prefectoral que prohíbe la celebración de una manifestación en la vía pública).

462. En tal caso, el juez queda liberado del límite establecido en el artículo L. 511-1 y puede ordenar medidas que no tengan carácter provisional. El ejemplo del auto *Ville de Lyon* es significativo a este respecto. Los hechos en que se basa esta decisión recuerdan los casos anteriormente resueltos por el juez de medidas provisionales relativos a la denegación de salas a los Testigos de Jehová¹⁹¹⁷. Por decisión tácita de 9 de enero de 2007, se denegó a la asociación local de culto de los Testigos de Jehová de Lyon Lafayette el uso de la sala municipal que había solicitado para el 2 de abril de 2007, de 18.30 a 22.30 horas. En un auto de 15 de marzo de 2007, el juez de medidas provisionales del Tribunal administrativo de Lyon estimó los argumentos de la asociación basándose en el artículo L. 521-2 del Código de justicia administrativa. Conforme a la jurisprudencia *FN-IFOREL*¹⁹¹⁸, que se aplicó a las asociaciones religiosas de los Testigos de Jehová en las sentencias mencionadas, el juez de primera instancia consideró que la negativa a alquilar la sala municipal constituía una violación grave y manifiestamente ilegal de la libertad de reunión, La ciudad de Lyon no invocó ninguna amenaza al orden público, sino únicamente consideraciones generales relativas al carácter sectario de la asociación, o motivos relativos a la administración de los bienes municipales o al funcionamiento de los servicios. Como también se cumplía la condición de urgencia, el juez de medidas provisionales ordenó las garantías necesarias, por una parte, suspendiendo la ejecución de la decisión por la que el Alcalde de Lyon se negaba a alquilar la sala municipal Victor Hugo a la asociación demandante y, por otra parte, ordenando al Alcalde que alquilara la sala o un lugar equivalente para la noche del 2 de abril de 2007.

La ciudad de Lyon recurre este auto. Alega que el tribunal de primera instancia se pronunció sobre alegaciones inadmisibles porque la medida cautelar solicitada no tenía carácter provisional. El juez de apelación consideró que en este caso se cumplían las condiciones para conceder un interdicto no provisional. Señaló que al ordenar al alcalde de Lyon que pusiera la sala municipal solicitada a disposición de la asociación local para el culto de los Testigos de Jehová, el primer juez "conminó a la ciudad a adoptar una medida que no tenía carácter provisional". Sin embargo, esta medida cautelar no excedía las competencias del juez, ya que, como señala el auto, "la naturaleza de la

¹⁹¹⁴ Sobre este mecanismo, véanse los §§ 520 y siguientes.

¹⁹¹⁵ Aunque hasta la fecha sólo se ha aplicado una vez. Véase el artículo 524.

¹⁹¹⁶ De ello se desprende que, cuando se ha interpuesto una acción por *ultra vires* contra una denegación de puesta a disposición de una habitación, el tribunal que conoce de la acción principal sigue estando obligado a pronunciarse sobre la demanda a pesar de la medida cautelar. Dado que la denegación de puesta a disposición de la habitación no ha sido retirada o revocada tras la intervención del juez de medidas provisionales, el juez no puede basarse en esta medida cautelar para desestimar la demanda del demandante. Véase CAA Bordeaux, 27 de diciembre de 2006, *Association Comité action Palestine*, *AJDA* 2007, pp. 1142-1145, nota O. BUI-XUAN.

¹⁹¹⁷ Véase TA Rennes, ord. 11 de febrero de 2002, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Lorient*, GP 29 de abril de 2003, p. 12. Véase también, para la negativa a alquilar el estadio de Charléty: TA Paris, ord. 13 de mayo de 2004, *Association culturelle des témoins de Jéhovah de France et autres*, *AJDA* 2004, pp. 1597-1599, nota G. GONZALEZ.

¹⁹¹⁸ CE, ord. 19 de agosto de 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311.

prohibición impuesta a la asociación y sus efectos permitían al juez de medidas cautelares, con el fin de salvaguardar la libertad de reunión que, a su juicio, estaba siendo gravemente vulnerada de forma manifiestamente ilegal, ordenar al alcalde que autorizara a la asociación a alquilar una sala municipal el día y a la hora que había solicitado". En consecuencia, el juez de medidas provisionales del Tribunal Administrativo de Lyon no se pronunció sobre pretensiones inadmisibles y no ignoró el alcance de las disposiciones del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa.

El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat hizo una segunda aplicación de esta jurisprudencia en un auto de 9 de julio de 2007, *Commune du Port*¹⁹¹⁹. En infracción de la Ley n° 84-53, de 26 de enero de 1984, sobre las disposiciones estatutarias relativas a la función pública territorial, y del Decreto n° 85-397, de 3 de abril de 1985, relativo al ejercicio de los derechos sindicales en la función pública territorial, el municipio de Le Port se negó a poner a disposición del Syndicat autonome de la fonction publique territoriale una oficina separada. Basándose en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, el juez de medidas provisionales de primera instancia ordenó que se asignara al sindicato un local separado en el plazo de un mes. El ayuntamiento recurrió esta decisión. Alegó que la medida ordenada por el juez de medidas provisionales era definitiva, mientras que, en su opinión, sólo podía ordenarse una medida provisional sobre esta base. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat rechazó este argumento. Es cierto que la medida ordenada no tenía carácter provisional. Sin embargo, no excedía las competencias del juez de medidas provisionales, ya que ninguna medida de esta naturaleza podía poner fin efectivamente a la violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental. El juez de apelación subrayó que, a la vista de las circunstancias del caso, "el requerimiento dirigido al ayuntamiento para que pusiera un local a disposición del sindicato en el plazo de un mes era la única medida capaz de salvaguardar la libertad sindical vulnerada". En consecuencia, "el juez de medidas provisionales no se pronunció sobre alegaciones inadmisibles y no interpretó erróneamente el alcance de las disposiciones de los artículos L. 511-1 y L. 521-2, de lo que se deduce que, si bien las medidas ordenadas por el juez de medidas provisionales deben tener en principio carácter provisional, no ocurre lo mismo con las medidas que por sí solas pueden hacer cesar una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental, como la libertad sindical".

463. Al margen de consideraciones prácticas, ¿cuáles son los fundamentos jurídicos, si no para anular, al menos para adaptar las disposiciones del artículo L. 511-1 del Código de Justicia Administrativa relativas a las medidas cautelares?

La primera justificación posible se basa en la redacción del propio artículo L. 521-2, que permite al juez ordenar *todas las medidas necesarias*. Incluso antes de que el Conseil d'Etat aceptara, en el auto *Ville de Lyon*, abrir una brecha en el principio de provisionalidad de las medidas prescritas, los Sres. Bourrel y Gourdou afirmaron que "A pesar de la redacción general del artículo L. 511-1 del CJA, se puede encontrar un tanto paradójico aplicar la condición del carácter provisional de las medidas ordenadas al juez de medidas provisionales, que está facultado, por la propia redacción del artículo L. 521-2 del CJA que lo instituye, para "*ordenar todas las medidas necesarias*"¹⁹²⁰. Los autores deducen que "Siguiendo el ejemplo del procedimiento sumario precontractual (...), sin duda debe prescindirse aquí de la condición formal de "*medidas provisionales*"¹⁹²¹. Sin embargo, por sí sola, la expresión "*todas las medidas necesarias*" no nos parece suficiente para justificar la anulación total del artículo L. 511-1. En efecto, a falta de jerarquía normativa entre ambas disposiciones, el juez no puede anular una en favor de la otra, sino que debe optar por una interpretación conciliadora. En esta situación concreta, la conciliación de ambas disposiciones autorizaría al juez de medidas provisionales a dictar las medidas *cautelares* necesarias.

La segunda justificación se deriva de la observación de que las disposiciones generales del artículo L. 511-1 resultan un tanto inadecuadas para el procedimiento específico de medidas cautelares. Las disposiciones de este artículo, su filosofía y su finalidad, no se adaptan totalmente al procedimiento sumario. Considerado en su conjunto, y a la luz de las consideraciones que justificaron su promulgación, el artículo L. 511-1 no se adapta perfectamente al procedimiento sumario, ni está realmente concebido para aplicarse a dicho procedimiento. El artículo L. 511-1 establece dos normas diferentes: por una parte, prohíbe al juez de medidas provisionales dictar medidas definitivas y, por otra, le prohíbe pronunciarse sobre el procedimiento principal. Aunque distintas, estas dos propuestas están estrechamente relacionadas¹⁹²². Cada una sólo existe y tiene sentido en relación con la otra. Ninguna de las dos

1919 CE, ord. 9 julio 2007, *Commune du Port*, n° 307046.

1920 A. BOURREL y J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2003, p. 86. Énfasis añadido.

1921 A. BOURREL y J. GOURDOU, *op. cit.* p. 87. Énfasis añadido.

1922 Se había observado, en el derecho anterior, que la prohibición de perjudicar la pretensión principal y el carácter provisional de la medida cautelar constituían "dos caras de la misma situación jurídica" (J. PONELLE, *Le référé en cours d'instance*, Librairie du recueil Sirey, 1934, p. 261, citado por Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993, p. 429). El vínculo entre estos dos conceptos es tan fuerte que con frecuencia se equiparan. Para muchos autores, una decisión sólo es provisional en la medida en que el tribunal no se pronuncia sobre el fondo del derecho. Por ejemplo, M. Frances afirmaba que una decisión no sería provisional si el juez de medidas *provisionales* tuviera que "decidir provisionalmente la cuestión de fondo" (M. FRANCES, *Essai sur les notions d'urgence et de provisoire dans la procédure de référé*, Librairie du recueil Sirey, 1935, p. 48). Estableciendo una correlación directa entre ambos elementos, M. Lacabarats afirma:

propuestas puede leerse independientemente de la otra. Porque no conoce del asunto principal, el juez de medidas provisionales no puede ordenar medidas definitivas¹⁹²³. A la inversa, dado que ordena medidas estrictamente provisionales, no se le debe remitir la cuestión principal¹⁹²⁴. Si se levanta una de las prohibiciones, la otra deja de aplicarse. De ello se desprende que la prohibición de medidas definitivas establecida en el artículo L. 511-1 debe reservarse a los procedimientos en los que el tribunal no deba pronunciarse sobre el fondo del asunto. Mientras el tribunal de medidas provisionales deje intacta la cuestión de la legalidad del acto, es natural que no pueda adoptar medidas definitivas y esté sujeto a la exigencia de que las medidas adoptadas sean provisionales. En cambio, en cuanto ejerce la función de juez del fondo, en cuanto debe pronunciarse sobre la cuestión principal, desaparece una de las proposiciones del artículo L. 511-1, y con ella la exigencia del carácter provisional de las medidas ordenadas.

El procedimiento previsto en el artículo L. 521-1 responde a la primera de las proposiciones del artículo L. 511-1: el juez de medidas provisionales no se pronuncia sobre la cuestión principal. En consecuencia, es natural que se le aplique la segunda proposición: la prohibición de ordenar medidas definitivas. En efecto, el juez no aprehende el fondo de la ley en la medida en que su intervención está condicionada por la existencia de una duda seria sobre la legalidad de la resolución impugnada. La ley sólo exige la apariencia o la probabilidad de ilegalidad. El juez de medidas provisionales no se pronuncia sobre la cuestión principal. Por consiguiente, las medidas adoptadas sobre esta base deben lógicamente estar sujetas al requisito de ser provisionales. De manera más general, la provisionalidad es la norma aplicable a los procedimientos accesorios cuya finalidad es ajustar la situación de las partes a la espera de una sentencia sobre el fondo. Como explicó el Sr. Debbasch, "los procedimientos accesorios no deben invadir el procedimiento principal. En consecuencia, el juez competente en el procedimiento de urgencia no tendrá ninguna de las dos prerrogativas jurisdiccionales que tiene en el procedimiento principal. Sólo podrá dictar medidas provisionales y, en consecuencia, su sentencia carecerá de autoridad de cosa juzgada. Además, no podrá prejuzgar en modo alguno el resultado del litigio principal"¹⁹²⁵. En derecho, por tanto, la aplicación del artículo L. 511-1 al procedimiento de suspensión cautelar está justificada. Pero, ¿qué ocurre con las medidas cautelares, procedimiento autónomo en el que el tribunal se pronuncia sobre una ilegalidad manifiesta?

En el estado anterior de la ley, la prohibición de prejuzgar el procedimiento principal significaba que el tribunal de medidas provisionales no podía pronunciarse sobre el fondo del derecho. Según el Comisario del Gobierno Grévisse, cualquier medida "que implique tomar posición sobre una cuestión que afecte al fondo del derecho o que, por su objeto, se refiera al fondo del derecho"¹⁹²⁶ es perjudicial para la demanda principal. Del mismo modo, en materia civil, "la prohibición de prejuzgar la cuestión principal se entendía como una prohibición de pronunciarse sobre el fondo del derecho"¹⁹²⁷. El alcance de la nueva fórmula, que abandona la referencia al "perjuicio" de la cuestión principal¹⁹²⁸, es muy similar al de la fórmula anterior. Significa que el tribunal de medidas provisionales "no está facultado en principio para pronunciarse sobre el fondo del asunto"¹⁹²⁹. De ello

"El carácter provisional de la decisión es una característica fundamental del procedimiento sumario: el juez del procedimiento sumario no decide sobre el fondo del litigio" (A. LACABARATS, "Le référé", en *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, colloque des 11 et 12 décembre 1997, La documentation française, 1998, p. 222). El mismo vínculo puede encontrarse en las palabras de M. Strickler, quien afirma que "Cuando dicta una resolución, el juez de medidas provisionales toma una decisión *provisional* y cautelar. No decide sobre el fondo del derecho (...)" (Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. XXII. Énfasis añadido).

¹⁹²³ El carácter provisional de la medida es consecuencia de la prohibición de que el tribunal se pronuncie sobre la cuestión principal. De acuerdo con este principio, un tribunal que no se pronuncia sobre el fondo del asunto no puede dictar medidas definitivas. La firmeza es una propiedad que se atribuye y debe reservarse a las resoluciones en las que el órgano jurisdiccional se pronuncia sobre el fondo del asunto.

¹⁹²⁴ La prohibición de pronunciarse sobre la cuestión principal es consecuencia del carácter provisional de las medidas ordenadas. El juez de medidas cautelares, "debido al carácter provisional de la orden cautelar, no está facultado en principio para pronunciarse sobre el fondo del asunto" (P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, 2^{ème} ed, Litec, 1998, p. 22). "Como juez de lo provisional, el juez de medidas cautelares no tiene que pronunciarse sobre el derecho. Como juez de lo provisional, el juez de medidas provisionales no crea nada definitivo y, en consecuencia, *no debe aprehender el fondo*" (Y. STRICKLER, "Réflexions sur le référé judiciaire. Retour sur le provisoire", en *Le nouveau juge administratif des référés*, PUS, 2002, p. 74. Énfasis añadido).

¹⁹²⁵ C. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, LGDJ, coll. BDP, t. 38, 1962, p. 308.

¹⁹²⁶ Concluido GREVISSE sobre CE, *Secteur*, 14 de marzo de 1958, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement*, AJDA 1958, II, p. 186. Así, "Para el juez administrativo, toda decisión que declara el derecho es (...) perjudicial para la cuestión principal" (M.-R. TERCINET, *L'acte conservatoire en droit administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 132, 1979, p. 172). Para el juez de medidas provisionales, no prejuzgar la cuestión principal significa no "decidir en modo alguno el fondo del litigio (...). (...). El procedimiento debe permanecer íntegro" (C. DEBBASCH, *op. cit.*, p. 309). La prohibición de prejuzgar la cuestión principal implica "que el juez no tome partido sobre ninguna cuestión de derecho" (B. LASSERRE y J.-M. DELARUE, *chron. sous CE*, Secc., 9 de diciembre de 1983, *Ville de Paris*, AJDA 1984, p. 84).

¹⁹²⁷ Y. STRICKLER, disertación, p. 55. En aplicación de esta regla, la Cour de cassation ha recordado regularmente que "no corresponde al tribunal del procedimiento sumario pronunciarse sobre el fondo del derecho" (véase por ejemplo Com. 5 de junio de 1972, *SARL Milupa c/ SA Laboratoires Glayo*, *Bull. civ.* IV, n° 175).

¹⁹²⁸ Sobre las razones del cambio de fórmula, véase P. ESTOUP, *op. cit.* p. 21.

¹⁹²⁹ P. ESTOUP, *op. cit.* p. 22. Véase, por ejemplo, Com. 6 de marzo de 1985, citado por Y. STRICKLER, *op. cit.* p. 518: según la sala de lo mercantil de la Cour de cassation, sólo "en la medida en que no está llamado a pronunciarse sobre la

se deduce que un tribunal se pronuncia sobre la cuestión principal cuando debe decidir sobre el fondo del asunto. Desde el momento en que se pronuncia sobre el fondo de la pretensión que le ha sido sometida o establece la ilegalidad del acto o del comportamiento impugnado, el órgano jurisdiccional se pronuncia sobre la cuestión principal. El artículo L. 521-2 establece el requisito de la violación "manifiestamente" ilícita de una libertad fundamental. Para ello, la ley obliga al juez de medidas provisionales a buscar y, en su caso, constatar la existencia de una ilegalidad manifiesta. Si se cumple esta condición, el tribunal debe pronunciarse sobre la cuestión principal. Al constatar que un acto o un comportamiento administrativo infringe de manera clara y cierta una norma jurídica, el juez entra en el fondo del Derecho; valora la legalidad de la situación controvertida. Como afirman el Sr. Chahid-Nourai y el Sr. Lahami-Depinay, "en el caso de medidas cautelares en materia de libertades fundamentales (...) la resolución que se dicte prejuzga la cuestión principal, ya que se pide al tribunal que declare que la resolución impugnada es manifiestamente ilegal"¹⁹³⁰. Del mismo modo, el Sr. Ricci observa que el juez de medidas provisionales "decide la cuestión principal"¹⁹³¹. En la medida en que no se cumple la primera proposición del artículo L. 511-1, parece discutible aplicar íntegramente esta disposición -y el límite que contiene en cuanto al carácter provisional de las medidas prescritas- al procedimiento del artículo L. 521-2.

464. Más allá de los fundamentos de esta jurisprudencia, cabe señalar que, en definitiva, la solución adoptada preserva, en principio, la ficción del carácter provisional de las medidas cautelares. Por una parte, impide que se dicten las medidas definitivas de anulación y reparación. Según la jurisprudencia, el único objetivo de las disposiciones del artículo L. 521-2 es permitir al juez de medidas provisionales "*paralizar* los efectos de una decisión administrativa o de una acción de la administración"¹⁹³². Por otra parte, este carácter provisional -o al menos no definitivo- permite, al menos potencialmente, aplicar el mecanismo del artículo L. 521-4 del Código de Justicia Administrativa.

Tal como se aplica en el marco de este procedimiento, este principio no limita sustancialmente los poderes del juez de medidas provisionales, ampliamente definidos por el texto del artículo L. 521-2. En la práctica, el juez interviene de dos formas distintas para poner fin a las conductas que se le someten por este motivo.

Sección 2. Dos formas de intervención

465. En el pasado, los juristas han criticado la discrepancia entre la amplitud del arsenal jurisdiccional de que dispone el Conseil d'Etat y el tímido uso que a menudo hace de él. En su *Huron savant*, el profesor Rivero deploraba "que las flechas que tan bien sabe afilar para lanzar contra la arbitrariedad rara vez salgan de su carcaj, y que sus tomahawks, afilados con esmero, permanezcan en su cinto más a menudo de lo que silban en el aire"¹⁹³³. Otros autores también han observado y denunciado la moderación mostrada por los jueces administrativos cuando se trata de imponer medidas vinculantes a la administración. Achille Mestre observó que "el Conseil d'Etat no utiliza deliberadamente todos los poderes que son prerrogativa de la función judicial y no garantiza la plena eficacia de los medios de control de que dispone"¹⁹³⁴. Para evitar que se repitiera este fenómeno, con la Ley de 30 de junio de 2000 se instó encarecidamente al juez des référés a utilizar sus nuevos poderes sin restricciones. Antes de la entrada en vigor de la reforma, el Ministro de Justicia declaró que los procedimientos cautelares de suspensión y libertad "sólo podrán mejorar la eficacia del juez administrativo si éste no es tímido y no tiene una concepción restrictiva de sus poderes"¹⁹³⁵. Tras la aplicación de la Ley de 30 de junio de 2000, el Conseil d'Etat se hizo eco de estas preocupaciones afirmando, en su informe público de 2003, que el juez de medidas provisionales no debe dudar "en utilizar sus poderes sin temeridad"¹⁹³⁶. Así, invitado a hacer un uso desenfrenado de sus poderes, el juez de medidas provisionales ha explotado plenamente el potencial de este instrumento.

existencia de los derechos reivindicados que los jueces llamados a conocer del fondo del litigio tendrían que apreciar" puede el juez de medidas provisionales aplicar un acuerdo puro y simple.

1930 N. CHAHID-NOURAI y C. LAHAMI-DEPINAY, "L'urgence devant le juge administratif : premières applications des articles L. 521-1 et L. 521-2 nouveaux du Code de justice administrative", *LPA* 12 février 2001, n° 30, p. 14.

1931 J.-C. RICCI, "¿Qué derechos para qué poderes? Le référé-liberté, la notion de libertés fondamentales, le référé-suspension", *RRJ* 2003/5 *L'actualité des procédures d'urgence*, p. 3096.

1932 CE, ord. 18 de marzo de 2005, *M. Ali A., Lebon* p. 122; CE, ord. 13 de julio de 2005, *Bagachev*, n° 283207.

1933 J. RIVERO, "Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif", *EDCE* 1979-1980, p. 28.

1934 A. MESTRE, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration*, LGDJ, coll. BDP, t. 116, 1974, p. 81.

1935 E. GUIGOU, "Clausura del coloquio" del 2^{ème} centenario del Consejo de Estado, *RA* 2000, número especial 3, p. 214.

1936 CONSEIL D'ETAT, *Rapport public* 2003, *EDCE* n° 54, p. 452.

466. En virtud del artículo L. 521-2, busca y selecciona la solución que, a la vista de sus efectos prácticos, sea capaz de poner fin a la vulneración de una libertad fundamental. Utiliza las prerrogativas que se le confieren con flexibilidad y realismo. En la práctica, la intervención del juez para poner fin a una infracción adopta dos formas diferentes. En primer lugar, mediante la persuasión o la disuasión, el juez puede convencer a la administración de que satisfaga al demandante. En este caso, es la autoridad administrativa la que pondrá fin a la situación controvertida, simplemente en virtud de la intervención o amenaza de intervención del juez de medidas provisionales. En su defecto, si el juez no puede persuadir a la autoridad administrativa para que revoque su posición, ordenará una medida vinculante contra ella. Los casos en los que el demandante obtiene satisfacción se reparten a partes iguales entre estos dos métodos: el 5% de las demandas se resuelven a favor del demandante sin imposición de medida, y el 5% tras la imposición de una medida¹⁹³⁷. Estos dos métodos de intervención expresan y reflejan el papel decisorio del juez de medidas provisionales.

I. Intervención persuasiva o disuasoria del juez de medidas provisionales

467. La remisión al juez de medidas provisionales y, eventualmente, las discusiones que tienen lugar en los despachos, dan lugar a veces a que la administración actúe sin esperar el auto de medidas provisionales, dejando así sin objeto las conclusiones presentadas. Un acercamiento entre las partes puede también conducir a la retirada del demandante que, habiendo ganado el asunto, renuncia a su recurso. Así pues, siempre que sea probable que se cumplan las condiciones exigidas por el artículo L. 521-2 -de lo contrario, la administración será reacia a dar marcha atrás de motu proprio-, el solicitante de medidas cautelares podrá obtener satisfacción sin que el juez tenga que pronunciarse lo más mínimo. La solución no contenciosa del litigio se traduce entonces en la extinción del objeto del litigio resultante, según los casos, de un desistimiento que el juez reconocerá, o de un sobreseimiento sobre el que corresponde al juez pronunciarse. Los casos en los que el demandante obtiene satisfacción sin que se pronuncie medida alguna resultan, pues, de la intervención efectiva o de la mera amenaza de intervención del juez de medidas provisionales.

A. Satisfacción antes de la vista: el papel disuasorio del juez

468. En primer lugar, el peticionario puede obtener el cese de la infracción simplemente amenazando con intervenir ante el juez de medidas cautelares. Cuando se convoca a la administración a una audiencia pública en el marco del procedimiento de medidas cautelares, ello significa que la solicitud no ha sido rechazada en la fase de examen preliminar. En opinión del juez, el litigio es grave y la solicitud no se ha considerado manifiestamente infundada. En consecuencia, la entidad pública corre un cierto riesgo al perseverar en su comportamiento. Alertada por este emplazamiento, sabe que aún está a tiempo de dar marcha atrás. Así, antes que enfrentarse a una posible censura del juez de medidas cautelares, la autoridad pública demandada en virtud del artículo L. 521-2 preferirá a veces dar marcha atrás en la decisión o el comportamiento que dieron lugar a la remisión. Es innegable que una sentencia de censura del juez de medidas provisionales tiene una connotación moral. Una condena por violación de las libertades fundamentales expone a un político local al riesgo de explotación política y mediática de la decisión. De manera más general, una sentencia de este tipo puede empañar la imagen de una autoridad local o de sus dirigentes. En consecuencia, a veces es preferible que un dirigente político o administrativo dé marcha atrás -en una fase temprana- antes que sufrir el estigma que conlleva una condena dictada por este motivo.

Así pues, el efecto disuasorio de las sanciones judiciales es especialmente eficaz en este ámbito¹⁹³⁸. Para el

¹⁹³⁷ Esto eleva al 10% el número de casos en los que los solicitantes de medidas cautelares tienen éxito. Esta cifra relativamente baja puede explicarse esencialmente por las estrictas condiciones para la concesión de medidas cautelares. Otro factor a tener en cuenta es el número de solicitudes poco realistas, que parece ser mayor que en otros procedimientos judiciales.

¹⁹³⁸ El efecto disuasorio también puede resultar eficaz en otros litigios. Por ejemplo, cuando el resultado de un recurso parece incierto para las autoridades fiscales, éstas preferirán a veces satisfacer al solicitante-contribuyente, antes que correr el riesgo de una mala jurisprudencia susceptible de dar lugar a litigios importantes y costosos. La amenaza de intervención judicial puede desempeñar un papel igualmente eficaz en los litigios relativos al control administrativo de los actos de las entidades locales. Cinco años después de la aprobación de las leyes de descentralización, los desistimientos y las destituciones representaban alrededor del 40% de estos litigios. Como explica el Presidente Chabanol, "dado que la mayoría de los desistimientos se deben a la retirada del acto sometido al tribunal, podemos concluir de este porcentaje anormalmente elevado que, en dos de cada cinco casos, la entidad local renunció a su posición inicial antes de que interviniera efectivamente el tribunal, que desempeñó así, como en la fase precontenciosa, el papel de una amenaza en manos del representante del Estado,

demandante, el hecho de llevar el asunto ante el tribunal y el temor que la sanción provoca en el administrador son suficientes para obtener una satisfacción. La administración cumple con sus obligaciones sin que el juez tenga que prescribir la más mínima medida. Si la administración adopta medidas que tienen exactamente el mismo alcance que las solicitadas en el procedimiento abreviado, las alegaciones del demandante pierden relevancia y el juez desestima el caso.

469. El efecto disuasorio del procedimiento *référé-liberté* se puso de manifiesto desde las primeras aplicaciones del procedimiento con el auto *Hyacinthe* de 12 de enero de 2001¹⁹³⁹. La demandante, de nacionalidad haitiana, no había podido solicitar el estatuto de refugiada porque la prefectura se negó a darle el formulario que necesitaba para solicitarlo. El tribunal de primera instancia desestimó su solicitud de que se ordenara a la prefectura proporcionarle el formulario necesario, examinar su caso y expedirle un permiso de residencia provisional. La Sra. Hyacinthe recurrió esta decisión ante el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat¹⁹⁴⁰. El mismo día de la presentación del recurso, el Ministerio del Interior dio instrucciones al Prefecto de Seine-Saint-Denis para que registrara la solicitud de asilo de la Sra. Hyacinthe. Así pues, en este caso, la convocatoria de la audiencia pública fue suficiente para incitar a la autoridad administrativa a modificar su comportamiento. El juez consideró que las medidas adoptadas por la administración "hacían inútiles las medidas cautelares solicitadas por la demandante" y dictaminó que, por lo tanto, no procedía pronunciarse sobre la demanda. Del mismo modo, en el asunto *Aubert*, los demandantes habían solicitado sin éxito a las autoridades administrativas una autorización de reagrupación familiar para permitir a los hijos de la Sra. Aubert, fruto de una unión anterior, venir a Francia. Mediante auto de 2 de agosto de 2006, el juez de medidas provisionales del tribunal administrativo de Marsella desestimó la solicitud formulada por los demandantes sobre la base del artículo L. 521-2 para que se ordenara a la administración expedir la autorización. Al día siguiente de la interposición del recurso, el prefecto de Bouches-du-Rhône se pronunció a favor de la solicitud de reagrupación familiar¹⁹⁴¹.

Las medidas también pueden adoptarse antes de la vista y ponerse en conocimiento del solicitante en la vista, como en el auto *Moussa* de 25 de abril de 2005. En este caso, las autoridades habían denegado el derecho de residencia temporal a un extranjero que deseaba solicitar el reconocimiento del estatuto de refugiado. Habiendo rechazado el tribunal de primera instancia su solicitud de que se ordenara al prefecto expedirle un permiso de residencia temporal, el interesado recurrió esta decisión el 21 de abril de 2005. En un escrito de 22 de abril de 2005, la administración alegó en primer lugar que debía desestimarse el recurso. Sin embargo, durante la vista, representantes del Ministro del Interior anunciaron que la administración central había dado instrucciones a los servicios de la prefectura de Gard para que permitieran al demandante registrar su solicitud de asilo y se le expidiera un permiso de residencia provisional. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat declaró "que, en estas condiciones, de acuerdo con el abogado del solicitante, no procede (...) pronunciarse sobre las conclusiones de la solicitud"¹⁹⁴². En algunos casos, un simple compromiso de la administración, que aún no ha surtido efecto, puede bastar para desestimar el asunto¹⁹⁴³.

una amenaza eficaz pero ineficaz" (D. CHABANOL, "Les contrôles. La jurisprudence administrative", *AJDA* 1987, p. 185). Sobre este tema, véase J. Rivero, "Sanction juridictionnelle et règle de droit", *Etudes offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, pp. 457-469; ID, "Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique", en *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 675-685.

1939 CE, ord. 12 de enero de 2001, *Hyacinthe*, *Lebon* p. 12. Véase, en relación con los hechos sufridos por el demandante: S. ZAPPI, "Le ministère de l'Intérieur condamné pour entrave au droit d'asile", *Le Monde* 16 de enero de 2001, p. 11. Este artículo ilustra la mala prensa que puede causar a la administración una decisión del juez de la *référé-liberté*.

1940 El tribunal accedió a pronunciarse sobre la solicitud. En principio, de conformidad con el artículo L. 523, párrafo 1, del Código de Justicia Administrativa, debería haber recalificado el recurso como recurso ante el Tribunal Supremo y haberlo remitido a una sala de jueces (véase, en tal caso: CE, Secc., 28 de febrero de 2001, *Casanovas*, *Lebon* p. 108). Sin embargo, para justificar su intervención, el juez de medidas provisionales afirma "que la decisión de desestimación (...) dispensa de la necesidad de apreciar la admisibilidad del recurso (...)".

1941 CE, ord. 21 de agosto de 2006, *Aubert*, no. 296570. Para una solicitud similar, relativa a la expedición al demandante de un recibo por la presentación de su solicitud de permiso de residencia, véase CE, ord. 27 de octubre de 2006, *Nkouka*, no. 298319.

1942 CE, ord. 25 abril 2005, *Moussa*, n° 279827. La referencia a la posición del abogado del demandante es importante en este caso. En un caso con circunstancias similares, el Ministro del Interior había dado instrucciones, antes de la vista, a la administración de la prefectura para que registrara la solicitud de asilo territorial del solicitante en cuanto éste se presentara de nuevo en la prefectura. El Conseil d'Etat dictaminó que si la administración no había informado al interesado de este paso, y por tanto no le había puesto en situación de obtener el registro, su solicitud no había quedado sin objeto (CE, 15 de febrero de 2002, *Hadda*, *Lebon* p. 45). Por lo tanto, el juez evalúa si el litigio sigue teniendo objeto a la luz de todos los hechos del caso y, en su caso, de la posición del solicitante.

1943 Véase, por ejemplo, CE, ord. 2 mayo 2006, *Merzouki*, n° 292803. En primera instancia, el demandante pidió al juez de medidas provisionales del tribunal administrativo de París que ordenara al prefecto que le devolviera sin demora su pasaporte y su permiso de conducir. Cuando el juez de primera instancia desestimó su demanda, el demandante presentó el asunto ante el juez de apelación de medidas provisionales. Este último constató que, con posterioridad a la demanda

470. Cabe señalar que este efecto disuasorio también se aplica cuando el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat se pronuncia en primera y última instancia. En particular, son numerosas las solicitudes en caso de denegación de visado. Una vez presentada la demanda, y después de que el juez haya convocado a las partes a una audiencia pública, el visado solicitado es expedido por el consulado al solicitante por orden del Ministro de Asuntos Exteriores 1944. Este efecto también se ha aplicado en los casos en que se ha denegado el permiso de residencia 1945 o se ha retirado 1946.
471. Así pues, el miedo a la sanción parece ser eficaz en este ámbito: la incoación del recurso y la citación de la administración a la audiencia llevan a ésta a conceder al demandante la medida solicitada en procedimiento sumario. Los casos en los que el solicitante obtiene satisfacción sin que se dicte una medida cubren también una segunda hipótesis, ésta vinculada a la intervención efectiva del juez durante la audiencia pública.

B. Satisfacción durante la audiencia: el papel persuasivo y conciliador del juez

472. En este caso, ya no es el miedo del juez lo que lleva a la administración a cambiar su comportamiento, sino su capacidad para escuchar, dialogar y calmar las cosas. Al igual que un juez de paz, el juez de medidas provisionales animará a las partes a debatir, retomar o reanudar el diálogo y reunirse para encontrar un terreno común 1947.

Se procede así a una *conciliación*, entendiendo aquí la expresión en el sentido común. En sentido *estricto*, tal como procede del Derecho privado, la conciliación es una transacción en el sentido del artículo 2044 del Código Civil, es decir, un acuerdo por el que las partes acuerdan concesiones recíprocas para poner fin al litigio que las enfrenta. Tomada aquí en su sentido más amplio, la noción de conciliación expresa la idea de que un tercero intentará, en una audiencia de las partes, anular los intereses de éstas para llegar a una solución no contenciosa del litigio que las enfrenta. La aplicación y el resultado de la conciliación no son formales. Por una parte, no adopta necesariamente la forma de un sobreseimiento o retirada del asunto. Por otra parte, puede producirse - y es lo más frecuente - en los casos en que el demandante no cumple las condiciones de concesión previstas en el artículo L. 521-2. En tales casos, la audiencia ha permitido resolver un litigio, aunque no correspondiera a la situación excepcional para la que está concebida la demanda sumaria de medidas provisionales.

Se podría pensar, *a priori*, que el ámbito de las infracciones graves de las libertades fundamentales es perfectamente inadecuado para la organización de una conciliación entre las partes. En realidad, sin embargo, no se trata de transigir con la ley ni con el respeto de las libertades fundamentales. El objetivo de la conciliación no es

presentada ante el juez de medidas provisionales del Tribunal Administrativo de París, se había comunicado al abogado del demandante que la administración estaba dispuesta a devolverle los documentos. Las indicaciones en el mismo sentido se confirmaron tanto durante el procedimiento escrito como durante la audiencia ante el Conseil d'Etat. En estas circunstancias, el litigio quedó sin objeto por lo que se refiere a la devolución del pasaporte y del permiso de conducción del demandante. Véase, en el mismo sentido, CE, 12 de julio de 2006, *Gronud*, n° 295022 (para un pasaporte expedido).

1944 Véanse en particular: CE, ord. 17 de diciembre de 2002, *Safi y Geslain*, no. 252520; CE, ord. 5 de octubre de 2004, *El Boukbari*, no. 272833; CE, ord. 29 de octubre de 2004, *Ben Habbab*, no. 273612; CE, ord. 25 de febrero de 2005, *Akue*, no. 277848; CE, ord. 25 de marzo de 2005, *Soumbou*, no. 278823; CE, ord. 28 de junio de 2005, *Kondombo*, no. 281827; CE, ord. 17 de octubre de 2005, *Laiguillon-Zairi*, n° 286075; CE, ord. 17 de febrero de 2006, *Idrissa Boubou*, n° 290172; CE, ord. 4 de agosto de 2006, *Laksiba*, n° 296042.

1945 Véase, por ejemplo, CE, 29 de julio de 2002, *Stojanovic*, n° 246835.

1946 Véase CE, ord. 21 octubre 2003, *Monkolot*, n° 261061. A la Sra. Monkolot, nacional de la República Democrática del Congo, las autoridades francesas le expedieron el 2 de enero de 2003 una tarjeta de refugiado y un documento de viaje válidos del 18 de junio de 2003 al 17 de junio de 2005. Tras viajar al Congo, se comprobó la autenticidad de los documentos de la demandante en el aeropuerto de Brazzaville. A efectos de este control, la embajada francesa retuvo su certificado de refugiado, su documento de viaje y su resguardo de solicitud de permiso de residencia. Al considerar que no podía hacer valer el derecho a regresar a Francia que le confería su estatuto de refugiada, la Sra. Monkolot interpuso un recurso ante el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. Durante la instrucción del recurso de medidas provisionales, la embajada de Francia en Brazzaville, tras recibir la información solicitada para su autenticación a la prefectura de Val-d'Oise, devolvió a la demandante su certificado de refugiado, su documento de viaje y su resguardo de solicitud de permiso de residencia.

1947 Véase B. Stirn, "Jurisdiction et jurisprudence administratives: le temps du mouvement", en *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, *Economica*, 2006, pp. 939-950; ID., "Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif", en *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, pp. 795-801.

conseguir que el demandante acepte una violación - atenuada - de sus libertades fundamentales. El objetivo de la conciliación es permitir que las partes lleguen a un terreno común. Incluso si no se cumplen las condiciones para concederla, la audiencia brindará una oportunidad para el diálogo y una resolución no contenciosa del litigio entre las dos partes. Al igual que en el procedimiento civil sumario, la conciliación es, pues, un "último intento de resolver una situación conflictiva con calma"¹⁹⁴⁸.

473. Por sus características, la audiencia de procedimiento abreviado es el marco ideal para la conciliación¹⁹⁴⁹. Ofrece un foro de diálogo flexible y abierto, fomentando el debate directo entre las partes y también entre éstas y el juez.

En primer lugar, gracias a la presencia física de las partes y a la vista oral, la audiencia permite a los protagonistas entablar un diálogo directo. Esto presupone que ambas partes estén presentes. Si una de las partes no está presente en la vista y se limita a remitirse a sus alegaciones, no puede haber diálogo. En los procedimientos sumarios, la conciliación nunca se consigue simplemente intercambiando escritos. La presencia de las partes en la audiencia es una *condición sine qua non* para la conciliación. El propio Presidente de Belleyme, padre histórico del procedimiento sumario, lo señaló cuando dijo que sin la comparecencia de las partes, "el presidente perdería una feliz oportunidad de extinguir el procedimiento por conciliación"¹⁹⁵⁰. Por otra parte, las vistas orales fomentan el diálogo en tiempo real entre las partes. Las audiencias pueden celebrarse en torno a una mesa, en la que las partes intercambian verbalmente sus argumentos y discuten informalmente las pruebas presentadas. Para las partes, la vista se convierte en un foro de escucha y diálogo. Como afirma M. Gentili, "los procedimientos orales permiten un diálogo (en sentido literal) del que puede surgir una conciliación, incluso parcial"¹⁹⁵¹. A medida que avanza el procedimiento, las partes pueden darse cuenta de que es posible un acercamiento. A veces, el demandante no se ha hecho entender en su trato con la autoridad administrativa, o las relaciones entre ambas partes se han tensado, o la administración no ha sabido tratar un caso con la importancia que merece. La audiencia es una oportunidad para que los protagonistas discutan y expliquen su caso, y para comprender todos los hechos del litigio, si es necesario con la ayuda de documentos adicionales. La audiencia es una oportunidad para un diálogo que no siempre ha sido posible de antemano.

En segundo lugar, permite un diálogo directo entre el juez y las partes, gracias a la intervención del juez que resuelve en solitario. Como observó M. Perrot, "la búsqueda de un diálogo directo es difícilmente concebible en un marco colegial, abstracto e impersonal, que, por su inevitable solemnidad, obstaculiza una verdadera confrontación"¹⁹⁵². La conciliación requiere "un contacto humano difícilmente alcanzable en un marco colegiado"¹⁹⁵³. Sin embargo, el juez único está, por naturaleza, más cerca de los litigantes de lo que puede estarlo un tribunal colegiado. Es un "juez de base, local e inmediato"¹⁹⁵⁴. Al fallar solo y sin ninguna formalidad particular, es más propenso a facilitar, o incluso a buscar, una cierta proximidad con los justiciables. En la exposición de motivos del proyecto de ley sobre el procedimiento sumario también se afirmaba que el objetivo del juicio oral era "favorecer el diálogo con los litigantes". Y, en efecto, las vistas orales modifican la relación entre el juez y las partes, así como entre las propias partes: "Asistimos a una transformación de la relación entre los demandantes y su juez, gracias a la falta de formalismo de las vistas en sala. La relación entre las partes enfrentadas puede incluso verse alterada, con una mejor comprensión del punto de vista de la otra parte, como resultado de sus intercambios orales ante el juez de medidas provisionales"¹⁹⁵⁵.

474. Estos elementos constituyen la base de un acercamiento entre las partes en la audiencia del procedimiento sumario¹⁹⁵⁶. Sin embargo, el juez debe tener las cualidades necesarias y las partes deben estar dispuestas a

1948 J. NORMAND, en *RTD* *civ* 1981, p. 441.

1949 Como ya habían previsto algunos autores cuando se aplicó por primera vez la reforma de 30 de junio de 2000. Véase por ejemplo B. SEILLER, nota en TA Orléans, ord. 8 febrero 2001, *Société Robert Nioche et ses fils*, *AJDA* 2001, pp. 500-504. El autor afirma en particular: "¿Cómo no esperar que este debate sea la ocasión de una conciliación bajo la égida del juez de medidas provisionales? Al tener por fin la posibilidad, como su homólogo judicial, de oír a las partes, interrogarlas y conocer mejor sus intereses respectivos, se verá, espontáneamente o no, animado a intentar conciliar sus puntos de vista" (*op. cit.*, p. 503).

1950 L.-M. DE BELLEYME, *Ordonnances sur requête et sur référé selon la Jurisprudence du Tribunal de première instance du département de la Seine*, t. 2, 2^{ème} ed, Joubert, 1844, p. 35, citado por Y. STRICKLER, *op. cit.* p. 368.

1951 C. GENTILI, "L'utilisation des écrits dans la procédure civile orale", *LPA* 7 de septiembre de 2001, n° 179, p. 5.

1952 R. PERROT, "Le juge unique en droit français", *RIDC* 1977, p. 668.

1953 J. NORMAND, "Le juge unique en droit privé", *Travaux du IX^e colloque des Instituts d'études judiciaires*, Niza, 20-21 de mayo de 1974, *Les juges uniques*, Centre d'études judiciaires, Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Nice, 1975, p. 12.

1954 B. PACTEAU, "Le juge unique dans les juridictions administratives. Le point de vue de la doctrine", *GP* 1998, 1, p. 180.

1955 R. DENOIX DE SAINT MARC, "Les procédures d'urgence : premier bilan", *AJDA* 2002, p. 1.

1956 El procedimiento civil sumario, que desde hace tiempo se organiza de acuerdo con estos principios, ha

encontrar un terreno común.

Sobre todo, es esencial que el juez único tenga las cualidades necesarias para sentar las bases del diálogo y la reconciliación entre dos partes antagónicas. Esta puede ser una tarea difícil en un litigio en el que lo que está en juego puede ser muy importante y las tensiones muy elevadas. Por lo tanto, el juez de medidas provisionales debe tener auténticas dotes de escucha y apaciguamiento, que son las únicas que le permitirán implicar a los litigantes en el proceso de conciliación. Con el fin de conciliar los puntos de vista, el juez debe desempeñar un papel activo durante la audiencia del procedimiento sumario: "en esta ocasión, el juez se convierte en un participante y, a través de la consulta, concibe una solución aceptable para todos, convirtiéndose en una especie de catalizador de la concordia"¹⁹⁵⁷. Los jueces que deseen promover la reconciliación no deben limitarse al papel de observadores distantes. Deben comprometerse, implicarse, no ser neutrales, para llevar a las partes al diálogo. El juez se esforzará por encontrar la voluntad consensuada de las partes, y evitará sentarse a escuchar pasivamente las sucesivas pretensiones de las partes. Es posible que la solución amistosa del litigio entre los litigantes sólo se manifieste en el curso del proceso, por lo que la atención y las intervenciones del juez deben ser permanentes y estar constantemente orientadas a la búsqueda de un posible acuerdo entre las partes. Por supuesto, el juez siempre tiene la opción de intentar la conciliación. Pero muy a menudo, como demuestra la importancia de su éxito, el juez del procedimiento sumario seguirá esta vía en cuanto vea la posibilidad de una solución no contenciosa del litigio. Entonces conciliará los puntos de vista y persuadirá a la administración para que revoque su decisión.

Sin embargo, el juez no es el único actor en la conciliación. Para que la conciliación sea posible y alcanzable, las partes también deben estar abiertas al diálogo, y el demandante no debe estar rígidamente centrado en sus pretensiones, mientras que las autoridades no deben atrincherarse en su posición. En la práctica, se ha observado que los obstáculos al diálogo provienen la mayoría de las veces de la actitud del demandante y no de la administración demandada. Durante la vista del procedimiento sumario, el demandado no duda en admitir que se equivoca. Deseosa de actuar dentro de la legalidad, pide al juez que le oriente sobre cómo proceder, en este caso y en el futuro. A veces, los esfuerzos de acercamiento del juez de medidas provisionales chocan con la actitud de un demandante que se niega a dialogar. En el caso *Kilicikesen*, por ejemplo, los motivos de la decisión muestran que el juez intentó llegar a un acuerdo entre las partes, pero no pudo hacerlo porque el demandante no apoyaba el planteamiento. En primer lugar, las dos partes buscaron un entendimiento mutuo: "durante la audiencia celebrada el sábado 3 de abril de 2004 por el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat, las dos partes convinieron en que no debía permitirse que continuara la situación actual y que, a menos que decidiera incoar un procedimiento disciplinario si consideraba que la vestimenta del niño sobrepasaba los límites de la libertad de expresión de las creencias religiosas, las autoridades educativas nacionales debían tomar todas las medidas necesarias para garantizar que el joven Hilal fuera admitido en el aula". Sin embargo, los demandantes no quisieron proseguir el diálogo. Durante la audiencia del 3 de abril, el Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Educación expuso detalladamente las características de la vestimenta que podían considerarse, en las circunstancias del caso, justificadas por la libertad de expresión de las convicciones religiosas, acto que demostraba la voluntad de diálogo y apertura de la autoridad administrativa. La administración indicó que, siempre que se respetaran estas condiciones, el joven Hillal podría asistir normalmente a la escuela. No obstante, los demandantes hicieron saber que se mantenían en sus conclusiones iniciales. El juez concluyó que no podía considerarse que el procedimiento iniciado hubiera quedado sin objeto. Los demandantes rompieron conscientemente el diálogo y se negaron a reaccionar ante las indicaciones dadas por la administración. Al final, esta actitud les perjudicó, ya que el documento y los compromisos asumidos por las autoridades fueron evaluados por el juez sin haber sido discutidos por los demandantes. El juez se basó en las garantías dadas por las autoridades, que no habían sido discutidas por los demandantes, para descartar una injerencia ilegal en una libertad fundamental. En efecto, el juez subrayó que "no parece que, en la fecha de la presente decisión, pueda imputarse al Estado en el presente asunto una violación ilegal de tal libertad, habida cuenta de las garantías e indicaciones dadas por el Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Educación Nacional"¹⁹⁵⁸. Del mismo modo, en un asunto en el que los demandantes criticaban la lentitud de la administración en la tramitación de las solicitudes de visado, el juez tuvo en cuenta los compromisos asumidos por la administración durante la vista para descartar una vulneración grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental. El juez de medidas provisionales declaró que no podían considerarse cumplidas las condiciones para la concesión de visados "habida cuenta de las condiciones antes mencionadas en las que se estaba y se sigue investigando la solicitud de visado y habida cuenta de los compromisos asumidos por la administración en la

experimentado un crecimiento considerable en su utilización. Courivaud observó, hace más de un siglo, que el procedimiento sumario ofrece al demandante "la posibilidad de acuerdos a menudo más ventajosos que los pleitos" (F. COURIVAUD, *Des référés. Principes de compétence et de procédure*, Imprimerie Blais et Roy, 1900, p. 11). En la actualidad, la conciliación es una práctica habitual ante el juez civil en los procedimientos sumarios. El juez "participa en un proceso de concertación que tiene por objeto, en la medida de lo posible, encontrar un terreno común" (J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON y M.-A. FRISON-ROCHE, "Le juge des référés au regard des principes procédurales", *D.* 1995, p. 67). Véase sobre este punto: Y. STRICKLER, tesis antes citada, p. 343 y ss.

1957 H. LE FOYER DE COSTIL, "Le vol d'aigle du juge des référés", en *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 343.

1958 CE, ord. 7 abril 2004, *Kilicikesen*, *Lebon* p. 164, *JCP A* 2004, 1554, nota E. TAWIL.

audiencia pública de finalizar la investigación lo antes posible"1959 .

La Sra. Le Garff y la Sra. López, su hija, solicitaron al juez de medidas provisionales del tribunal administrativo que ordenara al alcalde del municipio que accediera a la solicitud que habían presentado para que se transfiriera a la Sra. Le Garff la licencia de obras concedida a la Sra. López. En la vista pública celebrada el 27 de marzo, el juez de medidas provisionales, a la vista de las indicaciones verbales del representante del municipio, transcritas en el acta de la vista, de que se daría satisfacción a la Sra. Le Garff y a la Sra. López, aplazó el cierre de la vista hasta el 28 de marzo a las 14.00 horas. En un fax enviado después de la vista, el 27 de marzo, el alcalde confirmó al juez de medidas provisionales su acuerdo con la transferencia. También envió un decreto fechado el mismo día, firmado por uno de sus adjuntos, ordenando el traslado. A la luz de esta información, el juez de medidas provisionales, en un auto fechado el 31 de marzo, decidió que no procedía pronunciarse sobre la demanda de medidas cautelares y suspensión presentada por los demandantes. Los demandantes, que habían obtenido satisfacción plena ante el primer juez, recurrieron no obstante esta decisión. Al no haber aportado ninguna prueba que cuestionara el fundamento del auto recurrido, y al haber presentado alegaciones en el sentido de que debía condenarse al ayuntamiento a pagar a la Sra. Le Garff una "provisión de 1.000 euros a cuenta de los daños y perjuicios por las torturas psíquicas infligidas", los demandantes fueron multados por recurso abusivo1960 .

475. Es importante señalar que esta voluntad de conciliación y apaciguamiento por parte del juez de medidas provisionales no se limita a los casos en que se cumplen las condiciones para la concesión de medidas provisionales. En la práctica, se ha observado incluso que este método de resolución de litigios abarca la mayoría de las veces los casos en los que el demandante no justifica encontrarse en una situación excepcional en el sentido del artículo L. 521-2 pero, sin embargo, se encuentra en una situación anormal o perjudicial. Gracias a la intervención del juez, la administración muestra buena voluntad para facilitar una resolución rápida de la dificultad a la que se expone el demandante. Varios casos ilustran el papel de juez de paz del juez de medidas provisionales.

En el asunto *Abamada y Said Abdallah*1961 , los demandantes, de nacionalidad comorana, habían solicitado al Prefecto la renovación de su permiso de residencia de estudiante para poder realizar un aprendizaje. El prefecto se negó, lo que impugnaron basándose en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. Tanto el tribunal de primera instancia como el tribunal de apelación denegaron su solicitud, observando que, en virtud del artículo L. 117-1 del Código de Trabajo, un contrato de aprendizaje es un contrato de trabajo y que, por tanto, el aprendizaje requiere un permiso de residencia de trabajador por cuenta ajena. Ante el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat, el propio Ministro del Interior indicó que, en realidad, correspondía a los demandantes solicitar el permiso de trabajo y el permiso de residencia por cuenta ajena que correspondían a su proyecto de formación de aprendiz. El juez de medidas provisionales aprovechó la buena voluntad mostrada por la administración para afirmar que "corresponderá a la autoridad prefectural, a la que se remiten dichas solicitudes, examinarlas con toda la atención que merecen, habida cuenta de la presencia en Francia desde 1999 de los dos jóvenes solicitantes, de su buena integración y de la naturaleza de sus proyectos". El juez recuerda que "durante la audiencia pública se precisó que los demandantes deben solicitar un permiso de residencia provisional, que la administración, que se abstendrá de cualquier medida de expulsión mientras se examinan sus solicitudes de permiso de residencia, está dispuesta a expedir". En consecuencia, según el auto, los demandantes deben ser "invitados a presentar lo antes posible solicitudes de permiso de residencia provisional y de permiso de residencia por cuenta ajena, que la administración examinará en las condiciones indicadas anteriormente".

En el asunto *Moussaoui*1962 , el demandante no había podido regresar a Francia el 5 de junio de 2004 tras una estancia en Túnez, a pesar de ser titular de un permiso de residencia provisional válido hasta el 8 de junio de 2004; no pudo regresar después porque su solicitud de visado ante el Consulado General de Francia había sido rechazada. El juez de medidas provisionales desestimó el recurso contra el comportamiento del Prefecto de Policía por considerar que las circunstancias que habían impedido el regreso del demandante eran imputables, por una parte, a la compañía aérea, que se había negado a embarcarlo porque no había podido presentar un "visado de regreso" - documento que ninguna ley prevé- y, por otra, a las autoridades consulares. No obstante, y a la vista de las dificultades encontradas por el demandante, la administración se declaró dispuesta, en la audiencia pública, a concederle, con carácter excepcional, un nuevo permiso de residencia temporal. Durante la vista, la autoridad administrativa subrayó que este gesto estaba justificado por el hecho de que el demandante tenía derecho a regresar al territorio francés hasta el 8 de junio de 2004 y por el hecho de que entonces podría haber obtenido, habida cuenta de su situación, la renovación de su permiso de residencia provisional. Se declaró dispuesto a mencionar expresamente en el permiso que autorizaba al interesado a salir y regresar al territorio francés durante todo el período de validez de su permiso. El juez consideró que "procede, pues, invitar al demandante a que presente

1959 CE, ord. 13 de enero de 2006, *Rasamoelina*, n° 288434.

1960 CE, ord. 15 de abril de 2003, *Le Garff*, n° 256023.

1961 CE, ord. 25 junio 2003, *Abamada y Said Abdallah*, n° 257835.

1962 CE, ord. 30 de julio de 2004, *Moussaoui*, n° 270462.

cuanto antes dicha solicitud, que la administración examinará con toda la atención que merece".

En un caso en el que una menor fue separada de su madre y colocada en una zona de espera por carecer de visado u otro documento que le permitiera entrar en Francia, el juez declaró que su auto por el que desestimaba la solicitud por no ser manifiestamente ilegal "no impide, sin embargo, que la autoridad administrativa haga uso, a la vista de las circunstancias particulares del caso puestas de manifiesto en la audiencia sumaria, de su facultad de regularizar la situación", Sin embargo, "ello no impide que la autoridad administrativa, a la vista de las circunstancias particulares del caso puestas de manifiesto en la vista del procedimiento sumario, haga uso de su facultad de regularizar la residencia de los extranjeros en las condiciones establecidas en el dictamen del Consejo de Estado de 22 de agosto de 1996"¹⁹⁶³.

En un auto de 29 de septiembre de 2004, el juez declaró que, a falta de nuevas circunstancias de hecho o de derecho desde la emisión de una orden de expulsión, el interesado no podía impugnar útilmente su ejecución mediante una solicitud sumaria de medidas provisionales. Por consiguiente, el juez de medidas provisionales desestimó la demanda presentada sobre la base del artículo L. 521-2. No obstante, invitará a las partes a encontrar una solución que responda al interés público y al interés del demandante. En este caso, el juez recordó a la administración que siempre tiene la opción de regularizar la situación de un inmigrante ilegal. Señaló "que se había indicado, durante los debates orales de la sesión pública, que la autoridad prefectoral examinaría la solicitud de regularización [del demandante] lo antes posible y que tendría en cuenta, en particular, el hecho de que [el demandante] estaba casado con una compatriota titular de un permiso de residencia y que ejercía una actividad profesional, que de su unión había nacido un hijo en Francia el 13 de febrero de 2004 y que [el demandante] nunca había perturbado, con su comportamiento, el orden público". Estas indicaciones adquirieron un tono mucho más directivo cuando el juez -aunque rechazó la solicitud del demandante- indicó en la parte dispositiva de su resolución que la autoridad administrativa "examinará" la solicitud del demandante de regularizar su situación "en las condiciones expuestas en los fundamentos de la presente resolución"¹⁹⁶⁴. El indicativo tiene aquí el tono de un imperativo.

En el asunto *Société SIMBB*, los demandantes impugnaron la autorización dada por el Prefecto a funcionarios del Gobierno para entrar en una propiedad privada con el fin de preparar un proyecto de trazado para el establecimiento de la servidumbre de paso prevista en el artículo L. 160-6 del Código de Urbanismo francés¹⁹⁶⁵. El juez concluyó que no había ilegalidad manifiesta ni vulneración grave del derecho de propiedad. No obstante, señaló que "como se puso de relieve durante los debates celebrados en la audiencia pública, nadie discute que es necesario establecer, para las parcelas en litigio, la servidumbre de paso prevista en el artículo L. 160-6 del Código de Urbanismo; que si las características de estas parcelas, amuralladas antes del 1^{er} de enero de 1976 y que incluyen, además de una vivienda, una dependencia situada en el borde inmediato del mar, requieren un trazado específico, corresponde a los propietarios proponer y, en cualquier caso, a la administración determinar, respetando los procedimientos definidos en el Código de Urbanismo, las modalidades de establecimiento de la servidumbre para conciliar lo mejor posible los distintos intereses en juego..."; que las medidas preliminares posibilitadas por la orden del Prefecto de Finistère permiten aclarar las distintas posibilidades que pueden contemplarse"¹⁹⁶⁶. El juez sienta aquí las bases de un futuro diálogo entre los distintos protagonistas. Teniendo en cuenta todos los intereses en juego, les indica los pasos a seguir para organizar la constitución de la servidumbre.

476. Cabe destacar que en la mitad de los casos en los que el demandante obtuvo satisfacción, el juez de medidas provisionales no tuvo que ordenar la más mínima medida para poner fin a la situación controvertida. Así pues, un número importante de solicitudes se resuelven extrajudicialmente, antes o durante la vista pública. El juez no tiene que ordenar nada a la administración. Es cierto que el litigio se ha resuelto gracias al juez, gracias a su intervención - virtual o efectiva - pero sin que se pronuncie ninguna medida vinculante. Si la administración no accede por sí misma a satisfacer al demandante, el juez utilizará medidas vinculantes para poner fin a la vulneración de una libertad fundamental.

II. Imposición de una medida restrictiva

477. La ley confiere al juez poderes muy amplios para poner fin a la violación de una libertad fundamental, que van desde la simple suspensión hasta el requerimiento principal. La definición de las garantías necesarias se adapta a la naturaleza específica de cada situación. El juez vela por su cumplimiento mediante la explicación y la

¹⁹⁶³ CE, ord. 29 septiembre 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, n° 272584.

¹⁹⁶⁴ CE, ord. 29 septiembre 2004, *Prefecto de la Marne, Lebon T.* p. 829.

¹⁹⁶⁵ Esta disposición prevé el establecimiento de una servidumbre para los peatones a lo largo de la costa. En virtud de este artículo, "la propiedad privada limítrofe con el dominio público marítimo queda gravada en una franja de tres metros de anchura por una servidumbre destinada exclusivamente a garantizar el acceso peatonal".

¹⁹⁶⁶ CE, ord. 10 de enero de 2005, *Société SIMBB et autres*, n° 276137.

autoridad.

A. Selección de la medida de salvaguardia adecuada

478. El tribunal dispone de un amplio abanico de medidas para poner fin a la vulneración de una libertad fundamental. La elección de la salvaguardia adecuada se rige por dos criterios. En primer lugar, debe ser adecuada a la situación concreta ante el tribunal; en segundo lugar, debe ser proporcionada a la gravedad de la infracción. Las medidas decididas por el tribunal para poner fin a una infracción pueden adoptar la forma de una suspensión de la ejecución, un sobreseimiento con medidas cautelares o un requerimiento principal.

1. Suspensión de la ejecución

479. El juez de medidas provisionales puede, en primer lugar, poner fin a una infracción ordenando una medida de suspensión. Al otorgarle la facultad de adoptar todas las medidas necesarias, la ley pretendía necesariamente permitir al juez de medidas provisionales suspender la ejecución de una decisión administrativa. El hecho de que el artículo L. 521-1 prevea un procedimiento de suspensión específico no se consideró un obstáculo para el reconocimiento de esta facultad en favor del juez de medidas provisionales. En los primeros tiempos de la reforma, algunos jueces de primera instancia se negaron a reconocer esta facultad al juez de medidas cautelares, por considerar que el pronunciamiento de tal medida era competencia exclusiva del juez de suspensión cautelar¹⁹⁶⁷. Sin embargo, el Conseil d'Etat ha descartado la aplicación de una excepción paralela de medidas cautelares en este caso¹⁹⁶⁸. La facultad de suspender la ejecución de una decisión no es monopolio del juez de suspensión cautelar. Según el artículo L. 521-2, "el juez de medidas provisionales puede ordenar la suspensión del acto que se le ha remitido cuando considere que se cumplen las condiciones previstas por estas disposiciones y que la suspensión es necesaria para salvaguardar una libertad fundamental"¹⁹⁶⁹. Obviamente, una medida de suspensión sólo puede adoptarse contra una *decisión* administrativa. No tendría sentido pensar en aplicarla a los comportamientos y actuaciones de las autoridades públicas, ya que es lógicamente imposible suspender la ejecución de una acción o abstención¹⁹⁷⁰.

480. Cuando la violación de las libertades fundamentales se deriva de una decisión administrativa, la imposición de una orden de suspensión, acompañada, en su caso, de un requerimiento de ejecución, constituye la mayoría de las veces una respuesta plenamente satisfactoria para remediar la situación contenciosa. No obstante, hay que distinguir según que la infracción sea el resultado de una decisión positiva o negativa.

Si la infracción se deriva de una decisión positiva, la suspensión de sus efectos basta *ipso facto para poner fin a la infracción*. Al neutralizar los efectos de la decisión que está en el origen de la infracción, el juez pone fin automáticamente a la situación de infracción provocada por dicha decisión. En el asunto *FN IFOREL*, la autoridad administrativa había obstaculizado, mediante cartas enviadas a la sociedad gestora del centro de congresos, la ejecución del contrato de alquiler celebrado entre ésta e IFOREL. Al suspender los efectos de dichas cartas, el juez puso fin a la imposibilidad de ejecutar el contrato y, en consecuencia, a la vulneración de la libertad de reunión¹⁹⁷¹. Cuando el alcalde de un municipio, mediante una orden municipal, decide cerrar al público un comercio local, la suspensión de dicha orden es suficiente para poner fin a la vulneración de la libertad de empresa¹⁹⁷². Al suspender la decisión del alcalde de organizar determinados actos públicos en la iglesia local, el juez de medidas provisionales impide una vulneración de la libertad religiosa¹⁹⁷³. La vulneración del derecho de propiedad se evita suspendiendo la ejecución de las órdenes dictadas por el Prefecto de Mayotte por las que se embargan parcialmente los bienes de

¹⁹⁶⁷ Véase el ejemplo típico citado por E. PRADA-BORDENAVE *en* concl. sobre CE, Secc. 23 noviembre 2001, *Aberbri*, RFD A 2002, p. 335.

¹⁹⁶⁸ Véase *supra*, § 373.

¹⁹⁶⁹ CE, 4 de febrero de 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Rezai*, n° 270407.

¹⁹⁷⁰ Sólo pueden resolverse mediante mandamientos judiciales.

¹⁹⁷¹ CE, ord. 19 de agosto de 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311.

¹⁹⁷² CE, ord. 14 de marzo de 2003, *Commune d'Evry*, *Lebon* T. p. 931.

¹⁹⁷³ CE, ord. 25 agosto 2005, *Commune de Massat*, *Lebon* p. 386.

los demandantes¹⁹⁷⁴ o la orden municipal por la que se autoriza el acceso y el estacionamiento de terceros en una vía privada¹⁹⁷⁵. Del mismo modo, la suspensión de las órdenes que requisan al personal en huelga es suficiente para poner fin a la vulneración del derecho de huelga¹⁹⁷⁶. Cuando la vulneración del secreto de la correspondencia tiene su origen en una nota enviada por el alcalde al servicio de correos, la neutralización de los efectos de dicha nota tiene un efecto directo sobre el origen de la vulneración¹⁹⁷⁷. La suspensión de la decisión de expulsar a la demandante a su país de origen o de ejecutar una orden de expulsión impide, en las circunstancias del caso, que se produzca una vulneración de la libertad personal en el primer supuesto¹⁹⁷⁸, y del derecho a llevar una vida familiar normal en el segundo¹⁹⁷⁹. Así pues, la suspensión de la ejecución es, en principio, suficiente para poner fin a la infracción resultante de una resolución positiva. En algunos casos, sin embargo, puede ser necesario acompañar esta medida con un requerimiento de hacer o no hacer algo. Por una parte, el tribunal puede ordenar a la administración que extraiga las consecuencias de su decisión adoptando las medidas necesarias para su ejecución¹⁹⁸⁰. En la sentencia *Vast* antes citada, el Conseil d'Etat ordenó al alcalde que diera instrucciones a sus servicios para que pusieran fin inmediatamente a la nota controvertida, que vulneraba el secreto de la correspondencia y el libre ejercicio de su mandato por parte de los cargos electos locales. Por otra parte, para evitar que la administración vuelva a adoptar una medida idéntica, el juez de medidas provisionales también puede dictar un requerimiento -principal- para que no lo haga. En el auto *FN IFOREL* antes citado, el juez conminó a la autoridad administrativa a no obstaculizar la ejecución del contrato de reserva celebrado entre el IFOREL y el Impérial Palace¹⁹⁸¹. Si la infracción se deriva de una decisión negativa, la suspensión de su ejecución no basta por sí sola para subsanar la infracción. Para ser eficaz, debe ir acompañada de un requerimiento de ejecución, que el tribunal puede dictar de oficio, es decir, sin que siquiera lo haya solicitado el demandante¹⁹⁸².

El juez de medidas provisionales puede optar por la suspensión total o parcial de los efectos de la resolución impugnada. La suspensión parcial se limita únicamente a las disposiciones de la decisión para las que se cumplen las condiciones para su concesión establecidas en el artículo L. 521-2. En el asunto *Commune de Wingles*, la empresa demandante impugnó una orden municipal que restringía la circulación de vehículos que transportaban materias peligrosas por determinadas carreteras del municipio. El juez dictaminó que, en su conjunto, esta decisión no vulneraba de forma grave y manifiestamente ilegal una libertad fundamental. Sin embargo, la aplicación de esta decisión al tramo de la rue de Meurchin situado fuera de la zona urbanizada sí vulnera una libertad fundamental. Dado que las condiciones para la concesión del permiso sólo se cumplían con respecto a esta parte de la calzada municipal, el juez decidió que la orden municipal "se suspende únicamente en la medida en que se refiere a la parte de la rue de Meurchin situada fuera de la zona urbanizada de Wingles"¹⁹⁸³.

2. Rechazo condicional

481. Una solución particularmente innovadora y original se aplicó en el auto de *Tibéri* de 24 de febrero de 2001¹⁹⁸⁴. En esta decisión, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat utilizó "una fórmula inusual, por no

¹⁹⁷⁴ CE, 2 de febrero de 2004, *Abdallab, Lebon* p. 16.

¹⁹⁷⁵ CE, ord. 10 de septiembre de 2003, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, n° 260015.

¹⁹⁷⁶ CE, 9 de diciembre de 2003, *Aguillon et autres, Lebon* p. 497. Cabe señalar que en este caso el tribunal no suspendió la orden impugnada por los demandantes, sino una orden dictada posteriormente (véase *supra*, § 383).

¹⁹⁷⁷ CE, 9 de abril de 2004, *Vast, Lebon* p. 173.

¹⁹⁷⁸ CE, ord. 14 de enero de 2005, *Bondo, Lebon T.* p. 915.

¹⁹⁷⁹ CE, ord. 21 febrero 2005, *Najemi*, n° 277520.

¹⁹⁸⁰ En este caso, es difícil distinguir si el tribunal está dictando una orden de ejecución o un requerimiento principal, cuyos efectos son similares a los de una orden de ejecución.

¹⁹⁸¹ CE, ord. 19 de agosto de 2002, Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL), *Lebon* p. 311. Véase en el mismo sentido, TA París, ord. 13 de mayo de 2004, Association cultuelle des Témoins de Jéhovah de France et autres, AJDA 2004, pp. 1597-1599, nota G. GONZALEZ: el juez de medidas provisionales suspendió las decisiones del alcalde de París por las que se negaba a poner el Stade Charléty a disposición de la asociación religiosa de los Testigos de Jehová, y le conminó a no obstaculizar la ejecución del contrato de alquiler celebrado entre la sociedad explotadora del estadio y esta asociación.

¹⁹⁸² Esto se ajusta a la solución alcanzada sobre la base del artículo L. 521-1. En efecto, el Conseil d'Etat ha dictaminado que el juez de suspensión cautelar puede, "de oficio", adjuntar a la medida de suspensión "una indicación de las obligaciones provisionales que resultarán para la administración" (CE, 27 de julio de 2001, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Vedel, Lebon* p. 416).

¹⁹⁸³ CE, ord. 26 noviembre 2004, *Commune de Wingles*, n° 274226.

¹⁹⁸⁴ CE, ord. 24 febrero 2001, *Tibéri, Lebon* p. 85, JCP G 2001, I, 318, chron. C. BOITEAU; D. 2001, pp. 1748-1751, nota R. GHEVONTIAN; RFD A 2001, pp. 629-649, nota B. MALIGNER; *Com. com. électr. 2001*, com. n° 51, obs. G. DECOCQ y A. LEPAGE.

decir inédita"1985 , consistente en desestimar el recurso "a reserva" de la adopción de un determinado comportamiento por parte de la administración interesada. La capacidad de decisión del juez administrativo se expresa plenamente en esta decisión, que demuestra también su capacidad para imaginar y concebir una solución práctica y adecuada a cada problema. El demandante, que no había sido invitado a un debate organizado por la cadena de televisión Canal +, criticó lo que consideraba una omisión del Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) para garantizar el respeto del pluralismo en este medio de comunicación. Por ello, pidió al juez de medidas provisionales que "ordene al CSA que ordene a Canal + (...) bien ampliar el debate televisado previsto a todos los candidatos que encabezan las listas representadas en todos los distritos de París, bien renunciar a cualquier debate (...)".

482. El juez comenzó recordando, con cierta extensión, la legislación aplicable y las circunstancias que dieron lugar a la remisión. Explicó que la Ley de 30 de septiembre de 1986 encomendó a la CSA la tarea de velar por el cumplimiento de los principios enunciados en los artículos 1^{er} y 3, que incluyen la igualdad de trato y la expresión del pluralismo de pensamiento y opinión. Ninguna disposición de la ley confiere a la CSA la facultad de sustituir a los servicios de comunicación audiovisual en la definición y aplicación de su política editorial. El juez de medidas cautelares declaró que "la elección de Canal + de organizar debates entre dos candidatos durante el periodo electoral en lugar de otras formas de programación forma parte, en principio, de su política editorial; sin embargo, incumbe a esta cadena velar por que esta elección no se traduzca en una violación del principio de igualdad de trato entre los candidatos". A continuación, expuso las circunstancias del caso. Canal + optó por organizar el 28 de febrero de 2001 un debate de una hora de duración entre el Sr. Delanoë y el Sr. Séguin, ambos candidatos a la alcaldía de París designados por los partidos que constituyen las dos principales fuerzas políticas nacionales. Canal + también hizo saber, tanto en diversas cartas anteriores a la audiencia provisional como durante ésta, que el Sr. Tibéri y el Sr. Contassot podían intervenir al día siguiente, a la misma hora, bien en un debate organizado según las mismas reglas que el debate del día anterior, bien cada uno de ellos por separado en forma de entrevista de 15 minutos con un periodista de la cadena.

El juez de medidas provisionales aplicó estos principios jurídicos a las circunstancias del caso. Señaló que, aunque en sí misma no contravenía ninguna norma o principio, la decisión de Canal + de organizar un duelo entre el Sr. Delanoë y el Sr. Séguin antes de la primera vuelta provocaba en la práctica "dificultades" para garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato de los candidatos. Señaló que, en este caso, estas dificultades se veían agravadas por el hecho de que el Sr. Tibéri, aunque no había recibido una nominación similar a las de los Sres. Delanoë y Séguin, era el alcalde saliente de París y candidato a sucederle. En consecuencia, dijo, "es esencial que el 'duelo' propuesto entre el Sr. Delanoë y el Sr. Séguin vaya acompañado de las propuestas de Canal + más adecuadas para garantizar un trato justo a los candidatos". El juez de medidas provisionales declaró que "corresponde al Conseil supérieur de l'audiovisuel contribuir, de acuerdo con sus competencias, a garantizar que así sea; en particular, corresponderá al Conseil supérieur de l'audiovisuel determinar si la propuesta de Canal + de ofrecer al Sr. Tibéri la oportunidad de hablar con un periodista durante 15 minutos garantiza un trato equitativo o si tal entrevista no debería programarse para un período más largo".

Al final, el juez desestimó el recurso con una reserva muy importante. Afirmó que, si bien el principio de expresión pluralista de las corrientes de pensamiento y de opinión es una libertad fundamental, "no puede considerarse que la situación sometida al juez de medidas provisionales en este asunto revele una "violación manifiestamente ilícita" de esta libertad". En consecuencia, "y sin perjuicio de lo que se acaba de decir sobre el papel que debe desempeñar el Conseil supérieur de l'audiovisuel, procede desestimar la demanda del Sr. Tibéri"1986 . Al faltar uno de los requisitos, se desestima la solicitud de requerimiento del alcalde saliente contra el CSA. No obstante, la reserva formulada en la parte dispositiva obligaba a la CSA a "seguir buscando, junto con Canal +, soluciones adecuadas a la exigencia de un trato equitativo de los candidatos". Para los autores de las *principales sentencias*, "esto equivale a una orden de buscar tales soluciones"1987 . El requerimiento es latente; sólo producirá sus efectos si se cumplen las condiciones para desencadenarlo, es decir, si el CSA no cumple las reservas expresadas en la decisión. Así pues, el razonamiento se desarrolla en dos fases. En la parte dispositiva, el juez da instrucciones precisas a la CSA sobre cómo debe actuar para cumplir la ley y respetar las libertades fundamentales1988 . En la parte dispositiva, aclara a

1985 J.-L. D'HERVE, "L'urgence devant le juge administratif : premiers jalons", *Les cahiers juridiques* abril 2001, p. 24.

1986 La reserva figura en la parte dispositiva del auto, en el artículo 1^{er}: "A reserva de que el Conseil supérieur de l'audiovisuel siga buscando, en colaboración con Canal +, soluciones adecuadas a la exigencia de un trato equitativo de los candidatos, se rechaza la candidatura del Sr. Tibéri".

1987 *GAJA* n° 118, § 12. En la misma línea, M. Maligner afirma que "aunque no se trata, estrictamente hablando, de un requerimiento, esta fórmula se asemeja mucho a uno" (B. MALIGNER, *op. cit.*, p. 644).

1988 Debe velar por que la elección editorial de Canal plus "no suponga una violación del principio de igualdad de trato entre los candidatos" (considerando 4^{ème}). Corresponde a la Comisión "contribuir, de acuerdo con sus competencias, a que" Canal + acompañe el duelo propuesto entre el Sr. Delanoë y el Sr. Séguin "con las propuestas más adecuadas para garantizar un trato equitativo entre los candidatos". En concreto, se trata de "examinar si la propuesta de Canal + de ofrecer al Sr. Tibéri una entrevista de 15 minutos con un periodista garantiza un trato equitativo o si dicha entrevista no debe percibirse como de mayor duración" (6^{ème} considerando).

la CSA que, si no se atiende a estas directrices, podrá constatarse la infracción manifiestamente ilegal y, en consecuencia - en caso de remisión - dictarse una orden de cesación. De este modo, el juez de medidas provisionales invita al demandante a recurrir de nuevo en caso de que la CSA no cumpla las condiciones que se le impusieron al desestimar la demanda. Según el Sr. d'Hervé, esta fórmula puede considerarse como "una indicación de que la puerta del juez permanece abierta"¹⁹⁸⁹. En la misma línea, el Sr. Ghévoitian afirma que "ante una nueva solicitud, el juez administrativo habría sido sin duda más preceptivo..."¹⁹⁹⁰. No tuvo que hacerlo, ya que Canal + aceptó finalmente duplicar el tiempo de emisión ofrecido inicialmente al Sr. Tibéri.

483. No obstante, debemos cuestionar las razones de este enfoque en las circunstancias de este caso. ¿Por qué no dirigir un requerimiento directamente a la CSA en lugar de adoptar una solución que conduce a un resultado estrictamente idéntico pero por la puerta de atrás? ¿Por qué se limitó a amenazar con emitir un requerimiento judicial si ella misma no adoptaba las medidas necesarias? ¿Por qué amenazar con dictar un requerimiento y optar por una denegación condicional, alegando que es posible dictar un requerimiento?

En primer lugar, este enfoque podría verse como una voluntad de preservar el margen de libertad del CSA; el juez de medidas provisionales dejaría que fuera el propio CSA quien resolviera el problema, pero bajo su supervisión y de acuerdo con sus directrices muy precisas. Esto equivaldría a reconocer al CSA un cierto margen de iniciativa para velar más activamente por el respeto del pluralismo. Así pues, la solución parece más respetuosa con las prerrogativas de la institución que si el juez hubiera ordenado a la CSA que ejerciera sus competencias de una manera específica. Respeta la discrecionalidad que la ley otorga a la autoridad administrativa independiente para garantizar el respeto del pluralismo. El juez de medidas provisionales ha dado a la CSA la oportunidad de cumplir sus obligaciones de manera más eficaz. A falta de ello, la infracción manifiestamente ilegal será calificada, dejará de ser neutralizada y se dictará la medida cautelar.

Sin embargo, esta interpretación parece poco probable, por tres razones. En primer lugar, el comportamiento de la CSA no parece manifiestamente ilegal en la medida en que los poderes que se le confieren son, de hecho, muy limitados. Puede emitir recomendaciones e imponer sanciones a los servicios de comunicación audiovisual en caso de incumplimiento de sus obligaciones, pero no está facultada para dictar *a priori* medidas cautelares contra estos servicios. Por consiguiente, no se le puede reprochar que no haga uso de competencias que no tiene. En segundo lugar, en principio, es dudoso que un tribunal, ante una infracción manifiestamente ilegal, pueda "salvar" la conducta de la administración y abstenerse de dictar una medida de salvaguardia adecuada. Aunque esta solución se utiliza habitualmente en los litigios relativos a la legalidad y la constitucionalidad¹⁹⁹¹, su transposición al ámbito de las infracciones graves de las libertades parece relativamente improbable. Si bien el juez puede neutralizar una ilegalidad o una inconstitucionalidad, es difícil imaginar que pueda hacer lo mismo en el caso de una violación grave

1989 J.-L. D'HERVE, *op. cit.* p. 24.

1990 R. Ghevoitian, *op. cit.* p. 1751.

1991 El juez añade lo necesario al acto examinado o le quita lo que le falta para ajustarse a la norma superior y evitar así la censura judicial. La técnica utilizada por el Conseil d'Etat suele denominarse "extracción de veneno" (para una ilustración, véase CE, Ass., 4 de enero de 1957, *Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de Droit, Lebon* p. 9). Sobre la técnica constitucional del cumplimiento sometido a reserva, véase T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie*, Economica PUAM, 1997, 617 p.; A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, BCSP t. 92, 1999, 318 p. Sin embargo, la solución de la ordenanza de Tibéri difiere significativamente de estas técnicas en que su aplicación requiere que la administración adopte un determinado comportamiento. En el caso del cumplimiento condicional o la retirada del veneno, el acto es "reformado" por el juez sin que el legislador o la administración tengan que intervenir en modo alguno. La técnica es eficaz con o sin el concurso de la autoridad de que se trate. En cambio, en el caso *Tibéri*, la técnica sólo se hace efectiva si la autoridad acepta modificar su comportamiento.

En realidad, se aproxima más a la solución aplicada en el contencioso de exceso de poder con la sentencia *Titran* de 27 de julio de 2001 (*AJDA* 2001, pp. 1046-1053, cron. M. GUYOMAR y P. COLLIN). El Conseil d'Etat se pronunció sobre un recurso por exceso de poder contra la negativa del Ministro de Justicia a derogar los decretos de aplicación de un sistema de gestión automatizada de determinados procedimientos en los tribunales regionales. Tras admitir la ilegalidad de la denegación, el Consejo dictaminó su anulación a condición de que el Ministro no hubiera fundamentado jurídicamente el sistema de gestión en cuestión en el plazo de dos meses que se le había concedido, precisando la sentencia las medidas susceptibles de remediar la irregularidad constatada. De este modo, se concede a la autoridad administrativa un plazo para llevar a cabo la regularización necesaria. Si no adopta las medidas indicadas por el tribunal, debe revocar inmediatamente las órdenes. Una solución idéntica a la de la sentencia *Titran* fue mencionada por el Comisario del Gobierno Francis Lamy en sus conclusiones sobre la sentencia *Vassilikiotis* de 29 de junio de 2001 (véase supra, p. 1047). El texto reglamentario impugnado era ilegal por omisión, ya que no contenía determinadas disposiciones exigidas por el Derecho comunitario. El Comisario del Gobierno había considerado la posibilidad de una anulación condicional. Ésta habría consistido en declarar la ilegalidad del acto reglamentario impugnado, precisando al mismo tiempo en la parte dispositiva que tal anulación sólo surtiría efecto si la administración no realizaba, en un plazo fijado por el juez y según las modalidades previstas en la motivación de la decisión, las adiciones necesarias para adaptar el acto impugnado a las exigencias del Derecho comunitario. El Sr. Lamy, al tiempo que destacaba las ventajas de esta solución, la rechazó por considerarla inadecuada para el litigio planteado ante el Conseil d'Etat. Sobre esta decisión, véanse los comentarios de S. DAMAREY, "De l'annulation partielle à l'annulation conditionnelle : nouvelles perspectives contentieuses", *LPA* 24 de octubre de 2001, n° 212, pp. 12-17.

de las libertades resultante de un comportamiento administrativo. Por último, el juez de medidas provisionales no podía en ningún caso ordenar la medida solicitada por el demandante. Dado que el juez de lo contencioso-administrativo no puede ordenar a una autoridad administrativa que se comporte de forma ilegal¹⁹⁹², no es concebible que en este caso pueda ordenar a la CSA que adopte una medida para la que la autoridad no está legalmente facultada.

En realidad, la solución dada debe considerarse como una respuesta práctica del juez a un problema concreto, habida cuenta de los poderes de que dispone. El juez de medidas provisionales hizo un uso realista de sus prerrogativas. No se habían cumplido las condiciones para conceder una medida cautelar en virtud del artículo L. 521-2; la falta de actuación de la CSA no era manifiestamente ilegal; el tribunal no podía dictar una orden de salvaguardia. Si dictó un requerimiento indirecto, fue únicamente porque no podía hacer más, como señalaron las Sras. Decocq y Lepage. "El papel de la CSA en este caso no es imponer, sino fomentar"¹⁹⁹³. Cuando se cumplen las condiciones para dictar una orden de cesación, el juez la dicta sin tratar de "salvar" el comportamiento impugnado.

3. El requerimiento principal

484. La medida necesaria para salvaguardar una libertad fundamental puede adoptar la forma de un requerimiento principal. Este "poder profundamente nuevo"¹⁹⁹⁴ puede ejercerse de diversas maneras.

a. Un poder profundamente nuevo

485. Un requerimiento es "una orden de adoptar un determinado comportamiento"¹⁹⁹⁵. Es un poder de requerimiento y difiere en este aspecto de la sustitución, que es un poder de reforma. Aunque estos dos poderes pueden conducir en la práctica a un resultado sustancialmente equivalente para el solicitante¹⁹⁹⁶, su naturaleza es, sin embargo, muy diferente. Como ha señalado el Sr. Négrin a propósito de la Ley de 8 de febrero de 1995, el poder de requerimiento "confiere al juez un imperium menor que el poder de sustitución": el primero "es un simple poder de impedimento acompañado de una orden a la autoridad administrativa para que resuelva de una determinada manera, mientras que el poder de sustitución confiere al juez el poder de resolver en lugar de la autoridad"¹⁹⁹⁷. En la escala de las prerrogativas del juez, el poder de requerimiento se sitúa un escalón por debajo del poder de sustitución. Como señala M. Moderne, "ordenar al titular de una potestad administrativa que actúe no es lo mismo que actuar en su lugar: en el primer caso, el poder de decisión lo conserva la administración, en el segundo se atribuye al juez"¹⁹⁹⁸. La sustitución siempre conducirá al resultado deseado¹⁹⁹⁹. En cambio, con los requerimientos, el juez deja la decisión enteramente en manos de la autoridad pública²⁰⁰⁰.

486. Durante mucho tiempo, el tribunal administrativo se prohibió a sí mismo emitir cualquier tipo de

1992 El Conseil d'Etat ha dictaminado, basándose en el artículo L. 521-1, que el juez de medidas provisionales no puede ordenar a un alcalde que derribe un edificio cuando no se cumplen las condiciones legales para ello (CE, 26 de septiembre de 2001, *Westerloppe*, nº 231681). El juez de medidas provisionales, tanto si interviene sobre la base del artículo L. 521-1 como del artículo L. 521-2, no puede ordenar a la administración que adopte un comportamiento ilegal.

1993 G. DECOCQ y A. LEPAGE, *op. cit.* p. 32.

1994 D. LABETOUILLE, "Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 1999, número especial Puissance publique ou impuissance publique? p. 80.

1995 C. GUETTIER, "Injonction et astreinte", *Jcl. administratif*, fasc. 1114 (2, 1998), nº 8.

1996 Véase F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 212, 2001, p. 84 y ss.

1997 J.-P. NEGRIN, Préface de la thèse de B. BALDOUS, *Les pouvoirs du juge de pleine juridiction*, PUAM, 2001, p. 10.

1998 F. MODERNE, "Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle?", *RFDA* 1990, p. 800.

1999 Se priva a la administración de cualquier opción entre la actuación y la no actuación y se la confina a una actitud puramente pasiva. No se le pide que haga nada, salvo posiblemente no oponerse a las medidas de sustitución.

2000 Es el único que puede actuar con exclusión de cualquier otra autoridad y, en particular, del propio tribunal. Como señala la Sra. Brahic-Lambrey, al dictar un requerimiento judicial, el tribunal debe aceptar el riesgo de que su decisión no se cumpla. "Un requerimiento judicial presupone necesariamente que su titular acepta que puede no cumplirse. Al dictar un requerimiento, el titular es consciente de que confía en el destinatario y, por tanto, de que puede tropezar con su resistencia" (C. BRAHIC-LAMBREY, *L'injonction, étude de la dynamique d'un processus*, PUAM, 2003, p. 379).

requerimiento contra la administración²⁰⁰¹. Esta prohibición, que data de mucho tiempo atrás²⁰⁰², afectaba tanto a los requerimientos principales como a los requerimientos de ejecución²⁰⁰³. Se aplicaba a todos los procedimientos, ya fueran sobre el fondo o sumarios²⁰⁰⁴. Sin embargo, esta posición no se derivaba de ninguna norma jurídica²⁰⁰⁵. A falta de una norma capaz de sustentar el principio, era de hecho el propio juez quien reducía sus poderes. La norma que prohibía las medidas cautelares se justificaba únicamente por el temor a ofender a la administración y, en última instancia, a encontrar resistencia por su parte. Para el juez, no se había convertido más que en "una especie de 'tabú'", "derivando aparentemente su legitimidad de su repetición ritual"²⁰⁰⁶. A pesar de las críticas -casi unánimes- dirigidas a esta jurisprudencia²⁰⁰⁷ incluso en las filas de los tribunales administrativos²⁰⁰⁸, no se modificó. Hubo que esperar a que el legislador interviniera dos veces en los años noventa para que este *principio* se atemperara.

487. La Ley de 4 de enero de 1992 por la que se instituye el *référé-précontractuel* dotó a los tribunales administrativos de un poder principal de requerimiento, con un ámbito de aplicación limitado. Cuando una

2001 Por otra parte, reconoció que era competente para dictar *mandamientos procesales* contra organismos públicos, como parte de sus poderes para dirigir la investigación (CE, Sect., 1^{er} mai 1936, *Conespel du Mesnil, Lebon* p. 485).

2002 Según M. Chevallier (J. CHEVALLIER, "L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur", *AJDA* 1972, I, p. 70), se remonta a la decisión del Conseil d'Etat de 16 de enero de 1874, *Frère des écoles chrétiennes* (*Lebon* p. 43). La aparición de este principio es consecuencia de la ley de 24 de mayo de 1872, que hizo la transición de la justicia retenida a la justicia delegada. Antes de esta ley, los jueces administrativos no dudaban en emitir requerimientos a la administración en sus dictámenes. Considerándose parte de la jerarquía administrativa, amparado por la autoridad del Jefe del Estado, el Conseil d'Etat podía obligar a las autoridades administrativas a obedecer. Tras el paso a la justicia delegada, el Consejo ya no se sentía legitimado para dirigir requerimientos a la administración, por considerarlos contrarios a su estatuto jurisdiccional. Este principio se ha consagrado firmemente en la jurisprudencia. El Conseil d'Etat declara: "no es competencia del juez administrativo dirigir requerimientos a una autoridad administrativa" (CE, 4 de febrero de 1976, *Elissonde, Lebon* T. p. 1069), "no corresponde al juez administrativo dirigir requerimientos a la administración" (CE, 15 de febrero de 1978, *Plantureux, Lebon* p. 73), "el juez administrativo no tiene competencia para dirigir requerimientos a la administración" (CE, Secc., 25 de noviembre de 1953, *Lebon* p. 515).

2003 Un requerimiento principal (también conocido como requerimiento de fondo o requerimiento inicial) es aquel cuyo pronunciamiento constituye el objeto mismo de la acción judicial. Una orden de ejecución es accesoria a una sentencia principal; consiste en prescribir a la administración las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión del tribunal. Ambas formas de mandamiento judicial están prohibidas. El Conseil d'Etat declaró inadmisibles los recursos que pretendían obtener una orden con carácter principal: ordenar la admisión del demandante en un centro de enseñanza (CE, 25 de noviembre de 1953, *Collado*, p. 515) o su reintegración en una vivienda oficial (CE, 22 de noviembre de 1968, *Ville de Toulouse, Lebon* p. 587), ordenar a un ministro que reexamine una decisión (CE, Sect., 22 de abril de 1955, *Commune de Saint-Martin-en-Vercors, Lebon* p. 203) o modificar un reglamento (CE, 23 de abril de 1980, *Camlong, Lebon* p. 194), u ordenar a la administración que someta al demandante a un examen médico (CE, 9 de julio de 1958, *Dhamelincourt, Lebon* p. 424). El juez administrativo también declaró inadmisibles los escritos en los que se solicitaba una orden de ejecución (véase, por ejemplo, CE, Secc., 25 de noviembre de 1953, *Collado, Lebon* p. 515).

2004 El Conseil d'Etat declaró "que no corresponde al tribunal administrativo, ni, por consiguiente, al juez del procedimiento sumario administrativo, dictar tales medidas cautelares" (CE, 27 de febrero de 1974, *Verguin, Lebon* p. 154; CE, 10 de octubre de 1979, *Kalowski*, n° 12952).

2005 Los argumentos esgrimidos en apoyo de esta jurisprudencia eran extremadamente frágiles. Marcel Waline afirmó que "no existe ningún principio que pueda oponerse válidamente al reconocimiento de este poder del juez" (M. Waline, nota bajo CE, Secc. 23 de enero de 1970, *Secretario de Estado de Asuntos Sociales contra Amorós*, RDP 1970, p. 1040). En primer lugar, la prohibición no podía basarse en el principio de separación entre la administración activa y la jurisdicción administrativa. Un requerimiento judicial no es un acto administrativo. El juez no ocupa el lugar de la administración y no se dirige directamente al público. Dado que el tribunal no actúa como administrador, no infringe el principio de separación. Los argumentos prácticos, basados en el respeto de las prerrogativas de la administración, son un tanto anacrónicos. Frente a la creciente afirmación de las exigencias del Estado de Derecho, resultaba cada vez más difícil "justificar doctrinalmente la denegación de un requerimiento" (M. Roux, concl. sobre CE, Secc., 17 de octubre de 1986, *Vinçot, Lebon* p. 237). Para una exposición crítica de los argumentos teóricos y prácticos esgrimidos en apoyo de esta jurisprudencia, véase F. MODERNE, *op. cit.* especial pp. 803-804.

2006 F. MODERNE, *op. cit.* p. 809.

2007 Véase en particular J. Rivéro, "Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir", *D.* 1962, chron. pp. 37-40, especial pp. 38-39; *ID.*, "Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits", en *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Sirey, 1963, t. II, pp. 813-836, especial pp. 827 y ss. MESTRE, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration*, LGDJ, coll. BDP, t. 116, 1974, pp. 62-71; H. OBERDORFF, *L'exécution par l'administration des décisions du juge administratif*, thèse Paris II, 1981, pp. 188-216; Y. GAUDEMET, "Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif", *Le pouvoir. Mélanges offerts Georges Burdeau*, LGDJ, 1977, pp. 805-824; J. CHEVALLIER, "L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur", *AJDA* 1972, I, pp. 67-89; J.-M. PONTIER, "Contrôle juridictionnel et nouvelles protections en France", *AEAP* 1983/VI, pp. 43-60, especial p. 51; G. DUPAIGNE, "La balance sans le glaive", *GP* 1987, 1, pp. 468-469; F. MODERNE, *op. cit.* artículo préc.

2008 Véase, en particular, S. HUBAC e Y. ROBINEAU, "Droit administratif : vue de l'intérieur", *Pouvoirs* n° 46, 1988, pp. 113-126, esp. p. 124 y ss.; J.-M. WOEHRLING, "Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins", en *Service public et libertés. Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, pp. 341-368, esp. pp. 345-346.

autoridad pública incumple sus obligaciones de publicidad e invitación a la competencia antes de celebrar un contrato, el tribunal puede "ordenar a la parte responsable del incumplimiento que cumpla sus obligaciones"²⁰⁰⁹. El reconocimiento de esta facultad supuso una importante innovación en relación con el principio tradicional de prohibición de las medidas cautelares. Como afirma el Sr. Marcou, "este primer paso facilitó sin duda el siguiente, dado por la Ley de 8 de febrero de 1995, que permite al tribunal ordenar a la administración que ejecute sus decisiones"²⁰¹⁰. Sobre la base de las disposiciones de esta ley, y a condición de que se le presenten escritos en este sentido, el tribunal administrativo puede ahora ordenar a la administración que adopte las medidas de ejecución que implica su decisión. El juez de medidas cautelares es entonces el juez de la ejecución: prescribe a la administración las consecuencias que su decisión implica necesariamente y que pueden consistir bien en tomar una decisión en un sentido determinado, bien en tomar una nueva decisión tras una investigación. Estas dos innovaciones legislativas son muy importantes. No obstante, se mantiene el principio de la prohibición de las medidas cautelares. Las leyes de 4 de enero de 1992 y 8 de febrero de 1995 han mellado el principio de prohibición de las acciones de cesación, pero no lo han anulado. Introdujeron excepciones, pero no anularon el principio. En particular, el tribunal no puede dictar medidas cautelares a título principal fuera de los litigios contractuales²⁰¹¹, y las disposiciones de la Ley de 8 de febrero de 1995 no permiten al tribunal dictar medidas cautelares a título principal²⁰¹². En este contexto, el reconocimiento de la facultad de dictar medidas cautelares a título principal en favor del juez de medidas provisionales constituyó una innovación notable.

488. La concesión de esta facultad se justifica por la necesidad de poder reaccionar eficazmente ante una infracción derivada de un comportamiento administrativo y no de una decisión administrativa. En tal caso, la facultad de suspensión es inadecuada y el requerimiento judicial es la única medida que puede combatir eficazmente la vulneración de las libertades fundamentales. Es la única manera de remediar una infracción resultante de una conducta administrativa. Incluso el poder de sustitución no siempre se adapta a este tipo de situaciones en la medida en que sólo puede aplicarse útilmente en presencia de una decisión; es ineficaz cuando no se solicita la modificación de un acto sino el remedio de una situación o la realización de una operación material. El poder de requerimiento es más flexible y puede adaptarse a todas las situaciones. En efecto, es del ejercicio de este poder de donde el juez civil en procedimiento sumario extrae su notable eficacia en presencia de comportamientos constitutivos de una agresión²⁰¹³. Por otra parte, el reconocimiento de tal poder es fácil de comprender habida cuenta de la situación de *necesidad* a la que debe responder el juez de medidas cautelares²⁰¹⁴.

²⁰⁰⁹ Por ejemplo, iniciar de nuevo el procedimiento de adjudicación (CE, Ass., 10 de junio de 1994, *Commune de Cabourg, Lebon* p. 301, concl. S. LASVIGNES), convocar una nueva licitación (CE, 6 de noviembre de 1998, *Assistance publique Hôpitaux de Marseille, Lebon* T. p. 1098) o eliminar un criterio ilegal de las bases de licitación (CE, 25 de julio de 2001, *Commune de Gravelines, Lebon* p. 391).

²⁰¹⁰ G. MARCOU, "Le droit administratif français entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique communautaire", en *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergences* (G. MARCOU dir.), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1995, p. 84. Entre los numerosos comentarios dedicados a esta ley, véase R. DEBBASCH, "Le juge administratif et l'injonction : la fin d'un tabou", *JCP G* 1996, I, 3924; B. PACTEAU, "Le contentieux administratif: une révolution de velours", *Gazette des communes* 10 de abril de 1995, pp. 74-79; D. CHABANOL, "¿Un printemps procédural pour la juridiction administrative?", *AJDA* 1995, pp. 388 y ss.; P. VALADOU, "Le pouvoir de commandement du juge à l'administration", *LPA* 29 de mayo de 1995, n° 64, pp. 4-10; F. MODERNE, "Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif", *RFD A* 1996, pp. 43-57; E. PICARD, "La loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénal et administrative : aspects administratifs", *JCP G* 1995, I, 3840; O. SACHS, "La réforme du contentieux administratif issu de la loi du 8 février 1995", *CJEG* 1995, pp. 175 y ss.; P. FRAISSEX, "La réforme de la juridiction administrative par la loi n° 92-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative", *RDP* 1995, p. 1053 y ss.

²⁰¹¹ A reserva de algunas posibilidades muy específicas y de alcance limitado, como la obligación de comunicar un documento administrativo en el marco de una medida cautelar, que no permite obstaculizar la ejecución de una decisión administrativa.

²⁰¹² Véase, por ejemplo, CE, 7 de abril de 1995, *Surry, Lebon* p. 158; CE, 28 de febrero de 1996, *Fauqueux, Lebon* p. 52; CE, 16 de noviembre de 1998, *Ferly, Lebon* p. 417.

²⁰¹³ Véase J.-M. LE BERRE, "Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'égard de l'administration", *AJDA* 1979, pp. 14-18. Según jurisprudencia reiterada, los tribunales civiles pueden ordenar a los organismos públicos que cumplan o se abstengan de cumplir todas las obligaciones con el fin de evitar una agresión o ponerle fin. En primer lugar, puede dictar mandamientos judiciales positivos: evacuación de los locales (TC, 2 de febrero de 1950, *Gaujffretau c/ Manufacture d'armes de Chatellerault, Lebon* p. 651), conexión a una red de alcantarillado bloqueada a petición del alcalde (Civ. 1^{ère}, 5 de mayo de 1988, *Droit et patrimoine hebdo*, n° 251, 16 de junio de 1998, p. 2 y ss.), devolución de un pasaporte (TC, 19 de noviembre de 2001, *Mlle Mohamed c/ Ministre de l'Intérieur, Lebon* p. 755). Los tribunales también pueden dictar medidas cautelares negativas, por ejemplo para impedir la realización de obras (TC, 10 de febrero de 1949, *Roubaud c/ Syndicat du lotissement Sainte-Anne, Lebon* p. 591) o para poner fin a las interferencias con las emisiones de radio (Civ. 1^{ère}, 3 de mayo de 1983, *Syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes et autres c/ Télédiffusion de France, Bull. civ. I*, n° 138).

²⁰¹⁴ Como señala la Sra. Brahic-Lambrey, la situación en la que se desencadena el proceso de requerimiento es "una

En comparación con el estado anterior de la ley, este poder constituye "una innovación absoluta"²⁰¹⁵. Durante los trabajos preparatorios, se presentó como "un poder de requerimiento sin precedentes"²⁰¹⁶. La Sra. Burgorgue-Larsen señala que "por primera vez en la historia del contencioso administrativo, el tribunal está investido de una potestad de requerimiento contra la administración antes de que se haya decidido sobre el fondo del litigio y sin que se haya interpuesto un recurso contra un acto administrativo"²⁰¹⁷. En la medida en que se ejerce inicialmente, su poder va más allá del estrecho marco de la Ley de 8 de febrero de 1995, que limita el ejercicio del poder de requerimiento a la única finalidad de garantizar el cumplimiento de una decisión judicial. Va más allá de la aclaración de las obligaciones derivadas de la cosa juzgada. En la medida en que se ejerce con carácter principal, su poder de requerimiento se aproxima más al que tiene el juez de medidas provisionales en el marco del procedimiento de medidas provisionales precontractuales. Sobre este punto, el Sr. Garrec observó que los poderes otorgados al juez de medidas provisionales "pueden compararse a los del juez de medidas provisionales precontractuales, en el ámbito específico de los contratos públicos. Se trata de poner fin a una situación ilegal ordenando a la administración que actúe de una determinada manera"²⁰¹⁸. Aunque el referente no es el mismo en los dos procedimientos - violación grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental en un caso, incumplimiento de las obligaciones de publicidad y concurrencia en el otro - el poder de requerimiento atribuido al juez es considerable y se ejerce principalmente en cada uno de los dos procedimientos. Sin embargo, los poderes del juez de medidas cautelares se definen de forma más amplia, ya que puede ordenar cualquier medida necesaria. Así, en comparación con las soluciones que han prevalecido hasta ahora, las prerrogativas del juez administrativo para dictar medidas cautelares se han ampliado exponencialmente. Según el Sr. Chauvaux, cuando el juez de medidas provisionales dicta una medida cautelar en virtud del artículo L. 521-2, va "hasta el límite de las competencias del juez administrativo"²⁰¹⁹.

El reconocimiento de una competencia tan amplia para dictar medidas cautelares ha suscitado interrogantes, e incluso preocupaciones, sobre el respeto del principio de separación entre el tribunal administrativo y la administración activa. Para el Sr. Garrec, este poder "cambia la naturaleza de la relación entre el tribunal administrativo y la autoridad pública"²⁰²⁰. En la misma línea, el Sr. Fromont observó que la concesión de tal poder de requerimiento "produce un vuelco importante en la relación entre el tribunal administrativo y la administración"²⁰²¹. Tanto es así que cabe "preguntarse si el principio de separación de poderes (según el Derecho francés) no se ve más o menos ofendido por ello" afirmó el profesor Chapus, reconociendo no obstante "que tanto la urgencia de intervenir para salvaguardar una libertad fundamental como el carácter provisional de las medidas ordenadas pueden justificar que se dejen de lado los mejores principios"²⁰²².

b. Ejercicio de la acción de cesación

- 489.** El juez de medidas cautelares puede dictar distintos tipos de medidas cautelares contra la administración. Esta diversidad de medidas cautelares permite al juez adaptar el contenido de la medida a la variedad de situaciones que se le presentan. De este modo, puede utilizar medidas cautelares específicas para impedir que se produzca o continúe una violación grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental.
- 490.** En primer lugar, el tribunal puede ordenar a la autoridad administrativa que se abstenga de hacer algo. Así, puede ordenar a la autoridad prefectoral que aplaze temporalmente la ejecución de una orden de expulsión²⁰²³

situación de necesidad" (C. BRAHIC-LAMBREY, *op. cit.*, p. 136). Los principales elementos identificados como característicos de una situación de necesidad - urgencia, vulneración de un interés protegido y gravedad (véanse los numerosos ejemplos, citados por el autor en las pp. 137-147, de medidas cautelares cuya aplicación está condicionada a la presencia de uno o varios de estos criterios) - se encuentran todos ellos, acumulativamente, en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. Los requisitos para la concesión de medidas cautelares caracterizan indiscutiblemente una situación de necesidad.

²⁰¹⁵ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, n° 1591.

²⁰¹⁶ R. GARREC, Informe del Senado n° 380, p. 41.

²⁰¹⁷ L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2003, p. 20. No obstante, cabe formular una reserva sobre el hecho de que el juez de medidas provisionales no se pronuncie sobre el fondo del derecho (véase *supra*, §§ 278-279).

²⁰¹⁸ R. GARREC, Informe del Senado n° 380, p. 55.

²⁰¹⁹ D. CHAUVAUX, concl. sobre CE, 16 de febrero de 2001, *Breucq*, RFD-A 2001, p. 672. No obstante, esta afirmación debe matizarse en la medida en que el último nivel de competencias del juez administrativo se concreta en la sustitución y no en la acción de cesación (véase *supra*, § 485).

²⁰²⁰ R. GARREC, Informe del Senado n° 380, p. 55.

²⁰²¹ M. FROMONT, "Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie et France. Convergences", RFD-A 2002, p. 556.

²⁰²² R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, n° 1591.

²⁰²³ CE, ord. 10 de abril de 2001, *Merzouk*, *Lebon T.* p. 1135. El juez no dictó este requerimiento, sino que lo presentó

, a un alcalde que no obstaculice la ejecución de un contrato de alquiler de una sala municipal²⁰²⁴ o de un estadio²⁰²⁵, a un establecimiento público de cooperación intermunicipal que deje de interferir en la competencia de los municipios que lo integran²⁰²⁶. Ordenó "a las distintas autoridades administrativas que tramitan el procedimiento disciplinario incoado contra el Sr. Gollnisch que se abstengan de adoptar posiciones públicas, tanto sobre el procedimiento disciplinario como sobre el procedimiento penal, a raíz de las declaraciones realizadas por el Sr. Gollnisch el 11 de octubre de 2004, en condiciones contrarias al principio de presunción de inocencia"²⁰²⁷. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat ordenó al Ministro de Justicia que no ejecutara un decreto por el que se concedía la extradición del demandante a las autoridades albanesas y, en particular, que no notificara dicho decreto a dichas autoridades²⁰²⁸. Del mismo modo, prohibió a una comunidad de aglomerados talar o hacer talar árboles hasta haber recibido la autorización exigida por el artículo L. 130-1 del Código de Urbanismo francés para llevar a cabo tales operaciones²⁰²⁹.

491. Lo más frecuente es que el requerimiento adopte la forma de una obligación de hacer algo. En primer lugar, puede consistir en adoptar una decisión concreta en condiciones similares a las del artículo L. 911-1 del Código de Justicia Administrativa, es decir, cuando la administración se encuentra en una situación de jurisdicción vinculada, sin libertad de elección en cuanto al contenido de la decisión. Por ejemplo, un juez de procedimiento sumario ordenó al consejo regional del colegio de veterinarios "enviar por correo certificado con acuse de recibo una denegación a todos los destinatarios mencionados en su carta de 27 de noviembre de 2002, escrita en nombre del [demandante], indicando que la notificación de suspensión contenida en esta carta, que procede de un error, es nula (...)"²⁰³⁰.

En segundo lugar, el requerimiento de actuar puede consistir en tomar una decisión tras una nueva investigación, en condiciones similares a las del artículo L. 911-2, es decir, examinando o reexaminando una solicitud presentada por un constituyente. Este requerimiento corresponde a los casos en los que la administración está obligada a tomar una decisión tras una investigación o una nueva investigación. Por ejemplo, el juez de medidas provisionales ordenó a las autoridades consulares "proceder *sin demora*, tan pronto como [el solicitante] haya presentado un expediente completo, al examen de su solicitud en cumplimiento de las disposiciones del artículo 8 del decreto de 26 de febrero de 2001"²⁰³¹. Ha emitido numerosos requerimientos de esta naturaleza a las autoridades prefecturales, por ejemplo pronunciarse, en un plazo máximo de 15 días a partir de la notificación del auto a la luz de la situación de hecho y de derecho existente en la fecha de su decisión, sobre el derecho de la demandante a un permiso de residencia²⁰³²; completar, en un plazo de 15 días, el examen de la solicitud de permiso de residencia de la demandante y expedirle, desde la notificación del auto, un recibo equivalente a un permiso de residencia²⁰³³; examinar, en un plazo de 8 días a partir de su presentación por el solicitante, una solicitud de permiso de residencia provisional para permitir al solicitante presentar una solicitud de asilo al director de la Oficina francesa de protección de refugiados y apátridas, con pleno conocimiento de sus derechos y obligaciones²⁰³⁴; examinar una solicitud de permiso de residencia con la mención "vie privée et familiale" (vida

como una medida que el demandante podría adoptar "en caso necesario".

²⁰²⁴ CE, ord. 19 de agosto de 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311; TA Rennes, ord. 11 de febrero de 2002, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Lorient*, GP 29 de abril de 2003, p. 12.

²⁰²⁵ TA París, ord. 13 de mayo de 2004, *Association culturelle des Témoins de Jéhovah de France et autres*, *AJDA* 2004, pp. 1597-1599, nota G. GONZALEZ.

²⁰²⁶ CE, 12 de junio de 2002, *Commune de Fauillet et autres*, *Lebon* p. 215. Más concretamente, se ordenó a la communauté de communes que dejara de tomar cualquier medida que anticipara la aplicación del decreto de ampliación-transformación en communauté d'agglomération, y que dejara de aplicar los actos por los que había empezado a ejercer las competencias derivadas de dicho decreto.

²⁰²⁷ CE, ord. 14 de marzo de 2005, *Gollnisch*, *Lebon* p. 103.

²⁰²⁸ CE, ord. 29 julio 2003, *Pegini*, *Lebon* p. 345.

²⁰²⁹ CE, ord. 8 de noviembre de 2005, *Moissinac Massenat*, *Lebon* p. 491. Véase, en circunstancias similares: CE, 14 de junio de 2006, *Association syndicale du canal de la Gervonde*, n° 294060, citado en *Recueil Lebon*. El juez ordenó a la Association syndicale du canal de la Gervonde que no cortara ni talara ningún árbol en las parcelas propiedad del departamento de Isère hasta que el syndicat de la Gervonde tomara una decisión y la hiciera ejecutiva de conformidad con las normas estatutarias que le son aplicables.

²⁰³⁰ TA Nancy, ord. 11 de febrero de 2002, *Freyheit*, n° 02157, citado por P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p. 137.

²⁰³¹ CE, ord. 4 de diciembre de 2002, *Du Couëdic de Kéranter*, *Lebon T.* p. 875.

²⁰³² CE, 11 de junio de 2002, *Aït Oubba*, *Lebon T.* p. 869.

²⁰³³ TA Montpellier, ord. 19 octubre 2001, Mlle Béchar, confirmada en apelación por CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar*, *Lebon T.* p. 1132. El Conseil d'Etat emitió la misma orden judicial en un caso estrictamente idéntico: CE, 7 de mayo de 2003, *Boumaïza*, n° 250002.

²⁰³⁴ CE, ord. 21 diciembre 2004, *Luzolo Kondé*, n° 275361.

privada y familiar), que se invita al solicitante a presentar²⁰³⁵ o, en un plazo de 15 días, examinar de nuevo la solicitud de renovación del documento nacional de identidad y del pasaporte del solicitante²⁰³⁶. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat ordenó al Ministro del Interior que reexaminara la solicitud de residencia del demandante a la luz de los motivos de su orden en un plazo de 8 días²⁰³⁷. Ordenó al alcalde de un municipio, tras suspender una ordenanza que exigía la autorización previa de entrada y estacionamiento de buques en el puerto, "que vuelva a examinar la situación de SARL Côte Radieuse en lo que respecta al derecho a embarcar y desembarcar pasajeros en el puerto de Collioure, en un plazo de tres días a partir de la presente orden"²⁰³⁸. El juez de medidas provisionales ordenó al director de un centro hospitalario que, en un plazo de 8 días, reexaminara la situación del demandante, que había sido internado involuntariamente en su establecimiento, con el fin de permitirle ejercer sus derechos a comunicarse con las autoridades administrativas y judiciales y a enviar y recibir correo²⁰³⁹. Instó al Presidente de la Polinesia Francesa a pronunciarse "sin demora" sobre el curso que debía darse a la dimisión presentada por el demandante, habida cuenta de las razones expuestas en el auto²⁰⁴⁰.

En tercer y último lugar, el requerimiento de actuar puede consistir en la realización de una acción concreta. Por ejemplo, el juez de medidas provisionales ordenó a la autoridad prefectural que devolviera a los miembros de una familia de nacionalidad francesa sus documentos de identidad, que les habían sido retirados ilegalmente²⁰⁴¹; que devolviera un permiso de residencia válido en un plazo de 8 días²⁰⁴²; que expidiera un recibo de permiso de residencia provisional al solicitante en un plazo de 8 días²⁰⁴³; registrar la solicitud de asilo territorial del solicitante "tan pronto como el solicitante, que debe ser informado de ello por el Prefecto en las 48 horas siguientes a la notificación de la presente decisión, se presente en la Prefectura"²⁰⁴⁴; adoptar "todas las medidas necesarias" para garantizar la ejecución de una orden judicial que requiera el desalojo de los ocupantes no autorizados²⁰⁴⁵; expedir al solicitante, en un plazo de 8 días, el documento nacional de identidad que ha solicitado²⁰⁴⁶; admitir a los solicitantes como demandantes de asilo en un plazo de 8 días²⁰⁴⁷. El juez de medidas provisionales ordenó al alcalde que volviera a colocar la cadena que impedía el acceso a la vía de servicio de un puerto²⁰⁴⁸; que diera instrucciones a sus servicios para poner fin "inmediatamente" a la aplicación de una nota emitida por el alcalde²⁰⁴⁹; que retirara los bolardos instalados delante de los locales de una empresa privada y realizara las obras necesarias para conectar sus locales a la vía pública²⁰⁵⁰; que pusiera a disposición de una asociación la sala municipal cuyo alquiler había solicitado²⁰⁵¹. Ordenó a un establecimiento hospitalario "que lleve a cabo, en el departamento en el que se encuentra [la demandante] o en otro departamento hospitalario apropiado, todas las investigaciones y todos los cuidados médicamente compatibles con el estado general de la interesada, que trate específicamente su

2035 CE, ord. 21 febrero 2005, *Najemi*, n° 277520.

2036 CE, ord. 26 abril 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI*, *Lebon T.* p. 1034.

2037 CE, ord. 17 de marzo de 2006, *Saidov*, n° 291214.

2038 CE, ord. 2 julio 2003, *Commune de Collioure*, *Lebon T.* p. 930. De este modo, el juez obligó implícita pero necesariamente al alcalde a modificar o derogar la ordenanza declarada ilegal. La ordenanza era la base jurídica de la denegación del permiso al solicitante. Si se mantiene en su estado actual y el alcalde da la razón al solicitante, la decisión individual se adoptará infringiendo sus disposiciones. Si el alcalde vuelve a denegar la autorización basándose en las disposiciones de la ordenanza, estará ignorando el alcance de la medida cautelar. Por consiguiente, antes de volver a examinar la situación del demandante, el alcalde está obligado a modificar la ordenanza para poner fin a la ilegalidad constatada por el juez, o a derogarla por completo.

2039 CE, 15 de mayo de 2002, *Baudoin*, n° 239487.

2040 CE, ord. 11 de abril de 2006, *Tefaarere*, *Lebon* p. 197.

2041 TA Marsella, auto. 9 de marzo de 2001, confirmado en apelación por CE, auto. 2 de abril de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel*, *Lebon* p. 167.

2042 CE, ord. 8 noviembre 2001, *Kaigisiz*, *Lebon* p. 545.

2043 TA Grenoble, 19 de octubre de 2001, *Farhoud*, confirmado en apelación por CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud*, *Lebon T.* p. 1126.

2044 CE, 15 de febrero de 2002, *Hadda*, *Lebon* p. 45.

2045 CE, 29 de marzo de 2002, *SCI Stéphaneur et autres*, *Lebon* p. 117 (plazo de 15 días para la expulsión de un inmueble de uso residencial); CE, ord. 21 de noviembre de 2002, *Gaz de France*, *Lebon* p. 408 (plazo de dos meses para la expulsión); CE, ord. 27 de noviembre de 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon T.* p. 874 (plazo de tres meses para la expulsión).

2046 CE, ord. 11 de marzo de 2003, *Samagassi*, *Lebon* p. 119.

2047 CE, 14 de mayo de 2004, *Gaitukaev*, n° 267360.

2048 TA Niza, ord. 14 de agosto de 2003, confirmada en apelación por CE, ord. 10 de septiembre de 2003, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, n° 260015.

2049 CE, 9 de abril de 2004, *Vast*, *Lebon* p. 173.

2050 TA Niza, ord. 18 de mayo de 2001, confirmada en apelación por CE, ord. 31 de mayo de 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, *Lebon* p. 253.

2051 TA Rennes, orden de 21 de febrero de 2002, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Lorient*, GP 29 de abril de 2003, p. 12.

reciente afección neurológica, que implica la pérdida de la vista y del oído, y que considere el traslado de la interesada a una unidad de cuidados paliativos únicamente si se considera que la irreversibilidad de esta afección está demostrada"2052. El juez de medidas cautelares ordenó al director de un centro de internamiento que facilitara al demandante una copia de los datos del registro de entrada y salida del correo que le afectaba2053, al director de un hospital que velara por que se diera prioridad a los médicos de urgencias que no estuvieran en huelga para prestar el servicio mínimo y que elaborara sin demora un cuadro de guardia en el que figuraran todos los facultativos del centro hospitalario cualificados profesionalmente para trabajar en el SAMU2054. También ordenó al director de un centro escolar que, en el plazo de 15 días a partir de la notificación de la orden, sometiera el conflicto entre la dirección del centro y el demandante al consejo disciplinario del centro2055.

492. El juez de medidas cautelares tiene en cuenta una serie de criterios para determinar la finalidad, el contenido y el alcance de una medida cautelar.

En primer lugar, el requerimiento debe ser *possible*, lo que presupone que puede ejecutarse. El titular del poder de requerimiento, "guiado por un imperativo de utilidad, sólo dicta los requerimientos que son posibles en las circunstancias del caso. La viabilidad de la medida es una condición de su utilidad"2056. La medida cautelar no puede ir más allá de lo técnicamente imposible, ni tropezar con una dificultad material importante para su aplicación. El juez de medidas cautelares del Conseil d'Etat respeta esta norma, cuidando de no ordenar nunca más que medidas cautelares cuya ejecución parezca objetivamente viable. Por otra parte, algunos jueces de primera instancia se han aventurado a dictar requerimientos irreales a las autoridades públicas, como impedir que se celebrara una fiesta rave con decenas de miles de participantes2057 o poner fin al bloqueo de una universidad por estudiantes "en huelga"2058. Estas medidas cautelares eran imposibles de ejecutar, y la administración no las llevó a cabo. Se condenó a la autoridad policial a obligaciones poco realistas, lo que socava la credibilidad del procedimiento de medidas cautelares y debilita la autoridad del juez de medidas cautelares2059.

2052 TA Marseille, auto de 22 de enero de 2004, *Sra. X*, nº 04427/0.

2053 TA Nantes, auto de 7 de marzo de 2002, confirmado en apelación por CE, auto de 22 de marzo de 2002, *Ministro de Justicia contra Caze, Lebon T.* p. 852.

2054 TA Orléans, ord. 11 de diciembre de 2001, *Bennis*, *AJFP* 2002, p. 39.

2055 TA Cergy-Pontoise, orden. 21 de octubre de 2004, *M. Singh*, *Procédures* 2005, nº 79, p. 28, nota X.

2056 C. BRAHIC-LAMBREY, *op. cit.* p. 368.

2057 TA Châlons-en-Champagne, ord. 29 abril 2005, *Conservatoire du patrimoine naturel et autres*: *AJDA* 2005, pp. 1357-1360, nota H. GROUD y S. PUGEAULT; *JCP A* 2005, 1216, nota de P. BILLET. El "Teknival" es un gran acontecimiento musical que se organiza una vez al año y reúne a varios miles de personas durante un fin de semana. El segundo día del acontecimiento, en el que se esperaba la asistencia de 40.000 personas, el juez de medidas provisionales ordenó al Prefecto de la Marne "tomar todas las medidas necesarias para prohibir inmediatamente la continuación del acontecimiento "Teknival"". Con esta medida cautelar, el juez pide a la autoridad policial que desaloje a varios miles de personas del recinto de Teknival y, al mismo tiempo, impida que otros varios miles de personas accedan al mismo. El requerimiento era objetivamente inviable, dadas las condiciones en las que tendría que intervenir la policía, el número de participantes y, sobre todo, el hecho de que la manifestación ya había comenzado.

2058 En una orden de 13 de abril de 2006 (TA Toulouse, ord. 13 de abril de 2006, *Wenger et autres*, *AJDA* 2006, p. 844, obs. E. ROYER, pp. 1281-1286, nota X. BIOY), el juez référé-liberté afirmó que, ante la ocupación de los locales de la Universidad de Toulouse-le Mirail, "el presidente de esta universidad, aunque haya puesto en marcha los medios para continuar la enseñanza destinada a determinadas categorías de alumnos y desarrollar métodos alternativos de adquisición de conocimientos para los demás, no ha utilizado todos los poderes que le confiere el artículo L. 712-2 del Código de Educación; que, de este modo, ha ignorado ilegalmente el alcance de sus competencias; que no se ha demostrado que la protección del orden público y el respeto de los derechos de los demás hubieran justificado que se abstuviera de ejercer la totalidad de dichas competencias". En consecuencia, el juez conmina al Presidente de la Universidad "a tomar todas las medidas útiles, en particular en lo que se refiere a la continuación de toda la enseñanza en condiciones que permitan una preparación eficaz de los exámenes".

2059 Estas decisiones también plantean dificultades a la hora de evaluar el requisito de ilegalidad manifiesta y la valoración global de la urgencia. En ambos casos, la negativa de la autoridad policial a actuar no parecía desproporcionada en relación con el objetivo de salvaguardar el orden público. Es difícil considerar estas negativas como ilegales, y *menos aún* manifiestamente ilegales. La negativa o la abstención de la autoridad policial a enviar las fuerzas del orden sólo es ilegal si no hay alteración del orden público. En estos dos casos, es seguro que el uso de la fuerza desencadenaría disturbios importantes, muy alejados de los disturbios resultantes de la organización de una fiesta rave o de la ocupación de locales universitarios. Como señaló el Presidente Bonichot, "sostener que el Estado tiene la obligación de intervenir en todos los casos para restablecer inmediatamente el orden público carece de sentido y es un mero encantamiento. Nunca se podrá establecer como principio jurídico la obligación del Estado de evacuar una fábrica o la vía pública o de aplastar una manifestación a cualquier precio" (J.-C. BONICHOT, "Devoir d'agir ou droit de ne pas agir : l'Etat entre les exigences de l'ordre public et celles du droit européen", *AJDA* 1999, número especial Puissance publique ou impuissance publique, p. 86). Del mismo modo, la urgencia de requerir no parece haberse confrontado, en estas decisiones, con la urgencia de no requerir. Como señala M. Royer en el citado auto del juez de medidas provisionales del Tribunal Administrativo de Toulouse, "cabe preguntarse si el juez apreció plenamente las dificultades a las que se enfrentan los rectores de las universidades en tales circunstancias, habida cuenta de los limitados recursos de que disponen" (*op. cit.*, p. 844). Otros jueces de procedimiento sumario han mostrado un

El requerimiento también debe *adaptarse* a la situación que justificó su emisión, es decir, debe ser adecuado por su naturaleza y proporcionado por su alcance. El requerimiento es como un espejo que intenta volver a la situación de vulneración grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental. En términos generales, "una medida cautelar es un reflejo de la situación de necesidad que le dio origen. Es, por tanto, lo contrario de esa situación, a la vez que se modela perfectamente en ella, con el fin de invertirla (...)"²⁰⁶⁰. El tribunal debe hacer de la medida cautelar la respuesta opuesta a la situación que justificó su emisión. Determina caso por caso cómo responder a la situación de necesidad que justifica la emisión de un requerimiento judicial, es decir, cómo corregirla y revertirla contrarrestando sus efectos. Para ello, no basta con que la naturaleza de la medida cautelar responda a la situación concreta sometida al juez, sino que su alcance debe ser proporcionado. Lo que importa ante todo es restablecer o instaurar un equilibrio, una situación "normal", y no crear una situación de necesidad invertida imponiendo a la autoridad administrativa una carga excesivamente pesada, restrictiva o desproporcionada. Se trata de restablecer un equilibrio roto, no de crear un desequilibrio inverso. La administración ha retirado ilegalmente documentos de identidad, y el juez le ordena devolverlos; inmoviliza una aeronave rodeándola de bloques de hormigón, y el juez le ordena poner fin a la inmovilización retirando los bloques de hormigón que rodean la aeronave. Así pues, el juez no va más allá de lo necesario para poner fin a la infracción.

En segundo lugar, el requerimiento debe ser *preciso*. El juez debe indicar claramente las obligaciones que incumben a las autoridades. La administración debe saber exactamente lo que debe hacer. No debe haber ambigüedad en cuanto al alcance y contenido de sus obligaciones o la forma en que deben cumplirse. Para evitar cualquier dificultad en la ejecución, el juez de medidas provisionales será muy prescriptivo cuando sea necesario, explicando las obligaciones impuestas a la administración en términos precisos.

El juez también debe fijar un *plazo* para el cumplimiento del requerimiento. En el caso de un requerimiento positivo, el juez de medidas cautelares fija un plazo muy corto que presionará a la administración para que lo cumpla. Para determinar el plazo, el juez tiene en cuenta el período de tiempo que previsiblemente será necesario para que se cumpla el requerimiento, habida cuenta de las limitaciones de todo tipo que puedan pesar sobre él. Por lo general, se trata de unos días²⁰⁶¹. A veces el tribunal ordena a las autoridades que cumplan "sin demora" o "inmediatamente". En la práctica, el plazo más largo que se da a las autoridades para cumplir es de tres meses, y se refiere a la obligación de proporcionar ayuda de la policía para ejecutar una decisión de desalojo de ocupantes ilegales, dadas las dificultades de la operación. El requerimiento tiene entonces una duración correspondiente al plazo fijado para su ejecución. En el caso de un requerimiento negativo, el juez fija un plazo o determina un acontecimiento a cuyo vencimiento o acaecimiento la administración quedará liberada de la obligación de no actuar. Deberá abstenerse durante este periodo y esperar a quedar liberada para poder actuar.

Por último, el requerimiento debe ir acompañado de una *amenaza de sanción*. Debe quedar suficientemente claro que el incumplimiento del requerimiento puede acarrear consecuencias negativas. La amenaza puede ser directamente aparente, en particular cuando el tribunal emite el requerimiento judicial sujeto a una sanción.

Una vez definida la decisión adecuada para poner fin a la infracción, corresponde al juez velar por su cumplimiento. Es importante que la decisión produzca un resultado concreto para la víctima de la infracción y ponga fin efectivamente a la situación de vulneración grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental.

B. Apoyo a la medida de salvaguardia

493. El juez de medidas provisionales interviene en la ejecución de sus decisiones. Para asegurarse de que su decisión es plenamente comprendida y correctamente aplicada por las autoridades, añade una dosis de coacción y educación a sus resoluciones. Cuando sea necesario o útil, indicará detalladamente a las autoridades las medidas que deben adoptarse para poner fin a la infracción. Una vez decidida la medida y explicado lo que

mayor discernimiento a la hora de evaluar el riesgo de perturbación. Por ejemplo, en un caso idéntico al anterior, el juez de medidas provisionales del tribunal administrativo de Melun declaró que "aun suponiendo que el demandante pueda justificar la existencia de una situación de urgencia, dado que se le impide acceder a la biblioteca de la universidad para preparar sus exámenes, y que el derecho a la educación constituye una libertad fundamental, el Sr. Pineda no demuestra que la situación sea urgente" (op. cit., p. 844). Pineda no acredita que al adoptar la decisión de cerrar determinados edificios de la universidad debido a alteraciones del orden público susceptibles de poner en peligro la seguridad de las personas, el Presidente, en el ejercicio de su facultad de mantener el orden público dentro de los recintos universitarios, hubiera vulnerado de forma grave y manifiestamente ilegal esta libertad" (TA Melun, ord. 23 marzo 2006, *Pineda*, n° 06-1796/5, *AJDA* 2006, obs. C. de MONTECLER). Del mismo modo, el citado auto del juez de medidas provisionales de Châlons-en-Champagne no parece haber tenido en cuenta los graves problemas de orden público que se plantearían inevitablemente si interviniera la policía. Era seguro que los participantes no abandonarían el lugar de la concentración por su propia voluntad y que la intervención de la policía provocaría enfrentamientos con ellos. Además, negar el acceso al lugar a miles de participantes podría provocar bloqueos de carreteras, impidiendo la circulación de vehículos de emergencia y rescate.

²⁰⁶⁰ C. BRAHIC-LAMBREY, *op. cit.* p. 373.

²⁰⁶¹ Véase § 491 *supra*.

implica, también se dota de los medios para imponer enérgicamente su cumplimiento.

1. La explicación

494. Independientemente del tipo de medida ordenada, cuando las circunstancias lo exigen, el juez del procedimiento sumario hace gala de una pedagogía ejemplar para garantizar la correcta ejecución de su decisión. Mientras que las decisiones del juez administrativo son tradicionalmente breves y lacónicas²⁰⁶², las órdenes del juez de medidas cautelares indican de forma muy precisa a la administración las obligaciones que le incumben, con una preocupación por la precisión que raya en la pedagogía²⁰⁶³. De acuerdo con su papel

²⁰⁶² Los autores han destacado desde hace tiempo la concisión de las sentencias del Conseil d'Etat (véase, en particular, D. SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, 2^{ème} ed, Aug. Durand librairie éditeur, 1865, vol. I, p. VI. I, p. VI; E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887, t. I, p. IX; G. JEZE, "Collaboration du Conseil d'Etat et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français", *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Recueil Sirey, 1952, p. 348; B. DUCAMIN, "Le style des décisions du Conseil d'Etat. Les réactions d'un public cultivé", *EDCE* 1984-1985, pp. 129-145, especial p. 129). Hauriou fue uno de los pocos autores que elogió esta brevedad de las sentencias (véase la nota en CE, 28 de febrero de 1919, *Dames Dol et Laurent*, S. 1918-1919, p. 343). No obstante, una gran parte de la doctrina ha impugnado la aridez objetiva y la excesiva brevedad de las resoluciones del juez administrativo, percibidas como un obstáculo a la inteligibilidad y claridad de sus decisiones (véase, en particular, R.-E. CHARLIER, "La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction?", *EDCE* 1951, p. 43; J. RIVERO, "Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif", *EDCE* 1955, p. 30; J. MORAND-DEVILLER, "Le contrôle de l'administration: la spécificité des méthodes du juge administratif et du juge judiciaire", en *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique*, Economica, 1991, p. 199; M.-C. PONTTHOREAU, "Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français", *RDP* 1997, p. 748; B. PACTEAU, "La jurisprudence, une chance du droit administratif?", *RA* 1999, número especial 6, p. 79).

²⁰⁶³ Este esfuerzo educativo no se dirige exclusivamente a la administración. También puede interesar a los jueces de primera instancia y a los propios demandantes.

Como ya destacaron los autores con ocasión de la creación de los tribunales administrativos en 1953, una motivación completa de las decisiones del Consejo de Estado favorece la aplicación correcta y uniforme de su jurisprudencia por los jueces de primera instancia (véase J. Rivero, "Le Conseil d'Etat, Cour régulatrice", *D.* 1954, chron. pp. 157-162; F. Gazier, "De quelques perspectives ouvertes par la récente réforme du contentieux administratif", *RDP* 1954, pp. 669-683, especial p. 680). Con este objetivo, la División de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha puesto en marcha una política jurisprudencial voluntarista consistente en motivar de forma precisa y detallada para ayudar a los jueces de primera instancia a aplicar la reforma de 30 de junio de 2000. Como declaró el vicepresidente del Conseil d'Etat, "los primeros autos se motivaron voluntariamente de forma extensa para información de las partes y de los jueces de medidas provisionales de la jurisdicción contencioso-administrativa" (R. DENOIX DE SAINT MARC, "Les procédures d'urgence: premier bilan", *AJDA* 2002, p. 1). El tribunal supremo del orden jurisdiccional contencioso-administrativo pretendía establecer con la mayor claridad las normas procesales y el régimen de los nuevos procedimientos sumarios, con el fin de garantizar su aplicación sin fallos. El auto *Hyacinthe atestigua* este enfoque (CE, ord. 12 enero 2001, *Hyacinthe, Lebon* p. 12). Como el demandante había obtenido satisfacción antes de la vista, el juez tuvo que declarar que el objeto del litigio había desaparecido y dictaminar que no había necesidad de juzgar. Podría haberlo dejado así, como es la norma habitual. Sin embargo, antes de sobreeser el caso, y aunque no está obligado a hacerlo, se tomó la molestia de examinar detenidamente, y uno por uno, si se cumplían las condiciones para conceder la orden de cesación. En derecho, este examen no era necesario. Su única finalidad es orientar a los órganos jurisdiccionales inferiores sobre la forma de apreciar las condiciones de una medida solicitada sobre la base del artículo L. 521-2. Del mismo modo, el auto de 12 de noviembre de 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, contiene orientaciones muy precisas y generales sobre la apreciación de las condiciones de una injerencia grave y manifiestamente ilícita en una libertad fundamental (véase *supra*, §§ 223 y 256).

El juez de medidas provisionales también instruirá al demandante si no ha utilizado el procedimiento de medidas provisionales adecuado. El juez podrá invitar al solicitante a que recurra ante él por la vía adecuada, indicándole incluso los trámites que debe realizar previamente ante la administración. Esta remisión puede hacerse del juez de medidas provisionales a otro juez, o de otro juez al juez de medidas provisionales.

El juez de référés-liberté puede remitir al juez que conoce del fondo al demandante que solicita la anulación de una decisión y la indemnización del perjuicio que supuestamente le ha causado (véase CE, ord. 29 de octubre de 2001, *SARL Objectif*, n° 239443). También puede invitar al solicitante a recurrir ante la Commission de recours contre les refus de visa d'entrée en France (CE, ord. 18 de febrero de 2005, *Launay y Benfdil*, n° 277579; CE, ord. 15 de marzo de 2005, *Sousson*, n° 278502). El juez de medidas provisionales también puede remitir al demandante a un procedimiento de medidas provisionales adecuado a su situación: el procedimiento de suministro provisional (CE, ord. 4 de febrero de 2004, *Commune d'Yvrac, Lebon T.* p. 828) o, más a menudo, el procedimiento de suspensión provisional. En la sentencia *Commune de Venelles*, el Conseil d'Etat remitió a los demandantes al procedimiento de suspensión sumaria, dándoles instrucciones precisas sobre cómo obtener la suspensión de la negativa del alcalde a convocar el consejo municipal. La sentencia precisa que "la presente decisión no impide a los interesados, si lo consideran admisible y fundado, interponer un recurso ante el tribunal administrativo por ultra vires contra la decisión del alcalde de no convocar y remitir al juez de medidas provisionales de dicho tribunal conclusiones para que, sobre la base de las disposiciones del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa, ordene la suspensión de la decisión y, al pronunciar esta medida, indique las obligaciones que se derivarán para el alcalde" (CE, Secc, 18 de enero de 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles, Lebon* p. 18). Para otros ejemplos de remisión del juez de medidas provisionales

de órgano decisorio, el juez no se contenta con constatar una violación grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental y dejar a la administración que extraiga las consecuencias. Al contrario, orienta y dirige a la autoridad administrativa en la aplicación de sus decisiones. Mediante una redacción especialmente cuidadosa y directiva de la motivación de sus autos, el juez infunde, en el marco de su función, una dosis suplementaria de coacción contra la administración. Abandonando su antigua reserva, se muestra decididamente directivo e implicado en la eficacia de su sentencia. No duda en "emprender una acción administrativa"²⁰⁶⁴, aunque ello suponga extralimitarse en sus funciones de administrador.

Las decisiones se redactan deliberadamente de forma pedagógica para garantizar su correcta aplicación por parte de la administración²⁰⁶⁵. Si el juez de medidas provisionales desea que la autoridad administrativa aplique correctamente sus decisiones, también debe permitirle comprender todas sus implicaciones. En efecto, cuando las obligaciones de la autoridad administrativa no están claramente definidas, ésta puede, a pesar de su buena fe, dudar sobre qué hacer ante una situación jurídica compleja. Al explicar a la administración cómo debe comportarse, en este caso y en el futuro, el juez elimina cualquier dificultad para que la administración ejecute sus decisiones correctamente y actúe de conformidad con la ley y las libertades fundamentales. Al dar explicaciones, el juez vela por el cumplimiento de la ley y de sus decisiones, garantizando así la eficacia de su intervención. Indica a la administración cómo poner fin a una infracción y cómo evitar que se repita en el futuro. Esto le permite subsanar la infracción y prevenir nuevas infracciones. De este modo, garantiza la eficacia de su intervención. Los considerandos de la resolución, y a veces incluso la parte dispositiva de la misma, establecen detalladamente lo que la administración debe hacer para cumplir la resolución judicial en el caso en cuestión y evitar ser objeto de nuevas censuras judiciales en el futuro.

495. En presencia de una situación jurídica compleja, el juez de la *référé-liberté* no asumirá el riesgo de una ejecución incorrecta o incompleta de su decisión por parte de la administración. Cuando las dificultades jurídicas son graves y las libertades están amenazadas, el juez de lo contencioso-administrativo descarta la posibilidad de que la administración decida por sí sola sobre las consecuencias de su decisión. El objetivo es evitar que una infracción siga existiendo después de la intervención del juez administrativo, debido a una mala interpretación de su orden. En tal caso, se niega a deferirse totalmente a la administración y, para evitar cualquier error o resistencia en su aplicación, define por sí mismo las medidas susceptibles de restablecer al demandante en sus derechos y de poner fin a la "situación particular" provocada por una acción o una abstención administrativa. Orienta, dirige y, de este modo, enmarca el comportamiento de la autoridad administrativa que ha vulnerado una libertad fundamental. Indica de forma realista las obligaciones que incumben a la administración. Orienta al organismo público destinatario de la decisión, indicándole el procedimiento que debe seguir. Al detallar de este modo las obligaciones que le incumben para poner fin a la violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental que ha provocado, el juez de medidas provisionales elimina cualquier dificultad susceptible de obstaculizar la ejecución correcta e inmediata de su decisión²⁰⁶⁶. Para un juez que tiene la particularidad de actuar en tiempo real, esto significa optimizar la

al juez de suspensión provisional, véase *supra*, § 40.

A la inversa, puede ocurrir que se remita a un solicitante de medidas cautelares al procedimiento de medidas provisionales. Por ejemplo, el juez de medidas provisionales puede dirigir a un solicitante a los otros dos procedimientos de medidas provisionales urgentes, dándole instrucciones precisas sobre el procedimiento a seguir, incluso en la fase precontenciosa. En su sentencia de 11 de junio de 2002, *SARL Camping d'Oc*, el Conseil d'Etat indicó que para obtener el desalojo de los ocupantes no autorizados, "correspondía a la empresa demandante, si creía tener motivos para ello, solicitar la ayuda de la policía al Prefecto de Hérault, presentando una resolución judicial ejecutiva, o pedir al alcalde (?), invocando la existencia de una urgencia imperiosa, que proceda a la ejecución de oficio de la orden impugnada, antes de remitir el asunto, en caso de negativa, al juez de medidas provisionales en aplicación de los artículos L. 521-1 o L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa" (CE, 11 de junio de 2002, *SARL Camping d'Oc, Lebon T.* p. 933). Del mismo modo, el juez de suspensión cautelar puede indicar a un solicitante que no disponga de una decisión previa que el artículo L. 521-2 es aplicable en este caso (CE, ord. 20 de diciembre de 2005, *Mejet*, n° 288253). Es muy raro que un solicitante de medidas provisionales sea remitido al procedimiento del artículo L. 521-2 porque las condiciones sustantivas del artículo L. 521-2 son más estrictas que las del artículo L. 521-1. Esto no significa que esté fuera de lugar. Sin embargo, esto no significa que no sea posible, ya que las condiciones de admisibilidad son más flexibles.

²⁰⁶⁴ En las famosas palabras de Laferrière (E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^{ème} ed, Berger-Levrault, 1896, t. 2, p. 569).

²⁰⁶⁵ Este esfuerzo de explicación permite también al juez de medidas provisionales compensar "la relativa 'brutalidad' de los efectos de sus decisiones" (M. GUYOMAR y P. COLLIN, *supra*, *AJDA* 2001, p. 1050). Favorece, si no la adhesión a la solución elegida, al menos una mejor comprensión de la misma. Al hacer más clara y comprensible una decisión, el juez contribuye a su aceptación.

²⁰⁶⁶ Desde hace tiempo, los autores subrayan que la pedagogía del juez parece ser un factor determinante para la correcta ejecución de sus decisiones. Así, el Sr. Chevallier afirmaba que "cuanto más precisa es la decisión, más imperativa es y más difícil resulta eludirla" (J. CHEVALLIER, "L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur", *AJDA* 1972, p. 88). Mme Joliot afirma que "la ejecución de las decisiones judiciales se vería sin duda facilitada más de una vez si el juez aceptara sugerir, en la motivación de su decisión, las medidas susceptibles de darle pleno efecto" (M. JOLIOT, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, tesis París II, 1975, p. 201). En el mismo sentido, Jean

eficacia de su intervención en un momento en el que aún está a tiempo de actuar sobre el comportamiento de la administración. Esta primera forma de educación puede aplicarse cuando el juez dicta un requerimiento²⁰⁶⁷ o un sobreseimiento sin prejuicio.²⁰⁶⁸

Cabe señalar que este enfoque se aplica a veces aunque no se cumplan las condiciones para su concesión. Aunque el juez no pueda pronunciar una medida de salvaguardia, pretende no obstante dar un efecto útil a su intervención. La decisión *Kurtarici* de 3 de abril de 2002 es especialmente significativa a este respecto. Antes de concluir que la orden de desahucio impugnada no era manifiestamente ilegal, el juez de medidas provisionales se preocupó de dar a las partes indicaciones sobre el curso que podría darse al litigio. Estas indicaciones se dirigen tanto al demandante, al que el juez indica el camino que debe seguir para obtener satisfacción, como a la administración, a la que invita a mostrar humanidad en su apreciación. El juez indicó al demandante que "tiene la posibilidad de solicitar, desde su país de origen donde reside actualmente, al Ministro del Interior la revocación de la orden de expulsión dictada contra él, basándose en particular en la antigüedad relativa de los actos delictivos que cometió durante un período determinado y su comportamiento desde entonces". A continuación, el juez de medidas provisionales se dirigió a la autoridad administrativa para indicarle que "corresponderá al Ministro del Interior, a quien se remite dicha solicitud, pronunciarse sobre ella, teniendo en cuenta tanto los hechos en cuestión como la situación personal del interesado, que llegó a Francia muy joven, vivía con una francesa antes de su expulsión y se espera que sea padre de un niño francés en un futuro próximo". En ausencia de una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental, el juez no puede ordenar medidas cautelares. Sin embargo, su intervención puede permitir remediar rápidamente la situación que dio lugar a la remisión²⁰⁶⁹.

496. El juez de medidas cautelares también proporciona a las autoridades las claves para cumplir su misión en aras del interés público, respetando la ley y las libertades fundamentales. Esta segunda forma de razonamiento puede aplicarse cualquiera que sea la medida ordenada, e incluso si no se ordena ninguna medida.

En primer lugar, el juez puede enunciar los grandes principios que rigen la actuación administrativa en una situación determinada, utilizando una formulación similar a la de una sentencia²⁰⁷⁰. Este enfoque coincide con la voluntad de la autoridad administrativa, y en particular de los servicios de la administración central, de obtener asesoramiento sobre la forma de actuar. Así, en la sentencia *Samagassi* de 11 de marzo de 2003, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat indicó a la administración cómo debía comportarse en caso de usurpación de

Rivéro afirmaba que "una decisión judicial precisa, positiva, imperativa, que indicara claramente lo que debe hacerse, cortaría muchas evasiones (...)" (J. RIVERO, "Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits", *op. cit.*, p. 830). La correcta ejecución de las decisiones judiciales por parte de la administración depende, en última instancia, de la capacidad del tribunal administrativo para dictar una resolución clara e inequívoca. Aunque tradicionalmente el juez administrativo no era reacio a utilizar considerandos directivos, estableciendo medidas indicativas que debían adoptarse, el uso de este procedimiento era muy excepcional y se presentaba como un sustituto de la falta de competencia para dictar medidas cautelares. Hubo que esperar a la Ley de 8 de febrero de 1995 para que esta forma de razonamiento se desarrollara como complemento necesario de la facultad de requerimiento. Fuera del marco de la Ley de 8 de febrero de 1995, esta práctica ha dado lugar a una motivación especialmente didáctica, a través de la cual el juez administrativo explica a la administración las consecuencias concretas de una anulación por exceso de poder (véase C. CHARLES, "Dix ans après : à quoi a servi la loi du 8 février 1995, *Dr. adm.* 2005, études n° 10, spé pp. 13-15). Para una ilustración de este procedimiento de exceso de poder, véanse las sentencias *Vassiliokiotis* y *Titran* antes citadas, § 483.

²⁰⁶⁷ Véase *supra*, §§ 490-91, para ejemplos de requerimientos que ordenan específicamente a la autoridad administrativa que se comporte de una determinada manera.

²⁰⁶⁸ En el asunto *Tibéri*, por ejemplo, el Tribunal estableció de forma muy precisa las obligaciones que incumben al Conseil supérieur de l'audiovisuel y las medidas que la institución debe adoptar para garantizar el respeto del pluralismo (véase *supra*, §§ 481-483).

²⁰⁶⁹ CE, ord. 3 de abril de 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Kurtarici, Lebon T.* p. 871. Del mismo modo, en la sentencia del *municipio de Théoule-sur-Mer*, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat descartó la existencia de una violación grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental. No obstante, añadió que correspondería "al municipio de Théoule-sur-Mer y a la sociedad Cannes Aquaculture reunirse, una vez que los servicios del Estado hayan expedido una nueva autorización de explotación de la piscifactoría marina gestionada por esta sociedad, para definir, en su caso con la ayuda de estos servicios, las condiciones de acceso de la sociedad a sus instalaciones que concilien las exigencias de una buena gestión de la finca y las necesidades del funcionamiento normal de la empresa" (CE, ord. 22 de mayo de 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer, Lebon* p. 232).

²⁰⁷⁰ La sentencia *Rodière* sigue siendo uno de los ejemplos más citados de litigios por exceso de poder (CE, 26 de diciembre de 1925, *Lebon* p. 1065). Se ha dicho que en esta decisión, el Conseil dio "consejos a la administración activa" (Y Gaudemet, "Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif", *op. cit.*, p. 819) en materia de contenciosos funcionariales, con el fin de orientarla en la reconstitución de su carrera. Más recientemente, en la sentencia *Société à objet sportif "Toulouse Football Club"*, el Conseil d'Etat, tras anular una decisión de la Ligue nationale de football que se había negado a anular los resultados de un partido entre dos clubes de la Ligue 1, dio, en palabras de M. Lachaume, "un verdadero curso de derecho positivo sobre la homologación de los resultados en los campeonatos federales" (J.-F. LACHAUME, nota bajo CE, Secc. 25 de junio de 2001, *Société à objet sportif "Toulouse Football Club"*, *Revue juridique et économique du sport* marzo de 2002, p. 43).

identidad: aclaró, desarrolló y precisó sus obligaciones en tal caso²⁰⁷¹. Del mismo modo, en la decisión *Gollnisch*, el juez da una indicación muy precisa de las condiciones en las que el rector de una autoridad educativa puede incoar un procedimiento disciplinario contra un profesor-investigador y comunicar públicamente el procedimiento disciplinario en curso²⁰⁷².

Por otra parte, el juez puede indicar a la autoridad administrativa el comportamiento que debe adoptar en el futuro para actuar de conformidad con la ley y las libertades fundamentales, de modo que su actuación esté exenta de vicios en las circunstancias del caso o en circunstancias similares²⁰⁷³. El juez de medidas provisionales, que ha censurado el comportamiento de la autoridad administrativa, indica el procedimiento que debe seguirse y las condiciones que deben cumplirse en el futuro para actuar sin vulnerar ilegalmente las libertades fundamentales. Si la autoridad administrativa se propone, en aras del interés público, adoptar una medida con una finalidad similar, dispone de toda la información necesaria para garantizar la legalidad de su actuación. En la sentencia *Aguillon*, el juez establece las condiciones en las que puede adoptarse legalmente una medida de requisición del personal en huelga. El prefecto puede requisar personal en huelga a un empresario privado, pero sólo puede tomar medidas "impuestas por la urgencia de la situación y proporcionadas a las exigencias del orden público". Con el fin de no paralizar la acción administrativa ni obstaculizar el uso de esta facultad si las circunstancias lo exigieran, la parte dispositiva de la decisión precisa que la suspensión ordenada "no impide que el Prefecto, si el conflicto se prolonga, decida hacer uso de las facultades que le confiere el 4º del artículo L. 2215-1 del Código general de las colectividades territoriales dentro de los límites fijados en la motivación de la presente decisión"²⁰⁷⁴. En el auto *FN IFOREL*, el juez de medidas provisionales ordenó a la administración que no obstaculizara la ejecución del contrato de reserva celebrado entre el IFOREL y el Impérial Palace, "salvo en caso de nuevas circunstancias de hecho o de derecho". Esta formulación indica implícitamente que si existe una amenaza para el orden público, puede adoptarse legalmente una medida idéntica sin incurrir en la censura del juez de medidas provisionales²⁰⁷⁵.

497. Es preciso examinar el alcance exacto de estos motivos. ¿Hasta qué punto son vinculantes para las autoridades? ¿Se trata simplemente de directrices que la administración puede seguir si lo desea, pero que también podría ignorar? Por el contrario, ¿se trata de verdaderas obligaciones que la administración está obligada a cumplir? La jurisprudencia sobre el alcance de los motivos distingue dos situaciones y les aplica soluciones diferentes: por una parte, los motivos que constituyen el soporte necesario de la disposición se benefician de la autoridad que se le atribuye; por otra parte, los motivos que no constituyen el soporte necesario de la disposición no se benefician de su autoridad²⁰⁷⁶.

²⁰⁷¹ CE, ord. 11 de marzo de 2003, *Samagassi, Lebon* p. 119. La orden precisa que para la aplicación de las disposiciones del decreto de 22 de octubre de 1955 por el que se instituye el documento nacional de identidad, corresponde a las autoridades administrativas competentes asegurarse, bajo el control del juez de l'excess de pouvoir, de que los documentos presentados en apoyo de una solicitud de documento nacional de identidad son de tal naturaleza que permiten establecer la identidad y la nacionalidad del solicitante. Si bien les incumbe efectuar las comprobaciones necesarias de los documentos presentados en apoyo de la solicitud, el mero hecho de que durante el examen de la solicitud se descubra un fraude cometido por un tercero no justifica jurídicamente el aplazamiento de la expedición del documento nacional de identidad más allá del tiempo necesario para efectuar dichas comprobaciones. En particular, en tal caso, la expedición del documento no puede supeditarse al resultado de un procedimiento penal incoado por la administración en relación con la conducta del tercero. Si la autoridad administrativa descubre, en esta ocasión, que ya se ha expedido un documento de identidad a un tercero sobre la base de una usurpación de identidad del solicitante, deberá retirar este documento, bajo el control del juez de l'excess de pouvoir, sin poder utilizar esta usurpación de identidad para privar al solicitante, hasta el final del procedimiento penal, del documento nacional de identidad al que tiene derecho.

²⁰⁷² Véase § 199 *supra*.

²⁰⁷³ Para ejemplos de casos de exceso de poder, véase CE, 18 de junio de 1926, *Sieurs Belkacem Bentami et autres, Lebon* p. 614; CE, Secc. 8 de diciembre de 1933, *Sieurs Grundmann et Kardesch, Lebon* p. 1152.

²⁰⁷⁴ CE, 9 de diciembre de 2003, *Aguillon et autres, Lebon* p. 497.

²⁰⁷⁵ CE, ord. 19 de agosto de 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL), Lebon* p. 311.

²⁰⁷⁶ Es jurisprudencia reiterada que los motivos de una decisión sólo tienen la autoridad de la parte dispositiva si son "inseparables" de ella (CE, Ass., 10 de febrero de 1961, *Ministre de l'Intérieur c/ consorts Chauche, Lebon* p. 108; CE, Sect. 6 de mayo de 1983, *Société Distrelec et autre, Lebon* p. 179; CE, 30 de septiembre de 1988, *Ministre du Budget contre Raveau, Lebon* p. 323), si constituyen su "apoyo necesario" (CE, 26 de noviembre de 1958, *Sieur Lot, Lebon* p. 588; CE, 23 de diciembre de 1964, *Consorts Lefèvre, Lebon* p. 665; CE, Sect. 9 de junio de 1989, *Dufal, Lebon* p. 139) o "apoyo necesario" (CE, 30 de noviembre de 1960, *Sieur Hubert c/ Commune de Berles-Monchel, Lebon* p. 653; CE, 5 de marzo de 1969, *Sieur Rouet, Lebon* p. 134; CE, Sect. 10 de marzo de 1995, *Chambre de commerce et d'industrie de Lille-Roubaix-Tourcoing, Lebon* p. 127). Como señaló el Comisario del Gobierno Jacomet en 1955, "la autoridad de la cosa juzgada se aplica no sólo a la parte dispositiva, sino también a las razones que constituyen su soporte necesario y que son, en consecuencia, esenciales para determinar o completar su sentido" (CE, concl. sur CE, Ass., 10 de diciembre de 1954, *Cru et autres, D.* 1955, p. 200). El alcance de la cosa juzgada es objeto de un concepto idéntico en la jurisprudencia (Com, 21 de marzo de 1950, *D.* 1950, p. 381; Civ. 2^{ème}, 7 de enero de 1956, *D.* 1956, p. 214), constitucional (CC, n° 62-18 L, 16 de enero de 1962, cons. 1, *Rec. p.* 31; n° 89-258 DC, 8 de julio de 1989, cons. 12, *Rec. p.* 48; n° 92-312 DC, 2 de septiembre de 1992, cons. 4, *Rec. p.* 76), internacional (CPIJ, dictamen n° 11 de 16 de mayo de 1925, serie B, pp. 29-30, citado por J. SALMON, "L'autorité des prononcés de la Cour internationale de la Haye", en *Arguments d'autorité et arguments de raison et de droit*, Nemesis, 1988, p. 24), europea (véase G. COHEN-

En aplicación de este criterio, deben reconocerse como obligatorias las explicaciones pedagógicas de la primera forma, aquellas en las que el juez indica a la administración las medidas concretas que deben adoptarse cuando se reúnen las condiciones para la concesión. Estas explicaciones son, de hecho, el complemento del sistema; son inseparables de él. Utilizando las expresiones habitualmente empleadas para calificar los motivos indisociables, son "uno con él"²⁰⁷⁷ y constituyen "elementos del laudo"²⁰⁷⁸. Estas explicaciones, destinadas a aplicarse al caso concreto para el que se formulan, son jurídicamente vinculantes para la administración. Son vinculantes para la autoridad pública de que se trate. La autoridad administrativa está jurídicamente vinculada en cuanto a la línea de conducta que debe seguir. En estas condiciones, el incumplimiento de estas prescripciones se trata como una violación de la fuerza ejecutiva de las decisiones judiciales, y se sanciona como tal.

Por el contrario, los motivos explicativos en los que el tribunal establece principios más generales destinados a evitar que la infracción se repita no son jurídicamente vinculantes para la administración destinataria de la decisión. La autoridad de la parte dispositiva no suele extenderse a este tipo de motivos. Otorgarles fuerza de cosa juzgada equivaldría a conferir al órgano jurisdiccional un auténtico "poder de reglamentación general"²⁰⁷⁹. Desde un punto de vista jurídico, estos motivos explicativos no gozan de la autoridad de la parte dispositiva porque no constituyen el soporte necesario para ello. Su carácter indicativo no les priva, sin embargo, de eficacia. En efecto, la Administración tiene la seguridad de que, siguiendo las indicaciones del juez, actuará conforme a Derecho y respetando las libertades fundamentales. El cumplimiento de estas directrices es una garantía de seguridad jurídica y de certidumbre en los litigios. En consecuencia, serán escrupulosamente seguidas, no sólo por la administración destinataria de la decisión, sino también, más allá, por todas las autoridades llamadas a intervenir en un caso similar. Debido a su redacción deliberadamente amplia, estos considerandos contienen lecciones de aplicación general sobre la forma en que la administración debe comportarse en una situación dada. Este enfoque tiene también la ventaja, para la justicia administrativa, de evitar los litigios.

498. Además de un enfoque didáctico, el juez de medidas provisionales ejercerá o no presiones sobre la administración para combatir a *priori* cualquier atisbo de resistencia a su decisión. La pedagogía deja paso entonces a la autoridad²⁰⁸⁰. El juez de medidas provisionales utiliza su autoridad para garantizar la correcta ejecución de su decisión.

2. La autoridad

499. Como todas las resoluciones judiciales, la sentencia sumaria es ejecutiva y vinculante. Por una parte, es ejecutiva. Debe ejecutarse, de conformidad con el principio que rige la ejecución de las decisiones judiciales, recordado en el artículo L. 11 del Código de Justicia Administrativa, que establece que "las sentencias son ejecutivas". Además, el artículo R. 522-13, apartado 2, establece que el juez de medidas provisionales puede decidir que su decisión "sea ejecutiva desde el momento en que se dicte". La cláusula ejecutoria prevista en el artículo R. 751-1 del Código de Justicia Administrativa debe figurar en la parte dispositiva del auto (artículo R. 522-13, apartado 3)²⁰⁸¹. El auto de procedimiento sumario también es vinculante para las partes. Esta fuerza vinculante se recuerda en el artículo R. 522-13, que utiliza la expresión "debe cumplir" para describir la autoridad del auto de procedimiento sumario sobre las partes. La administración está obligada a cumplir el auto. Estos principios, que ya estaban consagrados en el régimen jurídico anterior²⁰⁸², se mantuvieron sin

JONATHAN, "La convention européenne des droits de l'homme", Economica PUAM, 1989, p. 206) y comunitaria (véase L. POIVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, LGDJ, coll. BDP, t. 187, 1999, p. 505).

2077 E. Garsonnet y C. CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1913, t. III, p. 409.

2078 G. BOURCARD, nota bajo Ccass, req. 24 de noviembre de 1890 y Ccass, req. 8 de julio de 1891, *S.* 1893, I, p. 316.

2079 D. DE BECHILLON, "Sur l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", *RDP* 1994, p. 1823.

2080 Esto se debe a que la función judicial es también una función de autoridad: además del poder de enunciar la ley, incluye el poder de hacer cumplir su aplicación. Esta síntesis es la alianza, según la fórmula de Pascal, de la fuerza y la Justicia: "La Justicia sin fuerza es impotente, la fuerza sin Justicia es tiránica (...). La Justicia y la fuerza deben, pues, unirse, sin hacer fuerte lo que es justo, ni justo lo que es fuerte" (PASCAL, *Pensées*, n° 298, 1817, reeditado en Flammarion, 2000).

2081 En cuanto al derecho judicial privado, el artículo 514 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil declara ejecutivas "de pleno derecho" las órdenes sumariales.

2082 La decisión de suspender la ejecución debe ejecutarse conforme a los principios que rigen la ejecución de las resoluciones judiciales. Al no hacerlo, la administración ignora, si no la cosa juzgada, al menos la cosa juzgada, según la fórmula del comisario del gobierno Dutheillet de Lamothe (concl. sobre CE, 16 de octubre de 1981, *Ministre de la Défense c/ Lassus, Lebon* p. 373). Se ha reconocido la ejecutoriedad de las decisiones adoptadas en procedimientos sumarios (CE, Secc., 3 de octubre de 1958, *Société des autocars garonnais, Lebon* p. 468) y de las sentencias que conceden la suspensión de la ejecución

cambios tras la reforma de 30 de junio de 2000²⁰⁸³. En una sentencia de la *Association convention vie et nature pour une écologie radicale*, el Conseil d'Etat tuvo que emitir un solemne recordatorio de la autoridad que corresponde a las decisiones adoptadas en procedimientos sumarios²⁰⁸⁴. En un considerando de principio, la Sección afirmó que las resoluciones dictadas por el juez de medidas provisionales son, como todas las resoluciones judiciales, ejecutorias y vinculantes. Este principio excluye la posibilidad de que la administración pueda legalmente revocar la misma decisión sin haber subsanado el defecto que el juez de medidas provisionales había tenido en cuenta al dictar su decisión.

En consecuencia, la administración está legalmente obligada a ejecutar la decisión adoptada por el juez de medidas provisionales; y el beneficiario de la medida de salvaguardia tiene derecho a exigir que la entidad pública condenada la ejecute correctamente. En caso necesario, el beneficiario puede solicitar que se apliquen las disposiciones de derecho común de los artículos L. 911-4 y L. 911-5 del Código de Justicia Administrativa. En primer lugar, si el juez de medidas provisionales no ha impuesto una sanción a las medidas ordenadas y éstas no se han ejecutado, el demandante puede solicitar al Conseil d'Etat, en virtud del artículo L. 911-5, que se imponga una sanción a la administración recalcitrante. En segundo lugar, el demandante que haya obtenido una orden cautelar de un juez de medidas provisionales de primera instancia puede recurrir al tribunal al que pertenezca dicho juez si no se cumple la medida prescrita. Aunque el texto del artículo L. 911-4 sólo se refiere a la "sentencia" del tribunal administrativo y a la "resolución" del tribunal administrativo de apelación, el Conseil d'Etat aceptó su aplicación a los procedimientos sumarios en una resolución dictada en el asunto *Van Bentum Plasse y Plasse*²⁰⁸⁵. En un auto de 26 de abril de 2001, el juez de medidas provisionales del tribunal administrativo de Marsella ordenó al alcalde de Forcalquier que adoptara, en un plazo de 48 horas, una medida de policía que ordenara la realización de obras en el muro que lindaba con la propiedad de los demandantes, con el fin de remediar el peligro creado por el deterioro del muro. En sentencia de 1^{er} de julio de 2003, el Tribunal Administrativo de Marsella desestimó la solicitud de los demandantes de que se ejecutara la orden de 26 de abril de 2001 en aplicación del artículo L. 911-4. Para justificar su desestimación, el tribunal se basó en el hecho de que la medida prescrita se había ejecutado correctamente. Consistía en establecer un perímetro de seguridad alrededor del muro e instalar una película protectora, y no en demolerlo y reconstruirlo. Los demandantes recurrieron esta decisión ante el Conseil d'Etat²⁰⁸⁶. El Conseil d'Etat observó que el día siguiente a la emisión de la orden, el 26 de abril de 2001, el alcalde de Forcalquier emitió un decreto por el que se prohibía el acceso a la muralla mientras durasen las obras de restauración, que consistían en reconstruir la parte de la muralla que se había derrumbado y levantar varios contrafuertes para garantizar la estabilidad de la estructura. Para el Conseil d'Etat, "el alcalde adoptó así medidas cautelares correspondientes a las ordenadas por la orden de 26 de abril de 2001". Aunque los demandantes sostuvieron que recientemente se habían desprendido piedras del muro, el Consejo subrayó que "en cualquier caso, no se ha demostrado que estos incidentes fueran consecuencia de una ejecución incompleta de las obras ordenadas por el juez de medidas provisionales". Por consiguiente, los demandantes no tienen motivos para afirmar que el Ayuntamiento de Forcalquier incumplió la orden de 26 de abril de 2001.

500. Cuando la medida de salvaguardia adopte la forma de un requerimiento judicial²⁰⁸⁷, el juez de medidas

(CE, Secc., 9 de diciembre de 1983, *Ville de Paris, Lebon* p. 499). El Tribunal des Conflicts ha dictaminado que la ejecución forzosa de una decisión cuya suspensión ha ordenado un tribunal tiene carácter de caso fortuito (TC, 10 de diciembre de 1956, *Guyard c/ Tegny, Lebon* p. 590).

²⁰⁸³ Véase P. CASSIA, "L'autorité de la chose ordonnée en référé", *JCP G* 2004, I, 164.

²⁰⁸⁴ CE, Secc. 5 de noviembre de 2003, *Association pour la protection des animaux sauvages et autres, Association Convention vie et nature pour une écologie radicale et autre* (2 espèces), RFDA 2004, pp. 601-611, concl. F. LAMY; AJDA 2003, p. 2253, cron. F. DONNAT y D. CASAS; JCP A, 69, nota de M. GAUTIER. Esta sentencia se produjo tras varias decisiones del Ministro de Ecología que desoyeron flagrantemente dos medidas de suspensión dictadas por el juez de medidas provisionales sobre la base del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa. El litigio se inició el 21 de julio de 2003 con una orden del Ministro de Ecología por la que se fijaban fechas de apertura de la caza que contravenían con toda probabilidad la Directiva comunitaria de 2 de abril de 1979 relativa a la conservación de las aves silvestres. Cuando se presentó una demanda de medidas provisionales contra esta decisión, el juez de medidas provisionales accedió rápidamente a la petición de los demandantes (CE, ord. 4 de agosto de 2003, *Association pour la protection des animaux sauvages*, n° 258778). Esto no importó al Ministro de Ecología, que inmediatamente dictó una orden prácticamente idéntica a la anterior e igual de probablemente ilegal, orden que el juez de medidas provisionales también suspendió (CE, ord. 19 de agosto de 2003, *Convention vie et nature pour une écologie radicale*, n° 259340). Sin embargo, el Ministro no dudó en volver a hacer lo mismo dos días después de esta segunda suspensión.

²⁰⁸⁵ CE, 29 de octubre de 2003, *Van Bentum Plasse et Plasse, Lebon T.* p. 719, 721, 943 y 956.

²⁰⁸⁶ Los recursos disponibles en virtud del artículo L. 911-4 son los mismos que los disponibles contra la resolución cuya ejecución se solicita al tribunal. En este caso, la decisión se refiere a la ejecución de una orden dictada sobre la base del artículo L. 521-2. De conformidad con el artículo L. 523-1 del Código, debe impugnarse por vía judicial. De conformidad con el artículo L. 523-1 del Código, debe ser impugnada mediante un recurso interpuesto, como excepción a la jurisdicción ordinaria de los tribunales administrativos de apelación, ante el Conseil d'Etat.

²⁰⁸⁷ En caso de denegación condicional, la amenaza se deriva de una nueva remisión al tribunal en caso de incumplimiento de los requisitos establecidos en la decisión y en los que se basó la denegación de la solicitud. Por lo que se

cautelares podrá decidir, desde el momento de su emisión, adjuntar una sanción a su decisión sobre la base de las disposiciones generales del artículo L. 911-3 del Código de Justicia Administrativa²⁰⁸⁸.

Destinado a vencer cualquier resistencia por parte de la administración, será dictado por el juez para garantizar la correcta ejecución de su decisión. Hay que recordar que un requerimiento judicial no es una sustitución; no satisface por sí mismo al solicitante. Es cierto que la medida cautelar dictada por el juez de medidas provisionales es vinculante en la medida en que su emisión la convierte en obligatoria para la administración. Sin embargo, lejos de imponer a la administración una obligación absoluta que conduzca necesariamente a la ejecución esperada, el requerimiento le confiere un control parcial de su destino al reservarle un cierto grado de libertad. Frente a la decisión del tribunal, las autoridades tienen la opción de *facto de* elegir entre cumplir o no cumplir - una opción relativa, pero no por ello menos real, como demuestra la existencia de casos en los que las autoridades no cumplen un requerimiento. Por lo tanto, el requerimiento siempre ofrece a la autoridad administrativa la oportunidad de oponerse a él. Cuando el juez de medidas provisionales piensa que la administración estará tentada de aprovechar esta oportunidad de resistirse, añade una sanción al requerimiento. De este modo, el carácter obligatorio de la multa disuade del incumplimiento del requerimiento. El *astreinte* tiene el fuerte efecto disuasorio que persigue la amenaza de requerimiento, con la particularidad de que en lugar de ser meramente virtual, la amenaza se materializa desde el momento en que se pronuncia y tiene todo su peso desde el momento en que se pronuncia, sin que su eficacia quede diferida a la fase posterior de incumplimiento. Su objetivo principal es "intimidar"²⁰⁸⁹. Permite ejercer presión sobre la administración inspirándole el temor de sanciones posteriores. Al intervenir antes de que la administración haya elegido entre el cumplimiento y el incumplimiento, el *astreinte* influye en los términos de esa elección en un intento de que la administración cumpla el requerimiento. Existe una amenaza de sanción, pero no una sanción real²⁰⁹⁰. Como la *astreinte* es una sanción condicional, sólo se hace efectiva en caso de incumplimiento.

El juez de medidas provisionales tiene un poder discrecional para ordenar una multa coercitiva. Toma su decisión en función de las circunstancias de cada caso y nunca está obligado a imponerla. Utiliza esta facultad cuando teme encontrar resistencia por parte de la administración. En caso contrario, el juez no impondrá la sanción. Incluso puede declarar expresamente que "a la vista de las garantías dadas por la administración en la vista, no hay razón para imponer una sanción a este requerimiento"²⁰⁹¹. En la práctica, es muy raro que el juez de medidas provisionales imponga una sanción a una orden de cesación. El juez civil adopta un enfoque similar en los procedimientos sumarios en caso de agresión. La Sra. Guillon-Goudray ha demostrado que el juez sólo recurrirá a las *astreintes* si considera que existe un riesgo de no ejecución: "En cuanto el juez tenga garantías suficientes de que su decisión será ejecutada, se negará a imponer una *astreinte*"²⁰⁹². El autor señala que "no se puede sino constatar la rareza de las *astreintes* en este ámbito, siendo muy frecuente que el tribunal decida que son innecesarias"²⁰⁹³.

Una vez decidido el principio del *astreinte*, el juez dispone de una gran libertad para fijar la tasa. Se determina en función del objetivo que se pretende alcanzar, es decir, obligar a la administración a cumplir. El juez puede tener en cuenta la gravedad de las consecuencias del incumplimiento para el demandante, la capacidad financiera de la administración local de que se trate o el carácter reiterado de los incumplimientos observados. La cuantía se evalúa caso por caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso. El tipo de la sanción, fijado por día de retraso, es generalmente moderado: 15 euros por día de retraso en la devolución de un permiso de residencia válido a su titular²⁰⁹⁴; 150 euros por día de retraso en la devolución a los solicitantes de los documentos de identidad que les hayan sido sustraídos ilegalmente²⁰⁹⁵ o en la finalización, en un plazo de 15 días, de la instrucción de la solicitud de la solicitante y la expedición a ésta, previa notificación de la orden, de un resguardo equivalente a un permiso

refiere a las medidas de suspensión de una decisión positiva, esta simple medida basta en principio para satisfacer al solicitante, sin necesidad de que se dicte una orden de ejecución y, por tanto, una multa coercitiva.

²⁰⁸⁸ Del mismo modo, en caso de acto de violencia, el juez civil en procedimiento sumario puede adjuntar una pena a sus requerimientos. La facultad de imponer multas coercitivas fue reconocida por el Tribunal des conflits (TC, 17 de junio de 1948, *Manufacture de velours et peluches y Société Velvetia c/ Etat, Lebon* p. 513). Puede ejercerse en procedimiento sumario sobre la base de las disposiciones del artículo 491 del Nuevo Código de Procedimiento Civil, en su caso de oficio.

²⁰⁸⁹ J. Buffet, "La réforme de l'astreinte : premières applications", Rapport de la Cour de cassation, 1997, p. 67.

²⁰⁹⁰ La solución se desprende de la propia formulación utilizada cuando se recurre a ella: no se condena "a" un *astreinte* sino "bajo" un *astreinte* (véase B. LOUVEL, "Une proposition qui change tout : on ne condamne pas 'à' mais 'sous' *astreinte*", GP 1-2 septembre 1999, p. 2). Cuando se impone, el *astreinte* no obliga en modo alguno a la administración. El objetivo del juez en esta fase es presionar a la autoridad administrativa. Como indica la etimología de la palabra, su finalidad es obligar al cumplimiento: el verbo latino *astringere* significa "obligar".

²⁰⁹¹ CE, ord. 26 abril 2005, Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI, *Lebon* T. p. 1034.

²⁰⁹² S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, tesis París II, 2002, p. 311.

²⁰⁹³ S. GUILLON-COUDRAY, *op. cit.* p. 312.

²⁰⁹⁴ CE, ord. 8 noviembre 2001, *Kağısız, Lebon* p. 545.

²⁰⁹⁵ CE, ord. 2 abril 2001, Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, *Lebon* p. 167.

de residencia²⁰⁹⁶ ; 200 euros por día de retraso en la prestación de ayuda de la fuerza pública para ejecutar una decisión que ordena la evacuación de ocupantes ilegales²⁰⁹⁷ , 100 euros por día de retraso por la misma medida²⁰⁹⁸ ; 300 euros por día de retraso en la expedición de una solicitud de permiso de residencia provisional cuando la administración haya cometido una negligencia grave²⁰⁹⁹ . La razón de fijar el porcentaje de la multa coercitiva en un nivel relativamente bajo, habida cuenta de los recursos de que disponen las autoridades públicas, es simple: frente al poder público, el importe de la multa coercitiva es relativamente insignificante. En la medida en que las capacidades financieras de los entes públicos son muy importantes, el efecto disuasorio no puede buscarse en este ámbito, porque significaría fijar la multa coercitiva en un tipo elevado y penalizar así a todos los ciudadanos en beneficio de un único litigante. En realidad, cuando se trata de la autoridad pública, "no es tanto la cuantía de la multa coercitiva como su principio, en lo que se confía para obligar a la Administración a poner fin a la situación litigiosa"²¹⁰⁰ . Cabe señalar, sin embargo, que el juez de medidas cautelares se muestra menos comedido cuando la entidad pública en cuestión es un establecimiento público industrial y comercial. En tales casos, el juez puede fijar deliberadamente el astreinte a un nivel muy elevado. En el asunto *Société Outremer Finance Limited*, por ejemplo, el juez de medidas provisionales ordenó a Aéroports de Paris que pusiera fin a la inmovilización de un avión²¹⁰¹ , con una multa de 50.000 euros por día de retraso a partir de la fecha de notificación de la decisión.

Una vez transcurrido el plazo fijado para la ejecución, o si ésta se produce durante dicho plazo, corresponde al juez de medidas provisionales que ordenó el astreinte proceder a su liquidación en aplicación del artículo L. 911-7 del Código de Justicia Administrativa, bien de oficio, bien a instancia de parte²¹⁰² . La competencia para la liquidación corresponde al juez de medidas provisionales que impuso el astreinte²¹⁰³ . Si la liquidación se hace a petición de una de las partes, el juez de medidas provisionales sólo podrá liquidar un astreinte o asegurar la ejecución de una orden anterior previa celebración de una audiencia pública²¹⁰⁴ ; no obstante, podrá ordenar su sobreesimiento con arreglo al procedimiento de ordenación del artículo L. 522-3²¹⁰⁵ . Si el tribunal resuelve de oficio y considera que no hay motivos para liquidar el astreinte, no necesita celebrar una vista²¹⁰⁶ . La liquidación está sujeta únicamente al incumplimiento del requerimiento por parte de la administración. Si la administración ha cumplido en el plazo fijado, no es necesario liquidar el astreinte. Si no cumple en el plazo fijado, el tribunal liquidará la sanción²¹⁰⁷ . Esta liquidación da lugar a una deuda real que implica una suma de dinero, efectiva y exigible, que

²⁰⁹⁶ CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar*, *Lebon* T. p. 1132. El mismo tipo de sanción se establece para un requerimiento similar: CE, 7 de mayo de 2003, *Boumaïza*, n° 250002.

²⁰⁹⁷ CE, ord. 21 noviembre 2002, *Gaz de France*, *Lebon* p. 408.

²⁰⁹⁸ CE, ord. 27 de noviembre de 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon* T. p. 874; CE, 29 de marzo de 2002, *SCI Stéphaneur et autres*, *Lebon* p. 117.

²⁰⁹⁹ CE, ord. 21 diciembre 2004, *Luzolo Kondé*, n° 275361.

²¹⁰⁰ C. GUETIER, "Injonction et astreinte", *Jcl. administratifs*, fasc. 1114 (2, 1998), n° 182.

²¹⁰¹ CE, 2 de julio de 2003, *Société Outremer Finance Limited*, *Lebon* p. 306.

²¹⁰² Véanse, basándose en las disposiciones del artículo L. 521-3: CE, 21 de mayo de 2003, *Petit*, n° 252872; CE, 15 de marzo de 2004, *Société Dauphin Adshel*, n° 259803.

²¹⁰³ Para el référé-liberté, véase CE, ord. 5 septiembre 2003, *Keller*, n° 259991. Para el référé-conservatoire, véanse las órdenes citadas en la nota anterior. Se trata de una solución clásica. Véase, en los procedimientos de derecho común: CE, 14 de noviembre de 1997, *Communauté urbaine de Lyon*, *Lebon* p. 421.

²¹⁰⁴ Véase, por ejemplo, CE, 28 de julio de 2004, *Société Outremer Finance Limited*, n° 254536, *JCP A* 2004, 1743, obs. J. MOREAU. En un memorando registrado el 4 de diciembre de 2003, Aéroports de Paris presentó una decisión de su Director General, fechada el 10 de julio de 2003, según la cual: "La inmovilización en tierra en Orly del Airbus A 340 matrícula F-GTUA perteneciente a la sociedad Outremer Finance Limited, aplicada por la decisión DG n° 2003/553 de 6 de febrero de 2003, queda definitivamente levantada a partir de hoy". Dado que Outremer Finance Limited fue notificada de este memorándum, no presentó ningún comentario. El Conseil d'Etat dictaminó que Aéroports de Paris "debe considerarse, por lo tanto, conforme con la decisión del Conseil d'Etat que resuelve el litigio con fecha de 2 de julio de 2003; por consiguiente, no hay motivo para proceder a la liquidación de la multa".

²¹⁰⁵ Véase, para un rechazo del juez de apelación de la référé-liberté: CE, ord. 5 septiembre 2003, *Keller*, n° 259991. No se menciona el artículo L. 522-3, pero de las citas se desprende que el juez no celebró vista. Implícitamente, el recurso se consideró manifiestamente infundado.

²¹⁰⁶ Véase CE, ord. 2 de febrero de 2005, *Luzolo Kondé*, n° 275361, relativa a la multa impuesta en una decisión de 21 de diciembre de 2004 (CE, ord. 21 de diciembre de 2004, *Luzolo Kondé*, n° 275361). El juez señaló que de los trabajos realizados por la Sección de Informes y Estudios del Conseil d'Etat se desprende que el Prefecto de Isère había renovado el permiso de residencia provisional del demandante el 27 de diciembre de 2004 y que se le había expedido un recibo de solicitud de permiso de residencia el 11 de enero de 2005. En estas circunstancias, dedujo naturalmente que no procedía abonar la sanción.

²¹⁰⁷ Véase, por ejemplo, CE, 27 de septiembre de 2002, *SCI Stéphaneur et autres*, n° 243338. En una decisión de 29 de marzo de 2002, el Conseil d'Etat ordenó al Prefecto de Bouches-du-Rhône que tomara todas las medidas necesarias para garantizar, en un plazo de quince días a partir de la notificación de esta decisión, la ejecución de la orden de 21 de diciembre de 2001 del Presidente del Tribunal de Grande Instance de Marsella que ordenaba el desalojo en un plazo de diez días de los ocupantes del edificio propiedad de SCI Stéphaneur y otros en Marsella. En la misma resolución, el Conseil d'Etat impuso una sanción al Estado francés si no se cumplía la orden de desalojo al término de dicho plazo, y fijó el importe de dicha sanción

la administración debe pagar²¹⁰⁸. En caso de que persista la falta de voluntad por parte de la administración, el juez de medidas provisionales podrá aumentar el tipo del astreinte inicialmente previsto para obtener la correcta ejecución de su decisión²¹⁰⁹. El Conseil d'Etat ha precisado que "los recursos disponibles contra los autos del juez de medidas provisionales que pronuncian la liquidación de un astreinte que él mismo ha pronunciado son los mismos que los disponibles contra los autos que pronuncian el astreinte"²¹¹⁰, es decir, en el caso de las medidas provisionales, el derecho de recurso²¹¹¹.

Conclusión del capítulo 1

501. El juez de medidas provisionales dispone de poderes especialmente amplios para poner fin a una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental. Elige la medida adecuada y, si es necesario, vela por su cumplimiento por parte de la explicación y de la autoridad. Sin embargo, sólo impondrá una medida vinculante si no ha resultado posible una solución no contenciosa del litigio. En ambos casos, el demandante obtiene una satisfacción inmediata. Su intervención da satisfacción plena e inmediata al demandante en cuanto cumple todas las condiciones exigidas por el artículo L. 521-2. Una vez obtenida esta satisfacción de principio, es definitiva.

en 100 euros por día. La decisión del Conseil d'Etat de 29 de marzo de 2002 fue notificada al Prefecto de Bouches-du-Rhône el 9 de abril de 2002. El 24 de mayo de 2002, el Prefecto desalojó a los ocupantes del edificio en cuestión. Por consiguiente, la decisión del Conseil d'Etat de 29 de marzo de 2002 debe considerarse ejecutada el 24 de mayo de 2002. El Consejo declaró "que, habida cuenta del carácter tardío de esta ejecución y de las circunstancias del caso, procede, en aplicación de las disposiciones antes citadas del artículo L. 911-7 del Código de Justicia Administrativa, proceder en favor de SCI Stéphaur y otros a la liquidación de la multa pronunciada el 29 de marzo de 2002; que, para el período comprendido entre el 24 de abril y el 24 de mayo de 2002, el importe de la multa, a razón de 100 euros por día, asciende a 3.000 euros".

²¹⁰⁸ Según el artículo L. 911-8 del Código de Justicia Administrativa, el juez "podrá decidir que una parte de la multa coercitiva no se abone al demandante"; esta parte se destina al presupuesto del Estado. Si esto no se especifica en la decisión, la sanción se paga íntegramente al demandante (véase la decisión *SCI Stéphaur* antes citada).

²¹⁰⁹ Así ocurre en los procedimientos de derecho común. En caso de mala voluntad persistente por parte de la administración, el juez administrativo en procedimiento sumario puede aumentar el tipo de la multa coercitiva fijada inicialmente (véase, para una duplicación del tipo de la multa coercitiva inicial: CE, 22 de noviembre de 1999, *Lothar, Lebon T.* p. 968). Véase L. ERSTEIN y O. SIMON, *L'exécution des décisions de la juridiction administrative*, Berger-Levrault, 2000, pp. 67-70.

²¹¹⁰ CE, 21 de mayo de 2003, *Petit*, n° 252872.

²¹¹¹ CE, ord. 5 septiembre 2003, *Keller*, n° 259991.

Capítulo 2

Eficacia debido al carácter a largo plazo de las medidas adoptadas

502. La intervención del juez de medidas provisionales no sólo proporciona al demandante una satisfacción inmediata. También proporciona una satisfacción que no es en absoluto precaria, como suele ser la regla en los procedimientos sumarios²¹¹². Este es el caso, por supuesto, cuando el juez desestima el caso o reconoce que el caso ha sido retirado como resultado de la unión de las partes. Luego, y esto es particularmente digno de mención, cuando el propio juez decide una medida para poner fin a la situación ilícita. La decisión simplemente pone fin al litigio. De este modo, la eficacia de la acción del juez se deriva no sólo del alcance de los poderes que se le confieren, sino también de la certeza que proporciona al demandante al resolver definitivamente el litigio²¹¹³.
503. Basándose en las disposiciones del artículo L. 511-1 del Código de Justicia Administrativa, el Conseil d'Etat afirmó el carácter provisional de las medidas adoptadas en los procedimientos sumarios. En términos jurídicos, esto significa que la solución dada en el procedimiento sumario no es vinculante ni para el juez que conoce del fondo del asunto ni para el propio juez del procedimiento sumario. Por una parte, el juez de primera instancia no está vinculado por la solución jurídica dada por el juez de medidas provisionales y puede perfectamente adoptar una solución diferente. Por otra parte, el juez de medidas provisionales puede revocar su propia decisión en caso de que aparezcan nuevos elementos. La solución dada en el procedimiento sumario parece, pues, precaria y reversible. En este sentido, "una resolución provisional es aquella que, fuera del ámbito del recurso, siempre puede ser revisada, modificada o retractada por efecto de otra resolución; aquella que, en una palabra, está expuesta a todos los vientos contrarios"²¹¹⁴. Una decisión provisional es, por tanto, una decisión que puede ser impugnada, ya sea por el juez de primera instancia o por el propio juez de medidas provisionales.

De iure, estos principios se aplican al procedimiento de medidas provisionales: el tribunal que conoce del fondo del asunto no está vinculado por la solución dada por el juez de medidas provisionales; el juez de medidas provisionales puede revocar su decisión en caso de que aparezcan nuevos elementos. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, su decisión no es definitiva²¹¹⁵. En la práctica, sin embargo, debido a las características de este procedimiento y especialmente a las condiciones en las que puede iniciarse, es imposible que el tribunal que conoce del fondo del asunto se pronuncie de forma diferente sobre la cuestión jurídica, y es poco probable que surja algún nuevo factor que permita al juez de medidas provisionales revocar su decisión. En consecuencia, sus decisiones son, si no irreversibles, al menos notablemente estables. En la práctica, sólo pueden cuestionarse fuera del procedimiento de recurso mediante una revisión, y entonces sólo en los casos más raros. La estabilidad de las medidas adoptadas por el juez de medidas provisionales plantea la cuestión de la naturaleza de este procedimiento y, más concretamente, si debe calificarse de procedimiento sumario sobre el fondo.

Sección 1.ª Posibilidad de revisión por el juez de apelación

504. Las partes en el procedimiento inicial pueden interponer dos recursos excepcionales ante el juez que dictó la resolución²¹¹⁶. Estos recursos equivalen a una retractación y, en consecuencia, a un nuevo juicio de las

²¹¹² Normalmente, el demandante de una medida cautelar debe esperar a que el tribunal que conoce del fondo del asunto se pronuncie definitivamente sobre el alcance de sus derechos.

²¹¹³ La *référé-liberté* ofrece plena satisfacción al solicitante. El solicitante que ha obtenido una medida favorable ya no tiene que actuar ante el tribunal que conoce del fondo del asunto. Por el contrario, cuando una persona obtiene la suspensión de la ejecución de una decisión en virtud del artículo L. 521-1, sólo obtiene una satisfacción provisional, ya que la sentencia sobre el fondo siempre puede volver sobre la solución dada en el procedimiento sumario.

²¹¹⁴ R. PERROT, "Du 'provisoire' au 'définitif'", en *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drui*, Dalloz, 2000, pp. 447-448.

²¹¹⁵ Como señaló M. Barreau, una resolución definitiva es aquella "que pone fin a un litigio de tal manera que el tribunal ya no está investido de ningún poder jurisdiccional con respecto al mismo" (C. BARREAU, observaciones en Civ. 1^{ère}, 28 de abril de 1987, *JCP G* 1989, II, 21216, n° 20).

²¹¹⁶ También debe mencionarse la posibilidad de interponer un recurso de interpretación o un recurso de oposición.

resoluciones provisionales. En primer lugar, las partes pueden interponer un recurso de revisión contra las decisiones del Conseil d'Etat en las condiciones previstas en el artículo R. 834-1 del Código de Justicia Administrativa²¹¹⁷. En segundo lugar, el demandante puede interponer un recurso de rectificación de un error material regulado por el artículo R. 833-1. Este recurso no es admisible si el demandante impugna las apreciaciones jurídicas realizadas por el juez de medidas provisionales²¹¹⁸. En cambio, es admisible si el demandante alega un error material cometido por el juez de medidas provisionales y si el error está fundado²¹¹⁹. A este respecto, el Conseil d'Etat ha declarado, de conformidad con una jurisprudencia reiterada²¹²⁰ que "la falta de decisión sobre una reclamación puede dar lugar a una solicitud de rectificación por error material"²¹²¹.

505. Aparte de estos recursos excepcionales, las medidas de salvaguardia ordenadas por el juez de medidas provisionales pueden recurrirse ante el juez de medidas provisionales del Consejo de Estado²¹²². El principio de recurso es el resultado de una iniciativa parlamentaria. Se rige esencialmente por las normas generales que regulan este tipo de recursos. La medida de salvaguardia se estabiliza una vez que el plazo para recurrir ha expirado o ha sido ejercido por una de las partes.

I. El principio del recurso: una iniciativa parlamentaria

506. Siguiendo las orientaciones del grupo de trabajo del Consejo de Estado, el proyecto de ley preveía un procedimiento de recurso único para todas las medidas cautelares urgentes. Para favorecer una resolución rápida de los litigios, el proyecto de ley suprimía el nivel intermedio de los tribunales administrativos de apelación y optaba por un sistema de casación generalizado aplicable a todas las medidas provisionales urgentes²¹²³. Esta norma se aplicaba en particular al procedimiento *référé-liberté*, que a este respecto no se

Según jurisprudencia reiterada, el recurso de interpretación sólo es admisible si lo interpone una parte en el procedimiento que dio lugar a la resolución cuya interpretación se solicita y sólo en la medida en que pueda alegarse válidamente que la resolución es oscura o ambigua. Véase CE, ord. 24 de noviembre de 2005, *Moissinac Massenat*, n° 287348. El demandante pidió al juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat que interpretara un auto anterior dictado en el litigio entre él y la administración (CE, ord. 8 de noviembre de 2005, *Moissinac Massenat, Lebon* p. 491). El juez declaró que no había ninguna ambigüedad en el requerimiento dirigido a la administración en esta decisión. Por lo tanto, el recurso de interpretación es inadmisibile. Para un ejemplo de recurso de oposición, véase CE, 27 de julio de 2001, *Haddad*, n° 231889: el Sr. Haddad presentó un recurso de oposición solicitando al Conseil d'Etat que declarase nula una decisión previamente dictada por el juez du *référé-liberté* del Conseil d'Etat (CE, ord. 24 de enero de 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis, Lebon* p. 37). Al no cumplirse las condiciones de oposición, el Consejo rechazó su solicitud.

2117 Véase CE, 22 de junio de 2005, *Gaiffe*, n° 252090. El demandante solicitó al Consejo la anulación del auto de 8 de noviembre de 2002 por el que el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat desestimó su demanda de medidas provisionales presentada sobre la base de las disposiciones del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. El Consejo desestimó la demanda por no estar comprendida en ninguno de los supuestos de revisión previstos por las disposiciones del artículo R. 834-1 del Código.

2118 CE, 27 de octubre de 2003, *Karsenti*, n° 252151.

2119 Así ocurrió cuando el juez de apelación denegó a la demandante el plazo de 15 días previsto en el artículo L. 523-1 del Código de Justicia Administrativa y desestimó su recurso por extemporáneo, a pesar de que la interesada tenía derecho a beneficiarse de las disposiciones del artículo R. 811-5, que aumenta en dos meses los plazos de recurso para las personas que residen en el extranjero en el momento de la notificación de la resolución (CE, 3 de mayo de 2004, *Dogan épouse Antil, Lebon T.* p. 854). El Conseil d'Etat aceptó el recurso para rectificar un error material y se pronunció de nuevo sobre el recurso de la Sra. Dogan contra el auto del tribunal de primera instancia.

2120 Véase CE, 17 de abril de 1970, *DMS Préfontaines, Lebon* p. 260.

2121 CE, 16 de febrero de 2004, *Ghouzj, Lebon* p. 79. En este caso, se desestimó la solicitud, ya que la petición del interesado había quedado sin objeto debido a la decisión posterior del Conseil d'Etat que se pronunciaba sobre el acto administrativo impugnado. Véase, en el mismo sentido CE, 5 de mayo de 2006, *Ortiz*, núm. 242713 (desestimación del recurso de rectificación, ya que las solicitudes de medidas cautelares inicialmente presentadas habían quedado sin objeto como consecuencia de una modificación de las disposiciones legislativas y reglamentarias aplicables).

2122 En términos más generales, todas las órdenes dictadas tras una audiencia pública pueden recurrirse. En cambio, los autos dictados en el marco del procedimiento de clasificación sólo pueden recurrirse ante el Tribunal Supremo. Esto significa que las decisiones del juez de medidas provisionales pueden, según los casos, impugnarse por vía de recurso o por vía de casación.

2123 La declaración de misión de 31 de octubre de 1997 precisaba que los procedimientos de recurso "deben permitir resolver rápidamente los litigios" (*RFD* 2000, p. 954). En efecto, como en todo procedimiento judicial, deben existir vías de recurso que permitan rectificar a tiempo los posibles errores cometidos por el juez de medidas provisionales y garantizar la unidad de la jurisprudencia en todo el país. Sin embargo, éstos deben adaptarse a la urgencia del procedimiento sumario. Se ha puesto de manifiesto que el sistema tradicional de apelación seguida de casación no se adapta a los casos urgentes en la medida en que conduce a la superposición de instancias sucesivas (una instancia en primera instancia, una instancia de apelación, una instancia de casación). Al prescindir de la necesidad de un recurso ante los tribunales administrativos de apelación, el texto permitió suprimir un nivel de procedimiento.

beneficiaba de un trato preferente con respecto a los demás procedimientos. Como los recursos no se presumían²¹²⁴, las decisiones del juez de medidas provisionales sólo eran susceptibles de recurso ante el Tribunal Supremo. Habida cuenta del carácter sumamente delicado de este procedimiento, los parlamentarios han querido dotar al Conseil d'Etat de los poderes de un juez de apelación, permitiéndole tener plena competencia sobre el litigio de hecho y de derecho. Sin cuestionar el principio de recurso único, el Parlamento sustituirá el procedimiento de casación por un procedimiento de recurso - siempre ante el Conseil d'Etat - para las decisiones dictadas por el juez de medidas provisionales tras una audiencia pública. Para el Presidente Labetoulle, esta enmienda representa "la innovación más importante" aportada al proyecto de ley por los diputados²¹²⁵. En efecto, el principio de recurso es una característica notable del procedimiento de medidas provisionales, ya que los demás procedimientos de medidas provisionales urgentes sólo son susceptibles de recurso ante el Tribunal Supremo. Así pues, "la introducción de este sistema jurisdiccional de dos instancias, que se considera una garantía de buena justicia, es una demostración más de la consideración muy especial que se concede a los procedimientos sumarios como medio de salvaguardar la libertad"²¹²⁶.

507. El recurso fue presentado por el Senado en primera lectura a iniciativa de su Comisión de Derecho. La enmienda, a la que se asoció especialmente el Sr. Badinter, fue adoptada por la Cámara Alta con el apoyo del Gobierno. De los trabajos preparatorios se desprende claramente que los senadores deseaban ofrecer a los justiciables las garantías más amplias cuando están en juego las libertades fundamentales. El Sr. Garrec subrayó que, en un ámbito tan esencial, la posibilidad de presentar un recurso de reposición y de recurrir ante el Tribunal Supremo no constituía una garantía suficiente para el individuo²¹²⁷. En el primer caso, es el mismo juez quien dicta la resolución: no hay, pues, necesidad de que intervenga un nuevo juez. En el segundo caso, el control del tribunal se limita a las cuestiones de derecho. El tribunal de casación sólo podrá examinar los elementos de hecho del asunto y resolver el litigio en cuanto al fondo si el recurso es admisible, se funda un motivo de casación y el Conseil d'Etat decide conocer del asunto. Debido a las menores garantías que ofrecen estos dos recursos jurídicos, los senadores consideraron esencial introducir el principio del recurso de casación en el procedimiento sumario. Según el Sr. Garrec, "no puede haber excepción al principio de doble instancia cuando están en juego libertades fundamentales, a menos que se prive de garantías a los derechos de la defensa constitucionalmente protegidos"²¹²⁸. En primera lectura, la Asamblea Nacional adoptó la posición del Senado, a pesar de las reservas expresadas por su ponente²¹²⁹.

508. Sin embargo, surgió una diferencia de opinión entre las dos cámaras en cuanto al tribunal que debía conocer de los recursos. Por razones de proximidad a los justiciables, la Asamblea Nacional defendió la competencia de los tribunales administrativos de apelación, que son los tribunales ordinarios de apelación desde la Ley de 31 de diciembre de 1987. El Sr. Blessig declaró que "para mejorar el acceso a la justicia de los justiciables, es mejor que los procedimientos se desarrollen lo más cerca posible, es decir, ante el tribunal administrativo de apelación"²¹³⁰. El Senado defendió la competencia del Consejo de Estado. Los senadores presentaron tres argumentos²¹³¹. En primer lugar, la intervención inmediata del tribunal supremo favorece una resolución

²¹²⁴ En el contencioso administrativo, el derecho a una segunda instancia sólo existe si está expresamente previsto en un texto. El Conseil d'Etat considera que "a falta de disposiciones que estipulen que las decisiones son susceptibles de recurso", deben considerarse dictadas en última instancia y, por tanto, sólo pueden recurrirse ante el Tribunal Supremo (CE, 6 de junio de 1949, *Faveret, Lebon* p. 228).

²¹²⁵ D. LABETOULLE, "La genèse de la loi du 30 juin 2000", en *Le nouveau juge administratif des référés*, PUS, 2002, *op. cit.* p. 24.

²¹²⁶ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, n° 1545.

²¹²⁷ R. GARREC, Informe del Senado n° 380, p. 30 y pp. 63-65.

²¹²⁸ R. GARREC, *JO déb. AN*, sesión CR de 8 de junio de 1999, p. 3741.

²¹²⁹ El Sr. Colcombet se declaró "muy reservado" sobre el principio de un recurso en el procedimiento sumario, esgrimiendo tres argumentos. En primer lugar, la introducción de un recurso sólo para este procedimiento es una fuente de complejidad. Va en contra del proyecto de ley, que pretende simplificar y uniformizar las normas aplicables a los distintos procedimientos. En segundo lugar, el mecanismo de recurso priva al recurrente del derecho a recurrir ante el Tribunal Supremo, que, de acuerdo con las normas del Derecho común, implica un colegio de jueces. Por último, fuera del ámbito penal, la apelación no es una exigencia que deba cumplir el legislador (F. COLCOMBET, *Rapport AN* n° 2002, pp. 52-53). Estos argumentos apenas convencieron a los diputados. Los miembros de la Comisión de Legislación se opusieron a la enmienda presentada por el Sr. Colcombet que pretendía restablecer la redacción inicial del proyecto de ley (Informe antes citado, pp. 53-54). La Asamblea Nacional no dio marcha atrás en el principio de recurso.

²¹³⁰ E. BLESSIG, *JO déb. AN*, sesión CR de 14 de diciembre de 1999, p. 10944. El mismo argumento se repitió en segunda lectura. Durante la sesión, el Sr. Blessig se preguntó "cómo podría justificarse que los argumentos esgrimidos en favor del juez del procedimiento sumario en primera instancia - rapidez, oralidad, simplicidad, proximidad - se rechacen en el procedimiento de apelación" (*JO déb. AN*, CR séance 6 avril 2000, p. 3162).

²¹³¹ Véase R GARREC, Informe del Senado n° 210, pp. 21-22.

más rápida de los casos al ahorrar un nivel de jurisdicción²¹³². En segundo lugar, se argumentó que esta solución permitía unificar rápidamente la jurisprudencia en materia de protección de las libertades fundamentales. Según el Sr. Garrec, "el objetivo es evitar que la dispersión entre siete tribunales administrativos de apelación de los recursos contra las resoluciones de medidas cautelares socave la unidad de la jurisprudencia"²¹³³. En tercer y último lugar, la competencia del Conseil d'Etat permitía alinear las normas que regulan las medidas cautelares con las que rigen las acciones de cesación, favoreciendo así la coherencia entre los textos cuando se trata del mismo asunto. Estos argumentos no convencieron a los diputados en primera lectura. La Asamblea Nacional adoptó, a pesar de la opinión desfavorable del ponente y del Gobierno, la enmienda presentada por el Sr. Blessig y el Sr. Albertini, que lleva los recursos contra las medidas cautelares ante los tribunales administrativos de apelación²¹³⁴. La enmienda del Sr. Blessig se propuso de nuevo en segunda lectura, pero finalmente fue rechazada por los diputados²¹³⁵. El apartado 2 del artículo L. 523-1 establece que "las decisiones adoptadas en aplicación del artículo L. 521-2 podrán ser recurridas ante el Conseil d'Etat en un plazo de quince días a partir de su notificación". Los autos por los que el juez de la référé-liberté pronuncia una medida de salvaguardia se dictan tras una vista contradictoria y una audiencia pública. Por tanto, se dictan en primera instancia.

II. El sistema de recurso

509. Se puede interponer un recurso contra cualquier resolución dictada por el juez de medidas provisionales de un tribunal administrativo²¹³⁶ tras una audiencia pública²¹³⁷.

Pueden interponerlo las partes del procedimiento inicial. En caso de decisión de admisión total, sólo la administración tendrá interés en interponer recurso. En caso de admisión parcial, ambas partes pueden tener interés en ejercer este recurso: la administración, en primer lugar, para que el juez de medidas provisionales del Consejo de Estado anule la medida prescrita en primera instancia; el demandante, en segundo lugar, con vistas a obtener una satisfacción total²¹³⁸. Si sus pretensiones son estimadas en su totalidad, el demandante no puede recurrir

²¹³² Las resoluciones dictadas por los tribunales administrativos de apelación podrían haberse recurrido ante el Tribunal Supremo. Además, se señaló que la congestión de los tribunales administrativos de apelación parecía comprometer el rápido examen de los recursos.

²¹³³ R. GARREC, Informe del Senado n° 210, p. 22. Hay que señalar, sin embargo, que el riesgo de fractura de la jurisprudencia era muy hipotético en la medida en que los autos de los tribunales administrativos de apelación habrían estado en cualquier caso sujetos al control jurisdiccional del Conseil d'Etat.

²¹³⁴ *JO déb. AN*, sesión CR de 14 de diciembre de 1999, pp. 10943-10944.

²¹³⁵ *JO déb. AN*, sesión CR de 6 de abril de 2000, pp. 3162-3163. El Sr. Garrec recuerda, no obstante, que la solución adoptada "no excluye la transferencia posterior de este contencioso a los tribunales administrativos de apelación, una vez que la jurisprudencia sea homogénea" (R. GARREC, Informe del Senado n° 210, p. 22). En este caso, la référé-liberté correría la misma suerte que el procedimiento de impugnación de las órdenes de expulsión, cuyo recurso se transfirió a los tribunales administrativos de apelación tras quince años de funcionamiento. Los recursos contra las órdenes de expulsión se presentaban inicialmente ante el Conseil d'Etat. Se transfirieron a los tribunales administrativos de apelación el 1^{er} de enero de 2005. Esta transferencia fue posible a pesar de que este procedimiento implica un gran volumen de litigios y exige que el juez se pronuncie en un plazo extremadamente corto de 48 horas. A título comparativo, para un tribunal administrativo, el procedimiento sumario representa varias decenas de decisiones al año. El único obstáculo a esta transferencia podría ser el deseo de evitar el solapamiento o la acumulación de niveles de jurisdicción.

²¹³⁶ Las decisiones del juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat no pueden recurrirse (CE, ord. 29 mayo 2002, *Devynck*, n° 247239). Tampoco pueden recurrirse ante el Tribunal Supremo. El Conseil d'Etat ha reiterado "que el auto dictado por el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat a raíz de una solicitud remitida directamente a éste sobre la base de las disposiciones del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa no es susceptible de recurso ni de apelación ante el Conseil d'Etat" (CE, 27 de octubre de 2003, *Karsenti*, n° 252151).

²¹³⁷ Las resoluciones dictadas sin audiencia pública, es decir, en el marco del procedimiento de clasificación, están sujetas a control jurisdiccional. Los "recursos" interpuestos contra las órdenes de clasificación se reclasifican como recursos ante el Tribunal Supremo y son oídos por una sala del Conseil d'Etat. Véase *supra*, § 412.

²¹³⁸ Véase, por ejemplo, CE, ord. 16 de julio de 2001, *Feuillatay, Lebon* p. 309.

útilmente ante el tribunal de apelación²¹³⁹. Los terceros en el procedimiento no tienen derecho a recurrir²¹⁴⁰. Del mismo modo, como los coadyuvantes no tienen la condición de parte, no pueden interponer recurso de casación²¹⁴¹.

En caso de medidas cautelares (*référé-liberté*), el recurso es competencia del juez de medidas cautelares del Consejo de Estado. Un tribunal de lo contencioso-administrativo ante el que se haya interpuesto erróneamente un recurso debe remitir el expediente de recurso a la secretaría de lo contencioso del Consejo de Estado²¹⁴². El recurso debe interponerse en un plazo de 15 días a partir de la notificación de la resolución impugnada. Las normas que regulan el plazo de interposición del recurso son las mismas que las del recurso de casación contra un auto de clasificación. Así pues, el plazo de 15 días es un plazo claro y puede ampliarse con los plazos previstos para el recurso a distancia²¹⁴³. Además, el recurso es admisible si la secretaría del tribunal recibe la solicitud por fax dentro del plazo, aunque el expediente completo de la solicitud no se reciba por correo hasta una fecha posterior²¹⁴⁴. En cambio, es inadmisibile si se interpone una vez expirado el plazo de 15 días antes mencionado²¹⁴⁵.

El artículo R. 523-3 del Código de Justicia Administrativa exige a los recursos de medidas cautelares de la obligación de designar abogado. En virtud de las disposiciones combinadas de los artículos R. 411-1 y R. 811-13, todas las solicitudes de recurso deben, so pena de inadmisibilidad, estar motivadas²¹⁴⁶. En cualquier caso, los escritos presentados por primera vez en un recurso de casación son inadmisibles²¹⁴⁷. El recurso debe haber conservado su objeto en la fecha de su interposición ante el Conseil d'Etat. Este no es el caso si la resolución impugnada ante el tribunal de primera instancia ha agotado sus efectos²¹⁴⁸ o si la medida ordenada por el tribunal de primera instancia ya no tiene objeto²¹⁴⁹. En cambio, la ejecución por la Administración de la medida prescrita

²¹³⁹ CE, ord. 17 de mayo de 2004, *Bouhmidi*, n° 267516. Aprehendida sobre la base del artículo L. 521-2 de una solicitud de que se ordenara al Prefecto de Hauts-de-Seine que le devolviera su documento de identidad y su pasaporte, el juez de medidas provisionales "ordenó al Prefecto de Hauts-de-Seine que citara a la Sra. Bouhmidi a partir de la recepción de esta orden para examinar su situación y permitirle beneficiarse de un permiso de residencia temporal hasta que el juez competente, al que le corresponde remitirse, se pronuncie sobre la cuestión de su nacionalidad". El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat declaró que "si se compara con las alegaciones de la Sra. Bouhmidi en primera instancia, debe considerarse que esta disposición no perjudica a la Sra. Bouhmidi, cuyo recurso es por tanto inadmisibile (...)". Según la jurisprudencia clásica, un demandante que obtiene satisfacción completa ante el tribunal de primera instancia no tiene interés en continuar el procedimiento en apelación (véase CE, 22 de abril de 1983, *Ministre des postes et télécommunications, Lebon T.* p. 837).

²¹⁴⁰ CE, ord. 29 enero 2003, *Ville de Nice*, n° 253665.

²¹⁴¹ CE, ord. 3 de enero de 2003, *Belminar y otros*, n° 253045. Sin embargo, es jurisprudencia reiterada que los coadyuvantes pueden interponer un recurso si estaban "legitimados para interponer el recurso o, a falta de intervención, para interponer la tercería" (CE, 9 de enero de 1959, *de Harenne, Lebon* p. 23). El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat también aceptó un recurso presentado por una empresa contra una solicitud "en apoyo de la cual había intervenido" (CE, auto de 17 de mayo de 2002, *EURL Mandon*, n° 246901).

²¹⁴² Véase, por ejemplo, CE, ord. 12 de agosto de 2004, *Abdullayer*, no. 271120; CE, ord. 10 de abril de 2006, *Cicek*, no. 292080.

²¹⁴³ CE, 3 de mayo de 2004, *Dogan épouse Antil, Lebon T.* p. 854.

²¹⁴⁴ CE, ord. 30 de enero de 2001, *Tauraatua*, n° 229418.

²¹⁴⁵ CE, ord. 16 de mayo de 2002, *Auto-école SOS permis*, n° 246813; CE, ord. 27 de enero de 2003, *Chausson*, n° 253548; CE, ord. 28 de marzo de 2003, *Latti*, n° 255412.

²¹⁴⁶ Por tanto, una solicitud que no incluya una motivación es inadmisibile. Véase, por ejemplo, CE, ord. 14 de febrero de 2003, *Société hôtelière de la Calade*, n° 254173.

²¹⁴⁷ CE, ord. 19 de julio de 2001, *Société générale bâtiment et habitation (SGBH)*, n° 248742.

²¹⁴⁸ El recurso, presentado ante el Conseil d'Etat el 27 de octubre de 2001, relativo a una decisión administrativa que había agotado sus efectos desde el 14 de octubre de 2001 (CE, ord. 29 de octubre de 2001, *SARL Objectif*, n° 239443); la demanda presentada el 4 de abril de 2003 relativa a una decisión que había agotado sus efectos desde el 17 de marzo de 2003 (CE, ord. 4 de abril de 2003, *Rambour*, n° 255716); la demanda registrada el 28 de octubre de 2003 relativa a una decisión que había agotado sus efectos el 9 de octubre de 2003 (CE, ord. 29 de octubre de 2003, *Centre hospitalier d'Albi*, n° 261376) o el recurso interpuesto el 28 de febrero de 2006 en un litigio relativo a una decisión por la que se ordenaba la convocatoria de determinados trabajadores para la semana que comenzaba el 6 de febrero de 2006 (CE, ord. 8 de marzo de 2006, *Centre hospitalier universitaire de Caen*, n° 290771).

²¹⁴⁹ Véase, por ejemplo, CE, ord. 16 de marzo de 2001, *Commission de propagande du canton de Grimaud, Lebon T.* p. 1135. Mediante auto de 6 de marzo de 2001, el primer juez ordenó a la comisión de propaganda del cantón de Grimaud que distribuyera las papeletas y circulares presentadas por el Sr. Sibillat, candidato a las elecciones cantonales de Grimaud. Mediante demanda de 13 de marzo de 2001, es decir, después de la primera vuelta de las elecciones, la comisión de propaganda interpuso un recurso contra esta orden ante el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat. La investigación demostró que el Sr. Sibillat no había obtenido un número de votos suficiente en la primera votación para poder presentarse a la segunda. En consecuencia, el recurso presentado ante el juez de apelación carece de objeto y es, por tanto, inadmisibile. Véase también CE, ord. 18 de junio de 2003, *Territoire de la Polynésie française et Caisse de prévoyance sociale de la Polynésie française, Lebon T.* p. 877: un recurso interpuesto contra un auto de suspensión de dos decretos es inadmisibile cuando estos decretos han sido entretanto anulados por el juge de l'excès de pouvoir.

en el auto impugnado no deja sin objeto el recurso interpuesto contra ella²¹⁵⁰.

510. El artículo R. 523-3 estipula que los recursos están sujetos, en su caso, a las normas de procedimiento aplicables a las solicitudes de medidas provisionales de urgencia. Las solicitudes son instruidas y juzgadas por el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat. De conformidad con el artículo L. 523-1, el presidente de la sala de lo contencioso-administrativo del Conseil d'Etat o el consejero de Estado en quien delegue resolverá en un plazo de 48 horas. Podrá resolver según el procedimiento de derecho común previsto en el artículo L. 522-1 o según el procedimiento de selección previsto en el artículo L. 522-3.

El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat controla la legalidad del auto dictado por el juez de primera instancia. Vela por que el juez de primera instancia haya resuelto respetando las garantías procesales, en particular cumpliendo los requisitos de contradicción²¹⁵¹, pronunciándose sobre todos los escritos que se le han presentado²¹⁵² o motivando suficientemente su decisión a la luz de los argumentos que se le han presentado²¹⁵³. La decisión del tribunal también será anulada si ha desnaturalizado las alegaciones del demandante²¹⁵⁴, ha cometido un error de Derecho²¹⁵⁵, se ha extralimitado en sus competencias²¹⁵⁶ o, de manera más general, ha aplicado incorrectamente las normas aplicables. En particular, el juez aplicó erróneamente las disposiciones del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa al considerar indebidamente que se cumplían los requisitos para conceder la expulsión²¹⁵⁷, en particular el requisito de vulneración de una libertad fundamental para los actos y situaciones que por sí solos son improbables que causen tal vulneración²¹⁵⁸ o el requisito de ilegalidad manifiesta para una orden de expulsión basada en hechos graves²¹⁵⁹.

Cuando el asunto se remite al juez de apelación, éste tiene el efecto devolutivo de pronunciarse sobre el asunto que se le ha sometido. Puede completar o reducir las medidas ordenadas por el primer juez. Por un lado, puede ir más allá de las medidas ordenadas en la resolución impugnada. Por ejemplo, puede ordenar una medida de salvaguardia cuando el tribunal de primera instancia consideró que no se cumplían las condiciones para concederla o que no era competente para pronunciarse sobre la cuestión²¹⁶⁰. El tribunal puede sustituir las medidas ordenadas por el tribunal de primera instancia por otras más restrictivas si considera que éstas son insuficientes

²¹⁵⁰ CE, ord. 4 de febrero de 2004, *Commune d'Yvrac*, *Lebon T.* p. 828. Si después de que el municipio de Yvrac interpusiera su recurso, éste ejecutó la orden de 7 de enero de 2004, esta circunstancia no puede hacer que el recurso del municipio, encargado de ejecutar la orden y que pretende alegar que la orden se dictó erróneamente, sea inoperante. Por consiguiente, tiene derecho, en particular, a solicitar que se le exima del pago de la cantidad que le corresponde en virtud del artículo L. 761-1 del Código de Justicia Administrativa. Esto se ajusta a la norma, reiterada regularmente por el Conseil d'Etat en los procedimientos de derecho común, según la cual las resoluciones judiciales son ejecutivas desde su notificación, a pesar de un recurso (véase, por ejemplo, CE, 28 de mayo de 1993, *Bastien*, *Lebon T.* p. 972). El aplazamiento de la ejecución hasta que el tribunal de apelación haya dictado su resolución constituye una violación de la cosa juzgada (CE, 13 de julio de 1996, *Ximay*, *Lebon T.* p. 1063). Al igual que en un procedimiento sobre el fondo, el recurso de casación tiene efectos suspensivos (sobre esta norma, véase B. PACTEAU, "Paradoxes et périls de l'effet non suspensif de l'appel", en *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, pp. 793-501).

²¹⁵¹ Véase, por ejemplo, CE, ord. 26 marzo 2002, *Société Route Logistique Transports*, *Lebon* p. 114.

²¹⁵² CE, ord. 6 septiembre 2002, *Tetaabi*, n° 250120.

²¹⁵³ CE, ord. 16 de septiembre de 2002, *Société GSM*, n° 250312.

²¹⁵⁴ Teniendo en cuenta los términos de los escritos, el conjunto de las alegaciones y el hecho de que no se había presentado ningún recurso de anulación o de revocación de una decisión administrativa, "el primer juez no interpretó erróneamente la demanda" al considerar que el demandante había pretendido invocar, con carácter principal, las disposiciones del artículo L. 521-2 y, con carácter subsidiario, las del artículo L. 521-1 (CE, ord. 10 de abril de 2001, *Syndicat national unifié des directeurs, des instituteurs, des professeurs des écoles de l'enseignement public Forve ouvrière (SNUDI-FO) du Maine-et-Loire*, *Lebon T.* p. 1090).

²¹⁵⁵ Véase, por ejemplo, CE, ord. 9 diciembre 2002, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Negmari*, n° 252338.

²¹⁵⁶ Por ejemplo, anulando una decisión administrativa (CE, ord. 24 enero 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis*, *Lebon* p. 37).

²¹⁵⁷ CE, ord. 27 marzo 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, *Lebon* p. 158; CE, ord. 6 abril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ SARL Le Vivier*, *Lebon* p. 186; CE, ord. 25 noviembre 2003, *Présidente de l'Assemblée de la Polynésie française*, *Lebon T.* p. 928.

²¹⁵⁸ Por ejemplo, en el caso del solapamiento de los horarios de dos cursos optativos en un liceo (CE, ord. 5 de octubre de 2001, *Rouquette Lipietz*, n° 238676) o de la expedición de un permiso de construcción (CE, ord. 11 de octubre de 2001, *Commune de Saint-Bauzille-de-Putois*, *Lebon* p. 462). Lo mismo ocurre, de forma más general, cuando el acto en cuestión no vulnera, en las circunstancias del caso, una libertad fundamental. Véase, por ejemplo, CE, ord. 16 de abril de 2003, *Lycée polyvalent du Taaoone*, n° 256002: "los demandantes tienen derecho a sostener que, a falta de violación de una libertad fundamental, el juez de medidas provisionales del tribunal administrativo de Papeete se equivocó al hacer uso de las facultades previstas en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa".

²¹⁵⁹ CE, Secc. 30 de octubre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *Lebon* p. 523; CE, ord. 10 de agosto de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Saddouki*, n° 236969.

²¹⁶⁰ CE, ord. 19 de agosto de 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311.

para salvaguardar una libertad fundamental. De este modo, el tribunal puede adjuntar a las medidas cautelares dictadas por el tribunal de primera instancia una multa coercitiva no prevista por este último²¹⁶¹ o aumentar el importe de la multa por recurso abusivo que el tribunal de primera instancia condenó a pagar al demandante²¹⁶². Por otra parte, el juez de apelación puede reducir o anular las medidas ordenadas en la resolución impugnada. Si no se cumplen las condiciones para la concesión de las medidas, dejará sin efecto las medidas ordenadas por el tribunal de primera instancia²¹⁶³. Cuando el tribunal de primera instancia haya ordenado una medida que, a juicio del tribunal de apelación, entre en conflicto con las disposiciones del artículo L. 511-1, podrá modificar el contenido del requerimiento²¹⁶⁴. También es posible que el tribunal de apelación anule la orden del tribunal de primera instancia para limitar el alcance de la medida cautelar dictada por el tribunal de primera instancia. En el asunto *Feuillatey*, por ejemplo, el juez de medidas cautelares del Conseil d'Etat añadió a la reserva mencionada por el juez de primera instancia que incumbe a los médicos, antes de proceder a una transfusión de sangre, en primer lugar, hacer todo lo posible para convencer a la paciente de que acepte el tratamiento indispensable y, en segundo lugar, asegurarse de que la transfusión representa un acto indispensable para la supervivencia de la paciente y proporcionado a su estado.²¹⁶⁵

Una vez que el juez de apelación se ha pronunciado, o una vez que ha expirado el plazo para recurrir, la decisión adoptada por el juez de medidas provisionales adquiere una notable estabilidad. Aunque no es jurídicamente imposible que otro juez la impugne, no deja de ser muy hipotética.

Sección 2. Improbable recusación por otro juez

511. Una vez expirados los plazos y los procedimientos de recurso, ¿puede considerarse definitiva la decisión adoptada por el juez de medidas provisionales? Desde el punto de vista jurídico, tal solución debe descartarse. Pero, ¿qué ocurre en la práctica? ¿Las medidas dictadas por el juez sobre la base del artículo L. 521-2 pueden realmente ser impugnadas por un juez? Para que esto sea posible, deben darse dos elementos. En primer lugar, y como es lógico, debe haber "algo" que impugnar. En segundo lugar, el asunto debe ser sometido a un juez y deben cumplirse las condiciones para impugnar lo ordenado por el juez de medidas provisionales.

512. Para que la medida ordenada pueda considerarse reversible, en primer lugar debe quedar "algo" que cuestionar tras la intervención del juez de medidas cautelares, es decir, el objeto del litigio no debe haber desaparecido por completo tras su decisión. Esta exigencia lleva a distinguir según el tipo de medida de salvaguardia ordenada; en la práctica, reduce al extremo los casos en los que puede plantearse la cuestión de la reconsideración. En primer lugar, en el caso de la suspensión de una decisión positiva, el objeto del litigio se mantendrá potencialmente después de que se haya dictado la medida en dos situaciones: en primer lugar, si el plazo durante el cual debía aplicarse la decisión no ha finalizado, es decir, el plazo fijado inicialmente por la administración cuando dictó la decisión²¹⁶⁶; en segundo lugar, si la decisión cuyos efectos se suspenden no incluía un plazo. En segundo lugar, en el caso de un requerimiento de hacer, dictado como medida principal o complementaria de una medida de suspensión, el objeto del litigio sólo continúa mientras la administración no haya cumplido. Se exige a la administración que actúe lo antes posible, generalmente en el plazo de unos días. Una vez que la administración ha cumplido, el litigio se extingue; la situación que dio lugar a la remisión al tribunal desaparece²¹⁶⁷. En tercer lugar, en el caso de una orden de alejamiento, el objeto del litigio

2161 CE, ord. 12 de noviembre de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar, Lebon T.* p. 1132: multa de 150 euros por día de retraso en el cumplimiento de las medidas cautelares dictadas por el tribunal de primera instancia en las fechas fijadas por éste.

2162 CE, ord. 12 de mayo de 2003, *Pichaut*, n° 256729.

2163 Véase, por ejemplo, CE, ord. 22 mayo 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer, Lebon* p. 232.

2164 Véase por ejemplo CE, ord. 26 abril 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI, Lebon T.* p. 1034. El primer juez había ordenado a la autoridad prefectural renovar el documento nacional de identidad y el pasaporte del demandante. El juez de apelación sustituyó la orden por una orden de reexaminar la solicitud presentada por el demandante. La orden impugnada fue anulada en la medida en que era contraria a la decisión del juez de apelación.

2165 CE, ord. 16 de julio de 2001, *Feuillatey, Lebon* p. 309.

2166 Una vez transcurrido el plazo inicialmente fijado para su aplicación, el litigio queda extinguido.

2167 Una vez que la autoridad administrativa ha retirado los bolardos que obstaculizaban el acceso a los locales de una empresa privada y ha realizado las obras necesarias para conectar dichos locales a la vía pública (por ejemplo, orden de 31 de mayo de 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers, Lebon* p. 253), ha expedido al demandante el documento nacional de identidad que solicitaba (por ejemplo, orden de 11 de marzo de 2003, *Samagassi, Lebon* p. 119), devolvió los documentos de identidad a una familia (en el caso de la orden de 2 de abril de 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* p. 167) o prestó la asistencia de la policía para ejecutar una orden judicial de desalojo de ocupantes ilegales (en el caso *Stéphaur*), no queda nada por juzgar. Si tomamos como ejemplo el caso *Stéphaur*, "es difícil ver cómo puede calificarse de provisional el requerimiento emitido por el juez a la autoridad policial para que utilice sus competencias para desalojar a los ocupantes ilegales" (T. PEZ, "Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté", *RFDA* 2003, p. 380). Para cumplirlo, la administración debe adoptar

desaparece cuando las circunstancias que dieron lugar a la imposición de la prohibición dejan de existir, como en el asunto *FN IFOREL*, o cuando expira el plazo fijado por el tribunal para la duración de la orden de alejamiento. Estos son los únicos casos en los que puede quedar "algo" que juzgar e impugnar tras la intervención del juez de medidas cautelares. En otros casos, no queda nada que juzgar o impugnar. El juez ha rectificado la situación controvertida. Su intervención tiene por efecto resolver el litigio, ponerle fin de una vez por todas y poner fin al litigio que dio lugar al procedimiento sumario. Una vez dictada la medida cautelar, el litigio deja de ser pertinente.

513. En los raros casos en que la remisión a un órgano jurisdiccional -ya sea un juez que conozca del fondo o un juez que conozca de la demanda de medidas provisionales- no sea inadmisibile (porque la demanda no tiene objeto) y, por tanto, un órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la demanda después que el juez que conozca de la demanda de medidas provisionales, es probable que la decisión del órgano jurisdiccional sólo se impugne en los casos más raros. Tal impugnación no procederá del juez que conozca del fondo, no sólo por el carácter altamente hipotético de la remisión, sino también y sobre todo por la condición de ilegalidad manifiesta prevista en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. Aunque en principio no hay que descartar la posibilidad de una revisión por parte del juez de medidas cautelares, sólo se producirá en casos muy concretos.

I. La imposibilidad de una revisión por el juez de primera instancia

514. Si un tribunal de primera instancia interviene después del juez de medidas provisionales, lo que es extremadamente raro en la práctica, es seguro que resolverá de la misma manera que este último y, en consecuencia, sin cuestionar lo decidido en virtud del artículo L. 521-2.

A. Una derivación posible pero poco frecuente

515. Cuando se haya dictado una medida de salvaguardia, la intervención del tribunal que conozca del fondo del asunto será excepcional, ya que depende únicamente de la voluntad del solicitante. El juez de derecho común sólo podrá intervenir si el demandante así lo decide, es decir, a iniciativa exclusiva del demandante. Se trata de una diferencia importante con respecto a las normas del derecho judicial privado y del procedimiento sumario.
516. En el procedimiento civil, ambas partes del procedimiento sumario tienen el derecho y la posibilidad - pero no la obligación - de presentar el caso ante el tribunal de primera instancia²¹⁶⁸. La incoación de un procedimiento sobre el fondo "se deja a la entera discreción [de las partes]"²¹⁶⁹. Si ninguna de las partes decide proseguir el procedimiento sobre el fondo, "la decisión del juez que conoce de la demanda de medidas provisionales puede prevalecer y convertirse, al menos en la práctica, en la ley de las partes"²¹⁷⁰. No obstante,

medidas definitivas. Del mismo modo, en el asunto *Société Outremer Finance Limited*, el Conseil d'Etat ordenó a Aéroport de Paris que pusiera fin a la inmovilización de un avión perteneciente a la sociedad demandante (CE, 2 de julio de 2003, *Société Outremer Finance Limited*, *Lebon* p. 306). Para aplicar esta decisión, el Director General del establecimiento adoptó una decisión en la que se indicaba que: "La inmovilización en Orly del Airbus A 340 matrícula F-GTUA perteneciente a Outremer Finance Limited, ejecutada mediante la decisión DG n° 2003/553 de 6 de febrero de 2003, queda definitivamente levantada a partir de hoy" (decisión citada en los fundamentos de la sentencia del Conseil d'Etat sobre la liquidación de la multa coercitiva: CE, 28 de julio de 2004, *Société Outremer Finance Limited*, n° 254536, *JCP A* 2004, 1743, obs. J. MOREAU).

2168 Como señala M. Strickler, "dado que el auto del presidente del tribunal no tiene efecto de cosa juzgada respecto del procedimiento principal, las partes siguen siendo libres de presentar ante el tribunal que conoce del fondo una demanda idéntica en todos los aspectos a aquella sobre la que ya se ha pronunciado el juez del procedimiento sumario. La oposición basada en el carácter de cosa juzgada de la resolución del procedimiento sumario es, por tanto, inoponible ante el tribunal que conoce del fondo" (Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, tesis de Estrasburgo, 1993, p. 433). Véase, por ejemplo, Civ. 3^{ème}, 9 de enero de 1991, *JCP G* 1991, II, 21729, obs. L. LEVY.

2169 J. NORMAND, "Le caractère provisoire ou le caractère temporaire des mesures prises en référé. Le cas des mesures restrictives de la liberté d'expression", *RTD civ* 1997, p. 501.

2170 Y. STRICKLER, "Réflexions sur le référé judiciaire. " Retour sur le provisoire", en *Le nouveau juge administratif des référés*, PUS, 2002, *op. cit.*, p. 74. En su tesis doctoral, el autor hizo una observación similar, señalando que ocurre que la decisión adoptada en el procedimiento sumario "se ve afectada por una eficacia definitiva. A veces, en efecto, las partes se dan por satisfechas con el auto dictado por el Presidente y deciden no someter el litigio al tribunal. Si el litigio se resuelve provisionalmente, se extinguirá antes del procedimiento principal. Esta firmeza de hecho de la decisión del Presidente es particularmente evidente en el ámbito de los derechos indiscutibles" (Y. STRICKLER, tesis antes citada, p. 436). Sobre este punto, véanse las observaciones del informe de la misión Magendie, *Célérité et qualité de la justice*, Rapport au garde des Sceaux 15 juin 2004, La Documentation française, 2004, p. 64 y ss.

el demandado en el procedimiento sumario puede tener interés en interponer posteriormente una demanda ante el tribunal que conoce de la acción principal. Por consiguiente, la parte que ha obtenido satisfacción en un procedimiento sumario nunca puede estar segura de que la solución dada se mantendrá definitivamente. Siempre es posible que su adversario plantee posteriormente el litigio ante el tribunal que conoce del fondo, ya que una acción en el procedimiento principal puede dar lugar a que este último impugne el auto dictado en el procedimiento sumario. Así, en Derecho judicial privado, las medidas dictadas en un procedimiento sumario sólo subsisten "mientras la parte contra la que se dictaron no acuda al tribunal que conoce del fondo del asunto"²¹⁷¹.

En el contencioso administrativo, este riesgo es inherente a la naturaleza del procedimiento de suspensión cautelar. En virtud de su carácter accesorio, y debido a la mera probabilidad de ilegalidad que se pide al tribunal que constate, este procedimiento implica automáticamente la intervención posterior del tribunal sobre el fondo. El recurso sobre el fondo es una condición de admisibilidad de las alegaciones formuladas sobre la base del artículo L. 521-1; el juez de medidas provisionales puede suspender la ejecución de la resolución impugnada si sólo tiene serias dudas sobre su legalidad.

La posible u obligatoria intervención de un juez sobre el fondo, en el procedimiento civil y contencioso-administrativo, aparece así como un obstáculo a la durabilidad de la solución dada en el procedimiento sumario. Esta situación es coherente con la finalidad de estos procedimientos, siendo la "vocación de lo provisional" "dar paso a lo definitivo esperado"²¹⁷².

517. La situación es diferente en el caso del procedimiento référé-liberté. El particular que ha presentado una demanda en virtud del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa tiene la iniciativa exclusiva de acudir a la jurisdicción ordinaria. Sólo él tiene derecho a interponer un recurso ante el tribunal administrativo de jurisdicción general, con exclusión de la administración demandada. Por lo tanto, el demandante de medidas provisionales es libre de decidir qué acción emprender. Tiene la garantía jurídica de que la administración no podrá interponer un recurso ante los tribunales ordinarios para anular la decisión adoptada en el procedimiento sumario. Si se recurre a los tribunales, sólo puede ser a instancias suyas. Esta diferencia fundamental confiere mayor estabilidad a las decisiones del juez de medidas provisionales. Si el solicitante de medidas cautelares no presenta el asunto ante el juez que conoce del fondo, éste nunca podrá intervenir.

Sin embargo, cuando el demandante ha obtenido una medida de salvaguardia, la satisfacción obtenida en el procedimiento sumario hace innecesaria la interposición de un recurso sobre el fondo por el procedimiento ordinario. En la mayoría de los casos, un demandante que ha obtenido satisfacción sobre la base del artículo L. 521-2 no tiene ningún interés práctico en que intervenga el tribunal que conoce del fondo del asunto por el procedimiento ordinario. Sin embargo, no es del todo impensable que este último intervenga. En primer lugar, el juez que conoce del fondo intervendrá en el mismo asunto si el recurso sobre el fondo se interpuso antes de que se presentara la demanda de medidas provisionales o simultáneamente con ella. También podrá ejercer este recurso con posterioridad al auto de medidas provisionales si considera que no ha obtenido plena satisfacción y desea, en particular, obtener la anulación en cuanto al fondo o la reparación del perjuicio sufrido como consecuencia de la ilegalidad de un acto administrativo. No obstante, para que el recurso sea admisible, el demandante debe disponer de una decisión administrativa susceptible de vincular el litigio y actuar dentro del plazo previsto para los recursos de Derecho común. En estas condiciones, tal recurso parece relativamente hipotético. Si, por casualidad, un tribunal de primera instancia se pronunciara después del juez de medidas provisionales, es absolutamente seguro que adoptaría la misma solución que este último.

B. Una conclusión inevitable

518. Es jurisprudencia reiterada que las afirmaciones del juez de medidas provisionales no vinculan al juez que conoce del fondo del asunto. Esta norma es consecuencia del principio según el cual el juez de medidas cautelares no entra en el fondo del asunto y deja intacta la cuestión jurídica objeto del litigio. Se pronuncia sobre la base del estado de la instrucción y ordena las medidas necesarias sin pronunciarse sobre la cuestión principal. Por consiguiente, sus órdenes carecen de autoridad en relación con el juez que conoce de la acción principal. Este último sigue siendo totalmente libre de formarse su propia opinión. Su libertad no se ve obstaculizada ni reducida en modo alguno por la intervención previa del juez de medidas provisionales. En Derecho interno, este principio está consagrado por los dos tribunales supremos²¹⁷³.

²¹⁷¹ E. GARSONNET y C. CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Librairie de la société du Recueil Sirey, t. VIII, 1925, n° 191.

²¹⁷² L. MERLAND, *Recherche sur le provisoire en droit privé*, tesis de Aix-en-Provence, 2000, p. 352.

²¹⁷³ Lo mismo ocurre en los litigios comunitarios. El artículo 86, apartado 4, del Reglamento de Procedimiento del

La Cour de cassation considera que el juez que conoce del litigio principal nunca está vinculado por el auto de medidas provisionales, ya se trate de las apreciaciones de hecho o de Derecho efectuadas por el presidente, o de las consecuencias que haya podido deducir de ellas. Sus resoluciones no tienen fuerza de cosa juzgada en relación con el tribunal que conoce del litigio principal²¹⁷⁴. Según la jurisprudencia clásica, "cualquiera que sea la decisión del juez que conoce de la demanda de medidas provisionales en el asunto del que conoce, el Tribunal de Primera Instancia sigue siendo perfectamente libre de efectuar sus propias apreciaciones"²¹⁷⁵. Este principio se presenta como una consecuencia de la regla según la cual el juez de medidas provisionales no aborda el fondo del asunto. Según el Primer Presidente Estoup, "dado que el juez de medidas provisionales no conoce de la cuestión principal, es lógico deducir que el juez que conoce de la cuestión principal no estará vinculado por lo que pueda decidirse en el procedimiento sobre medidas provisionales"²¹⁷⁶.

Del mismo modo, el Conseil d'Etat precisa que "las decisiones adoptadas por el juez administrativo de medidas provisionales (...) no vinculan a ningún órgano jurisdiccional que pueda conocer del asunto principal"²¹⁷⁷. La posición adoptada por el juez de medidas provisionales "no prejuzga (...) el fondo del asunto"²¹⁷⁸. Desde un punto de vista jurídico, el tribunal ordinario que conoce del fondo del asunto no está vinculado por la solución dada en el procedimiento sumario y puede optar por una solución diferente. La decisión adoptada por el juez de medidas provisionales se considera provisional y, por tanto, no vinculante para el juez que conoce del fondo del asunto en Derecho común. ¿Debe aplicarse este principio a las medidas provisionales? Dado que la ausencia de fuerza de cosa juzgada con respecto al procedimiento principal sólo se aplica a las resoluciones provisionales que no se refieren al fondo del asunto, cabe preguntarse si el juez de derecho común no debería declarar la inadmisibilidad del asunto si debe pronunciarse después de que el juez de medidas provisionales haya dictado una medida de salvaguardia - y constatado así una ilegalidad manifiesta. Desde un punto de vista lógico, la idea puede plantearse legítimamente en la medida en que el juez de medidas provisionales se pronuncia sobre la cuestión principal. Sin embargo, dado el carácter provisional de las medidas cautelares, sólo puede rechazarse²¹⁷⁹. En sentido estricto, "el tribunal que conoce del asunto puede decidir que la medida controvertida no adolece de ilegalidad alguna, aun cuando el juez de medidas provisionales hubiera considerado que existían serias dudas sobre su legalidad o que el juez de medidas provisionales hubiera considerado que la medida adolecía de una violación grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental"²¹⁸⁰.

519. Sin embargo, es perfectamente impensable que el tribunal que conoce del fondo del asunto adopte una solución distinta de la del juez de medidas provisionales cuando este último ha ordenado una medida de salvaguardia, es decir, cuando ha constatado previamente que la decisión es manifiestamente ilegal. Una decisión *manifiestamente ilegal* es, a fortiori, *simplemente* ilegal. La ilegalidad es indiscutible e incontestable; está probada, es cierta y está fuera de toda duda²¹⁸¹. Es del todo impensable que, pronunciándose sobre la misma

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 19 de junio de 1999, en su versión modificada, dispone que "El auto tendrá carácter provisional y no prejuzgará en modo alguno la decisión del Tribunal en el asunto principal". En estas circunstancias, las medidas ordenadas en el procedimiento sumario "no prejuzgan las cuestiones de hecho o de derecho controvertidas ni neutralizan de antemano las consecuencias de la resolución que se dicte posteriormente en el asunto principal" (TJCE, 19 de julio de 1995, n° C-149/95 P(R), *Comisión/ Atlantic Container Line*, Rec. 1995, I, p. 2165, pt. 22, citado por P. CASSIA, "L'autorité de la chose ordonnée en référé", *op. cit.* p. 1685).

2174 Ccass. req., 4 de noviembre de 1863, *D.* 1864, 1, p. 35; Civ. 28 de junio de 1892, *D.* 1892, 1, p. 378.

2175 Y. STRICKLER, disertación, p. 542.

2176 P. ESTOUP, *op. cit.*, p. 26. Véase también P. BERTIN, "Référé civil", *Répertoire de procédure civile*, 1980, n° 19: "La medida adoptada en un procedimiento sumario no vincula al tribunal de primera instancia. Se trata de un principio aceptado desde siempre por la doctrina y la jurisprudencia y que se basa en el hecho de que el juez del procedimiento sumario no conoce de la cuestión principal".

2177 CE, 14 de noviembre de 1997, *Communauté urbaine de Lyon*, *Lebon* p. 421.

2178 CE, 11 de febrero de 1977, *Groupe des industries métallurgiques de la région parisienne*, *Dr. soc.* 1978, pp. 39-51, concl. M. GENTOT. Para la suspensión de la ejecución, véase CE, Secc. 9 de diciembre de 1983, *Ville de Paris*, *Lebon* p. 499, concl. B. GENEVOIS: el tribunal de primera instancia puede considerar que una demanda es admisible aunque el juez de la suspensión la hubiera declarado inadmisibile por no ser separable de un negocio contractual.

2179 Por otra parte, hay que tener en cuenta que las alegaciones presentadas ante el juez de medidas cautelares y las presentadas ante el juez que conoce del fondo en derecho común, ya sea en extralimitación de funciones o en plena jurisdicción, son diferentes. Si las partes son las mismas y la causa del litigio es idéntica -incluso si el juez que conoce de la demanda de medidas provisionales puede conocer de una situación o de un comportamiento mientras que el juez que conoce del fondo en Derecho común conocerá necesariamente de una decisión-, los escritos son necesariamente distintos. En este punto, la solución puede compararse a la del référé-précontractuel. Como declaró el Comisario del Gobierno Chantepy, "a falta de identidad de objeto, la autoridad de la resolución en el procedimiento sumario no puede invocarse en los recursos postcontractuales" (C. Chantepy, concl. sobre CE, Secc., 3 de noviembre de 1995, *Société Stentofon*, *Lebon* p. 393).

2180 P. CASSIA, "L'autorité de la chose ordonnée en référé", *JCP G* 2004, I, 164, p. 1687.

2181 A la inversa, la solución dada por el juez de medidas provisionales nunca puede darse por sentada: es seguro que un juez de primera instancia intervendrá posteriormente en el mismo asunto y que podrá -lo que está perfectamente justificado, habida cuenta del papel limitado del primer juez- adoptar una solución diferente.

cuestión de derecho, el juez ordinario adopte una posición diferente de la del juez de medidas provisionales. Éste adoptará necesariamente la misma posición que aquél. Es seguro que declarará la ilegalidad del acto impugnado y confirmará la interpretación del juez de medidas provisionales. Una vez que ha intervenido el juez de medidas provisionales, el resultado del procedimiento es seguro. Aunque el asunto se someta a los tribunales ordinarios, es seguro que éstos no contradecirán al juez de medidas provisionales ni, en consecuencia, pondrán en tela de juicio la solución adoptada por éste. El demandante tiene la seguridad de que la solución dada en el procedimiento sumario no será cuestionada por el tribunal que conozca del fondo del asunto.

La situación es exactamente la misma en los procedimientos civiles en los que la intervención del juez de medidas cautelares está supeditada a la evidencia de los derechos en cuestión: "Si el auto de medidas cautelares debe tener fuerza de prueba, ¿cómo imaginar entonces que el juez de primera instancia pueda anular esta prueba? Esto es teóricamente concebible, pero mucho menos en la práctica..."²¹⁸². Cuando sanciona el ejercicio de derechos indiscutibles, el auto de procedimiento sumario "muy a menudo resuelve de hecho de forma radical y definitiva el litigio entre las partes del procedimiento sumario"²¹⁸³. En la práctica judicial, la obviedad del derecho tiende así a afirmarse como "el criterio de reparto del litigio entre el juez que conoce de la demanda de medidas provisionales y el juez que conoce del fondo"²¹⁸⁴.

Esto significa que es estrictamente impensable que el juez que conoce del fondo del asunto en derecho común cuestione la decisión del juez de medidas provisionales. ¿Podría esta impugnación proceder del propio juez de medidas provisionales a través del procedimiento de revisión previsto en el artículo L. 521-4 del Código de Justicia Administrativa?

II. Una improbable recusación del juez de medidas cautelares

520. Una vez prescrita la medida de salvaguardia, el juez de medidas provisionales ya no interviene en el litigio²¹⁸⁵. No puede revisar su decisión de forma discrecional²¹⁸⁶. No obstante, el procedimiento de revisión previsto en el artículo L. 521-4 le permite, en caso de "nueva información", revocar su decisión sin prescindir de la autoridad vinculada a la misma. Cabe señalar que este procedimiento de reconsideración, concebido para aplicarse a todas las solicitudes de medidas cautelares urgentes, prácticamente nunca se utiliza para las solicitudes de medidas provisionales.

A. Procedimiento de recurso

521. El artículo L. 521-4 del Código de Justicia Administrativa dispone que "cuando una parte interesada le someta un asunto, el juez de medidas provisionales podrá, en cualquier momento, a la vista de un nuevo elemento, modificar las medidas que haya ordenado o ponerles fin". Este procedimiento, que "no pertenece propiamente

²¹⁸² R. MARTIN, "Le référé, théâtre d'apparence", *D.* 1979, chron. p. 160.

²¹⁸³ J.-P. ROUSSE, *GP* 1972, 2, p. 539, citado por Y. STRICKLER, *op. cit.* p. 537.

²¹⁸⁴ J.-P. ROUSSE, *GP* 1977, 1, p. 250, citado por Y. STRICKLER, *op. cit.* p. 538.

²¹⁸⁵ Como afirmaba el Presidente Marceau Long en el estado anterior de la ley, el juez de medidas provisionales "queda relevado de su jurisdicción tan pronto como se haya pronunciado sobre el litigio que se le ha sometido" (M. LONG, concl. sobre CE, Secc., 12 de octubre de 1956, *Saporta*, *AJDA* 1956, p. 411).

²¹⁸⁶ Véase, en materia civil: Civ. 1^{ère}, 3 de octubre de 1984, *JCP G* 1984, IV, 338; Civ. 2^{ème}, 25 de junio de 1986, *Bull. civ.* II, n° 100.

a la categoría de los recursos"2187, se denomina a veces modificación sumaria o revisión sumaria2188. Permite modificar o poner fin a una medida prescrita en virtud de los procedimientos del Título II del Libro V del Código de Justicia Administrativa. Este mecanismo permite al juez de medidas provisionales revocar su propia decisión si una persona presenta nuevas circunstancias o nueva información. La posibilidad de reconsideración, que permite al juez reconsiderar su postura, se ha presentado como consecuencia del carácter provisional de las medidas ordenadas en los procedimientos sumarios2189. De este modo, el artículo L. 521-4 amplía una posibilidad que ya existía antes de la reforma de 30 de junio de 2000. Inspirándose en el procedimiento aplicable en derecho judicial privado, el juez administrativo en procedimiento sumario reconocía la posibilidad de revocar su decisión en caso de "nuevas circunstancias"2190. El ámbito de aplicación del artículo L. 521-4 es más amplio, ya que utiliza el concepto de "elemento nuevo".

522. Las condiciones de aplicación de este procedimiento - y, por consiguiente, las posibilidades del juez de medidas cautelares de impugnar la medida de salvaguardia ordenada2191 - están estrictamente reguladas.

2187 R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, p. 718. Es posible identificar siete diferencias principales entre los recursos tradicionales (apelación y casación) y la reconsideración. En primer lugar, los recursos tradicionales están concebidos para corregir cualquier error cometido por el juez de medidas provisionales; el objetivo de la reconsideración es adaptar la decisión inicial a un nuevo factor. En segundo lugar, los procedimientos de recurso habituales se aplican tanto a las decisiones de admisión como a las de denegación. En cambio, la reconsideración sólo puede ejercerse contra una decisión de admisión. En tercer lugar, la solicitud de recurso o casación debe presentarse en un plazo de 15 días a partir de la notificación de la decisión, mientras que no hay plazo para la revisión: puede iniciarse "en cualquier momento", según el texto del artículo L. 521-4. En cuarto lugar, no cabe recurso de apelación ni de casación contra las decisiones del juez des référés del Conseil d'Etat, sino únicamente contra una orden dictada por un juez de un tribunal administrativo. En quinto lugar, en el recurso de apelación y de casación sólo pueden actuar las partes, mientras que cualquier interesado puede presentar un recurso de reposición. En sexto lugar, la solicitud de recurso o de casación se presenta ante el tribunal superior, es decir, el Conseil d'Etat para el procedimiento sumario; la decisión de revisión se presenta ante el juez que dictó la decisión cuya revisión se solicita. El juez examinará la solicitud en audiencia pública si se trata de una solicitud sumaria de medidas cautelares. El artículo L. 522-1 exige la celebración de una audiencia pública siempre que se solicite al juez de medidas provisionales "que ordene, modifique o ponga fin a las medidas contempladas en los artículos L. 521-1 y L. 521-2". En séptimo y último lugar, a diferencia de la decisión adoptada en apelación, la decisión adoptada en revisión puede, si la adopta el juez de medidas provisionales de un tribunal administrativo, ser impugnada mediante los procedimientos de recurso disponibles contra la orden inicial, es decir, en el caso de las medidas provisionales, el procedimiento de apelación (artículo L. 523-1, apartado 2). Las vías de recurso se aprecian según las normas aplicables al primer recurso. El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat declaró "que los autos modificatorios dictados por el juez de medidas provisionales en aplicación de las disposiciones del artículo L. 521-4 tienen la misma naturaleza que los autos así modificados, que son objeto de procedimientos de recurso distintos según se hayan dictado sobre la base de los artículos L. 521-1 o L. 521-2 del Código; que así, en el caso concreto en el que el juez de medidas provisionales, al que se ha recurrido sobre la base del artículo L. 521-4, ha modificado las medidas que deben adoptarse en virtud del artículo L. 521-2 del Código, los autos modificatorios son objeto de procedimientos de recurso distintos según se hayan dictado sobre la base del artículo L. 521-1 o L. 521-2 del Código. 521-4, ha modificado las medidas previamente ordenadas en virtud de sus facultades en virtud del artículo L. 521-2, esta orden de modificación está sujeta al mismo procedimiento de recurso que la orden inicial; que, por lo tanto, puede recurrirse ante el Conseil d'Etat en las condiciones previstas en el segundo párrafo del artículo L. 523-1 y en el artículo R. 523-3 del Código de Justicia Administrativa" (CE, ord. 7 de noviembre de 2003, *SA d'habitations à loyer modéré trois vallées, Lebon T. p. 911*).

2188 Véase P. CASSIA, "Le référé-réexamen devant le juge administratif. Premières applications et difficultés d'interprétation de l'article L. 521-4 du Code de justice administrative", *JCP G* 2003, I, 151, p. 1347.

2189 Haciendo hincapié en el "carácter provisional y flexible" de las decisiones dictadas por el juez de medidas provisionales, el grupo de trabajo preveía que "cualquier parte interesada podía solicitar al juez de medidas provisionales que adaptara, modificara o pusiera fin rápidamente a las medidas que había ordenado, a la luz de la evolución de la situación, de argumentos más detallados - en particular de la defensa - o de la información proporcionada por la investigación complementaria" ("Informe del grupo de trabajo del Consejo de Estado sobre los procedimientos de urgencia", *RFDA* 2000, p. 951). La introducción de este mecanismo tenía dos objetivos principales. En primer lugar, al dar al juez de medidas provisionales la posibilidad de modular o retirar las medidas que ordena, se pretendía limitar la presión sobre el juez en el momento de adoptar su decisión inicial y favorecer así la concesión de las medidas solicitadas en el procedimiento de medidas provisionales. La intención del legislador era evitar que el juez se viera paralizado por el temor a un error debido a una información incompleta o a la rapidez de la instrucción. El segundo objetivo era limitar los efectos perjudiciales que una medida cautelar podría tener para un tercero que no hubiera tenido la oportunidad material de intervenir dada la brevedad del período de instrucción.

2190 El artículo 488 de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil establece que una orden provisional "sólo podrá ser modificada o revocada en procedimiento sumario en caso de nuevas circunstancias". El Conseil d'Etat ya había concedido un poder similar al juez de medidas provisionales en caso de "nuevas circunstancias" (CE, 24 de febrero de 1982, *Société Entreprise industrielle et financière pour les travaux publics et le bâtiment et autre, Lebon p. 87*; CE, 29 de marzo de 1985, *Commune de Sisteron, Lebon T. p. 727*).

2191 De conformidad con el texto del artículo L. 521-4, que confiere al juez la facultad de modificar o poner fin a las medidas "que haya ordenado", la revisión sólo puede aplicarse si la decisión inicial ordenaba una medida. Este procedimiento no puede utilizarse cuando no se ha ordenado ninguna medida. En consecuencia, el recurso de revisión contra una resolución

En primer lugar, debe pedirse expresamente al juez que dictó la resolución²¹⁹² que la reconsidere. No puede reconsiderar las medidas ordenadas de oficio²¹⁹³. La solicitud puede ser presentada por "cualquier persona interesada", es decir, además de las partes en el procedimiento original, los terceros que puedan tener interés en modificar la orden.

A continuación, el solicitante debe alegar un "elemento nuevo". Un elemento nuevo es un argumento de hecho o de derecho susceptible de cuestionar la apreciación realizada por el juez de medidas provisionales en cuanto a las condiciones de concesión de una medida solicitada sobre la base del artículo L. 521-2. Este concepto abarca, en primer lugar, las circunstancias nuevas, es decir, las que surgen o se manifiestan con posterioridad al auto recurrido. Se consideran circunstancias de este tipo en el marco de una orden de suspensión sumaria la concesión de una licencia rectificativa al solicitante cuya primera licencia de obras había sido suspendida²¹⁹⁴; el hecho de que un proyecto de nombramiento por el que se asignaba al solicitante un puesto que había quedado vacante se adoptara después del auto de suspensión de las decisiones relativas a una denegación de traslado²¹⁹⁵; o la aportación de fotografías que demuestren que el anuncio de la licencia de obras cuya ejecución había sido suspendida era visible desde la vía pública²¹⁹⁶. El concepto de factor nuevo abarca también la información que existía en el momento de la resolución judicial pero que no se puso en su conocimiento a su debido tiempo. La información podría haberse producido durante la investigación, es decir, cuando el asunto se remitió por primera vez al tribunal, pero la parte interesada se abstuvo de plantearla, descuidó hacerlo o no tuvo tiempo de hacerlo. Puede tratarse de hechos²¹⁹⁷ o de argumentos jurídicos²¹⁹⁸. El concepto de factor nuevo es, por tanto, amplio. En la práctica, sin embargo, el procedimiento de revisión parece inadecuado para las medidas cautelares. Condenado a utilizarse

denegatoria de una solicitud de medidas provisionales es inadmisibles (CE, ord. 13 octubre 2004, *Hoffer, Lebon T.* p. 816, 817). La misma solución se había aplicado en el marco de un procedimiento de suspensión (CE, 12 de abril de 2002, *Société Brasil Tropical*, nº 242979; CE, 17 de mayo de 2002, *Commune de Provillle*, nº 239266). Contrariamente a esta jurisprudencia y en contradicción con el texto del artículo L. 521-4, un juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat consideró que la revisión podía llevarse a cabo aunque no se hubiera ordenado ninguna medida. En un caso en el que las condiciones establecidas en el artículo L. 521-2 no se habían cumplido, que "esta orden no impide a los demandantes, en caso de que no se llegue a una decisión sobre su solicitud en un plazo breve o debido a nuevos elementos relativos a la situación de sus hijos, remitir de nuevo el asunto al juez de medidas provisionales sobre la base del artículo L. 521-4 del Código de Justicia Administrativa" (CE, orden. 13 de enero de 2006, *Rasamoelina*, núm. 288434).

²¹⁹² Lógicamente, el tribunal competente es el que dictó la resolución cuya revisión se solicita, es decir, el que conoció por última vez del litigio. La solicitud se presenta ante el juez de medidas provisionales del tribunal administrativo si su decisión no ha sido recurrida. Debe presentarse ante el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat si la decisión impugnada emana de su jurisdicción. El artículo L. 523-1, apartado 2, del Código de Justicia Administrativa dispone que, en caso de recurso contra un auto de primera instancia dictado sobre la base del artículo L. 521-2, el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat "ejercerá, en su caso, las competencias previstas en el artículo L. 521-4". La solución es idéntica a la aplicada a la ejecución de las decisiones de los tribunales administrativos en virtud del artículo L. 911-4 (véase CE, Dictamen de la Secc. 13 de marzo de 1998, *Vindevogel, Lebon* p. 78).

²¹⁹³ En su versión inicial, el proyecto de ley otorgaba al juez de medidas cautelares la facultad de reconsiderar "de oficio" las medidas que hubiera ordenado. El Senado consideró que un sistema de "reconsideración de oficio" sería fuente de inseguridad jurídica y resolvió dejarlo de lado (*JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3754). Esta solución se ajusta a la jurisprudencia tradicional del Conseil d'Etat, que niega al juez de medidas provisionales la facultad de remitirse a sí mismo (CE de 7 de octubre de 1986, *Ministre chargé des P.T.T., Dr. adm.* 1986, nº 581, citado por C. CLEMENT, "Le juge administratif des référés : un véritable juge de l'urgence après la loi du 30 juin 2000", *LPA* de 10 de agosto de 2000, nº 159, p. 11, nota 58).

²¹⁹⁴ CE, 24 de febrero de 2003, *Perrier, Lebon* p. 50.

²¹⁹⁵ CE, ord. 20 septiembre 2002, *Ministre de la Justice c/ Ozoux*, nº 249894.

²¹⁹⁶ CE, 2 de junio de 2003, *Ville de Montpellier c/ Chong, Lebon T.* p. 925.

²¹⁹⁷ Por ejemplo, tras una primera orden de suspensión de una medida de expulsión sobre la base del artículo L. 521-1, la administración puede presentar "notas blancas" de los servicios de inteligencia que justifiquen el levantamiento de la medida de suspensión inicialmente prescrita (CE, 4 de octubre de 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Bouziane, AJDA* 2005, pp. 98-101, nota O. LECUCQ). El mero hecho de que la información presentada ante el juez de medidas provisionales ya hubiera estado a disposición del interesado durante la instrucción de la demanda de suspensión y no hubiera sido invocada a su debido tiempo no impide que pueda ser invocada posteriormente en apoyo de una demanda presentada sobre la base del artículo L. 521-4 (CE, 10 de abril de 2002, *Reby, Lebon* p. 133, *JCP G* 2003, IV, 1115, obs. M.-C. ROUAULTI). Por el contrario, la jurisprudencia se niega a reconocer como "circunstancias nuevas" - concepto más restringido - hechos que el demandante se había abstenido de invocar (Civ. 3^{ème}, 3 de octubre de 1984, *Bull. civ.* III, nº 125).

²¹⁹⁸ Es posible hacer uso del artículo L. 521-4 a la luz de un nuevo motivo, aunque éste hubiera podido presentarse en el momento de la primera remisión (CE, 26 de junio de 2002, *Charlois-Duméril, Lebon* p. 226). Tal es el caso, en el presente asunto, del motivo invocado por la administración en apoyo de una demanda de modificación de un auto por el que se suspende una decisión de aplazamiento definitivo del nombramiento de un profesor de escuela en prácticas, alegando que el rector de la academia está vinculado por la decisión de aplazamiento del nombramiento, En consecuencia, el motivo invocado en el primer auto, basado en la existencia de un error manifiesto de apreciación, es inoperante y no puede suscitar ninguna duda seria sobre la legalidad de esta decisión. El juez de medidas provisionales incurrió en error de Derecho al desestimar el presente recurso por considerar que el motivo invocado por la Administración no constituía un elemento nuevo en el sentido del artículo L. 521-4, sino un motivo que correspondía a la Administración invocar ante el juez de medidas provisionales que conocía del recurso de suspensión o ante el Tribunal Supremo.

únicamente en casos marginales, es poco probable que afecte a la estabilidad que caracteriza a las medidas de salvaguardia ordenadas por el juez de medidas provisionales.

B. Improcedencia del recurso de reposición

523. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el mecanismo de revisión afecta a todos los procedimientos regulados por el Título II del Libro V del Código de Justicia Administrativa. Por lo tanto, es probable que se aplique a los tres procedimientos de medidas cautelares urgentes: no sólo a la suspensión y a las medidas cautelares, sino también a las medidas provisionales. ¿Cuál es la situación real? ¿Se utiliza este mecanismo y, más fundamentalmente, puede utilizarse en la práctica para obtener la revisión de una medida ordenada en virtud del artículo L. 521-2?

La cuestión de si el artículo L. 521-4 es adecuado para los procedimientos sumarios es de vital importancia para determinar la naturaleza de estos procedimientos. Dado que sus decisiones no pueden ser impugnadas por los tribunales ordinarios, sólo la posibilidad de reconsideración puede potencialmente anular una medida ordenada por el juez de medidas provisionales. La posibilidad de su aplicación significa que sus decisiones se consideran provisionales, admitiendo que son algo precarias y no definitivas. La imposibilidad de su aplicación significaría que las medidas adoptadas por el juez de medidas provisionales son definitivas y que sus decisiones son en la práctica irreversibles. Por lo tanto, es esencial determinar si este mecanismo puede dar lugar realmente a la modificación o supresión de una medida ordenada por el juez de medidas provisionales y, en consecuencia, hacer que sus decisiones sean reversibles. Se trata de una cuestión decisiva, ya que constituye el último obstáculo al reconocimiento del carácter definitivo de las medidas cautelares.

524. ¿Qué se ha observado en la práctica procesal? En general, en todos los tipos de procedimientos, la posibilidad de revisión se utiliza muy poco. En materia civil, "los jueces de medidas provisionales declaran que rara vez, o nunca, se les somete una solicitud en virtud del art. 488, párrafo 2, nuevo Código de Procedimiento Civil"²¹⁹⁹. Las cifras relativas a la práctica de la revisión ante el Conseil d'Etat conducen a una constatación similar ante los tribunales administrativos. En 2001, de las 349 decisiones dictadas por el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat, sólo dos se adoptaron en virtud del artículo L. 521-4; en 2002, sólo una solicitud de modificación de las 364 decisiones dictadas. Aun así, aunque este procedimiento no funciona en las condiciones esperadas por los autores de la reforma de 30 de junio de 2000, ha dado lugar a algunas aplicaciones positivas en el marco de la suspensión cautelar, como atestiguan los ejemplos citados anteriormente. En cambio, si *no funciona muy bien en el marco del* procedimiento de suspensión, hay que decir que *no funciona en absoluto en el marco de las medidas provisionales*.

Ninguna medida de salvaguardia ordenada -o confirmada- por el juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat ha sido impugnada por vía de recurso. Ninguna de sus decisiones ha sido impugnada por esta vía. En cuanto a la práctica de los tribunales administrativos, no se dispone de datos estadísticos²²⁰⁰. Sin embargo, en más de cinco años de aplicación, sólo una decisión de reconsideración dictada por un tribunal de primera instancia sobre la base del artículo L. 521-2 ha sido recurrida ante el Conseil d'Etat²²⁰¹. Esta cifra es indicativa de la falta de revisión en este ámbito y/o de la ausencia de casos - aparte de este único caso - en los que la revisión se haya interpuesto con éxito ante el juez référé-liberté. Sin embargo, es razonable suponer que una persona que, habiendo sufrido una violación grave de sus libertades fundamentales, obtiene una medida de salvaguardia del juez de medidas provisionales y pierde el beneficio de esta medida como consecuencia de una revisión, ejercerá todos los recursos disponibles para obtener el restablecimiento de la medida obtenida. La ausencia de recursos contra las decisiones de revisión ante el Conseil d'Etat demuestra, por tanto, que este procedimiento no se utiliza - o nunca con éxito - ante los jueces de medidas cautelares de los tribunales administrativos.

Esta única decisión llevada ante el Conseil d'Etat sólo fue posible porque los hechos fueron falseados por el demandante durante el procedimiento inicial. En septiembre de 2000, la SA d'habitations à loyer modéré trois vallées adquirió un edificio que había sido ocupado sin título de propiedad por una veintena de familias. La ayuda de la policía, solicitada en junio de 2001, fue denegada por amenazas de desórdenes públicos. La empresa se comprometió entonces a ofrecer un alojamiento alternativo a cada uno de los ocupantes no autorizados del edificio y emprendió las obras de reparación necesarias para alcanzar su objetivo de crear viviendas sociales. El 24 de septiembre de 2003, la empresa interpuso un recurso ante el juez de medidas provisionales sobre la base del artículo L. 521-2, alegando que, dado que sólo una familia se negaba a aceptar el alojamiento propuesto sin ningún motivo

²¹⁹⁹ Y. STRICKLER, tesis, p. 471.

²²⁰⁰ Las solicitudes de revisión son tratadas por las estadísticas oficiales como una nueva solicitud de medidas cautelares.

²²⁰¹ CE, ord. 7 noviembre 2003, SA d'habitations à loyer modéré trois vallées, *Lebon T.* p. 911.

legítimo, debía ordenarse al Prefecto de Policía que hiciera uso de la fuerza pública para desalojarla. Después de que el auto de 26 de septiembre de 2003 aceptara esta solicitud de medida cautelar, el Prefecto de Policía pidió que se modificara sobre la base del artículo L. 521-4, alegando que, según la información que acababa de obtener, el edificio seguía estando ocupado por dos familias, es decir, un total de dieciséis personas, entre ellas doce niños. A la luz de esta nueva información, y teniendo en cuenta las consecuencias que se derivan del carácter grave y manifiestamente ilegal de la negativa a llamar a la policía, el juez de medidas provisionales puso fin a la medida cautelar inicialmente dictada. La SA d'habitations à loyer modéré trois vallées recurre este auto modificativo.

El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat afirmó "que el examen y el fallo de las solicitudes presentadas al juez de medidas provisionales sobre la base del artículo L. 521-2, completado por el artículo L. 521-4, no pueden sustituir el examen y el pronunciamiento de una decisión administrativa; que en el caso de que la vulneración de una libertad fundamental, en el sentido del artículo L. 521-2, resulta, según el demandante, de la denegación de una solicitud por parte de la administración, el demandante sólo puede invocar tal vulneración si puede justificar ante el juez de medidas provisionales la existencia misma de una decisión denegatoria de esta solicitud". La apreciación que realiza la autoridad administrativa, cuando recibe una solicitud de auxilio de la fuerza pública para ejecutar una resolución judicial de desalojo de los ocupantes de un inmueble, "está estrechamente vinculada a las condiciones de todo tipo en que se desarrolla la ocupación en la fecha de la solicitud". Además, señala, "estas condiciones están sujetas a cambios". En este caso, la última solicitud se envió a la autoridad policial el 20 de agosto de 2002, en un momento en que 28 personas, en su gran mayoría niños, no disponían de alojamiento alternativo. Hasta el 24 de septiembre de 2003, fecha en la que se remitió el asunto al juez de medidas provisionales con vistas a dictar una medida cautelar, no se envió al Prefecto de Policía ninguna nueva solicitud en la que se indicara que la situación había mejorado como consecuencia del realojamiento. En esa fecha, "la sociedad demandante no pudo, por tanto, demostrar que la autoridad administrativa había adoptado una posición a la luz de los nuevos datos aparecidos durante el último año que pudiera calificarse de violación grave de una libertad fundamental". Si se estimó la solicitud de revisión, fue únicamente porque la empresa demandante había tergiversado los hechos en apoyo de su solicitud. Contrariamente a lo alegado por la SA d'habitations à loyer modéré trois vallées, el litigio se refería al desalojo no de una sola familia, sino de dos familias. En otras palabras, la sociedad demandante perdió el beneficio de una medida que no tenía derecho a obtener, al haber impugnado una abstención (la abstención de desalojar a *una familia*) cuando, en aplicación de los principios mencionados anteriormente por el juez, debería haber impugnado una denegación (la denegación de desalojar a *dos familias*). Omitió" conscientemente mencionar la presencia de una familia. No tenía derecho a una medida de salvaguardia. La obtención de esta medida era abusiva en la medida en que se basaba en una ocultación de la verdad.

525. ¿Cómo debemos interpretar el hecho de que no haya revisiones de las solicitudes de medidas cautelares, o más bien sólo una revisión, que es simplemente el resultado de una tergiversación deliberada de los hechos por parte del solicitante? ¿Significa esta ausencia total de revisión que este mecanismo es radicalmente inadecuado para las solicitudes sumarias? Esta última nunca ha funcionado fuera del caso muy concreto descrito anteriormente. ¿Significa esto que nunca funcionará? Más allá de la práctica y de los datos estadísticos, ¿podemos prever hipótesis en las que este mecanismo podría encontrar aplicación en este ámbito?

La falta de revisión obedece a dos razones. En primer lugar, el litigio suele desaparecer inmediatamente, o al menos en los días siguientes a la decisión del juez de medidas provisionales. En cuanto a las obligaciones de ejecución, la administración cumple en pocos días. En el caso de las medidas cautelares, la prohibición sólo dura un número limitado de días. Sólo las medidas que suspenden una decisión positiva no eliminan el objeto del litigio, siempre que la autoridad administrativa no haya fijado un plazo para la decisión cuyos efectos quedan así suspendidos. Dado que en casi todos los casos no queda nada que modificar o cuestionar en los días siguientes al pronunciamiento de la medida de salvaguardia, no puede haber motivos para un nuevo examen. Esto sólo puede contemplarse en dos casos: en primer lugar, si la Administración no ha cumplido el requerimiento que se le dirigió o si el plazo para cumplirlo aún no ha expirado; en segundo lugar, cuando la medida consistió en suspender una decisión positiva para la que no había plazo o cuyo plazo no había expirado. Por lo tanto, el debate sobre la posibilidad de aplicar una revisión sólo afecta a un número muy limitado de medidas. En segundo lugar, las condiciones de concesión más estrictas del artículo L. 521-2 hacen casi imposible en la práctica que surja un nuevo factor. Es difícil prever en abstracto qué nuevo argumento, qué nuevo medio o qué cambio de circunstancias podría tener la fuerza suficiente para anular lo que se ha juzgado en un procedimiento sumario: ilegalidad *manifiesta*, perjuicio *grave* y urgencia *en 48 horas*. ¿Cómo es posible que la administración, llamada a defender su causa, haya descuidado un argumento de derecho o de hecho en un litigio tan delicado y cuyas repercusiones son tan importantes para ella?

Ello no significa, sin embargo, que esta disposición sea radical y absolutamente inaplicable al procedimiento del artículo L. 521-2. No se puede afirmar que la revisión *no se* utilizará nunca en el procedimiento sumario. Es concebible que pueda utilizarse en un caso concreto. Sin embargo, es poco probable que este nuevo elemento surja de un cambio de circunstancias. De hecho, podría pensarse que sólo un cambio sustancial de las circunstancias podría llevar al juez a abandonar su medida. Sin embargo, un cambio significativo de los hechos constituiría una nueva causa jurídica, que daría lugar a un nuevo litigio. Si cambia el acto jurídico o la situación que dio lugar al

litigio, el demandante deberá interponer una nueva demanda. Parece que sólo la presentación de nueva información abrirá las puertas de la revisión al demandante. A este respecto, en una decisión de 26 de abril de 2005, el juez de apelación de la demanda de medidas provisionales señaló que, para impugnar la validez de la resolución impugnada, el ministro demandante invocó dos documentos elaborados con posterioridad a la resolución impugnada, "que por otra parte podrían haber sido presentados al primer juez sobre la base de las disposiciones del artículo L. 521-4 del Código de Justicia Administrativa"²²⁰². De este modo, invita expresamente a la administración a utilizar el procedimiento de revisión cuando disponga de nuevos elementos. Tal será el caso, en particular, cuando, como en el auto de *SA d'habitations à loyer modéré trois vallées* antes citado, el juez se haya pronunciado sobre la base de información fáctica truncada o deliberadamente inexacta que le haya presentado el demandante. Pero, en cualquier caso, la probabilidad de que se interponga un recurso de revisión, y de que prospere en el contexto de una solicitud de medidas provisionales, es tan escasa como la de que se interponga un recurso de anulación o de rectificación de un error material en un procedimiento sobre el fondo de Derecho común.

526. Aunque jurídicamente provisional, en la práctica la decisión del juez de medidas provisionales es notablemente estable y definitivamente eficaz. Aunque no es absolutamente impensable, en la práctica es muy poco probable que sea impugnada. Como afirma el Sr. Ricci, la solicitud sumaria de libertad provisional "es un tipo muy especial de solicitud sumaria en la medida en que, en realidad, resuelve definitivamente la cuestión principal"²²⁰³. La durabilidad de las medidas prescritas plantea la cuestión de la naturaleza de estas medidas cautelares y, más concretamente, si deben calificarse de procedimiento sumario sobre el fondo.

Sección 3. El impacto de la durabilidad de las medidas en la naturaleza del procedimiento

527. Las características especiales del procedimiento référé-liberté lo equiparan a los procedimientos habitualmente denominados référés au fond. Por consiguiente, las decisiones por las que se concede una medida de salvaguardia tienen mayor autoridad.

I. Un procedimiento similar al sumario sobre el fondo

528. El procedimiento del artículo L. 521-2, ¿es un procedimiento sumario en el sentido tradicional o, por el contrario, un procedimiento sumario sobre el fondo, una acción judicial sujeta a una solución rápida?

El concepto de acción ha sido objeto de gran controversia entre los especialistas en Derecho procesal y, en particular, en Derecho judicial privado. En sentido negativo, una acción puede definirse como el derecho *sustantivo* objeto del litigio o la propia *pretensión*²²⁰⁴. En sentido positivo, una acción judicial es a veces *un derecho* o, mejor aún, *una facultad* del demandante, la facultad de someter una demanda al tribunal para que se pronuncie sobre el

²²⁰² CE, ord. 26 abril 2005, Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI, *Lebon* T. p. 1034.

²²⁰³ J.-C. RICCI, "¿Qué derechos para qué poderes? Le référé-liberté, la notion de libertés fondamentales, le référé-suspension", *RRJ* 2003/5 *L'actualité des procédures d'urgence*, p. 3096.

²²⁰⁴ Como han señalado los Sres. Cornu y Foyer, "a pesar de los vínculos que existen entre ella y la pretensión, que es su ejercicio, y el derecho material, del que la mayoría de las veces es la sanción, la acción no debe confundirse con ninguna de las dos porque es un derecho, no un acto, ni con la otra porque es un derecho específico, no el derecho deducido en juicio" (G. CORNU y J. FOYER, *Procédure civile*, 3^{ème} ed., PUF, coll. Thémis droit privé, 1996, p. 318). En primer lugar, la acción no debe confundirse con *el derecho material* cuyo reconocimiento o protección pretende el litigante. Es cierto que la doctrina clásica mantuvo la confusión entre ambas nociones. Así encontramos en los escritos de M. Demolombe, cuyos escritos sobre este punto han permanecido célebres y se citan con frecuencia, que "la acción no forma un bien distinto del derecho o más bien del bien mismo al que se aplica ese derecho"; es "el derecho mismo puesto en movimiento; es el derecho en estado de *acción*, en lugar de estar en estado de reposo; el derecho en estado de guerra en lugar de estar en estado de paz" (DEMOLOMBE, t. IX de *Oeuvres complètes*, n° 338, citado por H. VIZIOZ, *Etudes de procédure*, Editions Bière, 1956, p. 30, nota 1. Subrayado). Esta confusión ya no prevalece hoy en día, puesto que los autores contemporáneos distinguen claramente entre la acción judicial que protege el derecho y el derecho protegido propiamente dicho. Como ha señalado Henri Motulsky, "toda la doctrina moderna ha abandonado esta teoría de la identidad" (H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973, p. 55) entre una acción y un derecho material. En segundo lugar, una acción no es lo mismo que *una pretensión*. La demanda es *un acto*, un acto procesal. Es el acto por el que se ejercita la acción, "el acto por el que una persona presenta una pretensión ante los tribunales y les pide que le den curso" (R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^{ème} ed, Sirey, 1949, p. 43). Se distingue de la acción, que es "una prerrogativa, un derecho, no un acto (a pesar del sentido común y etimológico de la palabra)" (G. CORNU y J. FOYER, *op. cit.*, p. 312).

fondo de la misma²²⁰⁵, y a veces, por extensión, *un procedimiento* en el que el tribunal se pronuncia sobre el fondo de una demanda. En este segundo sentido, utilizado aquí, "una acción es un recurso legal"²²⁰⁶; es un tipo determinado de recurso legal en el que el tribunal se pronuncia sobre el fondo de una demanda. El tribunal examina si está fundada la alegación del demandante de que los actos o conductas impugnados infringen una o varias normas jurídicas. Si la demanda está fundada, el tribunal extrae las conclusiones pertinentes sobre la situación jurídica o el acto impugnado.

Este criterio permite trazar una línea divisoria entre dos categorías de procedimientos sumarios: por una parte, los procedimientos sumarios en el sentido tradicional, que son accesorios y provisionales, y, por otra, los procedimientos sumarios sobre el fondo, que constituyen acciones judiciales de pleno derecho, pero juzgadas según un procedimiento acelerado. Mientras que las verdaderas medidas provisionales son accesorias a los procedimientos judiciales, los procedimientos sobre el fondo son autónomos y constituyen acciones judiciales de pleno derecho. Este criterio parece, pues, determinante para trazar la línea divisoria entre el procedimiento sumario tradicional y el procedimiento sumario sobre el fondo²²⁰⁷. Tal diferencia justifica una distinción clara entre estos dos tipos de acciones judiciales, cuya única característica común es que se sustancian en el marco de un procedimiento acelerado²²⁰⁸.

529. El procedimiento sumario en el sentido tradicional no requiere que el tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto. La finalidad de estos procedimientos es realizar ajustes provisionales de la situación en litigio a la espera de que el tribunal que conoce del asunto se pronuncie sobre el fondo, es decir, preservar los intereses del demandante a la espera del resultado del procedimiento judicial. Al igual que las medidas cautelares, se trata de procedimientos accesorios que permiten solicitar al tribunal medidas provisionales sin pronunciarse sobre el fondo del asunto. Los auténticos procedimientos sumarios tienen, pues, tres características: son accesorios a una acción judicial, dejan intacto el fondo del asunto y conducen al pronunciamiento de medidas provisionales.

Por otra parte, algunos procedimientos de urgencia exigen que el tribunal se pronuncie sobre el fondo de la demanda y sólo tienen carácter nominal. Estos procedimientos tienen tres características que los distinguen de los procedimientos sumarios tradicionales: son autónomos, exigen que el tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto y conducen al pronunciamiento de medidas definitivas. Estos procedimientos se desarrollaron por primera vez en el derecho judicial privado: los textos que los prevén indican, según los casos, que los litigios a los que se aplican se juzgan "en forma de procedimiento sumario", "en la forma prevista para el procedimiento sumario" o "como en un procedimiento sumario"²²⁰⁹. Procedimientos similares se introdujeron en el Derecho contencioso administrativo en los años ochenta con el procedimiento sumario audiovisual²²¹⁰, el procedimiento de

²²⁰⁵ Todos los elementos de esta definición son aceptados por los especialistas en derecho procesal. M. Motulsky definió la acción judicial como "la facultad de obtener de un juez una decisión sobre el fondo de la pretensión que se le presenta" (H. MOTULSKY, "Le droit subjectif et l'action en justice", en *Etudes et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, p. 95). Esta definición se ha consagrado en la legislación, ya que el artículo 30 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil establece que "La acción es el derecho del autor de una pretensión a ser oído sobre el fondo de la misma para que el tribunal decida si está fundada o infundada". Como lo resumen los Sres. Cornu y Foyer, es "el derecho a ser oído por el juez en relación con la demanda y a obtener de él una decisión sobre el fondo de la misma" (G. CORNU y J. FOYER, *op. cit.*, p. 318).

²²⁰⁶ R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^{ème} ed, Sirey, 1949, p. 43.

²²⁰⁷ Los otros dos criterios utilizados para distinguir las dos categorías de procedimientos sumarios, a saber, si la acción es independiente o accesorio, y si las medidas ordenadas son definitivas o provisionales, no son más que la consecuencia del primero.

²²⁰⁸ Como señala el Sr. Melleray, "si bien algunos juristas optan por estudiarlos junto a los procedimientos de urgencia en aras de la presentación, es sin duda más prudente, desde un punto de vista conceptual, disociarlos de estos últimos y, basándose en su carácter más esencial (que consiste en que el órgano jurisdiccional se pronuncia sobre el fondo de una demanda y no en que dicta su resolución rápidamente), agruparlos con las demás acciones. En otros términos, conviene distinguir, dentro de los recursos jurisdiccionales a menudo calificados de procedimientos de urgencia, entre los que tienen por objeto preservar o ajustar el estado de la situación litigiosa y que son provisionales, y los que tienen por objeto pronunciarse sobre el fondo de una pretensión y son de hecho acciones" (F. MELLERAY, *op. cit.*, p. 251). En este sentido, el profesor Gaudemet distingue, dentro de los procedimientos de urgencia, entre los que pretenden "acelerar determinados procedimientos" y los que tienen por objeto "mejorar la situación de las partes hasta la decisión sobre el fondo" (Y. Gaudemet, "Les procédures d'urgence dans le contentieux administratif", *RFDA* 1988, pp. 420-431).

²²⁰⁹ Para una presentación de los principales procedimientos sumarios en Derecho privado, véase P. ESTOUP, *op. cit.* pp. 145 y ss.

²²¹⁰ Codificado en el artículo L. 553-1 del Código de Justicia Administrativa, este "procedimiento bastardo de falso sumario administrativo" (M. AZIBERT y M. DE BOISDEFRE, *chron. sous CE, Sect., 20 de enero de 1989, TF1, AJDA* 1989, p. 86) confiere al Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, que "resuelve en sumario", las competencias de un juez sobre el fondo y le permite dictar medidas definitivas. Al constatar que los servicios de comunicación audiovisual han incumplido la ley, puede dictar medidas cautelares contra los infractores, así como multas coercitivas y, en su caso, abonar las multas coercitivas definitivas.

impugnación de órdenes de expulsión²²¹¹ y el procedimiento sumario contractual²²¹². La doctrina privada les ha dado el nombre de "procedimientos sumarios sobre el fondo". Los autores se refieren "bajo este término singular -como combinando dos conceptos antinómicos- a los procedimientos incoados en forma de sumario, pero que en realidad pretenden obtener una resolución "en el proceso principal" y, en todo caso, una resolución distinta de la provisional"²²¹³. En realidad, se trata de procedimientos principales que se ventilan muy rápidamente. Una medida cautelar "en la forma" sólo adopta la forma de una medida cautelar: el procedimiento es el de una medida cautelar; por lo demás, la decisión obedece a las normas del procedimiento principal. En otras palabras, el juez sigue el procedimiento sumario simplificado al tiempo que actúa como juez del procedimiento principal. Ejerce la función de juez del fondo y dicta medidas definitivas.

530. La cuestión que se plantea es si, habida cuenta de sus características, las medidas provisionales pertenecen a la categoría de las auténticas medidas provisionales o si, por el contrario, son similares a las medidas provisionales sobre el fondo.

Evidentemente, el procedimiento de medidas provisionales no es similar a una medida cautelar en el sentido tradicional; no está concebido para ajustar temporalmente la situación de las partes a la espera de una sentencia sobre el fondo. En primer lugar, este procedimiento es autónomo; no es un complemento de un recurso sobre el fondo de Derecho común interpuesto ante el juez de l'excès de pouvoir o el juge du plein contentieux. En segundo lugar, el juez de medidas provisionales se pronuncia sobre el fondo de la demanda que se le presenta. Determina si se ha violado o no una norma jurídica y si se ha cometido un acto ilegal. En la práctica, las medidas ordenadas son definitivas e irreversibles. De este modo, la medida cautelar es en sí misma una acción judicial decidida por un procedimiento acelerado. Parece cumplir todos los criterios de una medida cautelar sobre el fondo. Según los profesores Ricci y Debbasch, el procedimiento establecido en el artículo L. 521-2 "es, en realidad, una acción principal en forma de juicio sumario de urgencia"²²¹⁴. El tribunal se pronuncia sobre la cuestión principal y decide definitivamente sobre el fondo del litigio que se le ha sometido.

Sin embargo, la posibilidad, aunque sólo sea virtual, de un nuevo examen es un obstáculo para una asimilación plena y completa de la solicitud sumaria de medidas provisionales con una solicitud de medidas provisionales sobre el fondo. Si bien puede afirmarse categóricamente que las medidas cautelares no constituyen medidas provisionales en el sentido tradicional, la existencia del artículo L. 521-4 del Código de Justicia Administrativa obliga a ser más prudente en cuanto a su calificación pura y simple como medidas provisionales sobre el fondo. Parece preferible afirmar, como hacen los Sres. Bourrel y Gourdou, que el procedimiento référé-liberté "se aproxima" a la categoría de procedimiento sumario sobre el fondo²²¹⁵. Una vez más, las medidas cautelares tienen una naturaleza atípica que dificulta su categorización y su vinculación a cualquier categoría jurídica preexistente. No puede analizarse como una medida cautelar en el sentido tradicional, pero debido a la posibilidad, aunque sea hipotética, de una revisión, no puede clasificarse como una medida cautelar sobre el fondo. Mientras que a las resoluciones dictadas en el marco de una medida cautelar sobre el fondo se les reconoce plena y total autoridad de cosa juzgada, las resoluciones del juez de medidas cautelares sólo se benefician (en la práctica) de sus efectos y en modo alguno (en Derecho) de sus atributos.

II. La autoridad reforzada de las medidas de salvaguardia

531. ¿Deben reconocerse como cosa juzgada las resoluciones del juez de medidas provisionales que ordenan una medida de salvaguardia? Una vez que la resolución ha *adquirido fuerza de cosa juzgada*, es decir, después de que se haya interpuesto un recurso o haya expirado el plazo para interponerlo, ¿tiene fuerza de cosa juzgada²²¹⁶?

²²¹¹ Aunque este tipo de litigio es tratado por un juez único al final de un procedimiento que representa una importante desviación del derecho común, no da lugar al recurso a medidas cautelares. Es significativo que el artículo L. 776-1 del Código de Justicia Administrativa califique la decisión del presidente del tribunal administrativo competente para pronunciarse sobre las medidas de expulsión de "sentencia" y no de "auto".

²²¹² En virtud del artículo L. 551-1 del Código de Justicia Administrativa, el tribunal resuelve "en procedimiento sumario" y está facultado para ordenar medidas definitivas. Véase *supra*, §§ 21 y 487.

²²¹³ P. ESTOUP, *op. cit.* p. 145.

²²¹⁴ C. DEBBASCH y J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd, Dalloz, coll. Précis, 2001, n° 556.

²²¹⁵ Cf. A. BOURREL y J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2003, p. 87: "La situación es similar (...) al significado de la expresión "en forma de procedimiento sumario" o "como en un procedimiento sumario" en el procedimiento civil (...)".

²²¹⁶ Sobre la distinción entre cosa juzgada, cosa juzgada y ejecutoriedad, véase P. Delvolve, "L'exécution des décisions de justice contre l'administration", *EDCE* 1983-1984, p. 111. La cosa juzgada resulta de una decisión judicial que el propio juez ya no puede revocar. Una resolución con fuerza de cosa juzgada es aquella que ha adquirido firmeza por agotamiento de todas las vías de recurso o por expiración de los plazos para recurrir. Una resolución judicial ejecutiva es la designada por la ley, sin que esta ejecutividad esté vinculada en modo alguno a la autoridad de la cosa juzgada.

La cosa juzgada es "una de las cuestiones más oscuras del derecho y objeto de interminables controversias"²²¹⁷. Como señaló el Presidente Odent, "su propio fundamento ha dado lugar a una literatura jurídica muy abundante, y todavía no existe acuerdo ni sobre las características o los efectos del acto jurisdiccional, ni sobre la naturaleza de la cosa juzgada"²²¹⁸. Para determinar si las resoluciones que conceden medidas cautelares deben ser reconocidas como tales, es necesario, en primer lugar, exponer los atributos de la cosa juzgada y las condiciones para su reconocimiento.

532. La cosa juzgada es una "cualidad"²²¹⁹ o un "atributo"²²²⁰ de una resolución judicial. Tal como nos llega del Derecho romano, se define como la presunción de verdad vinculada a la decisión judicial - *res iudicata pro veritate habetur* - y tiene por efecto prohibir a las partes reiniciar el procedimiento - *non bis in idem*. En el lado positivo, la autoridad de cosa juzgada es una cualidad que se atribuye a la verificación judicial: lo juzgado se impone como expresión de la verdad. Se presenta como una "presunción absoluta de verdad"²²²¹, y significa que lo juzgado se tiene por verdadero²²²². La parte dispositiva de la resolución se considera la verdad definitiva sobre la cuestión de derecho decidida. Por lo tanto, las partes pueden invocarla. A efectos prácticos, la situación jurídica es ahora la definida por la parte dispositiva de la sentencia. En este sentido, la cosa juzgada protege a la parte cuyos derechos se reconocen: "puede hacer valer inmediatamente estos derechos y extraer de ellos todas las consecuencias, sin que sea posible impugnar la forma en que se pronuncian"²²²³. Desde el punto de vista negativo, la cosa juzgada impide que se cuestione la sentencia. Se convierte en indiscutible: vincula definitivamente al juez que la dictó, a las partes y a los demás órganos jurisdiccionales. A partir de ese momento, lo que es objeto de una sentencia queda blindado frente a futuras impugnaciones, descartándose así "la posibilidad de un número infinito de impugnaciones de la solución dada"²²²⁴. Este efecto procesal es vinculante para el juez y las partes²²²⁵. El juez no puede retractarse de su decisión. La litispendencia termina y el juez deja de estar implicado en el asunto. Se le prohíbe cuestionar la decisión o pronunciarse de nuevo sobre un asunto ya resuelto. Los poderes del juez se agotan²²²⁶ y cualquier modificación posterior de la sentencia sería contraria al principio de cosa juzgada²²²⁷. Para las partes, el efecto negativo de la cosa juzgada es que se les prohíbe solicitar un nuevo juicio de un asunto. Tal solicitud es inadmisibles tanto si se presenta ante el mismo juez como ante otro²²²⁸. Las partes no pueden efectivamente someter su caso a los tribunales por segunda vez. La excepción de cosa juzgada adopta la forma de una objeción a un nuevo juicio con el mismo objeto, la misma causa y las mismas partes²²²⁹.

²²¹⁷ P. Leclercq, Ccass, 6 de marzo de 1930, Pas. 1930, I, 149, citado por L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, LGDJ, coll. BDP, t. 187, 1999, p. 503.

²²¹⁸ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, fasc. III, IEP Paris, 1981, p. 1288. Sobre este tema, véase en particular P. LACOSTE, *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*, 2^{ème} ed., Librairie de la société, Paris, 1981, p. 1288, Librairie de la société du recueil général des lois & des arrêts, 1904, 594 p.; R. LOTH, *De l'autorité de la chose jugée en matière administrative*, Imprimerie et Librairie Camille Robe, 1911, 255 p.; R. GUILLIEN, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Imprimerie de l'Université, 1931, 476 p.; D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, LGDJ, coll. BDP, t. 143, 1975, 280 p.; F. HAUT, *Autorité de la chose jugée et effet directif des décisions de justice. Recherche de droit public*, tesis París II, 1979; H. ROLAND, *Chose jugée et tierce opposition*, LGDJ, coll. BDP, t. 13, 1958, 534 p.; D. DE BECHILLON, "Sur l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", *RD* 1994, pp. 1739-1824; G. WIEDERKHER, "Sens, signification et signification de l'autorité de chose jugée", en *Justice et droits fondamentaux. Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, pp. 507-518; G. Delvolve, "Chose jugée", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 1989; C. GUETIER, *Jcl. administratif*, fasc. 1110 (8, 2003).

²²¹⁹ D. Tomasin, *op. cit.* p. 257.

²²²⁰ G. WIEDERKHER, *op. cit.* p. 510.

²²²¹ E. GARSONNET y C. CEZAR-BRU, *Précis de procédure civile*, 9^{ème} ed, Recueil Sirey, 1923, p. 415.

²²²² Como afirmó el comisario del gobierno Corneille, "la esencia de la cosa juzgada es imponerse como verdad jurídica" (concl. sobre CE, 8 de agosto de 1919, *Toesca, Lebon* p. 740): "Decir que una decisión judicial tiene la autoridad de la cosa juzgada es decir que ha resuelto con la fuerza de la verdad jurídica las cuestiones sometidas al juez que la dictó" (R. Odent, *op. cit.*, p. 1288). En otras palabras, la cosa juzgada "tiene la fuerza de la verdad misma a los ojos de la ley. La ley tiene por verdadero lo que ha sido decidido por sentencia" (R. LOTH, *op. cit.*, p. 5).

²²²³ B. LASSERRE y J.-M. DELARUE, cron. bajo CE, Secc. 9 de diciembre de 1983, *Ville de Paris, AJDA* 1984, p. 83.

²²²⁴ N. FRICERO, en *Droit et pratique de la procédure civile* (S. GUINCHARD dir.), Dalloz, 2002, n° 4960.

²²²⁵ La cosa juzgada significa que es imposible cuestionar el punto sobre el que se ha dictado una resolución. El segundo juez debe dar por sentado el contenido de la primera resolución.

²²²⁶ CE, 14 de diciembre de 1979, *Pointe, Lebon* T. p. 845.

²²²⁷ CE, 19 de diciembre de 1855, *Laboueix, Lebon* p. 753; CE, 30 de enero de 1867, *Commune de Villamblain, Lebon* p. 112.

²²²⁸ "(J. RODEVILLE-HERMANN, "L'évolution des fonctions du principe d'autorité de chose jugée dans les rapports du juge administratif avec le juge judiciaire, le Conseil constitutionnel et la Cour de justice des Communautés européennes", *RD* 1989, p. 1736).

²²²⁹ Para la Sra. Frison-Roche, "la potestad es el mecanismo que impide a las partes que han participado en un

El alcance de la cosa juzgada se atenúa en los procedimientos sumarios. Sobre este punto, la jurisprudencia judicial y administrativa más reciente establece una distinción entre la cosa juzgada en el procedimiento principal y la cosa juzgada en el procedimiento sobre medidas provisionales²²³⁰. La autoridad de cosa juzgada "en el procedimiento principal" se atribuye a las resoluciones judiciales que resuelven definitivamente el fondo de un litigio. Esto presupone no sólo que el tribunal se pronuncia sobre la cuestión principal, sino también que su decisión no puede ser impugnada. Como señala M. de Béchillon, "sólo lo que está verdaderamente *decidido, con vistas* a una cierta permanencia, se dirá efectivamente juzgado"²²³¹. En la misma línea, M. Delvolvé afirma que "Para que haya cosa juzgada, es necesario que exista una decisión judicial que resuelva total o parcialmente el litigio"²²³². Esta exigencia conduce, por una parte, al reconocimiento de la autoridad de cosa juzgada en el procedimiento principal para las resoluciones dictadas en el marco de una medida cautelar sobre el fondo²²³³ y, por otra parte, a la negación de esta autoridad a las resoluciones que tienen carácter provisional y no deciden sobre el fondo del asunto. La jurisprudencia es coherente en el derecho judicial privado²²³⁴ y en el contencioso administrativo²²³⁵. A estas resoluciones sólo se les puede reconocer el carácter de cosa juzgada "con carácter provisional", válidas mientras otro juez no las cuestione²²³⁶.

procedimiento que ha dado lugar a una resolución volver a someter el asunto a los tribunales para obtener una solución diferente de la misma cuestión" (M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, tesis París II, 1988, p. 100).

2230 La jurisprudencia tradicional negaba toda autoridad de cosa juzgada a un auto provisional o a una sentencia que ordenara la suspensión de la ejecución de una decisión administrativa. La jurisprudencia administrativa que se desarrolló al amparo de la Ley de 30 de junio de 2000 tendió a seguir la jurisprudencia judicial al admitir cierta autoridad de cosa juzgada a los autos sumarios, una autoridad "a lo provisional".

2231 D. DE BECHILLON, *op. cit.* p. 1806-1807. Énfasis añadido.

2232 G. Delvolvé, "Chose jugée", *Répertoire Dalloz de contentieux administratifs*, 1989, n° 14.

2233 Se ha declarado que cuando el juez de medidas provisionales se ha pronunciado sobre una demanda de medidas provisionales precontractuales y a continuación se le somete una demanda de medidas provisionales suspensivas, la autoridad de la cosa juzgada en primera instancia se aplica a los motivos sobre los que se pronunció y los hace inadmisibles en segunda instancia (TA Saint-Denis de la Réunion, ord. 6 febrero 2001, *Société Bourbonnaise de travaux publics de construction (SBTBCP), Contrats et marchés publics* 2001, comm. n° 211, nota J.-.P. PIETRI, "Référé précontractuel: il est revêtu de l'autorité de la chose jugée! Se interpuso un recurso ante el Conseil d'Etat, que no se pronunció sobre la cuestión, ya que la decisión de adjudicar el contrato se había ejecutado totalmente en la fecha de su decisión: véase CE, 22 de junio de 2001, *SBTBC*, n° 230693). Del mismo modo, en materia de procedimiento civil, "las medidas cautelares dictadas sobre el fondo, en forma de autos de medidas provisionales (en particular, las del juez en materia matrimonial, tras la concesión del divorcio), tienen fuerza de cosa juzgada (...)" (P. ESTOUP, *op. cit.*, p. 28).

2234 Afirmado por el Tribunal de Casación bajo el antiguo Código (véase en particular Civ., 10 de enero de 1939, *S.* 1939, I, p. 93), este principio ha sido consagrado en el nuevo Código de Procedimiento Civil. El apartado 1 del artículo 288 establece que "el auto de procedimiento sumario no tendrá fuerza de cosa juzgada en el proceso principal".

2235 En *Association convention vie et nature pour une écologie radicale*, el Conseil d'Etat sostuvo que las medidas cautelares "no tienen, habida cuenta de su carácter provisional, fuerza de cosa juzgada en el procedimiento principal" (véase *supra*, § 499). El tribunal administrativo dedujo expresamente la ausencia de fuerza de cosa juzgada en el procedimiento principal del carácter provisional de las medidas ordenadas. Esta solución se ajusta a la jurisprudencia clásica que niega la autoridad de cosa juzgada a las decisiones adoptadas en materia de suspensión de la ejecución y de procedimiento sumario. Así, el Conseil había declarado "que un auto provisional o una resolución sobre un recurso contra tal auto no pueden tener fuerza de cosa juzgada, ya que estas resoluciones tienen carácter provisional y no prejuzgan la cuestión principal" (CE, Secc., 3 de octubre de 1958, *Société des autocars garonnais, Lebon* p. 468). La misma regla se aplica a las sentencias y resoluciones que conceden la suspensión de la ejecución de decisiones administrativas. En palabras del Conseil d'Etat, estas sentencias "se dictan necesariamente sobre la base del estado de la investigación en la fecha en que se dictan y sin poder prejuzgar el fondo del derecho"; en consecuencia, no tienen fuerza de cosa juzgada "en ningún caso" (CE, 1983, *Ville de Paris, Lebon* p. 499, concl. B. GENEVOIS).

2236 El Conseil d'Etat habla ahora de cosa juzgada "en el procedimiento principal" (*Association convention vie et nature pour une écologie radicale*, *supra*), admitiendo implícita pero necesariamente la idea de cosa juzgada "en el procedimiento intermedio". Sigue así la solución que prevalece en el derecho judicial privado, con la diferencia, sin embargo, de que la decisión adoptada en el procedimiento sumario puede revocarse en caso de "nuevo elemento" y no sólo en caso de nueva circunstancia. El Primer Presidente Estoup afirma que "las resoluciones provisionales tienen fuerza de cosa juzgada 'au provisoire', en el sentido de que el artículo 488, párrafo 2, del Nuevo Código de Procedimiento Civil, consagrando la jurisprudencia que se desarrolló bajo el antiguo Código, decide que una resolución provisional sólo puede ser revocada o modificada en caso de nuevas circunstancias. Por lo tanto, el juez de medidas provisionales está vinculado por su propia decisión, que está obligado a mantener en la medida en que no se haya producido ningún cambio, ni en la situación de las partes ni en los hechos del caso" (P. ESTOUP, *op. cit.*, p. 27). Del mismo modo, M. Wiederkher afirma que en el procedimiento sumario, "la cosa juzgada (...) se reduce a lo provisional" (G. WIEDERKHER, *op. cit.*, p. 517). Según M. Lacoste, los autos de procedimiento sumario "tienen fuerza de cosa juzgada simplemente en el sentido de que no pueden anularse hasta que se produzca un cambio en los hechos del asunto" (P. LACOSTE, *op. cit.*, p. 62). Las partes sólo tienen derecho al auto de procedimiento sumario si no se produce ningún cambio en su situación o en los hechos del caso (Civ. 2^{ème}, 27 de abril de 1936, *GP* 1936, 2, 170). En virtud del artículo 481 del nuevo Código de Procedimiento Civil, el juez de procedimiento sumario renuncia a su competencia una vez dictado el auto. Como señala M. Strickler, "el juez queda liberado de competencia como consecuencia directa de la cosa juzgada. Por lo tanto, normalmente encontramos tanto el aspecto positivo de la cosa juzgada (el litigante puede invocar la decisión y hacerla ejecutar) como su aspecto negativo (salvo en circunstancias excepcionales, ya no es posible retractarse de la

¿Cuál es la situación de las medidas provisionales? ¿Las decisiones por las que se concede una medida de salvaguardia tienen carácter de cosa juzgada provisional o principal? Parece posible resumir esta autoridad en dos proposiciones: la decisión se beneficia de los *atributos de la cosa juzgada* en el caso provisional; en la práctica, tiene *efectos* estrictamente idénticos a una decisión que tiene autoridad de cosa juzgada en el caso principal. El carácter prácticamente reversible de las medidas de salvaguardia impide considerar que tales decisiones tengan fuerza de cosa juzgada en el asunto principal. Aunque el tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto, su medida se considera provisional y, en teoría, sigue siendo impugnabile por el tribunal de derecho común o por el propio tribunal de medidas provisionales. En derecho, siempre puede someterse a los tribunales ordinarios o al juez de medidas provisionales sin ser rechazada. Sin embargo, en la práctica, el auto que concede una medida de salvaguardia tiene todos los efectos de la cosa juzgada. Obviamente, el aspecto positivo de la cosa juzgada se aplica a la decisión del juez de medidas provisionales como a cualquier decisión judicial favorable al solicitante. Por otra parte, la decisión tiene un efecto que, en la práctica, es similar en todos los aspectos al aspecto negativo de la cosa juzgada en el procedimiento principal. El pronunciamiento de una medida de salvaguardia suprime definitivamente la competencia del juez del procedimiento sumario. La demanda presentada ante los tribunales ordinarios o el tribunal de medidas provisionales será admisible; podrá examinarse su fondo. Sin embargo, el resultado será idéntico, ya que no se cuestionará la medida. El tribunal que conoce del fondo del asunto constatará la ilegalidad de la situación; el juez de medidas provisionales - salvo en casos verdaderamente excepcionales - constatará la inexistencia de un elemento nuevo.

533. La intervención del juez de medidas provisionales es notablemente eficaz. El demandante obtiene una satisfacción plena y completa, resolviendo definitivamente el litigio que dio lugar a la remisión. Al disuadir, persuadir u ordenar una medida de salvaguardia, el juez pone fin a la violación grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental. La satisfacción obtenida por el demandante de esta forma es de una estabilidad ejemplar, debido a la naturaleza especial del procedimiento sumario. Aunque no es jurídicamente imposible impugnar la medida obtenida, en la práctica no es menos improbable. La satisfacción es inmediata y definitiva. La eficacia de este mecanismo plantea la cuestión de si el recurso administrativo debe mantenerse en nuestro ordenamiento jurídico.

orden)" (Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 463). Un juez de medidas provisionales que se retracta de una orden anterior "sin constatar ninguna circunstancia nueva desde esa primera orden" está haciendo caso omiso de la autoridad que se le atribuye (Civ. 2^{ème}, 20 de noviembre de 1985, *Bull. civ.* II, n° 177). En ausencia de nuevas circunstancias, el auto de medidas provisionales es vinculante para el juez que lo dictó, para cualquier otro juez de medidas provisionales y para las partes (Civ. 3^{ème}, 29 de junio de 1988, *Bull. civ.* III, n° 118). A este respecto, "el carácter provisional de la medida cautelar no se opone al carácter definitivo que generalmente se atribuye a la cosa juzgada. Mientras las circunstancias que determinaron la decisión del presidente sean idénticas, no puede haber razón para remitir el asunto al mismo juez (o a otro juez de medidas provisionales) para que modifique la orden anterior" (Y. STRICKLER, *op. cit.*, pp. 464-465). Así pues, "mientras no cambien las circunstancias, el auto no puede impugnarse y suprime la competencia del juez de medidas provisionales, aunque de forma limitada, pero es eficaz. Su decisión es vinculante para él y para las partes, a menos que éstas vuelvan al presidente para pedirle que se retracte o modifique su orden anterior, o que remita el litigio al tribunal que conoce de la acción principal para que se pronuncie sobre el fondo" (Y. STRICKLER, *op. cit.*, pp. 512-513). Asimismo, en Derecho comunitario, en relación con el artículo 86.4 del Reglamento de Procedimiento (cuya redacción no se ha modificado en este punto), se establece que "El auto que acuerde medidas provisionales tendrá efectos de cosa juzgada limitados" (B. PASTOR y E. VAN GINDERACHTER, "La procédure en référé", *RTDE* 1989, p. 619). "Para las partes (...), el carácter de cosa juzgada de la resolución tiene pleno efecto. Una demanda de medidas provisionales presentada por las mismas partes con idénticas pretensiones y el litigio de fondo en el que se basa, sin que la situación haya cambiado, será en consecuencia declarada inadmisibile" (*ibid.*).

El capítulo 3

Efectividad plantea la cuestión de si debe mantenerse la agresión de facto

534. En el derecho positivo francés existen actualmente tres procedimientos cuyo objeto exclusivo es la protección urgente de las libertades frente a los actos y actuaciones de las autoridades públicas. Esta proliferación de recursos judiciales para un mismo fin puede parecer excesiva. Lejos de reforzar las garantías de las personas físicas y jurídicas, ¿no acabaría, por el contrario, debilitándolas al hacer más complejo el sistema de protección de las libertades? 2237 Habida cuenta de la eficacia del procedimiento de référé-liberté y de su capacidad para poner remedio inmediato a situaciones de violación grave y manifiestamente ilícita de las libertades fundamentales, cabe preguntarse si conviene mantener los procedimientos de référé-liberté y de voie de fait después de la Ley de 30 de junio de 2000. ¿Siguen siendo útiles estos procedimientos? ¿No deberían suprimirse para dar paso únicamente al procedimiento référé-liberté?
535. *A priori*, el procedimiento de référé-liberté ofrece menos posibilidades que el procedimiento del artículo L. 521-2: sólo puede interponerse contra decisiones administrativas, y el juez sólo está facultado para suspender su ejecución. Sin embargo, a pesar de su creación, el procedimiento référé-liberté sigue siendo interesante. En efecto, las condiciones en las que se puede ordenar una medida en virtud de este procedimiento son mucho más fáciles de cumplir que en virtud del artículo L. 521-2: no sólo el solicitante está exento del requisito de urgencia, sino que basta con que plantee una duda seria sobre la legalidad de la decisión, en lugar de una ilegalidad manifiesta. Por consiguiente, y como se subrayó durante los trabajos preparatorios, el procedimiento référé-liberté no "duplica" 2238 el procedimiento déféré-liberté. Aunque seguirá utilizándose de forma marginal, como antes de la reforma del 30 de junio de 2000, este procedimiento seguirá utilizándose no obstante en las situaciones en las que no pueda recurrirse al procedimiento de référé-liberté debido al rigor de las condiciones en las que se concede. Para impugnar los actos reglamentarios de las autoridades descentralizadas que atentan contra las libertades, al prefecto le interesa presentar un déféré-liberté en lugar de tomar la vía más difícil de un référé-liberté. La posibilidad de impugnar un simple comportamiento y beneficiarse del pronunciamiento de un requerimiento a título principal carece de interés real para el prefecto en el ejercicio de su misión de control administrativo de los actos de las autoridades descentralizadas. En la medida en que sólo impugna actos administrativos de carácter reglamentario en materia de libertades, el pronunciamiento de una suspensión resulta casi siempre plenamente satisfactorio. En consecuencia, los prefectos siguen utilizando el procedimiento déféré-liberté a pesar de la creación del procedimiento référé-liberté 2239. Utilizado con prudencia, "parece ser un instrumento eficaz de protección de las libertades" 2240. Para los autores de la reforma de 30 de junio de 2000, nunca se planteó la supresión de este recurso 2241. Por otra parte, la cuestión del mantenimiento del derecho de recurso de facto se plantea seriamente tras la creación de la référé-liberté.
536. Desde un punto de vista práctico, la existencia del asalto administrativo plantea dos dificultades principales. En primer lugar, sustrae al tribunal administrativo la resolución de un litigio que, por su formación y conocimiento de la administración, está en mejores condiciones de tratar, y somete su resolución a un tribunal

2237 Sobre las dificultades asociadas a la proliferación de garantías jurisdiccionales, véase G. BRAIBANT, "L'avenir de l'Etat", *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, pp. 39-46. El autor se refiere en particular al riesgo de que el Estado de Derecho degenera en un "Estado procesal" (*op. cit.*, p. 44).

2238 E. GUIGOU, *JO déb. AN*, sesión CR de 14 de diciembre de 1999, p. 10942.

2239 Véanse, por ejemplo: TA Montpellier, ord. 25 de abril de 2003, *Préfet des Pyrénées-Orientales*, LPA 5 de abril de 2004, n° 68, pp. 3-5, nota de J.-M. MAILLOT; CE, 11 de marzo de 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Communes d'Avion, de Rowvroj, de Drocourt et de Méricourt*, *Lebon* p. 101; CE, ord. 17 de mayo de 2006, *Commune de Wissous*, *Lebon* p. 253; CE, ord. 8 de agosto de 2006, *Préfet de Seine-et-Marne*, n° 296107. Véanse también las decisiones citadas anteriormente, § 270.

2240 R. ETIEN, "Le sursis de quarante-huit heures", *RDP* 1988, p. 761. M. Dugrip también destacó la "gran eficacia" de este mecanismo (O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1991, p. 185).

2241 Por el contrario, el grupo de trabajo declaró que deseaba mantener este procedimiento. Si bien sus miembros preconizaban el abandono de la mayoría de los regímenes especiales de suspensión de la ejecución, deseaban no obstante conservar "algunos procedimientos de suspensión derogatorios vinculados a la ley de descentralización", en particular los que, como el déféré-liberté, "presentan particularidades notables" ("Informe del grupo de trabajo del Consejo de Estado sobre los procedimientos de urgencia", *RFDA* 2000, p. 952).

que no dispone de las herramientas ni de los conocimientos para tratarlo en condiciones tan satisfactorias²²⁴². Además, la vía de hecho perturba el reparto de competencias entre los dos niveles jurisdiccionales en materia de libertades fundamentales. Esta "antigua y escurridiza cláusula de competencia"²²⁴³ complica el reparto de competencias entre los tribunales administrativos y judiciales, en detrimento de la buena administración de la justicia, de la persona y de la protección de las libertades. Los límites a veces cambiantes e inciertos de los recursos de hecho han llevado a presentarlos como "la loca de la casa, presente donde menos se la espera y perturbadora más allá de lo aceptable"²²⁴⁴, contribuyendo a que sean "las víctimas de la arbitrariedad las que se dobleguen bajo el peso de tradiciones que se han vuelto anacrónicas"²²⁴⁵. Si, a pesar de estos inconvenientes, la vía de hecho ha perdurado hasta nuestros días, es únicamente porque ha permitido compensar las carencias e insuficiencias de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de protección urgente de las libertades. Ahora que la detención de facto ha perdido su justificación tradicional, cabe preguntarse si subsisten consideraciones susceptibles de impedir su abolición.

Sección 1: Eliminación posible gracias a la desaparición de las justificaciones tradicionales de las agresiones con lesiones

537. "En el amortiguado mundo de los conceptos jurídicos, hay pocos que puedan presumir de haber hecho correr tanta tinta como la agresión de hecho"²²⁴⁶. En ocasiones, las críticas se han centrado en el uso indebido de este procedimiento²²⁴⁷. Sin embargo, más fundamentalmente, se refiere a la existencia misma de este órgano jurisdiccional. No existe ninguna justificación jurídica para esta derogación del principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales. Hasta ahora, debía su salvación únicamente a consideraciones prácticas: el recurso al órgano jurisdiccional judicial suplía la impotencia del órgano jurisdiccional administrativo en materia de protección urgente de las libertades. Estos argumentos prácticos se derrumbaron con la creación de la *référé-liberté*. No hay justificación jurídica para las medidas de hecho; ya no tienen ninguna justificación práctica.

I. Ausencia total de justificación jurídica

538. El legislador revolucionario estableció como principio que los tribunales de justicia no debían conocer de los contenciosos administrativos²²⁴⁸. El principio de separación de los poderes administrativo y judicial es, por tanto, de rango legislativo -e incluso constitucional en ciertos aspectos²²⁴⁹. En consecuencia, las excepciones y atenuaciones que puedan hacerse a esta regla sólo pueden resultar de la ley, o incluso de la propia Constitución para las materias afectadas por la reserva constitucional de competencia de los tribunales

²²⁴² Véase *supra*, § 347.

²²⁴³ T.-S. RENOUX, "Les garanties constitutionnelles de la répartition des compétences", en *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, colloque des 9 et 10 décembre 1994 (GERJC dir.), PUAM La documentation française, 1995, p. 111.

²²⁴⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} ed, Montchrestien, 2000, n° 1087.

²²⁴⁵ F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995, p. 452. Según M. Dran, "La complejidad de las normas de procedimiento es tal (...) que es muy difícil, si no imposible, que la víctima sepa con certeza ante qué tribunal debe interponer la demanda" (M. Dran, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, LGDJ, 1968, p. 533). Los procedimientos de facto pueden dar lugar a vacilaciones sobre la competencia y, en consecuencia, a retrasos en el procedimiento perjudiciales para los intereses del demandante.

²²⁴⁶ H. MOUTOUH, "La voie de fait dans le projet de loi relatif au juge administratif des référés : la "folle du logis" enfin domestiquée ?", *D.* 1999, n° 25, última acta, p. 1.

²²⁴⁷ Véanse los §§ 11-12 anteriores.

²²⁴⁸ El artículo 13 de la ley de 16 y 24 de agosto de 1790 sobre la organización del poder judicial establece que "las funciones judiciales son distintas de las administrativas y lo seguirán siendo siempre. Los jueces no pueden, bajo pena de caducidad, perturbar en modo alguno el funcionamiento de los órganos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores en el ejercicio de sus funciones". En virtud del decreto - formalmente legislativo - de 16 de fructidor del año III, "se prohíbe a los tribunales conocer de los actos administrativos de cualquier clase que sean, bajo pena de las sanciones de ley".

²²⁴⁹ A saber, la anulación o revocación de los actos adoptados por las autoridades administrativas en el ejercicio de sus prerrogativas como poderes públicos (CC, n° 86-224 DC, 23 de enero de 1987, *Rec.* p. 8, *DGCC* n° 41; *GAJA* n° 99).

administrativos. Ni la autoridad reguladora ni los tribunales ordinarios pueden contravenir este principio. Sin embargo, sólo la jurisprudencia, y de forma puramente pretoriana, ha considerado que determinados actos, constitutivos de una "agresión de hecho", podían ser competencia de los tribunales judiciales. Como ninguna ley ha autorizado nunca a los tribunales civiles a intervenir en tales casos, es el propio juez quien ha forjado esta excepción al principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales. Para justificar esta excepción - porque era indispensable darle un fundamento - los tribunales desarrollaron la teoría de la distorsión y argumentaron que la autoridad judicial era la guardiana de las libertades y de los derechos de propiedad. Los motivos esgrimidos son extremadamente débiles y no pueden justificar jurídicamente la existencia de una agresión.

A. La teoría de la desnaturalización

539. La teoría de la desnaturalización no es, en sentido estricto, una *excepción* al principio de separación, sino más bien una *elusión* del mismo. Consiste en presentar los actos constitutivos de una agresión como actos no administrativos y, en consecuencia, no exentos de la jurisdicción judicial. Según esta teoría, el acto viciado o constitutivo de una agresión se desnaturaliza y pierde por ello todo carácter administrativo. Como la ley de 16-24 de agosto de 1790 y el decreto de 16 fructidor año III sólo se aplican a los actos *administrativos*, no se aplican a los actos que no tienen carácter administrativo. Como los actos en cuestión no entran en el ámbito de aplicación de estos textos, no es probable que estén cubiertos por la prohibición.

Las referencias a esta teoría aparecen en antiguas sentencias²²⁵⁰, pero también en las conclusiones de los comisarios del Gobierno²²⁵¹ y en los escritos de algunas de las figuras más eminentes del Conseil d'Etat²²⁵². El acto constitutivo de una agresión se ve afectado por una degeneración que le hace perder su naturaleza administrativa. Pierde su existencia como acto administrativo²²⁵³. Cuando la administración es culpable de una agresión, ya no actúa como entidad pública sino como particular. En este caso, "ya no es la administración la que actúa en su calidad de tal"²²⁵⁴.

540. En realidad, los fundamentos de la teoría de la desnaturalización son conceptualmente frágiles. Como señala M. Abraham, esta construcción representa "una interesante visión de la mente, que no carece de cierta cualidad poética, pero que difícilmente se corresponde con la realidad"²²⁵⁵. El acto es autoría de una autoridad

²²⁵⁰ En una decisión de 1950, el Tribunal de Casación confirmó la decisión del Tribunal de Apelación, que había considerado que la acción impugnada "constituye un asalto de hecho, un acto desprovisto de todo carácter administrativo" (Civ., 27 de febrero de 1950, *Maire c/ Philips*, JCP G 1950, II, 5517, nota de CAVARROC). En 1956, afirmó que "a pesar de la irregularidad de la que pudiera estar impregnada, la orden de requisa (...) conservaba no obstante su carácter administrativo y que la irregularidad invocada no podía tener como consecuencia dar a dicha orden el carácter de una agresión" (Civ. 1^{ère}, 13 de marzo de 1956, *Bull. civ. I*, n° 132). En una decisión de 1958, el tribunal supremo del poder judicial afirmó que "la irregularidad invocada no podía hacerle perder su carácter administrativo ni tener como consecuencia que degenerara en un acto de Dios" (Civ. 8 de diciembre de 1958, *Testo Ferry c/ Couissin*, AJDA 1959, p. 224). Del mismo modo, el Tribunal des conflits ha declarado que la decisión impugnada había "dejado de ser un acto administrativo para convertirse en un acto de hecho" (TC, 14 de noviembre de 1960, *Préfet du Calvados c/ Duchêne*, AJDA 1961, p. 158).

²²⁵¹ En sus conclusiones sobre la sentencia *Randon*, el commissaire du gouvernement Guionin afirmó que "el asalto de hecho, aunque realizado por la administración, está desnaturalizado y descalificado: ya no es un acto administrativo" (concl. sobre TC, 10 de diciembre de 1956, *Sieurs Randon et autres c/ Sieurs Brunel et autres*, *Lebon* p. 596). Más recientemente, M. Arrighi de Casanova afirmó que se constituye una agresión cuando "la acción de la autoridad pública se ha ejercido en condiciones que equivalen realmente a desnaturalizarla" (J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur TC 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris c/ TGI de Paris*, RFD A 1997, p. 523).

²²⁵² Lafferrière veía en la vía de hecho un factor de "degeneración" del acto administrativo (E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^{ème} ed, Berger-Levrault, 1896, t. I, p. 479 y ss.). Del mismo modo, el Presidente Odent ha afirmado que en caso de vía de hecho, "ya no estamos en presencia de una decisión o de un acto de la autoridad pública; este acto o esta decisión, aunque emanen de la autoridad administrativa, no tienen carácter administrativo; están 'desnaturalizados' y ya no hay razón para atribuir su conocimiento al tribunal administrativo" (R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, fasc. I, IEP Paris, 1981, p. 540). Esta teoría también fue apoyada por autores académicos. Hauriou afirmó que el efecto de la agresión de hecho es hacer que un acto "sea inexistente desde el punto de vista administrativo, dejándole sólo el valor que pueda tener, ya sea desde el punto de vista civil o penal" (M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} ed., 1933, reeditado en Dalloz, p. 25. El subrayado es nuestro). Énfasis añadido). Véase sobre todo la sistematización de esta teoría por E. DESGRANGES, *Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif français*, Société française d'imprimerie et de librairie, 1937, 323 pp.

²²⁵³ Un acto constitutivo de agresión es un acto inexistente. En lugar de anularlo sin más, el juez administrativo lo declara nulo (TC, 13 de julio de 1966, *Guigon*, *Lebon*, p. 476; CE, 6 de abril de 2001, *Djerrar*, *Lebon T.* p. 991 y 1160).

²²⁵⁴ G. Bachelier, "Le référé-liberté", RFD A 2002, p. 261.

²²⁵⁵ R. ABRAHAM, "L'avenir de la voie de fait et le référé administratif", en *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy*

administrativa, es imputable a la autoridad pública y es esta autoridad la que - en caso de falta no separable del servicio²²⁵⁶ - asume las consecuencias perjudiciales²²⁵⁷. Como señaló Eisenmann, "las agresiones son actos administrativos - una categoría de actos administrativos sujetos a un régimen especial, es decir, de hecho diferente del que se aplica a los actos administrativos del mismo tipo pero que no presentan el mismo tipo de irregularidades"²²⁵⁸. Por otra parte, si fuera cierto que la Administración deja de actuar como tal cuando se extralimita manifiestamente en el ejercicio de sus competencias, resulta difícil entender por qué sólo debería ser así en los casos en que su actuación ha vulnerado una libertad fundamental o el derecho de propiedad, y no cada vez que actúa al margen de las competencias que tiene atribuidas.

B. El principio del poder judicial como guardián de las libertades y los derechos de propiedad

541. Se ha propuesto una segunda justificación para fundamentar jurídicamente la existencia de la agresión. En lugar de eludir la prohibición legislativa -o incluso constitucional-, se trata aquí de oponerle un principio de igual o superior rango, según el cual la autoridad judicial sería el guardián natural de las libertades y los derechos de propiedad²²⁵⁹. Este título justificaría la intervención del juez judicial para todas las formas de violación de las libertades o de los derechos de propiedad, cualquiera que sea el autor, y en particular la administración. Otorgando competencia exclusiva a los tribunales en caso de infracción, este principio prevalecería sobre la prohibición de que los tribunales conozcan de los contenciosos administrativos.

542. Este principio no tiene más posibilidades que el anterior de justificar jurídicamente la existencia de una agresión. En primer lugar, no explica por qué la competencia de los tribunales se limita únicamente a los actos gravemente ilícitos de la administración y no se extiende a todos los que atentan contra la libertad individual o el derecho de propiedad. Si es de su condición de guardián de las libertades y del derecho de propiedad de

Braibant, Dalloz, 1996, p. 9.

2256 La calificación como agresión no exime al tribunal de determinar si el acto puede estar relacionado con el cumplimiento del servicio (véase S. PETIT, op. cit. PETIT, op. cit. p. 112; S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, tesis París II, 2002, pp. 388-391; *GAJA* n° 51, § 10).

2257 Algunos autores han señalado con razón la paradoja o la contradicción que supone declarar imputable a la administración un acto haciéndole perder al mismo tiempo su carácter administrativo. Así, el Decano Duez calificó de "sutileza inadmisibles" la responsabilidad de la administración por un acto considerado no administrativo (P. DUEZ, *La responsabilité de la Puissance Publique en dehors du contrat*, 2^{me} ed., Librairie Dalloz, 1938, p. 146), preguntándose "¿Por qué misterio podría un acto que, por hipótesis, ha perdido su carácter administrativo, incurrir en la responsabilidad de la administración?" (*ibid.*).

2258 C. EISENMANN, Préface de la thèse de M. DEBARY, *La voie de fait en droit administratif*, LGDJ, 1960, p. III. El autor prosigue: "Podríamos reflexionar (...) sobre la insuficiencia y el carácter a menudo peligroso de los argumentos puramente negativos: el acto, se dice, no es administrativo. Pero, ¿qué es positivamente? Si estuviéramos dispuestos a hacernos esta pregunta, como debemos, no podríamos dejar de reconocer que en verdad es estatal por naturaleza -y no privado- y administrativo por especie, ya que no es ni legislativo, ni jurisdiccional, ni judicial, -ni nada por el estilo" (*op. cit.*, p. IV).

2259 Este principio se forjó en el siglo XIX^e, cuando se desarrollaba el derecho administrativo. Numerosos textos, dispersos y heterogéneos, confiaban a la jurisdicción judicial determinados litigios relativos, por ejemplo, a la propiedad de los emigrantes, el impuesto territorial, la expropiación - el internamiento de los dementes (para una presentación de estos diversos textos, véase E. PICARD, "Dualisme juridictionnel et liberté individuelle. Le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle", en *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique* (CERAP dir.), Economica, 1991, p. 167; y J.-M. POISSON, *Les droits de l'homme et les libertés fondamentales à l'épreuve de la dualité de juridiction*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, pp. 22-23). Durante el mismo período, los tribunales civiles adoptaron una interpretación amplia de su jurisdicción. Se estableció progresivamente una definición puramente jurisprudencial de ciertos casos de competencia judicial, por ejemplo en materia de estatuto personal, domicilio o propiedad. Algunos autores, en particular Laferrière y Ducrocq, intentaron explicar todos estos casos de competencia judicial en materia administrativa en términos de una única idea. Estas excepciones se explican por la idea de que la autoridad judicial es la guardiana de la libertad y la propiedad. Laferrière afirma que las dificultades a las que puede dar lugar el ejercicio de derechos individuales como la libertad personal, la libertad de prensa o la libertad de trabajo "son, en principio, competencia de la autoridad judicial; es ante la autoridad judicial ante la que hay que defenderse de las infracciones que puedan cometerse ilegalmente contra ellos, ya sea por terceros o por la propia administración" (E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887, t. I, p. 480). Posteriormente, el principio sufrió un cambio y adquirió sustancia jurídica. Pasó de ser un principio que explicaba una práctica legislativa o jurisprudencial a un principio que validaba estas prácticas.

donde se deriva el derecho del juez a intervenir en los casos de agresión, es difícil entender por qué debe ejercer esta competencia sólo ante un acto de la administración ajeno al ejercicio de sus competencias o fuera de los casos en que se autoriza la ejecución forzosa. En segundo lugar, y aún más fundamental, el principio alegado simplemente no existe en el derecho francés. Es cierto que la Constitución asigna un papel privilegiado a la autoridad judicial en la *salvaguardia de la libertad individual* y del derecho de propiedad²²⁶⁰. Pero por lo demás, y contrariamente a lo que a veces se sostiene, "es realmente imposible sostener hoy con verosimilitud que los tribunales sean los guardianes naturales de los derechos individuales en general"²²⁶¹. Ninguna norma de derecho positivo hace del poder judicial el guardián de todas las libertades. La reserva de jurisdicción judicial o, mejor aún, la jurisdicción judicial privilegiada sólo afecta a dos de las libertades a las que el *voie de fait* otorga protección: el derecho de propiedad y la libertad individual. Incluso si se definiera el concepto de libertad individual de la manera más amplia posible, es decir, incluyendo no sólo la seguridad sino también libertades íntimamente ligadas a la persona como la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia, el derecho a contraer matrimonio y la libertad de ir y venir, sería imposible incluir todas las libertades fundamentales protegidas en el marco de una agresión. Por consiguiente, esta derogación de la Ley de 16-24 de agosto de 1790 "no puede basarse en el principio constitucional según el cual la autoridad judicial es la guardiana de la libertad individual, ya que su alcance va mucho más allá del principio en cuestión"²²⁶². No puede basarse en una "supuesta reserva judicial de competencia en virtud del artículo 66 de la Constitución"²²⁶³.

543. Así pues, ninguna consideración jurídica puede justificar la existencia de la *voie de fait*. Desprovista de toda justificación jurídica, se ha mantenido hasta hoy únicamente por razones muy prácticas²²⁶⁴. Esta justificación práctica se fue erosionando progresivamente hasta desaparecer por completo con la Ley de 30 de junio de 2000.

II. La desaparición de las justificaciones prácticas

544. Si la vía de hecho ha surgido y perdurado, es únicamente porque el juez judicial era el único capaz de defender eficazmente las libertades fundamentales de los justiciables²²⁶⁵. Es por la falta de independencia de la justicia administrativa por lo que ha surgido, y porque el juez administrativo no estaba equipado para reaccionar rápida y eficazmente ante situaciones liberticidas por lo que ha persistido. Hoy en día, el juez administrativo es independiente; está facultado para intervenir rápida y eficazmente en caso de vulneración de las libertades. El procedimiento de facto ha perdido la única justificación de su pervivencia.

A. La falta de independencia de la justicia administrativa

545. Inicialmente, el procedimiento de facto surgió debido a la falta de independencia del poder judicial administrativo. Como señaló el Sr. Debary, este sistema "surgió en un momento en que el único juez real era el tribunal"²²⁶⁶. De hecho, la justicia administrativa "se concibió inicialmente más como una administración

²²⁶⁰ Cuando estas libertades están en juego, los tribunales tienen una jurisdicción privilegiada, pero no exclusiva. Véase *supra*, § 119.

²²⁶¹ P. Couzinet, *La réparation des atteintes portées à la propriété privée immobilière par les groupements administratifs*, Sirey, 1928, p. 257.

²²⁶² R. Abraham, *op. cit.* p. 7-8.

²²⁶³ S. PETIT, nota en TGI Evry, auto de 26 de junio de 2002, GP 2002, 1, p. 1474.

²²⁶⁴ Véase A. BOCKEL, "La voie de fait : Mort et résurrection d'une notion discutible", *D.* 1970, chron. n° VIII, pp. 29-32, especial p. 31: "En realidad, desprovista de toda base jurídica seria, esta solución no es más que el resultado de una "política jurisprudencial" concebida en nombre de la utilidad social; el deseo de sancionar a la administración y sobre todo la preocupación de proteger a su víctima parecen, en este caso, los únicos motivos serios".

²²⁶⁵ Para M. Rousset, "esta teoría es un vestigio de una época, el siglo XIX^e, en la que el juez administrativo aún no era independiente y no inspiraba confianza; se pensaba que la única protección real la proporcionaba el juez judicial contra la arbitrariedad del poder administrativo" (M. ROUSSET, *Droit administratif*, tome I, *L'action administrative*, PUG, 1994, p. 76). No es más que una supervivencia arcaica de la desconfianza de los liberales del siglo XIX^e respecto a la supuesta parcialidad de los tribunales administrativos (...) (C. DEBBASCH y J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2001, n° 254).

²²⁶⁶ M. DEBARY, *La voie de fait en droit administratif*, LGDJ, 1960, p. 169.

jurisdiccional en la que el Estado sería juez y parte"2267 . En una época en la que todavía prevalecía el sistema administrador-juez, Sirey escribió que llamarla justicia "sería depravar el lenguaje"2268 . Su independencia, imparcialidad y capacidad para juzgar al poder fueron cuestionadas2269 . Se cuestionó su capacidad para proteger las libertades. Así, el Sr. Batbie declaró: "No consideramos que la garantía resultante del examen del Conseil d'Etat sea en vano. Pero es difícil aceptar que en nuestro país, después de todo lo que se ha dicho para exigir que nadie sea distraído de sus jueces naturales, hayamos llegado a poner los derechos más esenciales bajo la protección de un órgano semipolítico compuesto por miembros que pueden ser destituidos, que después de oír tantas peticiones para que se restrinja o incluso se suprima el contencioso administrativo, pongamos los derechos esenciales del hombre que vive en sociedad bajo la protección de esta justicia tan atacada en el pasado"2270 . Sólo los tribunales civiles gozaban de verdaderas garantías de independencia e imparcialidad. Esta superioridad, que es real, justifica que se reconozca a los tribunales civiles la posibilidad de intervenir excepcionalmente para conocer de los contenciosos administrativos en caso de violación grave de las libertades.

546. Esta justificación inicial desapareció con las sucesivas reformas de la jurisdicción administrativa. En un proceso en tres etapas, los tribunales administrativos se han alineado con sus homólogos judiciales para ofrecer a los litigantes garantías comparables en términos de independencia e imparcialidad. En primer lugar, la ley de 24 de mayo de 1872 otorgó al Conseil d'Etat un estatuto jurisdiccional, sellando así la transición de una justicia retenida a una justicia delegada. La sentencia *Cadot* de 13 de diciembre de 1889 consolidó aún más el estatuto jurisdiccional de la institución2271 . En segundo lugar, los jueces administrativos gozan de un estatuto que garantiza su independencia. Los miembros del Consejo de Estado se benefician de una garantía de hecho. Aunque ningún texto proclama formalmente su seguridad en el cargo, ésta existe "en virtud de una costumbre secular que tiene tanta o más fuerza que una disposición legislativa"2272 . Los miembros del Palais-Royal gozan de una protección que "resguarda su posición en el seno del cuerpo de influencias exteriores" y "todo joven auditor de segunda clase sabe desde el momento en que entra en el Conseil d'Etat a qué edad se convertirá en auditor de primera clase, maître des requêtes y luego conseiller d'Etat; la presión gubernamental que utiliza la ambición personal queda así excluida en esta etapa"2273 . La situación de los jueces de primera instancia siguió siendo insatisfactoria durante mucho tiempo. No sólo la gestión del cuerpo dependía del Ministerio del Interior, sino que estos jueces no se beneficiaban de la seguridad en el cargo concedida a los magistrados de la judicatura. En 1958, Michel Debré declaró que "no existe una magistratura administrativa; son simples funcionarios administrativos que ejercen funciones judiciales"2274 . La Ley de 6 de enero de 1986 puso remedio a esta situación equiparando el estatuto de los consejeros de la magistratura administrativa al de sus homólogos judiciales2275 . En tercer lugar, la existencia y la independencia de los tribunales

2267 B. PACTEAU, "Le contrôle de l'administration par une juridiction administrative. Existence ou non d'une juridiction administrative. La conception française du contentieux administratif", *RA* 2000, número especial 3, p. 91.

2268 J.-B. SIREY, *Du Conseil d'Etat selon la charte constitutionnelle*, 1818, reeditado por Phénix éditions, 2005, p. 484.

2269 Véanse, en particular, las declaraciones de Dupin l'aîné y de Béranger durante la Restauración (citadas por J. DONNEDIEU DE VABRES en "La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France", *EDCE* 1949, pp. 30-31). Dupin l'aîné dijo a la Chambre des Pairs: "En el Conseil d'Etat, todo sucede a puerta cerrada. En este palacio, el mismo funcionario dirá al demandado 'no entramos' si es un pobre desgraciado, y al mismo tiempo presentará armas al demandante si es de la calidad de los que tienen su entrada en el Tribunal. Así pues, señores, créanme, y quizá lo sepan por ustedes mismos, nada iguala la desesperación del litigante cuando se le dice que será juzgado por el Conseil d'Etat". En la Cámara Baja, Béranger fustigó a esta institución en los siguientes términos: "El Conseil d'Etat no está reconocido por la Carta, constituye una especie de usurpación que amenaza demasiado nuestras libertades como para no ser objeto de continuas protestas".

2270 A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 2^{ème} ed. 1885-1886, t. VII, p. 409 y ss. citado por E. DESGRANGES, *op. cit.* p. 154.

2271 CE, 13 de diciembre de 1889, *Cadot, Lebon* p. 1148.

2272 R. PERROT, *Institutions judiciaires*, 9^{ème} éd, Montchrestien, 2000, n° 372, citado por E. GUERIN-LAPORTE, *Le commandement dans l'office du juge administratif*, thèse Montpellier I, 2002, p. 112.

2273 G. BRAIBANT, N. QUESTIAUX, C. WIENER, *Le contrôle de l'Administration et la protection des citoyens*, Cujas, 1973, p. 22.

2274 M. DEBRE, en Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, vol. II, La documentation française, 1988, p. 164. 2, La documentation française, 1988, p. 164.

2275 Sobre este derecho, véase L. RICHER, "Des droits du juge à ceux du justiciable", *AJDA* 1986, pp. 278-283, especial pp. 279-280; B. PACTEAU, "L'indépendance des juges des tribunaux administratifs. PACTEAU, "L'indépendance des juges des tribunaux administratifs. Commentaire de la loi du 6 janvier 1986", *RFDA* 1986, pp. 783-791, spe p. 787; M. TOURDIAS, "Indépendance des membres des tribunaux administratifs. La loi du 6 janvier 1986", *AJDA* 1986, pp. 275-277. Se ha establecido una comparación con el estatuto de los magistrados judiciales en dos puntos. Por una parte, a los magistrados administrativos se les reconoce la seguridad en el cargo, estipulando la ley que "no podrán, sin su consentimiento, recibir un nuevo destino, ni siquiera para un ascenso". Por otra parte, un nuevo órgano, el Consejo Superior de Tribunales Administrativos (que se convirtió en Consejo Superior de Tribunales Administrativos y Tribunales Administrativos de Apelación a raíz de la Ley de 31 de diciembre de 1987) garantiza que la gestión de la carrera de los magistrados

administrativos están ahora protegidas constitucionalmente²²⁷⁶. Como el tribunal administrativo ya no tiene nada que envidiar al tribunal judicial en términos de independencia e imparcialidad, la única justificación del procedimiento de facto era la ausencia de procedimientos de urgencia eficaces en el derecho contencioso administrativo.

B. La incapacidad de defender las libertades con rapidez y eficacia

547. Como resultado de esta evolución, la existencia de vías de recurso de facto pendía de un hilo -aunque fuerte-consistente en la inadecuación de los tribunales administrativos para proteger las libertades con carácter de urgencia. Los tribunales administrativos no disponían ni de procedimientos de urgencia eficaces ni de poderes de requerimiento adecuados²²⁷⁷. Gracias al alcance de sus competencias y a la flexibilidad de sus procedimientos, sólo el tribunal civil podía ofrecer a las víctimas de la arbitrariedad administrativa una protección judicial efectiva. De este modo, era posible "afirmar la utilidad de esta teoría como "técnica de urgencia" insustituible para la protección de los derechos fundamentales, por razones eminentemente prácticas"²²⁷⁸.
548. Al crear el procedimiento de référé-liberté, el legislador dotó al juez administrativo de medios para actuar con la misma rapidez y eficacia que su homólogo judicial para poner fin a las violaciones de las libertades fundamentales²²⁷⁹. Las libertades fundamentales "gozan ahora, en la persona del juez administrativo, de un protector cuya eficacia ya no tiene nada que envidiar a la del juez judicial"²²⁸⁰. Con la Ley de 30 de junio de 2000, se derrumbó así la última justificación de las agresiones. "Contradictoria desde el principio en relación con el principio de separación, se ve además privada de su justificación pragmática, puesto que ya no puede pretender obviar la impotencia del juez administrativo"²²⁸¹.
549. El juez administrativo ha puesto remedio a una ineficacia que justificaba por sí sola la intervención del juez judicial fuera de su ámbito de competencia. Ahora que ha desaparecido la única y tradicional justificación de la vía de hecho, se plantea inevitablemente la cuestión de si debe mantenerse este motivo de competencia judicial. En efecto, invocarlo para atribuir competencia al tribunal sólo se justificaba por consideraciones prácticas. Fue porque el tribunal administrativo no era independiente por lo que apareció; fue porque no era eficaz frente a la urgencia por lo que persistió; es porque el tribunal administrativo es ahora independiente y eficaz por lo que ahora debemos cuestionarnos si debe mantenerse. En otras palabras, al suprimir toda justificación práctica de la vía de hecho, la creación de la référé-liberté plantea la cuestión de si no ha llegado el momento, por utilizar la famosa frase acuñada por el Comisario Fournier en sus conclusiones sobre la sentencia *Voskresensky*, de "hacer sonar la campana de muerte" de la vía de hecho²²⁸².

administrativos no pueda poner en peligro su independencia. Debido a esta doble garantía, "no cabe duda de que *los miembros de los tribunales administrativos y de los tribunales administrativos de apelación constituyen un cuerpo de magistrados independientes*" (R. ABRAHAM, "Les magistrats des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel", *RFDA* 1988, p. 207. Subrayado).

²²⁷⁶ Véase CC, n° 80-119 DC, 22 de julio de 1980, cons. 6, *Rec. p. 46, DGCC* n° 29. Basándose en los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, el Consejo Constitucional consagra la existencia de la jurisdicción administrativa y su independencia con respecto a los poderes legislativo y ejecutivo. Sobre este punto, equipara el estatuto del tribunal administrativo al de la autoridad judicial, cuya independencia está expresamente reconocida por el texto de la Constitución de 1958 (artículo 64). Le confiere un estatuto que le permite afirmarse como contrapeso de pleno derecho, protegiéndole de cualquier intento de represalia por parte de las autoridades sometidas a su control.

²²⁷⁷ Véase *supra*, §§ 7-8.

²²⁷⁸ S. TSIKLITIRAS, La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire, *LGDJ*, coll. BDP, t. 155, 1991, p. 87.

²²⁷⁹ Sin embargo, véase la posición aislada y, en algunos aspectos, anacrónica de M. Goyard. El autor defiende el principio de la competencia exclusiva de los tribunales, argumentando que los tribunales civiles son superiores en este ámbito. El autor sostiene que "todo aboga ahora por transferir los litigios relativos a las infracciones administrativas de las libertades a los tribunales del orden jurisdiccional, sin perderse en un catálogo incierto y movedizo de infracciones irregulares de las libertades clasificadas según el grado hipotético de protección del que se beneficia cada una" (C. GOYARD, "Unité et plénitude de juridiction", en *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Valine*, Dalloz, 2002, p. 602).

²²⁸⁰ M. Guyomar y P. Collin, cron. bajo CE, Secc. 18 de enero de 2001, *Commune de Venelles, AJDA* 2001, p. 156.

²²⁸¹ P. WACHSMANN, "Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration?", en *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque 6 décembre 2000 (P. WACHSMANN dir.), Strasbourg, PUS, 2002, p. 107.

²²⁸² J. FOURNIER, concl. sobre CE, Secc. 9 julio 1965, *Sieur Voskresensky, AJDA* 1965, II, p. 607.

III. Una posible abolición

550. En primer lugar, hay que señalar que es jurídicamente posible que el Tribunal des Conflits lo suprima. La Ley de 30 de junio de 2000 pretendía ser neutra desde el punto de vista del reparto de competencias entre los dos niveles jurisdiccionales. Se presentó como un texto procesal que no pretendía abolir la *voie de fait* ni darle rango legislativo. Tanto antes como después de su intervención, este concepto seguía estando en manos del juez de conflictos. Como señaló el Sr. Chapus, la ley no "dio su *imprimatur* al concepto de agresión"2283 . Contrariamente a los deseos de los senadores, que habían pedido la inclusión en la ley de una referencia expresa a la agresión de hecho o a la competencia atribuida a los tribunales en esta materia2284 , este motivo de competencia judicial no se menciona ni explícita ni implícitamente en la ley de 30 de junio de 2000. El legislador no legalizó esta excepción puramente jurisprudencial al principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales. Al carecer de estatuto legislativo, el asalto de facto es y sigue siendo una "institución jurisprudencial por excelencia"2285 . Incluso hoy en día, puede abandonarse mediante una simple decisión judicial. Como afirman los Sres. Rivero y Moutouh, "el juez que la creó podría renunciar a ella mañana; bastaría una decisión del Tribunal des conflits para eliminarla del derecho francés"2286 . El legislador no ha cambiado nada sobre este punto, dejando al juez que asigna el caso la decisión de mantener o suprimir este procedimiento. En rigor, nada impide suprimir el procedimiento de *voie de fait*, en particular el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa.
551. Incluso antes de la reforma de 30 de junio de 2000, algunos autores vinculaban la desaparición de la *voie de fait* a la introducción de un procedimiento sumario realmente eficaz en el derecho contencioso administrativo. Es cierto que, cuando se creó, la *voie de fait* se concibió como un remedio temporal para suplir las carencias de la jurisdicción contencioso-administrativa hasta que ésta subsanara las suyas. Debido a la persistente incapacidad de la jurisdicción contencioso-administrativa para garantizar una protección rápida y eficaz de las libertades en los casos en los que la administración era culpable de faltas graves, la *voie de fait* fue arraigando poco a poco en el panorama jurídico. Tanto es así que se ha olvidado que este procedimiento, que ignora flagrantemente las disposiciones de la ley de 16-24 de agosto de 1790 y del decreto de 16 fructidor an III, no era en su origen más que una solución transitoria. Poco antes de la decisión del Tribunal des conflits de 12 de mayo de 1997, el Sr. Abraham había declarado que "una vez colmada la laguna más grave de nuestro contencioso administrativo, habrá llegado el momento de "hacer sonar el toque de difuntos", por utilizar la frase pronunciada en el Palais-Royal hace treinta años, para la teoría de las conductas de hecho"2287 . En la misma línea, el Sr. Rousset afirmó que "bastaría con otorgar al juez administrativo poderes equivalentes a los que dispone el juez judicial en los casos de agresión de hecho para eliminar tanto la utilidad de esta teoría como las complicaciones prácticas que conlleva su utilización"2288 .
552. La idea de suprimir las agresiones por parte del juez de reparto fue considerada o planteada por los miembros de los tribunales administrativos durante el debate y la adopción de la ley de 30 de junio de 2000. Cuando el texto estaba aún en fase de proyecto, el Presidente Stirn declaró: "Tal vez incluso suponga la muerte de las agresiones de hecho, de las que un día podría prescindirse gracias a una gestión eficaz de las urgencias ante la jurisdicción contencioso-administrativa"2289 . En vísperas de la aplicación del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, algunos miembros de los tribunales administrativos fueron mucho más categóricos, como el Presidente del Tribunal Administrativo de Dijon, que declaró que la creación del procedimiento *référé-liberté* supondría "la muerte de las agresiones de hecho"2290 . Esta supresión tranquilizaría a muchos autores y miembros de los tribunales administrativos que, mucho antes de la reforma del 30 de junio de 2000, esperaban y rezaban por la desaparición de este motivo de competencia judicial2291 . La cuestión de la

2283 R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, n° 1605.

2284 Véase *supra*, §§ 321-322.

2285 J-F. LACHAUME, *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative*, 10^{ème} éd, PUF, coll. Thémis, 1996, p. 214.

2286 J. RIVERO y H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, 9^{ème} ed, PUF droit, coll. Thémis droit public, 2003, n° 16.

2287 R. Abraham, *op. cit.* p. 13.

2288 M. Rousset, *Droit administratif*, tome I, L'action administrative, PUG, 1994, p. 76.

2289 B. STIRN, "La juridiction administrative: problèmes actuels et réformes", *RA* 1999, número especial 7, p. 138.

2290 J.-M. LE GARS, Discurso en las *Jornadas de estudio sobre La mise en œuvre des procédures d'urgence devant les juridictions administratives*, Lyon, 11 de diciembre de 2001 (Asociación Justicia y administración dir.), Universidad de Lille 2, 2001, p. 6.

2291 M. Chapus considera que la "situación de deriva desordenada" asociada a su aplicación "debería bastar para justificar la retirada de este gran adelantado de la escena jurídica" (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} éd., Montchrestien, 2000, núm. 1087; véase también P. COUZINET, *La réparation des atteintes portées à la propriété privée immobilière*, thèse Paris, 1928; P. LAROQUE, note au *J.* 1935, 3, 97; P. WEIL, note sous CE, 15 février 1961, *Werquin*, *RD* 1961, p. 657 et s.; C. LECLERCQ, "Le déclin de la *voie de fait*", *RD* 1961, pp. 657-713; J.-C. RICCI, "Feu sur la *voie de fait*?", *RRJ* 1998/1, pp. 9-11). Esta opinión no se limita a la comunidad universitaria. La idea de la supresión de la agresión de

supresión de la agresión estaba en la mente de todos tras la entrada en vigor de este texto. En sus conclusiones sobre la sentencia *Mohamed*, dictada durante el primer año de aplicación de la nueva ley, el Sr. Bachelier afirmó que, en este caso, la cuestión de competencia sometida al Tribunal des conflits podía resolverse "sin que sea necesario pronunciarse *boy sobre el abandono de la* teoría jurisprudencial de la agresión de hecho"2292. Con esta incisión, el Comisario del Gobierno indicaba implícitamente que la cuestión de la supresión del derecho de acción de facto se plantearía inevitablemente en el futuro.

El abandono de esta rúbrica de la competencia judicial resolvería todas las dificultades generadas por su existencia, en particular las perturbaciones observadas en el reparto de competencias entre los dos órdenes jurisdiccionales. No parece haber ninguna razón real para no hacerlo, aparte del peso de la tradición que, en el ámbito de la protección de las libertades, es especialmente importante.

Sección 2. La ausencia de obstáculos reales a la abolición de las agresiones con lesiones

553. Por el momento, el Tribunal de Conflictos ha confirmado el mantenimiento de la vía de hecho tras la Ley de 30 de junio de 2000. Tras la aplicación de este texto, el Tribunal de Conflictos quiso demostrar lo antes posible su adhesión a la vía de hecho y el mantenimiento de este motivo de competencia judicial. El deseo de reafirmar solemnemente su existencia lo antes posible llevó al juez distribuidor a desarrollar una línea de razonamiento cuestionable en la decisión *Mohamed* del 19 de noviembre de 2001, que fue dictada en contra de las conclusiones del Comisario del Gobierno y criticada rotundamente por los comentaristas2293. En este caso, el Tribunal des conflits tuvo que determinar si la retención de un pasaporte por la policía aérea y fronteriza más allá del tiempo estrictamente necesario para verificar la identidad del interesado constituía un acto de violencia, a pesar de que los textos otorgan expresamente a la policía la facultad de retener un pasaporte para verificar la nacionalidad de su titular2294. El Comisario del Gobierno propuso una solución sencilla y lógica: dado que la medida inicial de confiscación del pasaporte entra dentro de las competencias de la Administración, la retención de este documento más allá de lo estrictamente necesario refleja simplemente el ejercicio continuado de sus competencias2295. Por el contrario, el Tribunal des Conflits ha dictaminado que si el período de retención es manifiestamente excesivo, la medida deja de estar comprendida en las competencias de la administración y entra en el ámbito de la acción de hecho2296. Esta solución obliga a determinar, para cada situación, si la duración de la retención es o no manifiestamente excesiva2297. El Tribunal des conflits adoptó

hecho es expresada regularmente por los comisarios del gobierno (véanse, en particular, las observaciones finales de G. BRAIBANT sobre la CE, 15 de febrero de 1961, *Werquin*, *AJDA* 1961, p. 197 y ss; las observaciones finales de J. FOURNIER antes citadas; las observaciones finales de N. QUESTIAUX sobre la CE, 4 de noviembre de 1966, *Société le Témoignage chrétien*, *AJDA* 1967, p. 40 y ss). Más cerca de nuestro tiempo, y en la línea de los comisarios del gobierno antes citados, el Sr. Arrighi de Casanova afirmó en sus conclusiones sobre la sentencia *Préfet de Police de Paris c/ TGI de Paris* "que el concepto mismo de agresión no es hoy más que *una anomalía que sería deseable abandonar*" (J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sobre TC, 12 de mayo de 1997, *Préfet de police de Paris c/ TGI de Paris*, *RFDA* 1997, p. 522. Subrayado).

2292 G. BACHELIER, concl. sobre TC, 19 de noviembre de 2001, *Mlle Mohamed c/ Ministre de l'Intérieur*, *D.* 2002, p. 1449. Énfasis añadido.

2293 TC, 19 de noviembre de 2001, *Mlle Mohamed c/ Ministre de l'Intérieur*, *Lebon* p. 755, *D.* 2002, pp. 1446-1450, concl. G. BACHELIER; *LPA* 23 de julio de 2002, n° 146, pp. 23-31, nota A. BORIES, "Le baroud d'honneur de la voie de fait"; *AJDA* 2002, pp. 234-236, nota S. PETIT.

2294 El juez de medidas provisionales civiles reconoció que se había cometido un acto y ordenó a la administración que devolviera el pasaporte en un plazo de 48 horas a partir de la notificación de su auto (TGI París, auto de 7 de febrero de 2001, *GP* 2001, 2, pp. 481-483, nota de S. PETIT).

2295 Concl. op. cit. especial pp. 1447-1448.

2296 Al dividir artificialmente la acción administrativa en dos fases distintas, establece una complicada distinción temporal entre el momento en que la retención del pasaporte es simplemente ilegal y el momento en que, debido a una duración manifiestamente excesiva, se convierte en un acto de hecho. La retención de documentos de identidad, que es competencia de la policía aérea y de fronteras, no puede exceder del tiempo "estrictamente" necesario para comprobar la nacionalidad, salvo que se incoe un procedimiento penal "por uso de documentos falsos y usurpación de identidad". En ausencia de acción penal, "la autoridad administrativa está haciendo un *uso ilegítimo de sus competencias* al no devolver el pasaporte a la persona que fue objeto del control". Sin embargo, la ilegalidad sufrirá un cambio y mutará en inexistencia legal si se prolonga: "en el caso de que la duración de la retención del documento sea manifiestamente excesiva, tal conducta *deja de estar relacionada con el ejercicio por parte de la administración de sus competencias* y, debido a la vulneración deliberada y sin justificación de la libertad fundamental de circulación, constituye un atentado".

2297 A falta de criterios, no es seguro que las dos instancias judiciales tengan una apreciación idéntica de esta duración. Por ello, es lamentable que las conclusiones del Sr. Bachelier no hayan sido seguidas por el Tribunal des conflits. Los comentaristas de esta decisión han criticado la solución dada por el juez distribuidor. M. Petit, en primer lugar, no oculta su

esta solución no porque le pareciera la más coherente o lógica, sino porque esta decisión era una oportunidad, a raíz de la Ley de 30 de junio de 2000, para descartar claramente la idea de suprimir la agresión de hecho inmediatamente después de la entrada en vigor de este texto.

554. Es cierto que tres consideraciones pueden llevarnos a dudar sobre su supresión. En primer lugar, su efecto perturbador ha disminuido considerablemente desde la aplicación del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. En segundo lugar, su abandono parecería privar al litigante de todo recurso rápido y eficaz cuando la administración vulnera libertades fundamentales fuera del ejercicio de sus competencias. Por último, la vía de hecho tendría un carácter ejemplarizante que no tendría el recurso a la vía référé-liberté.

I. Vuelta a la ortodoxia en la aplicación de las vías de hecho

555. Desde la entrada en vigor de la Ley de 30 de junio de 2000, la agresión ya no tiene el efecto perturbador que tenía antes, o al menos no en la misma medida. Dos factores han limitado lógicamente las aplicaciones de la agresión.

La primera causa de la escasez es el comportamiento de los litigantes. Los litigantes se dirigen a los tribunales administrativos para solicitar medidas provisionales en casos en los que tradicionalmente se inclinaban por acudir a los tribunales. Ya no les interesa interponer una demanda de medidas cautelares ante el tribunal civil sobre la base de una agresión o, más aún, alegar la existencia de una agresión que es poco probable que se haya producido²²⁹⁸. Por una parte, el juez de medidas provisionales interviene en condiciones de rapidez y eficacia comparables a las de su homólogo judicial, y puede conocer de hechos tradicionalmente considerados como agresión sin invocar su incompetencia²²⁹⁹. En cambio, el recurso al juez civil de medidas provisionales expone al litigante a dificultades y a una prolongación del procedimiento que no encuentra en caso de recurso al juez administrativo. El primer riesgo es el de una declaración de incompetencia si el acto o comportamiento impugnado no cumple las condiciones de un caso fortuito. El segundo riesgo es que la autoridad prefectoral eleve el litigio y, en consecuencia, alargue la duración del procedimiento²³⁰⁰. No existe tal riesgo en caso de remisión al tribunal administrativo²³⁰¹. Las personas que se dirigen al juez de medidas provisionales pueden estar seguras de que su solicitud será examinada,

asombro ante esta decisión: "Habida cuenta de los nuevos medios de acción autónomos conferidos al juez de medidas provisionales administrativas en materia de violación de una libertad fundamental por la autoridad pública, por el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, nos parecía que la orden de conflicto sería confirmada por el Tribunal des conflits, cuya jurisprudencia es poco favorable a una aplicación extensiva de la teoría de la injerencia de hecho" (S. PETIT, *op. cit.*, p. 235). Señala que "paradójicamente, la teoría de la injerencia de hecho renace de sus cenizas en el momento en que el juez administrativo, tras haber alegado tener conocimiento de los atentados contra las libertades, ha sido dotado de poderes que le dan los medios para ponerles fin" (S. PETIT, *op. cit.*, p. 236). El juez de référé-liberté habría podido intervenir en este caso y sancionar efectivamente el error de la administración. "Desgraciadamente, el Tribunal des conflits no siguió las conclusiones de su comisario y escuchó las sirenas de los que siguen viendo en los recursos de hecho una garantía contra las meteduras de pata administrativas" (A. BORIES, *op. cit.*, p. 29).

²²⁹⁸ El objetivo de los redactores del proyecto de ley era precisamente, al abordar las causas profundas de la huida de los litigios hacia los tribunales, limitar la tentación de los litigantes de solicitar indebidamente al juez civil medidas cautelares por este motivo. M. GARREC subrayó que "al otorgar al juez administrativo en procedimiento sumario poderes equivalentes a los del juez civil en procedimiento sumario, este proyecto de ley limitaría la tentación de los demandantes de acudir a los tribunales por litigios que son competencia del juez administrativo" (R. GARREC, Informe del Senado n° 380, p. 52). La introducción de este recurso "limitaría por tanto el abuso de esta teoría" (*op. cit.*, p. 53). Como declaró M. Pacteau al día siguiente de la reforma, el recurso sumario de reposición tiene por objeto "ofrecer a las víctimas de actos administrativos cuyos derechos esenciales hayan sido vulnerados un recurso equivalente en fuerza y rigor al recurso sumario de casación, hasta el punto de que la teoría de la agresión de hecho perdería para ellas tanto su atractivo como su razón de ser" (B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2002, n° 278).

²²⁹⁹ Cf. *supra*, §§ 326-333.

²³⁰⁰ Cuando la autoridad prefectoral impugna la competencia de la autoridad judicial, ésta se ve obligada a suspender el procedimiento hasta que el Tribunal des Conflits se pronuncie sobre la competencia, lo que tiene como efecto prolongar varios meses la resolución del litigio. En muchos casos, el juez que conoce del asunto no respeta el plazo de tres meses fijado para pronunciarse a partir de la fecha de recepción de los documentos por el Ministerio de Justicia (artículo 7, apartado 1^{er} de la Orden de 12 de marzo de 1831, artículo 15 del Decreto de 26 de octubre de 1849). Si el plazo se supera en más de un mes, se autoriza al juez a hacerse cargo del procedimiento y resolver el caso (artículo 7 al. 2 de la orden de 12 de marzo de 1831), pero esta posibilidad de cortocircuitar los retrasos del juez de conflictos se utiliza raramente. El resultado es una pérdida de tiempo considerable para el litigante, que en cualquier caso retrasa cualquier censura de la actuación administrativa. Si el recurso declinatorio está fundado, el litigante debe iniciar de nuevo el procedimiento remitiendo el asunto al juez de lo contencioso-administrativo. Si el litigio se ha planteado erróneamente, la intervención del juez judicial muy a menudo sólo proporciona al demandante una satisfacción tardía, puramente platónica.

²³⁰¹ El procedimiento de "revocación" permite al ministro en cuestión hacer que el Conseil d'Etat sea destituido por el Tribunal des conflits si considera que el tribunal administrativo es incompetente (artículo 26 de la ley de 24 de mayo de 1872), pero nunca se ha utilizado.

pase lo que pase, en un plazo muy breve de unos pocos días. La ley hace innecesario el recurso - abusivo o no - a la agresión. Este procedimiento ha perdido su atractivo desde la reforma del 30 de junio de 2000. Dado que recurrir a un tribunal está plagado de escollos, la cuestión para el litigante no es elegir entre el tribunal administrativo y el tribunal, sino entre el procedimiento de medidas cautelares (référé-liberté) y el procedimiento de suspensión cautelar (référé-suspension).

El segundo factor que ha provocado una disminución del número de casos de lesiones es el cambio de actitud de los tribunales civiles que se ocupan de las medidas cautelares en relación con las denuncias presentadas por los litigantes. Antes de la reforma de 30 de junio de 2000, los tribunales adoptaban una interpretación amplia del concepto de lesiones. Esta interpretación, que ignoraba la jurisprudencia del Tribunal des conflits, se explicaba únicamente por las insuficiencias de la jurisdicción contencioso-administrativa y la voluntad de ofrecer a los justiciables una protección rápida y eficaz en caso de violación de las libertades fundamentales. Ahora que la Ley de 30 de junio de 2000 ha subsanado las insuficiencias de la jurisdicción contencioso-administrativa en este ámbito, ya no es necesario hacer interpretaciones extensivas de este motivo de competencia judicial. Para que los justiciables estén realmente protegidos, ya no es necesario que los tribunales civiles se muestren complacientes a la hora de aceptar las denuncias que presentan por abuso de autoridad. Con la introducción del procedimiento référé-liberté, la Ley de 30 de junio de 2000 "impone implícitamente una lectura más ortodoxa del concepto de agresión tal como se utiliza en la jurisprudencia"²³⁰². La negativa a registrar una agresión ya no es sinónimo de ausencia de garantía jurisdiccional para la víctima de una actuación administrativa ilegal. Ya no es el momento de interpretaciones extensivas o distorsionadas del término "agresión". El juez civil en procedimiento sumario es más exigente que en el pasado a la hora de demostrar la existencia de una agresión. Los tribunales han vuelto a una interpretación más estricta de este motivo de competencia, como lo demuestra la reducción del número de casos de "falsa" agresión presentados ante el juez de reparto desde la entrada en vigor de la reforma de 30 de junio de 2000.

Como ha declarado el Sr. Bachelier, "la Ley de 30 de junio de 2000 es la herramienta que faltaba para devolver los recursos de hecho al estrecho lecho del que nunca debieron salir"²³⁰³. Los contenciosos administrativos relativos a las libertades han vuelto a los tribunales administrativos gracias a la eficacia de sus procedimientos de urgencia. La situación de los litigios en materia de extranjería, especialmente afectados por la fuga de litigios antes de la reforma, es reveladora a este respecto²³⁰⁴. Como ha observado el Sr. Pugeault, "desde la entrada en vigor de la Ley de 30 de junio de 2000, los litigios en materia de extranjería, que hasta entonces constituían una parte importante de los litigios que debía conocer el Tribunal de Conflictos para pronunciarse sobre la existencia de una medida de hecho, se remitían casi inmediatamente al juez administrativo de medidas provisionales (...)"²³⁰⁵. Esta reforma "eliminó más o menos la necesidad de plantear conflictos en los procedimientos relativos a la situación de los extranjeros"²³⁰⁶.

556. ¿Significa esto que el recurso a la agresión ha pasado a ser marginal, como cabía pensar tras la adopción de la Ley de 30 de junio de 2000²³⁰⁷? ¿Ha cesado completamente el efecto perturbador de este fuero judicial, hasta el punto de que la cuestión de su supresión ya no es pertinente?

En la práctica, puede observarse que, aunque los litigios por agresión se han reducido, no han desaparecido. No se ha agotado; los recursos de hecho no han desaparecido²³⁰⁸. En consecuencia, persisten las dificultades

²³⁰² S. Traore, "Référé-injonction et voie de fait - Vers un retour à l'orthodoxie en matière de voie de fait", *Dr. adm.* 2001, chron. n° 9, p. 14. Esta voluntad de confinar las vías de hecho dentro de sus límites tradicionales era uno de los objetivos perseguidos por los redactores de la reforma. El Sr. Sutour había declarado que la creación de la référé-liberté "reducirá sin duda el recurso a la agresión. En cualquier caso, deberían cesar sus interpretaciones extensivas" (S. SUTOUR, *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3749).

²³⁰³ G. Bachelier, concl. op. cit. p. 1449.

²³⁰⁴ Sobre la eficacia del procedimiento administrativo sumario en este ámbito, M. FOUQUET-ARMAND, "Le juge administratif, gardien effectif des droits et libertés des étrangers grâce à la loi du 30 juin 2000", *RRJ* 2002/2, pp. 861-894; C. POULY, "Le référé administratif à l'épreuve du droit des étrangers", *GP* 2005, 1, pp. 2470-2476.

²³⁰⁵ S. PUGEAULT, "Le juge administratif des référés, gardien des libertés", en *Justice et droits fondamentaux. Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec 2003, p. 414.

²³⁰⁶ Y. ROBINEAU, "Regard sur dix années d'activité du Tribunal des conflits (1994-2003)", *RFDA* 2004, p. 1169. El Presidente Robineau señala que el juez encargado del caso sólo conoció de un caso de agresión a un extranjero entre 2001 y 2003, mientras que sólo en 1994 hubo cuatro casos de este tipo.

²³⁰⁷ Algunos autores han pronosticado el declive de la agresión de hecho tras la adopción de la reforma de 30 de junio de 2000, como Mme Fouletier, anunciando la "atrofia" o "marginación" de esta noción (M. FOULETIER, "La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", *RFDA* 2000, p. 973). Véase en el mismo sentido S. TRAORE, *op. cit.* pp. 10-14.

²³⁰⁸ El Tribunal de Casación se ha pronunciado en contra de que los tribunales inferiores no mantengan su competencia en el caso de un acto administrativo "viciado por una irregularidad grave" (Civ. 1^{ère}, 25 de enero de 2005, *M. Picard y otros*, *Dr. adm.* 2005, com. n° 52, nota de M. LOMBARD). En este caso, los propietarios de un patio cerrado por una verja habían sido desposeídos ilegalmente de esta propiedad por un ayuntamiento. Ciertamente, la administración no había actuado en ausencia de título alguno, ya que el consejo municipal había creído poder aprobar una resolución clasificando la

asociadas a su existencia y aplicación. Las incursiones intempestivas del juez judicial en la esfera de competencia del juez administrativo no han desaparecido por completo²³⁰⁹. El mantenimiento de este motivo de competencia sigue exponiendo al riesgo de que los tribunales de primera instancia hagan un uso indebido del mismo.

Además, la cuestión central hoy no es tanto el uso ortodoxo o desviado de las vías de hecho, sino su propia existencia en la medida en que ya no tienen justificación en el derecho positivo. La vuelta a la normalidad es muy relativa porque el juez judicial sigue interviniendo sin título legítimo en una materia que la ley y la Constitución reservan al juez administrativo. La jurisprudencia ordinaria no puede prevalecer sobre un principio que tiene una base legislativa y constitucional. Por último, como han señalado los Sres. Ricci y Debbasch, el propio principio de la agresión de hecho es cuestionable. Como señalan estos autores, "¿no hay una cierta impropiedad en que un asunto sea tratado por el tribunal porque es demasiado gravemente irregular? Es como si el derecho privado no fuera más que un derecho represivo, el brazo secular del juez administrativo, haciendo éste de Poncio Pilatos frente a los monstruos que serían los actos administrativos presuntamente de facto"²³¹⁰. No obstante, se plantea la cuestión de si la redacción del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa y el carácter "ejemplar" de las conductas de hecho no son obstáculos para la supresión de este procedimiento.

parcela como camino municipal, incluso antes de cualquier procedimiento de expropiación. El Tribunal de Apelación había declarado "prudentemente" (M. LOMBART, *op. cit.*, p. 23) que los tribunales judiciales carecían de competencia, ya que "las escrituras invocadas por esta autoridad local son actos administrativos cuya legalidad no puede ser controlada por los tribunales judiciales". El Tribunal de Casación anuló esta decisión, alegando que "la calificación de un patio privado como camino municipal, que sólo fue expropiado posteriormente, adolece de una irregularidad flagrante". Hay que señalar que si se considera que se ha cometido un acto en tal caso, *a fortiori* no hay duda sobre su existencia cuando la administración pretende ejercer un "derecho de recuperación" sobre la base de un texto que no existe (véase *supra*, § 332, la sentencia *Abdallah* de 2 de febrero de 2004). La Cour de cassation pretende que el tribunal ejerza plenamente sus competencias en presencia de un acto ilícito. Por ejemplo, cuando un municipio ha hecho construir una estación depuradora de aguas residuales, debe anularse una sentencia en la que, al negarse a ordenar la demolición del edificio que invade la parcela y al conceder una indemnización por daños y perjuicios, se declara que el tribunal no puede ordenar la destrucción de una obra pública, pero está facultado para conceder una indemnización por daños y perjuicios a una persona que sufre un perjuicio como consecuencia de una acción u omisión (Civ. 1^{ère}, 28 de junio de 2005, *Consorts Dabedeen et autre c/ Commune de Cayenne*, n° 03.14.165, GP 3-4 de agosto de 2005, p. 2721; véase también, en el mismo sentido Civ. 3^{ème}, 30 de abril de 2003, *Mourarreau c/ Commune de Verdun-sur-Ariège*, D. 2003, pp. 1932-1934, nota S. PETIT). Un Tribunal de Apelación viola la ley de 16-24 de agosto de 1790 cuando, para descartar la servidumbre de paso de hecho, sostiene que el marido, antes de hacer donación de la nuda propiedad a sus hijos, había dado su consentimiento tácito a la apertura al tráfico público de la carretera litigiosa, aunque dicha autorización no permitiera construir una carretera en la parcela litigiosa (Civ. 1^{ère}, 3 de febrero de 2004, *Epoux Pellisier et autres c/ Commune de Saint-Paul le Froid*, Bull. civ. I, n° 39). Véase también CA Nîmes, 1^{ère} ch. civ. B, 28 de enero de 2003, *SA Société immobilière de Caumont c/ SA Grands travaux de Marseille*, juris-data n° 2003-211247, JCP G 2003, IV, 1540: el Tribunal de Justicia considera que fue por motivos pertinentes, que hace suyos, por lo que el tribunal de grande instance declaró admisible el recurso interpuesto por la recurrente contra la SNCF para que se declarara que había sido víctima de una agresión durante la construcción de un túnel en su propiedad para el TGV SUD-EST y mantuvo su competencia para conocer del asunto.

²³⁰⁹ Véase, por ejemplo, TGI Evry, auto de 26 de junio de 2002, GP 26 de junio de 2002, p. 10. Sobre esta decisión, véase el comentario crítico de Serge Petit, GP 2002, 1, pp. 1474-1475, y la defensa de la solución por el abogado del demandante: N. BARBIER, "L'administration pénitentiaire prise au piège de la voie de fait", D. 2002, pp. 2614-2616. A pesar de una decisión del juez de ejecución de penas por la que se concedía a un preso un régimen de semilibertad, la administración penitenciaria lo había mantenido detenido por falta de plazas en un centro de semilibertad. Cuando el preso interpuso la demanda, el juez civil de medidas provisionales aceptó la competencia y declaró que la administración penitenciaria había actuado ilegalmente. Consideró que la administración había actuado fuera de su ámbito de competencia, en la medida en que no estaba facultada para obstaculizar una decisión judicial. Esta solución contraviene la jurisprudencia reiterada del Tribunal des conflits. En efecto, desde una sentencia histórica de 1960, los actos relativos al funcionamiento administrativo de la administración penitenciaria se consideran separables del ejercicio de las funciones jurisdiccionales y, como tales, susceptibles de control de legalidad (TC, 22 de febrero de 1960, *Lebon* p. 855). Serge Petit ha criticado con dureza esta voluntad de reconocer un acto manifiestamente inexistente. El autor afirma que "al querer conservar su competencia a todos los efectos y dejar de lado las objeciones propias del principio de separación de jurisdicciones, el juez de medidas cautelares civiles debilita la credibilidad de su jurisprudencia en los litigios que afectan a la administración; en un momento en que la competencia concurrente puede ejercerse ante el juez administrativo, está en juego la propia legibilidad de sus decisiones" (S. PETIT, *op. cit.*, p. 1475).

Como ocurría antes de la Ley de 30 de junio de 2000, la Cour de cassation y el Tribunal des conflits están obligados a recordar a los tribunales sus limitaciones en este ámbito. Véase Civ. 1^{ère}, 8 de marzo de 2005, *Agent judiciaire du Trésor c/ Marélin*, Bull. civ. I, n° 124, JCP G 2005, IV, 1890 (anulación de la decisión de un tribunal de apelación que constata la existencia de un asalto sin constatar ningún acto material de destrucción de la vivienda imputable a agentes del Estado); Civ. 1^{ère}, 17 de febrero de 2004, *CHU de Fort de France c/ Gacon*, Bull. civ. I, n° 54, JCP A 2004, 1217, nota O. RENARD-PAYEN (viola la ley de 16-24 de agosto de 1790 al considerar que las medidas adoptadas por el director de un hospital universitario para impedir que un médico hospitalario reanudara sus funciones constituían un acto de violencia, aunque tal decisión formara parte de las facultades administrativas generales conferidas por la ley al director general de la institución). El Tribunal de Conflictos sigue confirmando las decisiones de conflicto en materia de agresión de hecho (véase TC, 19 de enero de 2004, *Société SLPK Aircraft funding c/ Aéroport de Paris*, *Lebon* p. 634; TC, 15 de noviembre de 2004, *Préfet des Hauts-de-Seine*, Bull. civ. confl., n° 27; TC, 23 de mayo de 2005, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française*, *Lebon* p. 659).

²³¹⁰ C. DEBBASCH y J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd, Dalloz, coll. Précis, 2001, n° 254.

II. Un litigante indigente en casos de agresión con lesiones

557. La ley de 30 de junio de 2000 podría haber dado un nuevo aliento a los recursos de hecho al convertirlos en el único procedimiento disponible para sancionar las violaciones de las libertades fundamentales cometidas por la administración al margen del ejercicio de sus competencias. En lugar de matar el asalto, la ley le dio un nuevo interés en las materias retiradas por este texto de la competencia del juez de la *référé-liberté*. Paradójicamente, el nacimiento de la *référé-liberté* pareció impedir la desaparición del asalto.

La ley contiene una salvedad que prohíbe al juez de medidas provisionales conocer de casos en los que la administración haya actuado al margen del ejercicio de sus competencias, situación en la que el tribunal parecía ser el único juez capaz de intervenir. En estas circunstancias, la supresión de la vía de hecho parecía una solución inadecuada, que privaba al litigante del acceso a un juez rápido y eficaz al que acudir con extrema urgencia por infracciones cometidas por la administración al margen del ejercicio de sus competencias. La ley parecía cerrar la puerta al juez de medidas provisionales. Si se retirara la del juez judicial, el demandante sólo podría dirigirse al juez de medidas provisionales en caso de que la administración atentara contra las libertades fundamentales al margen del ejercicio de sus competencias, es decir, en condiciones de menor eficacia debido a la exigencia de una decisión previa y a sus prerrogativas más limitadas. Por hipótesis, el juez de medidas provisionales civiles ya no sería competente para intervenir. El *juge du référé-liberté* no parecía poder hacerlo, ya que la ley parecía prohibirle intervenir en tal caso. Dado que el legislador parecía excluir la posibilidad de que el juez de medidas provisionales conociera de casos que tradicionalmente correspondían a agresiones por falta de ley, cabía pensar que quedaba un lugar irreductible para la competencia del juez judicial cuando el acto impugnado fuera manifiestamente insusceptible de estar vinculado al ejercicio de competencias propias de la administración.

558. En la práctica, sin embargo, la interpretación que el Conseil d'Etat ha hecho de la redacción del artículo L. 521-2 hace que este obstáculo a la supresión de las injerencias de hecho haya desaparecido por completo. Para el juez administrativo, cualquier infracción puede considerarse estrecha o remotamente relacionada con una facultad lícita de la autoridad administrativa. Por tanto, el juez de medidas cautelares está perfectamente habilitado para intervenir en caso de abuso de derecho²³¹¹. La reserva de competencia formulada contra el juez de medidas provisionales carece de fundamento. Esta fórmula no constituye en modo alguno un obstáculo para la eliminación de conductas ilícitas. El tribunal administrativo puede intervenir útilmente en ámbitos tradicionalmente asignados al tribunal judicial bajo el epígrafe de conductas de hecho. Por tanto, la supresión de esta rúbrica de la competencia judicial no privaría al litigante de un recurso judicial rápido y eficaz cuando la administración actúa fuera del ejercicio de sus competencias, ya que el tribunal administrativo reconoce su competencia en estos casos. Así pues, la vía de hecho puede suprimirse sin debilitar las garantías ofrecidas a los justiciables. La simplificación del reparto de competencias entre las dos instancias judiciales redundaría en beneficio de los justiciables y de la buena administración de la justicia²³¹².

III. El carácter "ejemplar" de las lesiones

559. Algunos autores han sostenido que, a pesar de la creación del procedimiento *référé-liberté*, la agresión de hecho debería mantenerse en el derecho francés debido a la fuerza ejemplarizante que conlleva una condena dictada sobre esta base. Esta sanción ejemplar justificaría por sí sola el mantenimiento de este motivo de competencia judicial.

560. La doctrina ha subrayado desde hace tiempo el carácter ejemplarizante de una condena por atentado a una autoridad administrativa. Charles Eisenmann afirmó que la agresión "es un medio de estigmatizar ciertos actos que han tenido consecuencias realmente demasiado graves"²³¹³. Según Marcel Waline, "el mero hecho de que un acto haya sido calificado por un tribunal como agresión no es en sí mismo irrelevante. Este término tiene un sentido peyorativo, por lo que su utilización en una sentencia ya constituye una sanción moral"²³¹⁴. En la misma línea, M. Auby recordó "un aspecto demasiado a menudo olvidado de la teoría de la agresión

2311 Véase *supra*, §§ 331-332.

2312 Sobre este tema, véase O. GABARDA, "L'intérêt d'une bonne administration de la justice. Etude de droit du contentieux administratif", *RDP* 2006, pp. 153-184, spe. pp. 163-165 sobre la prevención de las dificultades de competencia jurisdiccional.

2313 C. EISENMANN, Préface de la thèse de M. DEBARY, *La voie de fait en droit administratif*, LGDJ, 1960, p. 12.

2314 M. WALINE, nota en CE, Secc. 19 de octubre de 1969, *Consorts Muselier*, en Notes d'arrêts de Marcel Waline, vol. I, sentencia n° 89, Dalloz, 2004, p. 475. 1, sentencia n° 89, Dalloz, 2004, p. 475.

de hecho, el de una sanción impuesta a la administración a raíz de una irregularidad particularmente grave"²³¹⁵. Incluso hoy en día, la "voie de fait" se presenta como una "teoría jurídica que, incluso en los casos limitados en que puede aplicarse, conserva su fuerza ejemplar frente a la Administración"²³¹⁶. Según Moutouh, su verdadera función es "condenar a la Administración sólo cuando ha actuado escandalosamente (...)"²³¹⁷.

Esta tesis puede resumirse en dos proposiciones: por una parte, la intervención de un juez administrativo constituye un privilegio para la autoridad pública; por otra, una condena por agresión priva a la administración de sus privilegios y es, por tanto, ejemplarizante. Es cierto que es una ventaja para la administración ser juzgada por un juez especializado. Un juez que conozca sus métodos, la especificidad de su misión y las dificultades a las que se enfrenta para conciliar los imperativos del interés general con la protección de los derechos de los particulares. En este sentido, "la existencia de un juez administrativo constituye una garantía para el mantenimiento de un régimen de derecho público como marco de la actuación administrativa, cuya situación específica, y legítimamente específica, justifica que esté sometida a un régimen jurídico distinto del que prevalece para las relaciones entre particulares"²³¹⁸. Sin embargo, las garantías de las que se beneficia la administración sólo se reconocen en virtud de la naturaleza de sus funciones. En cuanto es culpable de una agresión, ya no está obligada a mantener un régimen de derecho público adaptado y debe sufrir una sanción más severa. Según M. Jéol, "desde el momento en que comete una agresión, la Administración ya no puede invocar las disposiciones excepcionales que le reserva el derecho público; está sujeta en todos los aspectos al derecho común, ya sea en lo que respecta a la competencia del tribunal, al procedimiento aplicable o a las normas sustantivas de las que depende la resolución del litigio"²³¹⁹. El Presidente Odent declaró que "al cometer un atentado, la administración se sitúa fuera de la aplicación de las normas de derecho público; pierde el beneficio de las prerrogativas reconocidas a las actividades de servicio público"²³²⁰. Comparecerá ante los tribunales civiles como un litigante ordinario y se le aplicarán las normas del derecho privado²³²¹. Según esta presentación, es de la sumisión de la administración a las normas del derecho privado de donde la agresión deriva su carácter ejemplar²³²².

561. Hoy en día, este carácter ejemplar es presentado por ciertos autores como la justificación, e incluso la única justificación, de la agresión. M. Serrand señala que "Como las justificaciones prácticas de la agresión carecen hoy en día de fundamento, su existencia se basa ahora únicamente en la tradición de la jurisprudencia, deseando quizás los jueces mantener un concepto que, por sus consecuencias jurídicas, es susceptible de tener una función "pedagógica" con respecto a la administración"²³²³. Del mismo modo, la Sra. Guillon-Coudray afirma que "el alcance de una condena por agresión sigue siendo incomparable, y la supresión de dicha teoría de nuestro ordenamiento jurídico limitaría en gran medida el abanico de medios disponibles para garantizar el cumplimiento de la ley"²³²⁴.

Aunque este razonamiento no carece de interés, es dudoso que pueda justificar por sí mismo el mantenimiento del procedimiento de facto, por dos razones principales. En primer lugar, resulta cuando menos discutible y

²³¹⁵ J.-M. Auby, "Emprise et voie de fait", *JCP G* 1955, I, 1259, n° 8.

²³¹⁶ J. SAINTE-ROSE, conclusiones sobre el TC, 23 de octubre de 2000, *D.* 2001, *Boussadar*, p. 2334.

²³¹⁷ H. MOUTOUH, "La voie de fait dans le projet de loi relatif au juge administratif des référés : la "folle du logis" enfin domestiquée ?", *D.* 1999, n° 25, última acta, p. 1.

²³¹⁸ J.-H. STAHL, "Le juge administratif, garantie de l'administration?", *AJDA* 1999, número especial Puissance publique ou impuissance publique? p. 60.

²³¹⁹ Concl. sobre Com. 25 febrero 1992, *D.* 1992, p. 266, citado por S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, tesis París II, 2002, p. 261.

²³²⁰ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, fasc. I, IEP París, 1981, p. 554.

²³²¹ C. GUETTIER, "Injonction et astreinte", *Jcl. administratif*, fasc. 1114 (2, 1998), n° 22: "Una vez que la administración ha cometido una agresión, su acción queda 'desnaturalizada', y pierde todos los privilegios que le concede el interés general. El tribunal puede entonces arrogarse el derecho de tratarla del mismo modo que a un litigante ordinario en un litigio de derecho común".

²³²² Para la Sra. Guillon-Coudray, "la sentencia de un tribunal de derecho común, no especializado en materia administrativa, aunque la Administración no haya pretendido actuar en el marco del derecho privado, sólo puede analizarse, a nuestro juicio, como una sanción, reforzada en gran medida por la aplicación del derecho común" (S. GUILLON-COUDRAY, *op. cit.*, p. 253). La idea, también expresada por el Decano Vedel, es que "hay ciertos abusos que el juez no puede ni debe tolerar, y que deben ser sancionados con la pérdida del privilegio de jurisdicción de que normalmente goza la Administración" (G. VEDEL, "La jurisdiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative", *JCP G* 1950, I, 851, núm. 7. Énfasis añadido). El comisario del gobierno Guionin había afirmado, en el mismo sentido, que la consecuencia de la constatación de una agresión "es apartar a la administración de su juez natural, despojar al servicio público de su privilegio de jurisdicción" (concl. GUIONIN sur TC, 10 de diciembre de 1956, *Sieurs Randon et autres c/ Sieurs Brunel et autres*, *Lebon*, p. 596).

²³²³ P. SERRAND, "Voie de fait", en *Dictionnaire de la culture juridique* (D. ALLAND y S. RIALS eds.), PUF, Quadriga, Lamy, 2003, p. 1523.

²³²⁴ S. GUILLON-COUDRAY, *op. cit.* p. 260.

anacrónico sostener hoy que la existencia de la justicia administrativa constituye un "privilegio" para la administración. Como señala Melleray, "la existencia misma de un juez administrativo no constituye una especie de privilegio jurisdiccional para la administración, es decir, una prerrogativa protectora, una garantía para la administración"²³²⁵. El juez administrativo no muestra la más mínima complacencia hacia la administración. En segundo lugar, hay que relativizar el carácter ejemplar de la sanción por agresión o, en cualquier caso, más ejemplar que una condena dictada por el tribunal sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. En efecto, la amonestación pronunciada por el juez de medidas provisionales tiene una dimensión simbólica, incluso moral, que no debe pasarse por alto, y tiene tanta o más fuerza que una condena dictada por el tribunal. En estas circunstancias, parece que el carácter ejemplarizante de la agresión es una razón muy endeble para mantenerla por sí sola, dadas las dificultades que genera su existencia y, sobre todo, su falta de justificación jurídica. "Si el asalto sigue siendo una condena moral de la administración, esto ya no es suficiente para justificarlo jurídicamente o para que su uso sea juicioso"²³²⁶.

562. En consecuencia, no parece existir ningún obstáculo real para la abolición de la agresión de hecho. Aunque el Tribunal de Conflictos ha decidido mantenerla por el momento, nada indica que esta solución sea definitiva. Sin embargo, el Tribunal de Conflictos todavía tiene que liberarse del peso de la tradición, que es especialmente importante en este ámbito²³²⁷. La vía de hecho ha demostrado su eficacia para garantizar la protección de las libertades²³²⁸ - ciertamente en un momento en que los tribunales administrativos no estaban en condiciones de hacerlo. Por lo tanto, es comprensible que el juez de reparto pueda sentir ciertas dudas antes de dar un giro tan importante a la jurisprudencia. No obstante, hay razones de sobra para suprimir este título de competencia en la medida en que ha desaparecido su justificación y subsiste su efecto perturbador. La situación sería entonces sencilla para el litigante: todas las infracciones administrativas de las libertades fundamentales serían competencia del tribunal administrativo, sin tener que vadear un complejo proceso para determinar el tribunal competente. La única cuestión para el interesado sería elegir el procedimiento sumario adecuado a su situación: bien el procedimiento de urgencia ordinario del artículo L. 521-1, bien el procedimiento de urgencia especial del artículo L. 521-2.

Conclusión del Título II

563. Cuando se comprueba que la autoridad administrativa ha vulnerado de forma grave y manifiesta una libertad fundamental, el juez tiene la facultad de reaccionar eficazmente para poner fin a la situación que justificó que se le sometiera el asunto. Con un amplio abanico de prerrogativas a su disposición, el juez elige la solución adecuada y se asegura de que la administración la acata dando explicaciones y autoridad. En la medida de lo posible, resuelve el litigio entre las partes mediante la persuasión o la conciliación. Estos dos métodos garantizan la eficacia de su intervención. Esta eficacia se ve reforzada por el hecho de que las medidas ordenadas por el juez de medidas provisionales son, en la práctica, definitivas. Este carácter, unido al hecho de que el juez se pronuncia sobre la cuestión principal, aproxima el procedimiento del artículo L. 521-2 a la categoría del procedimiento sumario sobre el fondo. Sin embargo, no puede asimilarse pura y simplemente a un recurso por el carácter jurídicamente provisional de sus decisiones. Además, la originalidad de este procedimiento se ve reforzada por el hecho de que el juez de medidas provisionales interviene por exceso de poder, pero con una coloración subjetiva claramente afirmada. En definitiva, la notable eficacia de la reacción del juez podría, incluso debería, llevar a cuestionar la existencia de la *voie de fait*, una jurisdicción judicial que ya no tiene justificación.

²³²⁵ F. MELLERAY, "L'exorbitance du droit du contentieux administratif", en *L'exorbitance du droit administratif en question*, coloquio de 11 y 12 de diciembre de 2003, Poitiers, LGDJ, 2004, p. 300.

²³²⁶ A. BORIES, "Le baroud d'honneur de la voie de fait", *op. cit.* p. 31.

²³²⁷ En sus conclusiones sobre la sentencia *Voskresensky*, el Comisario del Gobierno Fournier explicó la pervivencia de los derechos de paso de facto "únicamente por el peso de la tradición, un peso respetable sin duda, pero un día u otro sentirá sin duda que tiene que desprenderse de él (...)" (concl. J. FOURNIER sobre CE, Secc. 9 de julio de 1965, *Sieur Voskresensky*, *AJDA* 1965, II, p. 607).

²³²⁸ Se ha presentado como "una de las garantías más preciosas de las libertades públicas y del derecho de circulación y de propiedad" (G. VEDEL et. P DELVOLLE, *Droit administratif*, 11^{ème} ed, PUF, 1990, t. II, p. 147).

Conclusión de la segunda parte: ¿es la *référé-liberté* un recurso de *amparo*?

564. El artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa es un mecanismo original de protección de las libertades. En muchos aspectos, las características de este procedimiento dan un vuelco a los cánones del procedimiento contencioso administrativo. Sus rasgos distintivos dificultan, como se ha demostrado en varias ocasiones, la *clasificación de este procedimiento* y la determinación del *tipo de recurso* jurídico al que pertenece. ¿En qué categoría jurídica se encuadra este recurso, más allá de sus préstamos de distintos procedimientos? Habida cuenta de los poderes de que dispone el juez y de sus modalidades de intervención, ¿cómo debe clasificarse la *référé-liberté* en el derecho procesal y, en particular, en relación con otros mecanismos de protección de las libertades de las personas físicas y jurídicas frente a los actos y actuaciones de los poderes públicos?

La dificultad de encajar el procedimiento de *référé-liberté* en la estructura clásica del contencioso administrativo y el hecho de que trascienda las categorías tradicionales se explican por la especificidad de su objeto, que es proteger las libertades fundamentales gravemente vulneradas por la administración. No obstante, todos los procedimientos que tienen esta finalidad presentan las mismas características. En efecto, aunque la *référé-liberté* es un procedimiento que escapa a las clasificaciones tradicionales, tiene características idénticas a los recursos legales con la misma finalidad. Esta situación nos lleva a considerar la posibilidad de adscribirlo a una categoría jurídica que escapa a las clasificaciones tradicionales pero que presenta una unidad real al estar constituida por procedimientos con ciertas características específicas y constantes. Mirando al exterior, resulta natural la comparación con el *amparo* latinoamericano.

565. La comparación entre el procedimiento fundamental de medidas cautelares y el procedimiento de *amparo* fue rápidamente establecida por los juristas²³²⁹. Sin embargo, contrariamente a lo que a veces se afirma, el recurso sumario de medidas cautelares no es en absoluto comparable a un *amparo* tal como existe en Europa, es decir, un recurso subsidiario, dirigido principalmente contra actos judiciales y que es competencia del tribunal constitucional²³³⁰. Si el *référé-liberté* puede asimilarse a un recurso de *amparo*, no es en su variante europea, sino en su variante latinoamericana. Debe establecerse una clara distinción entre estas dos formas de *amparo*²³³¹. Existen diferencias fundamentales entre el *amparo* constitucional europeo y el *amparo* ordinario latinoamericano: "Lo único que tienen en común estos instrumentos de protección es su denominación"²³³². Por sus características, el *référé-liberté* no se asemeja a un *amparo* constitucional sino a un *amparo* ordinario.

*El *référé-liberté* no es lo mismo que un *amparo europeo**

566. Las medidas cautelares fundamentales no tienen ninguna de las características de un recurso directo. Tampoco permite impugnar la constitucionalidad de una ley ante el Tribunal Constitucional. Por consiguiente, no puede equipararse, directa o indirectamente, a un recurso de inconstitucionalidad.

²³²⁹ Así, poco después de la aplicación del artículo L. 521-2, el profesor Ghévantian afirmaba que con este procedimiento, "podría crearse un embrión de recurso de *amparo* a la española, lo que constituiría una innovación importante en el sistema jurídico francés, aunque, a diferencia del modelo español, el juez sólo interviene en los procedimientos sumarios" (R. GHEVONTIAN, nota bajo CE, ord. 24 febrero 2001, *Tibéri, D.* 2001, p. 1751).

²³³⁰ En Europa, *amparo* es sinónimo de apelación directa o apelación constitucional. Significativamente, la Constitución Española distingue muy claramente entre la protección de los derechos y libertades constitucionales por los tribunales ordinarios y la protección de los mismos derechos y libertades por los tribunales constitucionales, reservando el término "*amparo*" sólo para estos últimos. El artículo 53.2 establece que "Cualquier ciudadano podrá invocar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la sección 1ª del capítulo segundo ante los tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de prioridad y urgencia y a través del recurso de *amparo* ante el Tribunal Constitucional". La doctrina se refiere a veces al primero como *amparo* judicial u ordinario, pero la Constitución reserva el término *amparo* sólo para los recursos constitucionales.

²³³¹ La distinción entre estas dos formas de *amparo* está bien establecida en la literatura. Véase por ejemplo: R.A. BREWER CARIAS, "La justice constitutionnelle et le pouvoir judiciaire", en *Etudes de droit public comparé*, Bruylant, 2001, pp. 935-1167; A.-C. SEPULVEDA, "La protection des droits fondamentaux en Amérique latine", *V^e Congrès de l'AFDC*, Toulouse, 6, 7 et 8 juin 2002, Atelier n° 6, 5 p.

²³³² A.-C. SEPULVEDA, *op. cit.*, p. 5. Debe tenerse en cuenta que ambas formas de *amparo* no se excluyen mutuamente y pueden coexistir en un mismo ordenamiento jurídico. Véase *supra* la redacción del artículo 53.2 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

La référé-liberté no es un recurso directo

567. El recurso directo²³³³ ha sido definido por M. Pfersmann como "un acto procesal por el que una persona (física o jurídica), sin intermediarios, remite un asunto al Tribunal Constitucional con el fin de revisar la constitucionalidad de un acto"²³³⁴. Originario de los países de tradición germánica²³³⁵, este tipo de recurso se utiliza actualmente de forma generalizada en los países europeos como técnica de control de constitucionalidad *a posteriori*²³³⁶. En casos muy excepcionales y por razones de urgencia, puede utilizarse en el marco de un procedimiento acelerado²³³⁷. Las principales características del recurso directo son que se trata de un recurso subsidiario, ejercido ante un tribunal constitucional.
568. El *amparo europeo* es, en primer lugar, un recurso interpuesto ante un tribunal constitucional, es decir, un órgano judicial entre cuyas competencias debe figurar el control de la constitucionalidad de las leyes²³³⁸. En segundo lugar, el *amparo europeo* es un recurso subsidiario. Sólo es subsidiario de la tutela judicial ordinaria²³³⁹. Sólo

2333 Sobre este tema, véase en particular *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel* (F. DELPEREE dir.), Journées d'études du 9 février 2000, Louvain, Economica PUAM, coll. DPP, 1991, 221 p.; *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé* (F. DELPEREE y P. FOUCHER eds.), Bruylant, 1998, 201 p.; *L'accès au juge constitutionnel: modalités et procédures*, 2^{ème} Congrès des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français, Libreville, septembre 2000, ACCPUF, 2000, 823 p.; Dossier des CCC n° 10, 2001, *L'accès des personnes à la justice constitutionnelle. Droit, pratique, politique* (O. PFERSMANN dir.).

2334 O. PFERSMANN, "Le recours direct entre protection juridique et constitutionnalité objective", CCC n° 10, 2001, p. 66. En Alemania, los recursos de inconstitucionalidad pueden interponerse contra actos legislativos, administrativos y judiciales. En España, los recursos de *amparo* pueden interponerse contra actos administrativos y judiciales. En Austria, el derecho constitucional federal permite impugnar los actos administrativos y legislativos, pero no los actos judiciales. En Bélgica, el recurso de *amparo* sólo puede interponerse contra normas con fuerza de ley.

2335 Introducido en el Derecho constitucional austriaco en 1920 (véase G. KUSKO-STADLMAYER, "Les recours individuels devant la Cour constitutionnelle en droit constitutionnel autrichien", CCC n° 10, 2001, pp. 82-89), el procedimiento se introdujo en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania en 1949.

2336 En España se introdujo en la Constitución de 1978. Las constituciones más recientes de Europa central y oriental también han introducido un mecanismo de este tipo (véase K. STERN, "La protection des droits fondamentaux dans les nouvelles Constitutions d'Europe centrale et orientale", en *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, PUS, 2001, pp. 415-442, esp. pp. 437-438). También hay que mencionar el recurso de derecho público suizo. Existente desde 1874, tiene la particularidad de interponerse ante el tribunal supremo (el Tribunal Federal Suizo) y no ante un tribunal constitucional. Puede interponerse contra leyes, decretos y decisiones jurisdiccionales y administrativas de las autoridades cantonales (véase P. SALADIN, "Rapport suisse", *AIJC* 1991/VII, *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*. Coloquio de Aix-en-Provence, 12-13 de julio de 1991, pp. 149-151; C. ROUILLER, "Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi en droit constitutionnel suisse", en *Droit constitutionnel suisse* (D. THÜRER, J.-F. AUBERT, J.-P. MÜLLER dir.), Schulthess, 2001, pp. 677-690).

2337 En Alemania, el Tribunal Constitucional está facultado para dictar un auto cautelar por el que prejuzga la cuestión principal cuando los plazos para agotar las vías de recurso puedan ser demasiado largos e imposibiliten la protección efectiva de los derechos fundamentales del demandante. El procedimiento de orden se aplica así durante una campaña electoral, cuando se excluye a un partido político de un debate organizado por un servicio público audiovisual pocos días antes de las elecciones. La orden será dictada por el Tribunal Constitucional por razones de urgencia sobre la base del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales y del principio de igualdad de los partidos durante la campaña electoral (cf. B. PETER, "Spécificités au regard du droit français des procédures d'urgence en droit allemand", *RDP* 1993, pp. 185-214, esp. pp. 208-209). Del mismo modo, el Tribunal Constitucional español puede, de oficio o a instancia del solicitante, suspender "la ejecución del acto de los poderes públicos respecto del que se reclame *amparo* constitucional" (artículo 56.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional n° 2/1979). Ver P. BON, "Le pouvoir de suspension du juge constitutionnel : l'exemple du Tribunal constitutionnel espagnol", en *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, pp. 65-79, esp. pp. 73-76.

2338 Como señala M. de Béchillon, "un único factor resultará totalmente indiscutible" para identificar la justicia constitucional: "el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes" (D. DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica PUAM, coll. DPP, 1996, p. 180). La mayoría de la doctrina contemporánea se adhiere a esta definición, que se centra en la norma objeto del control (véanse, en particular, L. FAVOREU y T.-S. RENOUX, "Contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 1992, p. 4; K. BUTERI, *L'application de la Constitution par le juge administratif*, Tesis de Aix-en-Provence, 2000, p. 126 y ss.) La definición clásica, defendida en particular por Francine Batailler, situaba en la misma categoría a los tribunales constitucionales y a los tribunales de aplicación de la Constitución. Según esta autora, "un juez constitucional es aquel que aplica e interpreta las leyes constitucionales, según las necesidades de la jurisprudencia". Así, "lo importante no es el objeto del control, es decir, la ley, sino la norma de referencia, es decir, la Constitución" (F. BATAILLER, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, LGDJ, coll. BDP, t. 68, 1966, p. 18). Como señala el autor, la definición adoptada permite considerar que "todos los jueces son jueces constitucionales" (*op. cit.*, p. 17). Esta concepción amplia, basada en la naturaleza de la norma aplicada, ha sido abandonada por la mayoría de los autores contemporáneos. Como ha señalado M. Favoreu, "sería ingenuo (...) considerar que todo juez que aplica normas constitucionales es un juez constitucional" (L. FAVOREU, "La notion de Cour constitutionnelle", *De la Constitution. Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Helbing et Lichtenhahn, 1996, p. 19).

2339 En Alemania, el Tribunal de Karlsruhe recordó que corresponde en primer lugar a los tribunales ordinarios

puede utilizarse como último recurso, y sólo si el demandante no ha podido obtener satisfacción utilizando los otros medios a su disposición. En consecuencia, el demandante que pretenda interponer un recurso de este tipo contra un acto administrativo deberá haber impugnado previamente sus efectos ante los tribunales ordinarios. Como consecuencia de esta exigencia de subsidiariedad, y salvo los raros casos en los que el demandante impugna un acto legislativo, el recurso de *amparo* se dirige en realidad contra la decisión del órgano jurisdiccional que debía pronunciarse en última instancia sobre los actos impugnados. En este sentido, "el recurso de *amparo* es como un recurso de revisión contra las sentencias de los tribunales administrativos"²³⁴⁰

569. La *référé-liberté* no cumple ninguno de los dos criterios de un recurso directo. No se trata de un recurso subsidiario interpuesto ante un tribunal constitucional, sino de un recurso autónomo interpuesto ante un tribunal ordinario. En primer lugar, se trata de un recurso autónomo. Para que una demanda presentada sobre la base del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa sea admisible, el demandante no está obligado a utilizar previamente las demás vías de recurso que tiene a su disposición. Además, el juez de medidas provisionales no es un juez constitucional. No acepta que sea competente para controlar la constitucionalidad de una ley ni, por extensión, la constitucionalidad de un acto administrativo que constituya su aplicación directa²³⁴¹. Cabe señalar que, si bien el juez de medidas provisionales no es un juez constitucional, tampoco es un juez de la aplicación de la Constitución, como se ha previsto²³⁴². No sólo no todas las libertades fundamentales en el sentido del artículo L. 521-2 son normas de origen constitucional, sino que incluso las normas constitucionales que constituyen la base de las libertades fundamentales no son *aplicadas* propiamente como tales por el juez de medidas provisionales²³⁴³.

En consecuencia, las medidas cautelares no constituyen un recurso directo. Además, en la medida en que no permite al tribunal constitucional iniciar un control de la constitucionalidad de las leyes, las medidas cautelares no pueden desempeñar el papel de recurso directo indirecto²³⁴⁴.

La référé-liberté no es un recurso directo

"proteger los fundamentos y asegurar su eficacia" (BVerfGE 49, p. 252, ss. (258), citado por A. DITTMANN, "Le recours constitutionnel en droit allemand", CCC n° 10, 2001, p. 76). En España, el Tribunal Constitucional ha declarado que "El recurso de *amparo* es un recurso estrictamente subsidiario (.../...). La protección de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, incluidos los derechos y libertades fundamentales, es una tutela jurisdiccional expresamente atribuida a los tribunales de justicia" (Sentencia de 12 de mayo de 1994, n° 147/1994, extracto reproducido en L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2003, p. 39).

²³⁴⁰ R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.* p. 1072. En la práctica, constituye un recurso contra un acto judicial, lo que transforma al Tribunal Constitucional, por así decirlo, en un "cuarto nivel" de jurisdicción. Como afirma M. Pfersmann, "la justicia constitucional es aquí justicia administrativa o justicia judicial extraordinaria" (O. PFERSMANN, *op. cit.*, p. 69).

²³⁴¹ El juez de medidas provisionales del Conseil d'Etat ha declarado que "la excepción de inconstitucionalidad de la ley de 27 de febrero de 2004 no puede invocarse útilmente ante el juez administrativo" (CE, ord. 21 de mayo de 2004, *Hoffer*, núm. 267792), que "no corresponde al juez administrativo controlar la conformidad de un texto con fuerza de ley con la Constitución" (CE, ord. 20 de diciembre de 2004, Gaijfe, núm. 275076; CE, ord. 23 de junio de 2005, Laurent X, núm. 281774) o que la decisión del legislador de prorrogar el estado de emergencia "es vinculante para el juez administrativo". 20 de diciembre de 2004, *Gaijfe*, núm. 275076; CE, ord. 23 de junio de 2005, *Laurent X*, núm. 281774) o que la decisión del legislador de prorrogar el estado de emergencia "vincula al juez administrativo, cuya misión no es apreciar la conformidad de la ley con la Constitución" (CE, ord. 9 de diciembre de 2005, *Allouache y otros*, *Lebon* p. 562). Esta solución es una aplicación de la jurisprudencia tradicional conocida como *loi-écran*. Véase el *leading case* CE, Secc. 6 de noviembre de 1936, *Arrighi, Lebon* p. 966. Para un análisis reciente, véase en particular B. GENEVOIS, "Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution", *RFD* 2000, pp. 715-724.

²³⁴² Algunos autores han visto en la *référé-liberté* un control de constitucionalidad concreto y *a posteriori* de los actos y comportamientos administrativos, susceptible de asimilarse, por utilizar la famosa fórmula de F. Werner, a una hipótesis de *derecho constitucional concretizado* (F. WERNER, "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht", *DVBI* 1959, p. 527 y ss., citado por S. CASSESE, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, Montchrestien, coll. Clefs, 2000, p. 11).

²³⁴³ Sirven de apoyo a la libertad fundamental, pero se desvanecen una vez consagrada. El juez de medidas cautelares no confronta inmediatamente un acto administrativo con una norma constitucional. En *sentido estricto*, no ejerce un control de constitucionalidad. La protección de una libertad fundamental por el juez de medidas cautelares puede compararse a la aplicación de un principio general del derecho por el juez del exceso de poder. Las libertades fundamentales, al igual que los principios generales del derecho, pueden tener su fuente material en la Constitución. Sin embargo, el juez de lo contencioso-administrativo no compara inmediatamente el acto administrativo con la Constitución, sino, en un caso, con el principio general del derecho y, en el otro, con la libertad fundamental.

²³⁴⁴ Dado que no constituye ni un recurso directo ni un sustituto de un recurso directo en el ámbito del control de constitucionalidad de las leyes, la *référé-liberté* deja inalterados los términos del debate relativo a la introducción de dicho recurso en el derecho constitucional francés. Sobre esta cuestión, véase L. FAVOREU, "Sur l'introduction hypothétique du recours individuel devant le Conseil constitutionnel", CCC n° 1, 2001, pp. 99-102.

indirecto

570. En Francia, el recurso al Consejo Constitucional para el control de la constitucionalidad de las leyes se considera "cerrado". En virtud del apartado 2 del artículo 61 de la Constitución, este control sólo puede ser iniciado por las autoridades políticas, es decir, el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente del Senado, el Presidente de la Asamblea Nacional y un grupo de 60 diputados o 60 senadores. Los particulares no tienen acceso al tribunal constitucional en este ámbito²³⁴⁵. Como la Constitución no prevé el recurso directo al Consejo Constitucional, los particulares y las personas jurídicas no tienen acceso al tribunal constitucional, lo que les permitiría impugnar la constitucionalidad de una ley *a priori* o *a posteriori*. Dado que la Constitución enumera exhaustivamente las autoridades habilitadas para recurrir al Consejo, éste rechaza lógicamente los recursos presentados por particulares²³⁴⁶. Como los particulares y las personas jurídicas no tienen acceso directo al Tribunal Constitucional a través de la rue de Montpensier, un peticionario pensó ingeniosamente en acceder indirectamente al Tribunal a través del Palais-Royal. Se trataba, ni más ni menos, de hacer de la référé-liberté un recurso directo indirecto, dando acceso al Tribunal Constitucional a través de una autoridad de remisión cualificada. Remitida sobre la base del artículo L. 521-2, la jurisdicción contencioso-administrativa ordenaría a la autoridad competente remitir al Consejo la ley que contenga disposiciones que atenten contra determinadas libertades constitucionales fundamentales. En caso de que la falta de remisión constituya una violación grave y manifiestamente ilícita de una libertad fundamental, podría dictarse un requerimiento judicial.

La vulneración de las libertades fundamentales sería indirecta. La autoridad remitente que se abstiene de remitir la ley permite, al no oponerse, la entrada en vigor de un texto que contiene disposiciones que vulneran las libertades fundamentales. Al abstenerse, hace posible que se produzca una infracción. Para que su inacción se considerara manifiestamente ilegal, era necesario que tuviera la obligación de actuar y, más concretamente, la obligación de remitir la ley inconstitucional. No se puede identificar tal obligación respecto del Primer Ministro, el Presidente del Senado o el Presidente de la Asamblea Nacional²³⁴⁷. Por lo tanto, su negativa o abstención a actuar no puede criticarse desde un punto de vista estrictamente jurídico. Por otra parte, el artículo 5 de la Constitución establece que "el Presidente de la República velará por el respeto de la Constitución". Al conferir al Jefe del Estado esta misión de control constitucional, "la Constitución le obliga a oponerse a todo acto contrario a la ley fundamental (...). (...). El artículo no prevé ningún medio jurídico para llevar a cabo estas misiones. Pero todas ellas encuentran eco, en particular en el procedimiento de activación del control de constitucionalidad de los compromisos internacionales y de las leyes ordinarias"²³⁴⁸. Con tal interpretación del artículo 5, podría preverse que la abstención del Presidente de la República podría satisfacer el requisito de ilegalidad manifiesta. En cuanto a la urgencia, podría resultar de la inminencia de la aplicación de la ley.

571. La eficacia del mecanismo se puso a prueba en noviembre de 2001 tras la aprobación de la ley sobre la seguridad cotidiana²³⁴⁹. En una petición registrada en la secretaría jurídica del Consejo de Estado el 6 de

2345 La sala del Consejo Constitucional sólo está abierta a ellos en materia electoral. Véase T.-S. RENOUX, "Le recours des particuliers devant le Conseil constitutionnel", en *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, op. cit. pp. 79-99.

2346 CC, n° 82-146 DC, 18 de noviembre de 1982, cons. 1, *Rec.* p. 66; n° 84-178 DC, 30 de agosto de 1984, cons. 1, *Rec.* p. 69. El Consejo Constitucional precisa que los particulares no tienen derecho, en virtud del apartado 2 del artículo 61 de la Constitución, a someter a su control la conformidad con la Constitución del texto de una ley adoptada por el Parlamento antes de su promulgación. Afirma "que esta designación de las autoridades habilitadas para someter al Consejo el examen de la conformidad con la Constitución del texto de una ley adoptada por el Parlamento antes de su promulgación, prohíbe esta remisión a cualquier otra persona". A lo sumo, están autorizados a intervenir oficiosamente cuando una autoridad cualificada ha efectuado una remisión, ya sea para apoyar las conclusiones de la remisión o para defender la constitucionalidad de la ley sometida a examen. Esta práctica, conocida como "puerta estrecha", según la expresión del Decano Vedel (G. VEDEL, "L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite", *La vie Judiciaire*, n° 2344, 11-17 de marzo de 1991, p. 1 y pp. 13-14) se desarrolló al margen del texto constitucional a partir de 1991, tras el intento frustrado de instituir una cuestión prejudicial de constitucionalidad. Se define como "la vía abierta empíricamente por el tribunal constitucional, que permite a cualquier persona presentar observaciones jurídicas escritas apoyando la constitucionalidad de la norma sometida al Consejo o, por el contrario - y más generalmente - impugnándola por inconstitucionalidad" (P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. BSCP, t. 93, 1999, p. 255). Estas notas se registran en la secretaría del Consejo Constitucional y se envían al ponente y a los demás consejeros. Estos escritos constituyen memorandos informativos que invitan al juez a hacer uso de su facultad de invocación de oficio para censurar la disposición o disposiciones criticadas.

2347 La cuestión no se planteó para la categoría de 60 diputados o 60 senadores en la medida en que es imposible recurrir contra esta autoridad de remisión. De hecho, este grupo se compone y recompone en el momento de cada remisión y no tiene, como tal, personalidad jurídica.

2348 P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, op. cit. pp. 192-193.

2349 El texto, adoptado en lectura final por la Asamblea Nacional el 31 de octubre de 2001, contenía algunas disposiciones cuya constitucionalidad estaba abierta a debate. Por razones políticas, la oposición parlamentaria había renunciado públicamente a cualquier acción ante el Consejo Constitucional. No cabía esperar razonablemente ninguna iniciativa por parte de la coalición gubernamental, el Primer Ministro o los presidentes de las asambleas. En cuanto al Jefe del

noviembre de 2001, el Sr. Tabaka solicitó al juez de medidas provisionales que ordenara al Presidente de la República remitir esta ley al Consejo Constitucional sobre la base del apartado 2 del artículo 61 de la Constitución. Su petición fue rechazada al día siguiente, en aplicación del procedimiento de clasificación previsto en el artículo L. 522-3, por no ser manifiestamente competencia del tribunal administrativo²³⁵⁰. Aplicando su jurisprudencia sobre los "actos de gobierno"²³⁵¹, el juez de medidas provisionales declaró que la decisión de remitir una ley al Consejo Constitucional "conciene (...) a las relaciones entre los poderes públicos constitucionales y, por tanto, queda fuera de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa". El presunto demandante había intentado protegerse contra la aplicación de esta jurisprudencia alegando que la decisión de remitir un asunto al Conseil "no es (...) discrecional y totalmente política; viene dictada por la Constitución y es de naturaleza puramente jurídica (...)". Este argumento tuvo que ser rechazado, ya que la remisión al Consejo es una simple opción y no puede disociarse del procedimiento legislativo.

El juez de medidas provisionales afirmó, en primer lugar, que la remisión al Consejo Constitucional es una "opción" para el Jefe del Estado. El párrafo segundo del artículo 61 de la Constitución, completado por las disposiciones de la Orden Orgánica de 7 de noviembre de 1958, sólo establece un derecho y no una obligación de someter un asunto al Tribunal Constitucional. Al utilizar el verbo "podrá", esta disposición nunca pretendió instituir otra cosa que una prerrogativa de uso totalmente discrecional a favor del Presidente de la República. El juez de medidas provisionales afirma a continuación que la decisión de remitir una ley al Consejo Constitucional es "indisociable del procedimiento legislativo en su conjunto". El procedimiento legislativo consta de cuatro etapas: iniciativa, deliberación, revisión (que puede tener lugar en el caso de las leyes ordinarias) y promulgación. El control de constitucionalidad de una ley tiene lugar antes del acto de promulgación, que cierra definitivamente el procedimiento legislativo. El control de constitucionalidad es, por tanto, parte integrante del proceso legislativo²³⁵². La decisión de iniciar o no este control interfiere necesariamente en el proceso legislativo. La decisión de someter o no un asunto al Consejo afecta a la relación entre los poderes públicos constitucionales en la penúltima fase del proceso legislativo²³⁵³. Por lo tanto, constituye un acto de gobierno²³⁵⁴.

Estado, no había duda de que renunciaría a someter al Consejo Constitucional el examen de la constitucionalidad de esta ley. Cabe señalar a este respecto que, bajo la Quinta República⁶, el Presidente de la República nunca ha ejercido su prerrogativa en materia legislativa.

²³⁵⁰ CE, ord. 7 noviembre 2001, *Tabaka, Lebon T.* p. 789, p. 1125, RDP 2001, pp. 1645-1657, nota P. JAN; LPA 22 marzo 2002, n° 59, pp. 15-19, nota O. CURTIL.

²³⁵¹ El concepto de acto de gobierno fue forjado por el Conseil d'Etat de manera puramente pretoriana. Consiste en una lista de actos del poder ejecutivo que el juez administrativo considera que deben beneficiarse de la inmunidad jurisdiccional. Desde el momento en que el poder ejecutivo ejerce un poder constitucional que le pone directa o indirectamente en contacto con otras instituciones, el pueblo (CE, 29 de abril de 1970, *Comité des chômeurs de la Marne, Lebon p. 279*) o el Parlamento (CE, 29 de noviembre de 1968, *Tallagrand, Lebon p. 607*), el juez administrativo declina su competencia para apreciar la legalidad de los actos que le conciernen. Sin utilizar la expresión "acto de gobierno", cuyo uso es prerrogativa de la doctrina y de los comisarios del gobierno, el Conseil d'Etat señala, a través de diversas perifrasis, que el acto "escapa a todo control jurisdiccional" (CE, 30 de junio de 1999, *Guichard, Lebon p. 218*), "que no corresponde al juez administrativo ocuparse de la decisión por la que..." (CE, 9 de abril de 1999, *Dame Ba*); que el acto es insusceptible de "ser objeto de una acción contenciosa" (CE, 30 de julio de 2003, *Société Crédit industriel et commercial*); etc. Véanse, entre las obras más recientes, el estudio de P. SERRAND, *L'acte de gouvernement*, tesis París II, 1996, 772 p., y F. MELLERAY, "L'immunité juridictionnelle des actes gouvernements en question", *RFD* 2001, p. 1086 y ss.

²³⁵² La asimilación del control de constitucionalidad a una etapa de pleno derecho del proceso legislativo también está consagrada por la jurisprudencia constitucional. La solicitud del Presidente de una nueva lectura de una ley para sustituir las disposiciones consideradas contrarias a la Constitución por otras nuevas acordes con su decisión no implica "la aprobación de una nueva ley, sino la intervención, en el procedimiento legislativo en curso, de una fase complementaria resultante del control de constitucionalidad" (CC, n° 85-197 DC, 23 de agosto de 1985, cons. 23, *Rec. p. 70*). El Consejo Constitucional también ha dictaminado que "el efecto de una remisión es iniciar, antes del cierre del procedimiento legislativo, la verificación por el Consejo Constitucional de todas las disposiciones de la ley remitida..." (CC, n° 96-386 DC, 30 de diciembre de 1996, cons. 4, *Rec. p. 154*).

²³⁵³ Véase P. JAN, nota especial, p. 1650.

²³⁵⁴ Según jurisprudencia reiterada, las medidas ejecutivas que afectan al ejercicio de la función legislativa del Parlamento deben calificarse de actos de gobierno. Esto incluye la negativa a presentar un proyecto de ley al Parlamento (CE, 29 de noviembre de 1968, *Tallagrand, Lebon p. 607*), la decisión de presentar un proyecto de ley (CE, 9 de mayo de 1951, *Mutuelle nationale des étudiants de France, Lebon p. 253*), la retirada de un proyecto de ley (CE, Ass., 19 de enero de 1934, *Compagnie marseillaise de navigation à vapeur Fraissinet, Lebon p. 98*), la negativa a tomar las medidas necesarias para la rápida adopción de un proyecto de ley (CE, Sect, 25 de julio de 1947, *Société l'Alfa, Lebon p. 344*), la decisión de someter un proyecto de ley a referéndum (CE, Ass., 19 de octubre de 1962, *Brocas, Lebon p. 553*) o el decreto de promulgación de una ley (CE, Sect., 3 de noviembre de 1933, *Desrenmeaux, Lebon p. 993*). Estos actos tienen en común que "constituyen etapas del proceso legislativo que, aunque son responsabilidad del Gobierno, son sin embargo inseparables de la elaboración de la ley. Es porque contribuyen a este objetivo por lo que constituyen actos de gobierno" (cron. M. GUYOMAR y P. COLLIN, *AJDA* 2000, p. 120). El hecho de que el Presidente de la República no remita una ley al Consejo Constitucional no es indisociable del procedimiento legislativo y constituye, por tanto, un acto de gobierno.

572. El procedimiento de *référé-liberté* no puede equipararse ni directa ni indirectamente a un *amparo constitucional*. Aunque las normas protegidas por el recurso son similares en líneas generales, existen diferencias fundamentales entre ellos en cuanto a los actos que pueden impugnarse, el tribunal competente para conocer de ellos y el procedimiento aplicable. Aunque el *référé-liberté* no es similar al *amparo europeo*, puede vincularse a la familia del *amparo* latinoamericano.

El référé-liberté es similar a un amparo latinoamericano

573. En América Latina, el término genérico para una acción especialmente instituida para proteger derechos y libertades constitucionalmente garantizados es *amparo*, que puede traducirse como "protección" o "salvaguarda". Esta acción se conoce con diferentes nombres en tres países: *acción de tutela* en Colombia, *acción de protección* en Chile (donde el nombre de *amparo* se reserva para la acción de *habeas corpus*) y *mandado de segurança* en Brasil²³⁵⁵. Se trata de procedimientos creados específica y exclusivamente para la protección urgente de las libertades frente a la autoridad administrativa. Algunos de estos recursos también pueden interponerse contra actos legislativos o jurisdiccionales, o incluso contra actos de particulares, de formas diversas. Estos recursos legales sólo nos interesan aquí en la medida en que se ejercen contra actos y conductas administrativas. El recurso de *amparo* tiene su origen en México²³⁵⁶; posteriormente fue adoptado en la mayoría de los países latinoamericanos: El Salvador (1886), Honduras (1894), Nicaragua (1894), Guatemala (1921), Brasil (1934), Panamá (1941), Costa Rica (1949), Argentina (1957), Venezuela (1961), Bolivia (1967), Chile (1976), Perú (1979), Uruguay (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992) y Ecuador (1998).

El procedimiento de *amparo* es similar al procedimiento *référé-liberté*. "Es un procedimiento extraordinario caracterizado por la urgencia"²³⁵⁷. En Argentina en particular, "El principio rector de la celeridad se materializa en el objetivo primordial del amparo: restablecer de inmediato la integridad del derecho constitucional vulnerado"²³⁵⁸. La redacción de las disposiciones constitucionales que consagran la existencia de estos procedimientos revela la cercanía del mecanismo con el del procedimiento sumario de fondo. En Venezuela, el artículo 49 de la Constitución establece que "Los tribunales ampararán a todos los habitantes de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales establecidos en la Constitución, de conformidad con la ley. El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá la facultad de restablecer inmediatamente la situación jurídica violada"²³⁵⁹. En Colombia, el artículo 86 de la Constitución establece que "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante el juez, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento privilegiado y sumario, por sí misma o por quien intervenga en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales y fundamentales, en cualquier circunstancia en que éstos resulten lesionados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública (...)"²³⁶⁰. En Chile, el recurso de protección está establecido en el artículo 20 de la Constitución: "Toda persona que, como consecuencia de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufre privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de sus derechos y garantías (...) podrá recurrir personalmente o por medio de sus representantes a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las disposiciones que estime necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la legítima protección del afectado, sin perjuicio de cualquier otro derecho que pueda hacer valer ante la autoridad o tribunales

2355 Mediante este recurso, el demandante puede obtener una orden judicial (un "mandado") que garantice su derecho. Este recurso representa la seguridad (en portugués, la "segurança") de que el beneficiario de un derecho podrá exigir su respeto a la autoridad pública. Sobre el régimen jurídico de este procedimiento, véase T. MORAIS-DA-COSTA, "Le droit constitutionnel: la protection des droits fondamentaux", en *Introduction au droit brésilien* (D. PAIVA DE ALMEIDA dir.) L'Harmattan, 2006, pp. 56-60.

2356 Primero, en la Constitución del Estado de Yucatán de 1841 (artículos 8, 9 y 62), luego en la Constitución Federal del 5 de febrero de 1857 (artículos 101 y 102). La primera sentencia de *amparo* se dictó el 13 de agosto de 1848: el juez aceptó la queja presentada por D. Manuel Verastegui contra una orden de destierro dictada por el gobernador de uno de los Estados de la Unión. Véase A.-C. SEPULVEDA, *op. cit.*, p. 3.

2357 A.-C. SEPULVEDA, *op. cit.*, p. 4.

2358 P.M.E. SAMMARTINO, Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente, Lexis Nexis, coll. Derecho administrativo, 2003, p. 434. Énfasis añadido.

2359 En este país, y de conformidad con el artículo 1º de la Ley Orgánica de *Amparo* sobre Derechos y Garantías Constitucionales, "Toda persona natural residente en el territorio de la República, o jurídica domiciliada en él, podrá solicitar ante los tribunales competentes el *amparo* previsto en el artículo 49 de la Constitución, para el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, incluidos aquellos derechos fundamentales no contemplados expresamente en la Constitución, a fin de que se restituya o restablezca, en lo posible, la situación jurídica infringida" (ver R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.*, pp. 1062-1063).

2360 Véase R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.* p. 1073.

correspondientes"2361 . En Perú, el artículo 295 de la Constitución establece que " Toda acción u omisión de una autoridad, funcionario o cualquier otra persona que vulnere o amenace la libertad personal dará lugar a la acción de *habeas corpus*. La acción de *amparo* tutela los demás derechos reconocidos por la Constitución, vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona"2362 . Estas disposiciones se detallan en los textos subconstitucionales que organizan los detalles prácticos del procedimiento. En Argentina, el artículo 1^{er} de la Ley 16986 establece que "La acción de *amparo* será admisible contra todo acto u omisión de la autoridad pública que, en forma actual o inminente, vulnere, restrinja, altere o amenace, de modo manifiestamente arbitrario o ilegal, los derechos o garantías, explícita o implícitamente reconocidos por las Constituciones nacionales, con excepción de la libertad individual protegida por el *habeas corpus*"2363 . En Uruguay, el artículo 1^{er} de la Ley n° 16011 establece que " Toda persona física o jurídica, pública o privada, podrá alegar la acción de *amparo* para defender cualquier acto, omisión o hecho de las autoridades del Estado o colaterales de éste, así como de los particulares, que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, a su juicio, con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de sus derechos y libertades reconocidos explícita o implícitamente por la Constitución, con excepción de los casos en que se admita el recurso de *habeas corpus*"2364 .

Con la excepción de Chile y Costa Rica, donde *el amparo* opera como un procedimiento paralelo a otros recursos judiciales, que puede ejercerse sin perjuicio de los demás recursos de que disponga el demandante, este mecanismo tiene carácter subsidiario, y sólo puede aplicarse si no existe otro mecanismo de protección eficaz o si se han agotado los tribunales de derecho común. No obstante, los textos que regulan estos mecanismos estipulan que la condición de subsidiariedad se suprime en casos de urgencia y gravedad, y si los procedimientos de derecho común disponibles no permiten alcanzar un resultado igualmente satisfactorio2365 . En cuanto a las medidas recurribles, se ha observado que "Con carácter general, todos los ordenamientos constitucionales que establecen la institución del *amparo* admiten la acción de *amparo* contra actos y hechos administrativos y contra omisiones de la Administración"2366 . El ámbito de los sujetos de amparo es ampliamente abierto: "con carácter general, todas las personas físicas o jurídicas pueden hacer uso de los recursos o acciones de *amparo* establecidos en los ordenamientos constitucionales para la protección de los derechos y libertades"2367 . El recurso es en principio autónomo y se interpone ante el tribunal de primera instancia con competencia territorial, con la excepción de Chile y Costa Rica: en el primero de estos países, *el amparo se* interpone directamente ante el tribunal de apelación, en el segundo ante el Tribunal Supremo. Los textos constitucionales y las leyes procesales estipulan que el juez debe conocer del asunto con carácter de extrema urgencia y resolver con gran rapidez. En Colombia, el juez dispone de cinco días para pronunciarse a partir del momento en que el asunto está listo para ser juzgado. Este plazo se reduce a dos días por el derecho a la vida y a la integridad personal, el derecho a ser juzgado por un juez natural, la libertad de expresión y el derecho de reunión2368 . Las facultades del juez están formuladas de forma muy amplia y le permiten neutralizar el acto que ha causado la infracción o emitir requerimientos a la autoridad pública. Por ejemplo, en México, país donde apareció por primera vez este procedimiento, "La concesión del *amparo* implica la inaplicación de la norma (sea específica o general) pero sus efectos son simplemente *inter partes*. Las resoluciones que conceden el *amparo* no sólo anulan (para el demandante) el acto o norma lesiva, sino que tienen fuerza condenatoria, en efecto, si la lesión se debe a una acción positiva, pueden constituir un requerimiento a la autoridad demandada para que restituya las cosas a su estado anterior, y si la lesión se debe a una omisión, las autoridades demandadas deben cumplir con las disposiciones legislativas o constitucionales"2369 .

574. En Europa se han introducido procedimientos similares. La Constitución española reconoce el derecho del

2361 Véase R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.* p. 1081.

2362 Véase R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.* p. 1068.

2363 Véase R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.* p. 1067.

2364 Véase R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.* p. 1069.

2365 En Argentina, para interponer una acción de *amparo* es necesario haber agotado todos los recursos judiciales o administrativos para obtener la protección del derecho o garantía constitucional en cuestión. Si éstos existen, *el amparo* es inadmisibile, salvo en los casos en que no sean aptos para remediar el daño y cuando el proceso que requieren pueda causar un perjuicio grave e irreparable (ver R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.*, pp. 1067-1068). En el Perú, la acción de *amparo* sólo es admisible si se han agotado las vías preexistentes, de modo que en el caso de una actividad administrativa que vulnere el derecho constitucional, deben agotarse previamente los procedimientos administrativos correspondientes. Sin embargo, si el agotamiento de la vía preexistente hiciera irreparable la agresión, no se exige esta condición de agotamiento de las vías preexistentes (véase R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.*, p. 1068). En Uruguay, la acción de *amparo* sólo es admisible cuando no existe otro medio judicial o administrativo para lograr el mismo resultado de protección o *amparo* o, si lo hubiere, cuando resulte manifiestamente ineficaz en las circunstancias dadas para la protección del derecho vulnerado (ver R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.*, p. 1069). La *référé-liberté* no está sujeta a este requisito de subsidiariedad. No obstante, la situación es muy similar a la del *amparo* ordinario porque, para que sea válido, el solicitante debe demostrar la urgencia de la situación y la gravedad de la infracción, condiciones que, en el *amparo*, permiten prescindir del requisito de subsidiariedad.

2366 R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.* p. 1093.

2367 R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.* p. 1083.

2368 Número 6 del *autoacordado* de 24 de junio de 1992.

2369 C. RUIZ MIGUEL, "L'*amparo* constitutionnel en Espagne: droit et politique", CCC n° 10, 2001, p. 91.

demandante a solicitar la tutela de los tribunales ordinarios mediante un procedimiento especial basado en los principios de prioridad y urgencia - *preferencia y sumariedad* - cuando esté en juego un derecho de los denominados de primer rango. Aplicándose con carácter transitorio, la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, preveía, en sus artículos 6 a 10, un régimen que se apartaba bastante de las reglas habituales del contencioso-administrativo²³⁷⁰. La Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, desarrolla esta disposición, confirmando la necesidad de exceptuar de las reglas del derecho común los litigios relativos a las infracciones graves de las libertades²³⁷¹. En Portugal, la Ley n° 15/2002, de 22 de febrero de 2002, sobre el código procesal de los tribunales administrativos, introdujo un mecanismo autónomo de imposición de conductas positivas o negativas a la administración para garantizar el ejercicio de los derechos, libertades y garantías fundamentales²³⁷². En casos de extrema urgencia, es decir, vulneración inminente e irreversible de un derecho, libertad o garantía, se podrán reducir los plazos procesales o solicitar la celebración de una vista oral para obtener una resolución en 48 horas²³⁷³. El demandante podrá incluso ser oído por cualquier otro medio de comunicación cuando las circunstancias particulares así lo requieran²³⁷⁴.

El référé-liberté presenta características similares a estos recursos judiciales. Por su finalidad, su originalidad procesal y la singularidad de su mecanismo, pertenece indiscutiblemente a la familia del *amparo* ordinario.

2370 Véase P. BON, "Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale", en *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, CNRS, 1991, pp. 35-67, especial pp. 66-67. En primer lugar, mientras que en el contencioso administrativo de derecho común sólo se puede interponer un recurso judicial después de haber interpuesto un recurso administrativo, se renuncia a este requisito y se puede interponer directamente el recurso judicial. En segundo lugar, "mientras que, en principio, los recursos judiciales contra actos administrativos no tienen efectos suspensivos, esta regla se anula cuando se cuestiona un derecho de primer rango : se anula de *pleno* derecho - es decir, el recurso judicial suspende *de plano* la aplicación del acto administrativo - cuando el acto impugnado es una sanción pecuniaria adoptada en aplicación de la ley de orden público; se anula por decisión del juez en los demás casos, entendiéndose que éste tiene la obligación de conceder suspensiones de ejecución salvo si ello puede comprometer gravemente el interés general" (P. BON, *op. cit.*, p. 67). En tercer lugar, la ley acorta un cierto número de plazos procesales con el fin de acelerar la instrucción y la resolución de los recursos que proclama urgentes.

2371 Véase J.G. PEREZ, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Civitas, 1998; P.P. TREMPES, *El recurso de amparo*, Tirant lo blanch, 2004, 430 p.; L. ORTEGA et *alii*, "España", *Hacia una protección jurídica unificada de los ciudadanos en Europa (?)*. *Vers une protection juridictionnelle commune des citoyens en Europe (?)* (E. SPILIOPOULOS dir.), Bruylant, European public Law series. Bibliothèque de droit public européen, vol. XIII, 2000, pp. 647-666, esp. p. 657; C. MIALOT, *Les nouveaux pouvoirs du juge administratif en France et en Espagne*, tesis París I, 2003, p. 99, pp. 222-223.

2372 Véase J. de Campos Amorim, "La nouvelle réforme du contentieux administratif portugais", *RFDA* 2005, pp. 1159-1171, especial p. 1168.

2373 Artículo 111, n° 1 del Código de Procedimiento de los Tribunales Administrativos.

2374 Artículo 111, n° 2 del Código de Procedimiento de los Tribunales Administrativos.

Conclusión general

"El derecho del ciudadano a un juez es la primera libertad porque es la garantía de todas las demás"²³⁷⁵ .

575. Al término de este estudio, la contribución del procedimiento sumario fundamental puede evaluarse tanto desde el punto de vista del litigante como del juez administrativo.

576. La solicitud sumaria de medidas provisionales es un éxito. En primer lugar, ha sido un éxito en términos de litigiosidad, ya que, por término medio, una de cada diez demandas urgentes presentadas ante los tribunales administrativos es una demanda sumaria de medidas provisionales. Desde un punto de vista estadístico, el procedimiento previsto en el artículo L. 521-2 representa el 1% de los asuntos presentados anualmente ante los tribunales administrativos²³⁷⁶ . Es probable que esta cifra disminuya considerablemente, ya que un gran número de demandas presentadas sobre la base del artículo L. 521-2 no están claramente cubiertas por este procedimiento. El procedimiento *référé-liberté* es también un éxito en términos de eficacia del mecanismo de protección instituido. En un plazo de pocos días, la víctima de una violación grave y manifiestamente ilícita de las libertades fundamentales obtiene el cese inmediato y definitivo de los actos infractores.

Su eficacia para remediar situaciones inaceptables es posible gracias al carácter exorbitante y atípico del procedimiento en muchos aspectos. El artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa está concebido para responder a situaciones graves, aquellas en las que la administración es culpable de una infracción grave y manifiestamente ilegal de una libertad fundamental que requiere la intervención de un juez en un plazo de 48 horas. Su ámbito de aplicación estricto - limitado a las libertades fundamentales - y las condiciones draconianas en las que puede concederse caracterizan una situación excepcional. El acceso a este recurso jurídico debe reservarse a quienes soliciten legítimamente una medida de salvaguardia. Para responder rápida y eficazmente a la situación especial descrita en el artículo L. 521-2 y dar la respuesta judicial adecuada, la solicitud sumaria de medidas cautelares se organiza con arreglo a un procedimiento especial que deroga en gran medida el derecho común de los procedimientos administrativos.

Sin embargo, este carácter doblemente excepcional no tiene nada de normal. En Francia y en el extranjero, todos los procedimientos de este tipo tienen las mismas características: flexibilidad procesal para una mayor rapidez, amplios poderes del juez para una mayor eficacia, condiciones restrictivas y ámbito de aplicación como salvaguardia contra la banalización. Todos los procedimientos pertenecientes a la familia del *amparo* latinoamericano o del *amparo* ordinario - a la que pertenece el *référé-liberté* - presentan características similares.

Las medidas cautelares fundamentales se utilizan raramente, ya que las situaciones específicas para las que fueron concebidas rara vez se plantean. Sin embargo, cuando se presentan, la existencia de este recurso constituye una garantía preciosa e insustituible para la salvaguardia efectiva de las libertades fundamentales. El procedimiento reclamado por Maurice Hauriou hace más de un siglo existe actualmente y hace innecesario el recurso a la vía judicial, cuando no la existencia misma de esta excepción al principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales.

577. Dentro del procedimiento contencioso administrativo, la *référé-liberté* se ha convertido, por así decirlo, en un *modelo*. No en el sentido de que represente un procedimiento ideal hacia el que deban tender todos los demás, sino -entendida aquí la palabra modelo en su sentido primario- en el de que constituye un tipo de recurso jurídico por derecho propio, cuyas características procedimentales son susceptibles de servir de referencia para la definición de otros procedimientos. Este carácter modélico se manifestó en 2005, cuando la autoridad reguladora definió el régimen procesal del "procedimiento sumario en materia de informática y libertades públicas". La existencia de este procedimiento está prevista, en principio, por el artículo 45 de la ley modificada n° 78-17 del 6 de julio de 1978 *relativa a la informática, los archivos y las libertades*, resultante del artículo 7 de la ley n° 2004-801 del 6 de agosto de 2004. Esta ley se adoptó con un doble objetivo: por una parte, transponer al derecho interno la Directiva 95/46 de la UE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la *protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos* y, por otra parte, adaptar la ley sobre informática y libertades a las grandes transformaciones del papel de la informática en la sociedad contemporánea desde 1978. Para ello, el nuevo artículo 45 del Acta de 1978 refuerza los poderes de sanción de que dispone la Commission nationale de l'informatique et

²³⁷⁵ J. DONNEDIEU DE VABRES, "La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France", *EDCE* 1949, p. 43.

²³⁷⁶ Véase P. Fombeur, "Les Tribunaux administratifs dans la société française", *AJDA* 2004, p. 628.

des libertés (CNIL) en el marco de su control *a posteriori del* tratamiento²³⁷⁷. Sobre todo, y este es el punto que nos interesa, la CNIL puede, en caso de violación grave e inmediata de los derechos y libertades garantizados por la ley, remitir el asunto al juez de medidas provisionales competente (juez civil en caso de tratamiento efectuado por un particular, juez administrativo en caso de tratamiento efectuado por servicios públicos) para que adopte, en su caso bajo sanción, las medidas de seguridad necesarias para salvaguardar los derechos de las personas²³⁷⁸.

Dado que la ley no especificaba las normas que regulaban este recurso judicial, se dejó en manos de la autoridad reguladora el establecimiento de los detalles del procedimiento, tanto ante los tribunales administrativos como ante los tribunales civiles. Al definir su régimen procesal, el Gobierno pretendía conferir ciertas características al recurso judicial instituido, en particular - dada la importancia de los intereses en juego - una extrema rapidez de la intervención judicial y la capacidad de poner fin inmediatamente a la conducta en cuestión. En lugar de instituir un nuevo procedimiento a partir de cero, con las características apropiadas para alcanzar estos objetivos, la autoridad reguladora ha optado por una legislación por referencia al decidir pura y simplemente basar este nuevo recurso en el de la *référé-liberté*, que ya ha sido probado y ha demostrado su capacidad para garantizar una intervención rápida y eficaz del juez administrativo. Así pues, el artículo 81 del Decreto n° 2005-1309 de 20 de octubre de 2005 creó un Capítulo V en el Título V del Código de Justicia Administrativa (parte reglamentaria) titulado "Procedimiento sumario en materia informática y de libertades públicas", que contiene un artículo R. 555-1 redactado de la siguiente manera: "Cuando el Presidente de la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades (CNIL) remita al juez administrativo, en virtud del artículo 45 III de la ley n° 78-17 de 6 de enero de 1978 relativa a la informática, a los ficheros y a las libertades, una demanda de medidas provisionales relativa a la ejecución de un tratamiento o a la utilización de datos de carácter personal por el Estado, una colectividad local, cualquier otra entidad pública o cualquier entidad privada encargada de una misión de servicio público, el juez resolverá de conformidad con el procedimiento de medidas provisionales instituido por las disposiciones del artículo L. 521-2" - es decir, en particular, el juez debe pronunciarse en un plazo de 48 horas y puede ordenar cualquier medida necesaria para salvaguardar los derechos y libertades protegidos²³⁷⁹. Las dos características principales del procedimiento de medidas provisionales son la rapidez con la que puede intervenir el juez y, gracias a la amplitud y flexibilidad de sus poderes, la eficacia de la respuesta judicial. Al adoptar el procedimiento aplicable al artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, el texto garantiza que el juez de medidas provisionales "informática y libertades" intervendrá en condiciones comparables de rapidez y eficacia.

578. Sin embargo, ¿no resulta paradójico que se tome como modelo el procedimiento de medidas provisionales cuando, según algunos comentaristas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado este recurso y, más concretamente, ha cuestionado su eficacia en la sentencia *Gebremedhin* de 26 de abril de 2007²³⁸⁰. Si bien una lectura algo apresurada de esta decisión podría llevar a emitir tal juicio, un análisis más detenido de la misma muestra que, en realidad, no se refiere a la *référé-liberté* en particular, sino a una deficiencia del derecho procesal francés en su conjunto, a saber, la falta de efecto suspensivo de los recursos de que disponen los solicitantes de asilo en la frontera cuya solicitud es considerada manifiestamente infundada por la administración, cuando el interesado considera que corre un riesgo en el país de retorno del tipo contemplado en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Para presentar una solicitud de asilo ante la OFPRA, un extranjero debe encontrarse en Francia. Por consiguiente, si se presenta en la frontera, sólo podrá presentar dicha solicitud si previamente se le ha concedido el acceso al territorio. Si no disponen de los documentos necesarios, deben presentar una solicitud de acceso al país por motivos de asilo; entonces son retenidos en una "zona de espera" durante el tiempo necesario para que el Ministerio del Interior examine si la solicitud de asilo que pretenden presentar es o no "manifiestamente infundada". Si las autoridades consideran que

²³⁷⁷ El abanico de prerrogativas concedidas a la autoridad administrativa independiente se ha reforzado considerablemente. La Comisión puede formular advertencias a los infractores, como hacía con arreglo a la Ley de 1978. Pero también puede, tras un procedimiento contradictorio y cuando un requerimiento previo haya quedado sin efecto, imponer sanciones pecuniarias o retirar autorizaciones que haya concedido previamente. En caso de urgencia, si la realización de un tratamiento da lugar a una violación de los derechos y libertades garantizados por la ley, la Comisión puede ordenar medidas provisionales para interrumpir el tratamiento o bloquear determinados datos o, en el caso de los tratamientos relativos a actividades de soberanía, remitir el asunto al Primer Ministro para que tome las medidas oportunas.

²³⁷⁸ Artículo 45-III de la Ley modificada de 6 de julio de 1978: "En caso de violación grave e inmediata de los derechos y libertades contemplados en el artículo 1 [es decir, el respeto de la identidad humana, de los derechos humanos, de la vida privada y de las libertades individuales o públicas], el Presidente de la Comisión podrá solicitar al tribunal competente una medida cautelar que ordene, en su caso bajo pena de multa, cualquier medida de seguridad necesaria para salvaguardar dichos derechos y libertades".

²³⁷⁹ Por lo que se refiere al procedimiento sumario contra las infracciones imputables a particulares no encargados de la gestión de un servicio público, el artículo 82 del Decreto prevé que "el Presidente del Tribunal de Grande Instance o el juez delegado por él resolverá en las condiciones de los artículos 484 y siguientes del Nuevo Código de Procedimiento Civil" (artículo R. 312-4 del Código de Organización Judicial).

²³⁸⁰ TEDH, 26 de abril de 2007, n° 25389/05, *Gebremedhin c/ Francia*, *Procédures* 2007, com. n° 150, nota S. DEYGAS; *Les cahiers juridiques* n° 112, junio-julio de 2007, pp. 24-26, nota D. PIETTE.

la solicitud de asilo es "manifiestamente infundada", rechazan la solicitud de entrada en el país de la persona, que es automáticamente "desviada" sin haber tenido la oportunidad de presentar su solicitud de asilo a la OFPRA.

La cuestión central sometida al Tribunal de Estrasburgo en la sentencia *Gebremedhin* era si los recursos legales de que dispone un solicitante de asilo rechazado en la frontera son efectivos cuando el Estado decide devolver a la persona en cuestión a un país en el que existen razones fundadas para creer que correría un riesgo calificado en virtud del artículo 3 del Convenio. En tal caso, el Tribunal Europeo exige que los recursos de que dispone el solicitante tengan efecto suspensivo de pleno derecho²³⁸¹.

El Tribunal de Justicia declara que el Derecho procesal francés no cumple este requisito en el caso de un solicitante de asilo rechazado en la frontera que impugna la decisión ministerial de no admisión. Ninguno de los recursos de que dispone el solicitante, ya se trate de un recurso por desviación de poder, de una medida cautelar (*référé-suspension*) o de una medida cautelar (*référé-liberté*), tiene efecto suspensivo de pleno derecho. Aunque, con el procedimiento de medidas provisionales, los solicitantes de asilo en la frontera tienen "a su disposición un procedimiento que a priori ofrece serias garantías", el Tribunal "señala, sin embargo, que la remisión al juez de medidas provisionales no tiene efecto suspensivo de pleno derecho, de modo que el interesado puede ser legalmente devuelto antes de que el juez se haya pronunciado (...)" (§ 65). En consecuencia, el Tribunal concluyó que el derecho francés no era convencional en este punto: "al no tener acceso a un recurso suspensivo automático en la "zona de espera", el demandante no disponía de un "recurso efectivo" para proseguir su reclamación en virtud del artículo 3 del Convenio. Por lo tanto, se había producido una violación del artículo 13 del Convenio en relación con dicha disposición.

¿Qué podemos aprender de esta sentencia? No, como han sugerido algunos comentaristas, que la solicitud sumaria de medidas cautelares (*référé-liberté*) es generalmente un recurso ineficaz²³⁸². Si es posible concluir que el recurso previsto en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa es ineficaz, es únicamente cuando dicho recurso no sólo es interpuesto por un solicitante de asilo rechazado en la frontera, sino también cuando el interesado justifica correr un riesgo del tipo contemplado en el artículo 3 del Convenio. El Tribunal no condenó el procedimiento de medidas provisionales fuera de este ámbito particular; además, incluso en este caso muy concreto, no condenó este procedimiento en particular o específicamente sino, en general, la falta de efecto suspensivo *de los* recursos contra una decisión ministerial de no admisión. En consecuencia, esta sentencia no exige en sí misma una reforma de este procedimiento, sino o bien la introducción de un procedimiento específico en este ámbito con efectos suspensivos, o bien, más sencillamente, el reconocimiento de efectos suspensivos a cualquier recurso interpuesto en este ámbito, ya se trate de un recurso por exceso de poder, de una suspensión sumaria o de un recurso de alzada sumario.

579. Este procedimiento es y sigue siendo un símbolo. En un coloquio previo a la entrada en vigor de la reforma, el profesor Moderne declaró: "De todos los procedimientos sumarios instituidos por la Ley de 30 de junio de 2000, el *référé-liberté* era sin duda el más esperado. A los ojos de la opinión pública, es muy probable que sea el que marque más claramente el verdadero cambio de los procedimientos sumarios administrativos y sancione su capacidad de responder adecuadamente a las aspiraciones de la sociedad contemporánea de una justicia administrativa protectora de las libertades, rápida y eficaz"²³⁸³. Así se presentaba la *référé-liberté* en vísperas de su aplicación: el emblema de una justicia administrativa renovada y en sintonía con las aspiraciones de los justiciables²³⁸⁴. Como símbolo de esta renovación de la justicia administrativa, de la que el procedimiento de urgencia era "el componente final y necesario"²³⁸⁵, el procedimiento de medidas provisionales fundamentales permitió a los tribunales administrativos recuperar una legitimidad que se había visto erosionada por la crisis tras la decisión del Tribunal des conflits de 12 de mayo de 1997. Esta decisión reavivó el deseo de unificación entre

²³⁸¹ § 58 de la Decisión. Ésta es también la posición del Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura (véase la Recomendación CAT/C/FRA/CO/3 de 3 de abril de 2006, § 7; disponible en <http://www.unhchr.ch>). Del mismo modo, en Francia, la Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos ha adoptado una recomendación en el sentido de que "Toda denegación de entrada en el país que dé lugar a la devolución del solicitante de asilo debe ser objeto de un recurso suspensivo ante el tribunal administrativo en un plazo razonable" ("Dictamen sobre las condiciones de ejercicio del derecho de asilo en Francia", 29 de junio de 2006, § 6; disponible en <http://www.commission-droits-homme.fr>).

²³⁸² Así, según Dorian Piette, es el propio "régimen" de la *référé-liberté* el que "se pone en tela de juicio en la sentencia del 26 de abril de 2007" (*op. cit.*, p. 26).

²³⁸³ F. MODERNE, "Le *référé-liberté* devant le juge administratif", en *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque 6 décembre 2000 (P. WACHSMANN dir.), Strasbourg, PUS, 2002, p. 131.

²³⁸⁴ La modernización del contencioso administrativo se inició a finales de los años ochenta en respuesta a la grave crisis que afectaba a la justicia administrativa, cada vez más atascada de recursos y cada vez más intolerante con los retrasos. Esto dio lugar a una serie de innovaciones muy importantes: reestructuración del orden jurisdiccional administrativo mediante la creación de tribunales administrativos de apelación y el refuerzo del papel regulador del Conseil d'Etat; ampliación y banalización de los procedimientos sumarios; desarrollo de los poderes del juez mediante el uso de requerimientos y sustituciones. Sobre esta metamorfosis de la justicia administrativa, véase R. DRAGO, "Un nouveau juge administratif", en *Jean Foyer, auteur et législateur. Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, pp. 451-462.

²³⁸⁵ B. STIRN, "La juridiction administrative: problèmes actuels et réformes", *RA* 1999, número especial 7, p. 138.

los críticos del dualismo jurisdiccional²³⁸⁶. La insuficiencia de los poderes conferidos al juez administrativo en relación con la administración fue uno de los principales argumentos de este ataque contra la pervivencia de una justicia administrativa separada²³⁸⁷. Por lo tanto, al igual que en crisis anteriores, el juez administrativo debía reformarse, ya que de lo contrario sería cada vez más contestado y su propia existencia se vería amenazada. Como señaló la Sra. Bechtel tras la sentencia de 12 de mayo de 1997, "el futuro de la jurisdicción administrativa se jugará no en el terreno de la controversia teórica, sino en el de la prueba misma de su fundamento"²³⁸⁸.

La creación de la *référé-liberté* y, más en general, la mejora de la tramitación de los asuntos urgentes ante los tribunales administrativos es la mejor respuesta a las críticas del dualismo jurisdiccional. A este respecto, la Sra. Lepage señaló que "ante el creciente cuestionamiento de la existencia misma del tribunal administrativo, huelga decir que éste sólo puede justificarse en la medida en que esté llamado a ofrecer a los ciudadanos las mismas garantías que las que les conferiría el procedimiento judicial"²³⁸⁹. Mucho antes de esta crisis, el propio profesor Chapus había afirmado que una mejor respuesta a las emergencias "repercutiría en la propia institución de la justicia administrativa, aumentando su importancia a la vez que reforzando su credibilidad y legitimidad"²³⁹⁰. Gracias a la reforma del procedimiento sumario, los tribunales administrativos han demostrado su eficacia y su capacidad para proteger las libertades fundamentales en condiciones de gran eficiencia. Como afirmó M. Wachsmann, "al dotar al tribunal administrativo que resuelve en procedimiento sumario de poderes para intervenir rápidamente en caso de ilegalidad de un acto administrativo y, *a fortiori*, en caso de vulneración de una libertad fundamental, el legislador ha desarmado a quienes se oponen al tribunal administrativo denunciando la insuficiencia de las garantías que ofrece a los justiciables"²³⁹¹. Habida cuenta de los poderes de que dispone y de las condiciones procesales en las que los ejerce, el tribunal administrativo está ahora a la altura de las expectativas de la sociedad.

580. "Por su propia naturaleza, las libertades son frágiles y merecen una atención constante"²³⁹². No corresponde al juez administrativo, que no puede tomar cartas en el asunto, garantizar esta vigilancia. Este papel corresponde en primer lugar a los ciudadanos y, más generalmente, a las personas físicas y jurídicas que se consideran víctimas de infracciones por parte de la administración. No obstante, cuando estas personas se dirigen al juez de medidas provisionales alegando una violación realmente grave y manifiestamente ilícita de las libertades fundamentales, encuentran en él un defensor de sus libertades extraordinariamente eficaz.

Se dan todos los ingredientes para que este procedimiento sea duradero. En primer lugar, la *référé-liberté* es un instrumento flexible. Gracias a la redacción particularmente amplia de las disposiciones que lo regulan y a la

²³⁸⁶ Cf. *supra*, § 26. Para una presentación de este tema recurrente, véase, entre la abundante literatura, A. VAN LANG, *Juge judiciaire et droit administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 183, 1996, p. 310 y ss.; G. BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition (1800-1872)*, LGDJ, 1999, 516 p.; B. PACTEAU, "Le contrôle de l'administration par une juridiction administrative. Existence ou non d'une juridiction administrative. La conception française du contentieux administratif", *RA* 2000, número especial 3, pp. 91-105; *AJDA* 2005, pp. 1760 y ss., número especial "l'avenir du dualisme juridictionnel".

²³⁸⁷ Los demás argumentos contra el dualismo jurisdiccional no eran realmente significativos. El argumento esgrimido con más frecuencia es que la existencia de un sistema jurisdiccional administrativo separado crearía dificultades insolubles para los litigantes a la hora de determinar qué tribunal es competente. Sin embargo, como señala el Presidente Woehrling, "en realidad, se trata de un falso problema: aunque los manuales de derecho administrativo dedican un espacio interminable a esta cuestión, desde un punto de vista estadístico no tiene una importancia considerable. En la práctica diaria de los litigios, los recursos que plantean un problema difícil de jurisdicción son raros. Por otra parte, la supresión de la justicia administrativa tendría como consecuencia transferir las dificultades de atribución de competencia a la jurisdicción judicial, casi con las mismas desventajas para los justiciables, ya que esta transferencia no sería posible sin crear estructuras especiales en el seno de esta jurisdicción" (J.-M. WOEHRLING, "Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins", en *Service public et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, pp. 350-351). En segundo lugar, la justicia administrativa se presenta como una forma excepcional de justicia, cuya única finalidad es proteger los intereses de la administración. Si bien esta presentación pudo corresponder a la realidad en la época en que se fundó la justicia administrativa, en la actualidad resulta completamente anacrónica. Como señala el Sr. Pacteau, la jurisdicción administrativa "ha perdido las características que en su día la hicieron rechazada y repelida. De instrumento y protector del poder, se ha convertido en el primero de nuestros contrapoderes. Nacida para tranquilizar al Estado, ahora lo hace temblar, temblar sus instituciones, temblar su gente, temblar sus acciones y temblar sus finanzas" (B. Pacteau, *op. cit.*, p. 93).

²³⁸⁸ M.-F. Bechtel, "Le juge administratif, protecteur des droits et libertés", *RFAP* julio-septiembre 1997, n° 83, p. 530.

²³⁸⁹ C. LEPAGE, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *Coll. ter.* 2000, chron. n° 7, p. 5.

²³⁹⁰ R. CHAPUS, "Le juge administratif face à l'urgence", en *L'administration et son juge*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1999, p. 292. Véase, en el mismo sentido F. THIRIEZ y A. LYON-CAEN, "Pour un vrai 'référé' administratif", *Le Monde* 26 de febrero de 1998, p. 13; J.-P. COSTA, "L'image du Conseil d'Etat dans la société de demain", *RA* 1998, n° 301, pp. 54-60; J.-P. COSTA, "L'effectivité de la justice administrative", *RA* 1999, número especial n° 8, p. 137; M. GENTOT, "La réforme du contentieux administratif", *RFAP* n° 84, 1997, pp. 609-617.

²³⁹¹ P. Wachsmann, "Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration", *op. cit.* p. 103.

²³⁹² B. STIRN, "L'état des libertés: bilan critique", *Pouvoirs* n° 84, 1998, p. 99.

formulación extensiva de los poderes del juez, el procedimiento del artículo L. 521-2 puede y podrá adaptarse a la diversidad de situaciones susceptibles de presentarse. Tiene un potencial considerable, parte del cual sigue sin explorarse. Por otra parte, el procedimiento référé-liberté se ha convertido en una herramienta insustituible, que ha demostrado su utilidad y eficacia para responder a las situaciones específicas para las que fue concebido. Ha encontrado su lugar en la arquitectura de los recursos jurídicos de que disponen los particulares y las personas jurídicas contra los actos y actuaciones de las autoridades públicas: el de un procedimiento flexible, rápido y eficaz, que permite poner remedio inmediato a las situaciones más inaceptables.

581. Georges Burdeau escribió que "la eficacia del Estado de Derecho puede medirse por el grado de perfección de los procedimientos que lo garantizan"²³⁹³. Al poner la técnica jurídica al servicio de las libertades, como hace, el procedimiento previsto en el artículo L. 521-2 contribuye significativamente a consolidar el Estado de Derecho.

²³⁹³ G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, 4^{ème} ed, LGDJ, 1972, p. 78, citado por S. TSIKLITIRAS, *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire*, LGDJ, coll. BDP, t. 155, 1991, p. 1.