

MODERNE, FRANCK, *Principios generales del Derecho Público* (prólogo de Eduardo García de Enterría, compilación y traducción de Alejandro Vergara Blanco, Editorial Jurídica de Chile, 2005), 299 pp.

El libro que se reseña es el resultado de la compilación y traducción de varios trabajos del autor, realizado por Alejandro Vergara Blanco, profesor titular de Derecho Administrativo, de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Contiene igualmente un bello prólogo de la pluma maestra de Eduardo García de Enterría.

En el libro lucen ampliamente, ahora en castellano, importantes trabajos de Frank Moderne, profesor de la Universidad de París y de la Universidad de Pau, muy conocido en España e Iberoamérica.

El libro aborda el tema de los principios generales del derecho, con el propósito inicial de analizar las condiciones susceptibles de justificar el recurso a los principios por parte del juez y su inserción en un razonamiento jurídico válido, en el contexto de las concepciones del derecho contemporáneo; así como sus posibilidades de supervivencia si este escenario varía. Para después revisar el escenario actual de ciertos principios en el ámbito del derecho administrativo francés.

El libro se divide formalmente en tres partes. En la primera, se exponen las reflexiones del autor acerca de la legitimidad de los principios generales del derecho, cuestionamiento que lo lleva a analizar la legitimidad del derecho mismo en nuestras sociedades, dónde se perfila un derecho "postmoderno" e incluso, para muchos, "neomoderno" al parecer con bases jurídicas distintas. Unido a esto, analiza la dificultad que resulta, de lo controvertido y polisémico del término principio.

El autor encuentra la legitimidad del "derecho moderno" en gran medida sobre la idea de racionalidad formal y/o material puesta de manifiesto por Max Weber. Legitimidad que se extiende a los principios generales del derecho, basado en el mismo argumento: la racionalidad del orden jurídico. La racionalidad o la exigencia de un proceso de racionalización, es la que confiere a los principios gene-

rales del derecho su legitimidad dentro del contexto del "derecho moderno"; unido a un marco político estatal que asegura la efectividad del derecho, gracias a la monopolización de la coerción física de la que el Estado está dotado. Lo que justifica, precisamente, a partir de la doble legitimidad de los principios generales del derecho; una funcional, que se inscribe en la perspectiva de la racionalización del derecho; y una legitimidad orgánica, que se vincula a la autoridad que elabora este tipo de normas. La legitimidad funcional se evidencia en los procesos de racionalización del derecho, en donde los principios generales del derecho juegan un rol eminente; en cuanto contribuyen a forjar la coherencia del orden jurídico normativo y sirven para llenar las lagunas del derecho. Y la orgánica, se refiere, en lo esencial, al poder normativo del juez.

Por lo que los principios generales del derecho, por el rol de preeminencia que juegan en las democracias liberales contemporáneas contribuyen de cierto modo, a consolidar la legitimidad del derecho mismo, en cuanto lo hace más racional.

Escenario que según el autor parece variar, en la perspectiva de un paso eventual al derecho postmoderno o neomoderno. Y ese es su cuestionamiento constante, cuál podrá ser la legitimidad de los principios generales del derecho, estarán llamados a desempeñar un rol funcional en la articulación del derecho postmoderno. Para el autor, las bases varían principalmente, porque le será más difícil al Estado ejercer su soberanía o poder coercitivo en un escenario donde prevalecerán las instituciones y organizaciones privadas o semipúblicas con dudosos poderes; y donde las fuentes del derecho se multiplican, los conceptos ya no tienen un único contenido y la generalidad de la norma cede frente a los particularismos. No obstante, pareciera, según el autor, que los principios generales del derecho tienen su lugar asegurado en este nuevo escenario, pero con una nueva denominación, los "principios di-

rectores” que destaca sus nuevas funciones. Primero revelarían un sustrato de valores compartidos de los Estados europeos, aportando sus potencialidades de expansión en la trama histórica, política y social de una cultura jurídica en la que los valores han sido progresivamente interiorizados por los diferentes órdenes nacionales. Y segundo, los principios servirán de soporte para la gestión de políticas públicas, pues serán preferidos por su flexibilidad, y permitirán la coexistencia de valores y de intereses divergentes, favoreciendo las internormatividades cruzadas entre los sistemas.

Hacia el final de la primera parte, el autor analiza las particularidades de los principios generales en el ámbito del derecho constitucional francés. Análisis que descompone en tres proposiciones esenciales: El Consejo Constitucional puede atraer principios generales del derecho administrativo a la esfera constitucional; el Consejo Constitucional puede confirmar la existencia y el rango de principios generales del derecho administrativo sin erigirlos en principios constitucionales; y el Consejo Constitucional se esfuerza por no crear nuevos principios generales del derecho constitucional. Este entrecruzamiento de jurisdicciones provoca varias discusiones, una de ellas en torno al valor o jerarquía de los principios de orden administrativo y su carácter autónomo; si el juez constitucional toma en cuenta la interpretación del juez administrativo de un principio de valor constitucional; cuáles serán los efectos jurídicos de la consagración otorgada por el juez constitucional a los principios generales del derecho administrativo. Sostiene el autor que, jurídicamente, la coexistencia entre los principios generales del derecho administrativo y los principios de valor constitucional puede continuar pacíficamente, en el marco del desdoblamiento del orden jurídico.

En la segunda parte, aborda el tema de los principios desde dos aristas; la primera, es el alcance o jerarquía de los principios como “fuentes complementaria”, en este caso en el ámbito del derecho constitucional francés. La segunda, la utilización de los principios del derecho privado como método de interpretación del derecho administrativo por la alta jurisdicción administrativa francesa.

Para el autor el recurso a los principios privados en el ámbito del derecho administrativo, es un hecho, y tiene su razón de ser, en no disociar demasiado el derecho administrativo del derecho privado en campos legales comparables. Y así dice: “*A priori*, nada obliga al juez administrativo a fundarse en el Código civil(...)” (p. 153); pero “en la medida en que el Código Civil se presente como gran ancestro-y modelo-de una codificación racional del derecho moderno, es normal que el juez administrativo (quien no dispone de una herramienta de referencia comparable, sumamente necesaria, en su campo de competencia) tenga a veces la tentación de recurrir a este cuando la semejanza de las situaciones jurídicas, lo justifica” (p. 156). Pues, los principios en los que se funda el Código Civil, “(...) constituyen una especie de base común al derecho público y al derecho privado” (p. 157). Aun así, señala que, el efecto o alcance de estos principios, estará limitado por la materia para la cual ellos han sido introducidos: tendrán un alcance esencialmente técnico. “Ellos no tienen *a priori* la vocación de convertirse en “principios generales del derecho”, aunque podríamos dudarlo en el caso de algunos” (p. 159). Ellos dotan al juez de una mayor libertad en la selección o manejo de los principios que adaptará a la realidad del derecho administrativo. “Esta selección le permite descartar ciertas soluciones consagradas en los textos de derecho privado positivo y conservar solamente las que le parezcan corresponder a las exigencias y a la especificidad (por ejemplo) de la construcción pública” (p. 160). Esta técnica de selección del juez administrativo puede tener una función relevante: la creación de nuevos principios generales del derecho. “Los principios así “descubiertos” (...), reflejan los nuevos valores éticos de las sociedades europeas. Ya no se trata de una técnica jurídica que permite conciliar soluciones de derecho público y privado (...)”. “Son los temas de justicia social, de la equidad, de los derechos-garantía de que disponen los ciudadanos contra el Estado que se ponen de manifiesto, porque corresponden a las aspiraciones latentes de la sociedad” (p. 169).

En la última parte analiza la controversia que se deriva de ciertos principios generales del derecho invocados en el sistema jurídico francés: 1. El principio de subsidiariedad funcional., 2. El principio de seguridad jurídica, y 3. El principio de protección de la confianza legítima. El autor parte del análisis del principio de subsidiariedad en sus dos tipos, el territorial y el funcional, pero con especial énfasis en este último. Reconoce que no ha sido interés de estudio en el derecho administrativo francés, pero sí en el campo comunitario, donde se ha expandido en un contexto muy favorable. A partir de su consagración en los instrumentos internacionales que constituyen la Europa comunitaria, subsidiariedad que puede ser calificada, sin dudas, como "subsidiariedad funcional". "(...) una segunda subsidiariedad sitúa efectivamente la política industrial de la comunidad en relación con el sector privado: la acción industrial comunitaria se debe inscribir en el cuadro de un sistema de mercados abiertos y competitivos". Comentario del Título Industria del Tratado de Roma, artículo 157 (p. 173). En resumen, la competencia comunitaria solo estará dirigida a servir al buen funcionamiento de los mecanismos de mercado, será funcionalmente subsidiaria. Ahora, cómo se entiende el principio en el ámbito los derechos estatales. Dice el autor: Por él se "intenta definir, para circunscribirla y por consecuencia limitarla, la iniciativa pública en relación a la iniciativa privada en el campo económico: el intervencionismo económico del poder público no sería admitido sino a título de subsidiario en caso de falencia o de insuficiencia notoria de los mecanismos naturales del mercado" (p. 174). Pero en el contexto francés el principio de subsidiariedad "(...)" no ha recibido credenciales suficientes para pretender desempeñar un rol de mayor importancia" (p. 177), en lo esencial, por no estar presente en el texto constitucional. No obstante subsiste en estado latente en los ordenamientos jurídico de los Estados de la Unión Europea. Unido a esto, "el concepto de subsidiariedad funcional nos parece que es indeterminado" (p. 196). Primero en sí mismo y segundo a causa de sus relaciones ambiguas con el concepto de servicio público, tomando en

cuenta que el servicio público en la teoría francesa fue entendido o diseñado como "fundamento y límite del poder gubernamental" (p. 203), reconociéndose incluso el carácter subsidiario del servicio público.

En el análisis del principio de seguridad jurídica, el autor pretende mostrar cómo este principio no ha logrado imponerse de la misma manera en el derecho constitucional de Francia y España, a pesar de haber sido consagrado por el derecho comunitario como principio general de ese derecho (desde Sentencia 6 de abril de 1962). A partir de este reconocimiento el principio de seguridad jurídica se impuso como elemento de interpretación y de aplicación en el marco de la realización de objetivos comunitarios; pasó a ser un principio inherente del orden jurídico comunitario. A pesar de esta realidad, a juicio del autor, este principio debe ser conciliado con otros principios que también forman parte del orden jurídico comunitario, como: el principio de legalidad, el principio de separación de poderes y el principio de justicia distributiva. Porque una absolutización de este principio podría llegar a producir efectos negativos para el orden comunitario entero. Y con este análisis introduce su posterior cuestionamiento, cuál debiera ser valor jerárquico de este principio: de rango constitucional o infraconstitucional. En España y Francia la reacción ha sido divergente. La Constitución española consagra expresamente el principio de seguridad jurídica, "es mirado como un principio que domina el orden jurídico interno (...)" (p. 239), es reconocido, "como un sostén de valores superiores del orden jurídico" (p. 239) en el Estado de Derecho. En el caso del derecho constitucional francés la realidad es otra, "no existe ni en la Constitución de 1958 ni en los textos constitutivos del bloque de constitucionalidad (...)" una referencia precisa al principio de seguridad jurídica" (p. 239). No obstante, acepta en parte el criterio expuesto por la doctrina que, considera que el principio de seguridad jurídica apelaría a un reconocimiento constitucional por ser inherente al Estado de Derecho, asimismo identificado a partir del artículo 16 de la Declaración de 1789. "En cuanto a la seguridad jurídica, es sin duda posible ver en ella

un componente esencial del Estado de Derecho” (p. 244); pero duda que el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano constituya una expresión muy convincente del Estado de Derecho. Divergente también ha sido el tratamiento por el Juez constitucional en ambos sistemas: el juez español ha sido el encargado de determinar el contenido y el alcance que convenía conferir a ese principio, lo que ha dado lugar a una concepción relativamente liberal del principio de seguridad jurídica. La gestión por su parte del juez francés ha sido más indecisa y prudente, “más que de un principio constitucional en el sentido estricto, se trata de una preocupación, de un deseo (legítimo), cuya aplicación práctica se presenta relativamente delicada” (p. 258).

En la tercera parte y final del libro, se aborda el principio de la confianza legítima, con el propósito de identificar las dificultades de la constitucionalización del principio de la protección de la confianza legítima en el derecho francés. El principio de confianza legítima fue incorporado al derecho comunitario jurisprudencial por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, este “recoge una idea subjetiva, la confianza justificada del sujeto de

derecho (o del operador económico, en derecho comunitario) en la estabilidad y la previsibilidad de las normas o de los comportamientos de las autoridades públicas, mientras que la seguridad jurídica reposa sobre consideraciones objetivas” (p. 270). No obstante, no se impone *ipso facto* en los órdenes jurídicos nacionales, “para ser recibido por el derecho interno, el principio de protección de la confianza legítima debe ser objeto de un reconocimiento oficial por las autoridades competentes” (p. 272). Reconocimiento que no ha sido, en el caso francés, del todo fácil. Primero, por no contar con un fundamento textual preciso: la constitución francesa no contiene ninguna norma o principio en los que sea susceptible fundar el principio de confianza legítima; y segundo, por la desconfianza del juez constitucional en su incorporación, hecho que “quizás se explique por la voluntad del juez constitucional de no dejarse llevar hacia una constitucionalización progresiva de los principios generales del derecho comunitario, del que no tiene el control” (p. 281).

GISELL PÉREZ RUIZ

*Doctoranda de la Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile*