



Autor invitado



Protección y tutela de los derechos fundamentales y las libertades públicas en el derecho positivo francés



Maya Vandeveldé*

Carlos Pizarro Wilson**

INTRODUCCIÓN

El análisis y el estudio de la protección de los derechos fundamentales en el derecho positivo francés requieren, por lo pronto, constatar la ausencia de una acción constitucional especial encargada de la tutela de los derechos fundamentales. La razón de esta carencia se explica por razones históricas que fueron modelando el sistema constitucional francés.

Si bien el ordenamiento jurídico de ese país consta desde 1946 de un Tribunal Constitucional, que adquiere eficacia sólo a partir de 1958 con la Constitución de De Gaulle, el control de constitucionalidad que funciona es sólo de naturaleza preventiva y se restringe a las reglas legales. En efecto, el Tribunal Constitucional francés controla de manera preventiva, al igual que su símil chileno, la conformidad de las leyes a la Constitución y los particulares carecen de legitimidad activa. En suma, sin desmedrar la ingente importancia de la jurisprudencia de esta institución, según veremos, y su influencia en las jurisdicciones ordinarias, no es posible deducir la existencia de una acción específica ante la jurisdicción constitucional.



* Magíster DEA, Derecho Privado General, Universidad París I (Panthéon-Sorbonne).

** Profesor de Derecho Civil en las universidades de Chile y Diego Portales. Doctor en Derecho por la Universidad de París II (Panthéon-Assas).

La carencia de una acción de este tipo se explica por la tradición legalista del Estado e instituciones francesas. A diferencia de lo que ocurre con la mayoría de los sistemas europeos que, por regla general, se encuentran provistos de un control de constitucionalidad de leyes a posteriori, el ordenamiento jurídico francés realiza una verdadera sacralización de la ley, que se ha mantenido a pesar de la constitucionalización del derecho observada en esa nación, a partir, por ejemplo, del desarrollo de la protección de los derechos fundamentales.

Por razones históricas y filosóficas, el dogma de la soberanía parlamentaria, en nombre del cual el legislador aparece como un ente infalible y omnipotente, la Constitución era considerada una simple declaración de voluntad. Por lo tanto, la Carta Política se estimaba simplemente como fuente de inspiración de la mayoría parlamentaria y no creaba un verdadero vínculo obligatorio.

Ante los vaivenes de la Constitución y la inestabilidad institucional que atraviesa la historia política de Francia durante los siglos XIX y XX, la doctrina y la práctica judicial centraron su mirada un poco más abajo de la pirámide kelseniana. El Código Civil, inmutable en el tiempo hasta una época reciente, se convertía de esta manera en el texto fundamental, esto si se tiene en cuenta, además, el gran prestigio de que gozaba este texto legal no sólo en Francia, sino en gran parte de Occidente.

Ahora bien, la aparición tardía de un control de constitucionalidad eficaz reforzó la separación de la doctrina y la Constitución. Es sintomático en este sentido que hasta hace algunos años el estudio de la Constitución estaba reservado sólo a algunos publicistas especializados.

En suma, es lógico, atendidas las razones históricas, que en Francia, carente de un “sistema constitucional” estructurado, no exista una acción constitucional destinada a proteger los derechos fundamentales. A pesar de la jerarquía normativa de la Constitución, ésta no es históricamente el instrumento jurídico más idóneo para regular problemas individuales o particulares. Más aún si su lejana supremacía y el vértigo de sus preceptos no establecen un catálogo de derechos fundamentales, a partir de los cuales se podría deducir la idea de una acción destinada a protegerlos ante el Tribunal Constitucional.

A las precedentes líneas que muestran, de manera somera, los rasgos constitucionales del sistema francés, cabe agregar inmediata-

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(2): 17-57, julio-diciembre de 2003

mente que su estudio y la respuesta que da al problema esencial de la protección de los derechos fundamentales no pueden estar completos sin el examen de la integración regional de Francia a la Unión Europea. En efecto, la adhesión de Francia a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), así como a los tratados que crean la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH), han dado un nuevo aliento y carácter renovador al sistema de protección, que si bien no es verdaderamente interno, constituye y forma parte de los procedimientos utilizados en Francia para reclamar contra las violaciones de derechos fundamentales. Además, la CEDH cumple con integrar una lista o catálogo de derechos fundamentales, a la cual se hace referencia de manera frecuente en el contencioso interno, es decir, ante las jurisdicciones comunes francesas.

La integración de Francia a la Unión Europea y, por ende, a su sistema jurídico, que entrega la protección y el resguardo de los derechos fundamentales a una jurisdicción supranacional, puede suplir, de cierta manera y sobre todo de una forma algo diferente, la ausencia de acción particular de protección, y cumplir con las reservas que esta afirmación amerita, esto es, las funciones que se reconocen al amparo constitucional español o la acción o queja constitucional alemana.

Cabe observar, por otra parte, que para comprender el sistema constitucional francés es necesario hacer una aclaración entre las expresiones *derechos fundamentales y libertades públicas*. Con la primera se suele aludir al conjunto de libertades protegidas contra omisiones o actos del Ejecutivo o el Legislativo, ya sea en virtud de textos constitucionales o internacionales. Estas reclamaciones son conocidas por el juez constitucional o supranacional. Por su parte, la segunda, las libertades públicas, designan esencialmente derechos protegidos ante omisiones o actos del Ejecutivo que violenten un derecho reconocido por el derecho positivo.¹ En este caso la jurisdicción competente es el juez común. Si nos limitamos, entonces, a

¹ Con esta expresión (derecho positivo) aludimos no sólo a derechos que obtengan su reconocimiento en un texto legal, sino también en la jurisprudencia, sea del Consejo de Estado —en materia administrativa—, de la Corte de Casación —en materia judicial— o del Tribunal Constitucional. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional determina el carácter constitucional de las libertades públicas proclamadas en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, en el Preámbulo de la Constitución de 1946 o, por último, los principios fundamentales contenidos en las leyes de la República, Tribunal Constitucional, Diciembre 16 de julio de 1971, AJDA, 1971, p. 537, nota J. Rivero.

los denominados derechos fundamentales, sólo cabría el análisis de las decisiones de la Corte EDH o aquéllas del juez administrativo francés, cuando ejerce excepcionalmente un control de conformidad constitucional, y, por último, de la jurisprudencia interna más reciente, que se refiere directamente a la CEDH.²

No resulta baladí tener en cuenta la precedente aclaración. La expresión *derechos fundamentales* podría ser insuficiente en el léxico del derecho constitucional francés para abordar la problemática que ocupa la acción constitucional de protección chilena.³ De manera tal que no sólo cabe el estudio de los derechos fundamentales, sino también de lo que se conoce como libertades públicas en el léxico constitucional galo. Si nos restringiéramos al análisis de los derechos fundamentales, sólo sería procedente el estudio de derechos reconocidos en la Constitución o en alguna convención internacional.⁴ Por cierto, las libertades públicas detentan también una



² Por cierto, se trata de una distinción terminológica basada en la fuente y que aparece bastante controvertida, pero que ayuda a entender un sistema constitucional como el francés, donde no existe una lista de derechos explícita en la Constitución. Si bien las nociones de derechos fundamentales, libertades fundamentales, derechos con jerarquía constitucional, libertades fundamentales son utilizadas indistintamente por el Tribunal Constitucional francés, este conjunto de expresiones no alude necesariamente en las jurisdicciones ordinarias a derechos reconocidos en la Constitución, aunque, por cierto, estarán reconocidos en el derecho positivo. Sobre las distintas expresiones que pueden utilizarse cfr. Pizarro Wilson, C., "Los contratos y los derechos fundamentales. Una mirada a la *drittwirkung*", en *Gaceta Jurídica*, No. 221, 1998, pp. 7-21. Se puede consultar, también, Rivero, J., *Les libertés publiques. Les droits de l'homme*, t. I, París, PUF, 1995.

³ Para una parte de la doctrina la noción de derechos humanos engloba la de libertades públicas. Es decir, todas las libertades públicas serían derechos humanos, pero no todos los derechos humanos son libertades públicas. Véase Rivero, *Les libertés publiques*, op. cit. (No. 2), p. 25. Este autor parece asimilar las nociones de derechos fundamentales y libertades públicas. Sin embargo, los primeros detentarían un estatuto especial consagrado en la Constitución, en cambio, las segundas extraen su estatuto o régimen jurídico del derecho positivo.

⁴ Sin embargo, este léxico constitucional no hace la unanimidad en el derecho francés. En realidad, existe una creciente confusión en la terminología utilizada por los constitucionalistas franceses. A diferencia de países con mayor sensibilidad al riesgo del totalitarismo —Alemania, Ley fundamental de 1949; España, Constitución de 1978, y la mayoría de los países de Europa central y oriental: Rumania, Constitución de 1991; Polonia, Ley constitucional de 1992, o la República Checa, Ley constitucional y resolución del Consejo nacional checo de 1992—, la Constitución francesa de 1958 no enumera los derechos y las libertades fundamentales. Esta particularidad del sistema francés hace necesaria la aclaración propuesta entre derechos fundamentales y libertades públicas. El texto constitucional se refiere en el Preámbulo a "los derechos humanos —*droits de l'homme*—" y en el artículo 34 utiliza la expresión "libertades públicas". Sobre la noción de *derechos fundamentales* en derecho francés cfr. Favoreau, L., "Universalité des droits fondamentaux et diversité culturelle", en *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Francia, Colloque international de Port-Louis, 1993, p. 48; Terré, F., "Sur la notion des droits et libertés fondamentaux", en *Droits et libertés fondamentaux*, París, Dalloz, 1996, pp. 7 y s.; Champell-Desplats, Véronique "La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français", en *D.*, París, Dalloz, 1995, p. 323. Un intento de definición de la expresión *libertades públicas* puede consultarse en Rivero, *Les libertés publiques*, op. cit. (No. 2), pp. 19 y s. Por su parte, el Tribunal Constitucional en una decisión del 22 de enero de 1990 consagra la noción de derechos fundamentales, la cual ha sido utilizada en reiteradas sentencias. Diciembre 89-269 DC du 22 janvier 1990, Rec., p. 33: "el legislador debe, en relación a los extranjeros, respetar los compromisos internacionales suscritos por Francia y las libertades

jerarquía constitucional —en el ámbito interno— o supralegislativa —en el ámbito europeo—. ⁵

Pues bien, ante la ausencia de una acción constitucional particular —ya sea que su particularidad tenga carácter total o sólo fundada en la norma protegida, como en el caso del recurso de protección chileno—, los abogados no invocan sistemáticamente la norma constitucional o un derecho fundamental. El contenido y la sustancia para apoyar sus pretensiones lo encuentran en la ley civil. Dicho de otra manera, considerando la tradición legalista francesa, los abogados no requieren reforzar las pretensiones de sus clientes con argumentos constitucionales cuando el derecho en cuestión queda comprendido en algún texto legal. ⁶

Con el objeto de explicitar una panorámica más completa de las formas como el derecho positivo francés aprehende y protege los derechos fundamentales y las libertades públicas, en este trabajo se expondrá también la protección de derechos fundamentales tenidos en cuenta en textos legales, característica, por lo demás, que marca el sistema jurídico francés.

De esta manera quedan delimitados los aspectos que se van a abordar. En una primera parte realizaremos una descripción del sistema de protección francés; luego, una apreciación crítica de éste, y, por último, se finaliza con los sistemas alternativos de protección de los derechos fundamentales y una referencia particular al derecho de propiedad.

y derechos fundamentales de valor constitucional reconocidos a todos los que residen en el territorio de la República". Otras decisiones se pueden consultar en Diciembre 93-325 DC du 13 août 1993, Rec. P. 24, que califica el derecho de asilo de derecho fundamental y los derechos de la defensa de "derecho fundamental con carácter constitucional"; diciembre 94-345 DC du 29 juillet 1994, Rec., p. 106, que se refiere a la "libertad fundamental de pensamiento y de expresión proclamada por el artículo 11 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano. Esta jurisprudencia ha significado una propuesta de reforma de la Constitución para incluir dicha expresión en un nuevo artículo 61-1 en los siguientes términos "Las disposiciones de la ley que significan un atentado a los derechos fundamentales reconocidos a toda persona por la Constitución pueden ser sometidas a control del Tribunal Constitucional por vía de excepción en un proceso pendiente ante una jurisdicción". Véase. "Propositions pour une révision de la Constitution, Comité consultatif pour la révision de la Constitution", presidida por M. Vedel, en *Documentation française coll., rapports officiels*, 1993, p. 77.

⁵ *Ibid.*

⁶ Un ejemplo significativo es el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 9 del Código Civil. En el contencioso sobre este derecho basta con invocar el precepto legal, sin necesidad de recurrir a la CEDH.

1. DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN FRANCÉS

1.1 La protección interna

1.1.1 Ausencia de requerimiento del Tribunal Constitucional por vía de excepción

1.1.1.1 Función creadora del Tribunal Constitucional francés

Hemos dicho que el sistema francés no tiene en cuenta un control a posteriori de la ley por el Tribunal Constitucional. La ausencia de dicho control no constituye, sin embargo, un obstáculo a la construcción de una verdadera jurisprudencia relativa a los derechos fundamentales. En efecto, esta institución, al ejercer el control de conformidad de las leyes en relación con el preámbulo de la Constitución de 1946,⁷ no se limitó a las categorías de derechos que éste contiene y ha establecido ciertos principios de gran importancia.

A partir de la noción de *derecho fundamental*, el Tribunal Constitucional no sólo ha promovido una terminología doctrinaria, sino que ha establecido una nueva categoría de derechos de contenido indeterminado. Esta noción de derecho fundamental no sólo permite un acercamiento terminológico con las principales cortes europeas cons-



⁷ El Preámbulo de la Constitución de 1946 de la IV República pasó a formar parte de la Constitución de 1958 de la V República, vigente hasta ahora. Hay que tener presente que el texto del Preámbulo es bastante lacónico. "El pueblo francés proclama solemnemente su vinculación a los derechos del hombre [...] tal como han sido definidos por la Declaración de 1789 y completados por el Preámbulo de la Constitución de 1946". Éste integra la declaración de derechos del hombre de 1789 en el ordenamiento constitucional positivo, y afirma su vinculación a los "principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República". Esta expresión es bastante confusa y controvertida. Al parecer, se refiere a los textos de las repúblicas precedentes que, ante la ausencia de una declaración de derechos en las constituciones, consagraría su protección. Existen profusos estudios sobre el valor de la referencia al Preámbulo de 1946 en la Constitución de 1958. Al parecer la intención de los constituyentes no habría sido integrar dicho Preámbulo a la Constitución. Sin embargo, la decisión del Tribunal Constitucional 71 44 DC del 15 de julio de 1971 puso fin a la controversia y constituye el punto de partida de la extensión de su ámbito de competencia. Esta decisión resulta fundamental para la evolución de la protección de los derechos y libertades fundamentales en derecho francés. La inserción del Preámbulo en el cuerpo constitucional crea un conjunto de reglas de referencia en relación con las cuales se puede ejercer el control constitucional. La afirmación, según la cual, los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República tienen valor constitucional, transformó radicalmente el rol del Tribunal Constitucional. Éste se transforma en una corte constitucional que garantiza las libertades y derechos fundamentales del abuso del Poder Legislativo. Por otra parte, la generalidad de los textos da un importante margen de interpretación al Tribunal Constitucional. En suma, la determinación del carácter constitucional de libertades fundamentales queda entregada a la sola voluntad del *Conseil Constitutionnel*.

tucionales, particularmente aquellas que poseen un poder de apreciación y un control constitucional a posteriori, sino también, mediante este expediente, el Tribunal Constitucional se ha procurado un medio de asegurar una dimensión internacional a sus decisiones. La máxima jerarquía constitucional francesa con esta forma de elaboración utiliza la CEDH y su jurisprudencia, muchas veces sin hacer mención expresa de las reglas que la componen.

El Consejo Constitucional establece como una de sus funciones privativas la posibilidad de elegir cuáles serán los derechos que pueden ser calificados de fundamentales. Ante la falta de definición o de un catálogo en el que estén especificados, el poder de distinguir un derecho fundamental de aquel que no detenta esta naturaleza corresponde al juez constitucional. Resulta imprescindible, entonces, tener presente la existencia de su intervención en la protección de los derechos fundamentales, aunque dicha tarea sólo sea llevada a cabo por la jurisprudencia constitucional de manera implícita.

Así, y luego de la decisión sobre la libertad de asociación del 16 de julio de 1981, ya citada, la lista de derechos y libertades determinados por el Tribunal Constitucional y garantizados por la declaración de no conformidad con el texto constitucional se ha visto considerablemente enriquecida. Esta decisión constituye la primera piedra de la obra creativa del Tribunal Constitucional. La libertad de asociación sólo era considerada un principio fundamental reconocido por las leyes de la República. Por otra parte, a los derechos de la personalidad se les ha reconocido su jerarquía constitucional. En lo que concierne la persona humana —diciembre 74 54 DC del 15 de enero de 1975, interrupción del embarazo—, el respeto de la libertad individual que se encuentra incluido expresamente por el art. 66 de la Constitución —diciembre 77 76 DC del 15 de enero de 1977, allanamiento de vehículo—, la protección contra las detenciones arbitrarias —diciembre 79 109 del 9 de enero de 1980, detención de extranjeros, y diciembre 325 DC del 12 y 13 de agosto de 1993, control de la inmigración, que establece un verdadero estatuto del extranjero y que comprende, en particular, la libertad individual contra la retención administrativa, la libertad de ir y venir, la libertad de matrimonio, la inviolabilidad de domicilio y la protección de la vida privada—. En esta última decisión el Tribunal Constitucional ha reconocido, entre otros, el derecho de asilo, inscrito en el Preámbulo de 1946, así como la mayor intensidad

en su garantía, pues hasta antes de la decisión era considerado como “un derecho débil”, un derecho de segundo rango.

El Tribunal Constitucional admite, por ejemplo, un derecho a llevar una vida familiar normal, por eso aprueba, entre otros, el derecho al reagrupamiento familiar, en beneficio de los ciudadanos y extranjeros residentes en Francia de manera estable y regular. Este derecho implica, para los extranjeros cuya residencia es estable y regular, el derecho a una vida familiar normal, y en particular, la facultad de hacer venir a su residencia sus cónyuges e hijos menores, con la reserva de protección del orden público y la salud pública, que constituyen objetivos de valor constitucional.

Los derechos relativos a la libertad de pensamiento han sido también el objeto de una importante jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En particular, podemos citar la libertad de conciencia, de funcionarios o profesores de establecimientos privados; la libertad de enseñanza; la libertad de prensa, y el régimen de comunicación audiovisual —diciembre 81 129 DC del 30 y 31 de octubre de 1981 y 86 217 DC del 18 de septiembre de 1986—.

En otro ámbito, este Tribunal ha contribuido al desarrollo de diversas libertades con contenido económico y social. Por ejemplo, la libertad de desarrollar una actividad —*liberté d’entreprendre*— y del derecho de propiedad —diciembre 81 132 DC del 16 de enero de 1982, leyes de nacionalización—. ⁸

Otro tanto ocurre con el principio de igualdad, extraído de numerosos textos con valor constitucional, y que se encuentra afirmado por varias decisiones del Tribunal Constitucional —diciembre 73 51 DC del 27 de diciembre de 1973, igualdad ante la ley y la justicia; diciembre 85 200 del 16 de enero de 1986, igualdad ante las cargas públicas e igualdad de las cargas en función del principio establecido por el art. 13 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789—.

Ciertos principios del Preámbulo de 1946 han obtenido el reconocimiento de valor constitucional: derecho a la protección de la salud, derecho al trabajo y participación de los trabajadores en la deter-



⁸ Sobre el derecho de propiedad y el Tribunal Constitucional, véase *infra*, 4.

minación de sus condiciones de trabajo. En materia penal y de derecho procesal penal, el Tribunal Constitucional ha establecido como un principio de valor constitucional la irretroactividad de las leyes represivas —diciembre 82 143 DC del 30 de julio de 1982—.

Esta labor creadora del Tribunal Constitucional va en aumento, en razón, particularmente, de la frecuencia, de la calidad y de la extensión de sus decisiones y también debido a la libertad creciente del órgano constitucional en relación con los textos aplicables. Esto nos invita a delimitar la influencia de la jurisprudencia constitucional.

1.1.1.2 Influencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional presenta cierta acogida por las jurisdicciones judiciales y administrativas. En lo que se refiere a la Corte de Casación, la conformidad de la jurisprudencia de la Corte en relación con el Tribunal se manifiesta principalmente a propósito de la libertad individual. Por ejemplo, la sentencia de la Primera Sala Civil del 28 de junio de 1995, relativa al control de identidad generalizado y discrecional, retoma la decisión del Tribunal Constitucional del 5 de agosto de 1993. Esta misma coherencia se puede constatar en materia del derecho de huelga, defensa de los detenidos y otros.⁹

Sin embargo, la Corte de Casación pareciera no tomar en consideración, en ciertas ocasiones, las decisiones del órgano constitucional. En realidad, es la teoría de la ley pantalla que impide al juez judicial seguir al Tribunal Constitucional. En el evento que el órgano constitucional se haya pronunciado por la inconstitucionalidad de la ley, es evidente que el juez judicial no la aplicará. Sin embargo, si otro texto legal presenta el mismo defecto y no ha sido sometido al control de constitucionalidad, el juez no podrá substituir el órgano constitucional y deberá aplicar la ley viciada de inconstitucionalidad. Esta situación dio lugar a una divergencia particularmente grave entre el Tribunal Constitucional y las otras jurisdicciones.



⁹ Drago, G., *L'exécution des décisions du Conseil Constitutionnel*, París, Economica-PUAM, 1991, p. 322. En sentido inverso, el Tribunal Constitucional, se ha sostenido, debe también seguir con atención la jurisprudencia de la Corte de Casación que aplica la CEDH, a efectos que no se creen contradicciones en la interpretación de unos mismos derechos, cfr. Luchaire, F., *Le Conseil Constitutionnel, La jurisprudence*, t. II, París, Economica, 1998.

El órgano constitucional, al apreciar la naturaleza legislativa o reglamentaria de una disposición cuyo contenido era la aplicación de una multa en el evento de contravención, declaró el carácter reglamentario de la disposición y señaló que “la determinación de las contravenciones y las penas que le son aplicables pertenecen al ámbito reglamentario cuando las dichas penas no implican medidas privativas de libertad”. Mediante esta decisión el Tribunal Constitucional prohibía al poder reglamentario reprimir las contravenciones con penas privativas de libertad y con la aplicación del art. 66 de la Constitución. Ahora bien, la Corte de Casación no siguió la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, porque el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal reconocen al poder reglamentario la facultad de sancionar las contravenciones con penas privativas de libertad. La Corte señaló que “estos códigos teniendo valor legislativo se imponen a las jurisdicciones del ordenamiento judicial que no son jueces de su constitucionalidad” (la misma posición había sido adoptada por el Consejo de Estado el 3 de febrero de 1978).¹⁰

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado se inspira cada día más en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No se puede negar que existen divergencias —relativamente antiguas— que subsisten, por ejemplo, sobre el valor del silencio conservado por la administración.¹¹ Sin embargo, de manera general, estas contradicciones son excepcionales. Los comisarios del gobierno, encargados de exponer ante el Consejo de Estado y que cumplen una función similar a nuestros relatores, analizan minuciosamente las decisiones de la Corte Constitucional.¹²

1.1.2 La protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción de derecho común

La protección de los derechos fundamentales se organiza en Francia, en primer lugar, ante las jurisdicciones de derecho común. Esta afirmación presenta una importancia capital ante la ausencia, ya mencionada, de una acción constitucional de protección. El con-



¹⁰ Este problema fue resuelto por los nuevos código penal y de procedimiento penal franceses.

¹¹ Comp. CC. 26 de junio de 1969 y CE 27 de febrero de 1970.

¹² Para un ejemplo de conformidad comp. la sentencia del CE del 9 de julio de 1986 en materia fiscal y que integra las condiciones enumeradas por el CC en su decisión del 29 de diciembre de 1983.

tencioso de derechos fundamentales es compartido por todas las jurisdicciones. Los abogados no se encuentran atraídos por el símbolo de una excepcionalidad inexistente ni tampoco por un procedimiento más expedito.

Por otro lado, el control ejercido por las jurisdicciones francesas no constituye, en la práctica, un control de la supremacía constitucional, pues no se trata de verificar la constitucionalidad de la ley —competencia, según vimos, del Tribunal Constitucional, de manera preventiva—. ¹³

En algún sentido, la negativa reiterada de la Corte de Casación y del Consejo de Estado de ejercer un control de constitucionalidad frente a un acto o una decisión de la administración —teoría de la ley pantalla— ¹⁴ podría constituir un límite a la protección de los derechos fundamentales. ¹⁵ Con todo, esta afirmación debe ser matizada. Dicho control existe, las jurisdicciones de derecho común recurren a distintos procedimientos para soslayar el respeto y la prudencia que se autoimponen frente a la Constitución.

En efecto, la Corte de Casación y el Consejo de Estado recurren a las fuentes del derecho interno y a los principios generales del derecho que se confunden, en la práctica, con los principios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. De manera tal que, sin hacer referencia explícita al derecho constitucional, ambas cortes supremas tienen en cuenta, más veces de las que pudiéramos creer, los principios formulados por el Tribunal Constitucional y manifiestan una preocupación de armonizar sus decisiones con dicha jurisprudencia.

Por otra parte, el límite explícito en materia de control constitucional, establecido por la Corte de Casación y el Consejo de Estado, no

¹³ Si bien la Constitución tiene aplicación directa en el derecho francés, cuando no existe un texto legal que se interponga, dicha aplicación es meramente teórica, ya que los preceptos constitucionales no son invocados ni aplicados por los tribunales de manera directa. Ante un acto de la administración el control constitucional por el juez administrativo, sería posible si no existiera un texto legal aplicable. Sin embargo, esta hipótesis es sólo teórica. Los actos administrativos serán impugnados en el foro por falta de legalidad y no de constitucionalidad.

¹⁴ Esta teoría plantea que en el evento que se interponga entre un acto y la Constitución una ley que le reconozca validez no cabe restarle eficacia. La Constitución se inclina ante la ley que le impide invalidar el acto inconstitucional. Esta jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido unánimemente criticada por la doctrina iuspublicista.

¹⁵ El Consejo de Estado ha evolucionado y las referencias expresas a la Constitución han aumentado.

rige respecto de las normas internacionales y, particularmente, aquellas contenidas en la CEDH. En efecto, desde 1975 y 1989, la Corte de Casación y el Consejo de Estado, respectivamente, se reservan el derecho de aplicar los tratados internacionales con preferencia a la ley.¹⁶ Ahora bien, si constatamos que en gran medida los derechos fundamentales reconocidos por los textos internacionales corresponden a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, es posible soslayar el inconveniente o imposibilidad de interponer una excepción de inconstitucionalidad de la ley. En suma, por vía de aplicación de los tratados internacionales se verifica un control constitucional de las leyes por las cortes supremas francesas. Mediante esta vía se reduce, en alguna medida, la dificultad de interponer una excepción de inconstitucionalidad de la ley.

Una de las particularidades del sistema francés, cuyo origen se encuentra en la tradición y en la ausencia de una jurisdicción especializada o una acción especial de protección, consiste en la idea que los derechos fundamentales son protegidos en una pluralidad de fuentes formales. A saber, la Constitución, el Código Civil, un principio de derecho afirmado por la jurisprudencia o una norma internacional, lo que no deja de generar problemas en cuanto al conocimiento de éstos.

Las jurisdicciones de derecho común son competentes para conocer de todos los actos y omisiones, así como de todas las decisiones de la administración. Sólo algunas excepciones escapan a esta regla de competencia —materias en secreto— y tienden a reducirse bajo el control ejercido por el Consejo de Estado y la influencia de la jurisprudencia de la CEDH.

Las acciones siguen las reglas tradicionales de competencia ante las jurisdicciones francesas, ya sea en lo relativo a los plazos de la acción, en relación con la capacidad o con la legitimidad para actuar, cuyos titulares pueden ser no sólo las personas naturales y jurídicas, sino también, desde ciertas condiciones, las colectividades o personas morales que presenten un interés legítimo de actuar (*class*



¹⁶ Véase como un ejemplo reciente el fallo del 2 de mayo del 2000 del TGI de Montpellier, que descarta la aplicación de las reglas en materia sucesoria del Código Civil al hijo adulterino por considerarlas discriminatorias y contrarias a la CEDH y al art. 2 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

action). Las vías de recurso son las de derecho común, a saber, una doble instancia, salvo en materia delictiva, que finaliza por la posibilidad de un recurso de casación ante la Corte Suprema. Por último, la necesidad de un abogado depende del procedimiento en cuestión. Con todo, si se trata de un recurso de urgencia, el ministerio de un abogado no es necesario, pues existe, por lo demás, un sistema de ayuda jurisdiccional para las personas que no poseen los medios económicos que les permita proveerse de un profesional del derecho.

Por tratarse de tribunales ordinarios, el procedimiento aplicable es el común. Detallarlo parece innecesario, no así en lo que concierne a las acciones de urgencia y al estudio del principio de doble jurisdicción vigente en Francia que pasamos a examinar.¹⁷

1.1.3 El principio de dualidad de jurisdicción y los procedimientos de urgencia

Este principio, el de doble jurisdicción, directamente heredado de la separación de poderes, desemboca en la existencia en Francia de dos órdenes de jurisdicción, administrativo y judicial. En cada uno se encuentra como tribunal superior, el Consejo de Estado y la Corte de Casación, respectivamente.

Sin referirnos en detalle a la repartición de competencias entre los dos órdenes de jurisdicción, que pueden dar lugar a la intervención del Tribunal de Conflictos, hay que destacar que esta originalidad del sistema francés, en comparación con el sistema chileno, implica que el contencioso relativo a la administración como persona pública y con fines de servicio público sea competencia de la jurisdicción administrativa, que no en pocas oportunidades aborda el problema de los derechos fundamentales. Hay que agregar que el conocimiento de los asuntos de materia penal corresponde a las jurisdicciones judiciales y que el contencioso relativo a la actividad jurisdiccional escapa también a la competencia de los tribunales administrativos, así como a las actuaciones de la Policía Judicial. Por último, a partir de la teoría denominada “de la vía de hecho”, el juez judi-

¹⁷ En Francia existe una doble jurisdicción (administrativa y judicial). Por esto los asuntos contencioso-administrativos, según veremos, son conocidos por tribunales de esta naturaleza. Esto constituye una importante diferencia con el ordenamiento jurídico chileno.

cial es competente para conocer de todos los litigios que digan relación con la libertad individual en sentido estricto.

En suma, los dos órdenes de jurisdicción tienen vocación para conocer asuntos que conciernen a la protección de los derechos fundamentales y, cada uno, por lo demás, ha aportado a la construcción de su edificio tutelar.

Ante cada una de estas jurisdicciones —administrativa y judicial—, existen procedimientos de urgencia (*référés*), y también vías de cumplimiento de las decisiones que aseguran la efectividad de la protección, reconocida en la decisión. En estos procedimientos de urgencia no se requiere, según dijimos, la intervención de un abogado. Revisemos las acciones de urgencia en cada jurisdicción.

1.1.3.1 Jurisdicción judicial

El principal procedimiento de urgencia en materia civil es el *référé*, el cual se aplica en todas las materias de derecho privado, y, por ende, ausente en materia penal, cuyo conocimiento está entregado a los tribunales judiciales competentes, se encuentra descrito de una manera general en los arts. 484 a 492 del nuevo Código de Procedimiento Civil (CPC).

El procedimiento puede iniciarse de dos maneras. Mediante *assignation* (constituye una forma de abrir un proceso), directamente ante un juez, o mediante un procedimiento ya iniciado y que ha ordenado el cumplimiento de una resolución por un funcionario (oficial público o ministerial, un receptor en caso de un embargo o un notario), que en la ejecución de la diligencia se ve enfrentado a una dificultad grave en relación con el acto o título que se le ha confiado. Este *référé* se denomina *référé sur procès verbal*, y tiene aplicación, por ejemplo, en contenciosos de arriendos, aunque comparado al procedimiento por *assignation* resulta marginal.

En cuanto a los plazos aplicables, el presidente del Tribunal, según dispone el art. 485 del nuevo CPC, es el encargado de la audiencia de *référés* que debe realizarse de manera periódica y regular. Con todo, es posible distinguir en el *référé* civil dos grados de urgencia que se determinan en función del caso en cuestión y cuyos procedimientos difieren tangencialmente:

- Cuando el caso requiere celeridad, el presidente puede permitir un *assigner* de manera extraordinaria sin tener en cuenta las audiencias regulares, ya sea en una audiencia extraordinaria o en su domicilio. Este *référé* o acción de urgencia se denomina *référé d'heure à heure*. Para que proceda esta acción es necesario justificar la urgencia, en caso contrario, la acción será desestimada. En la práctica hay que concurrir al Tribunal con el objeto de ubicar al presidente y convencerlo de otorgar la autorización de *assigner*, luego, mediante un receptor comunicar la *assignation* a la parte contraria en el menor tiempo posible. Según señalamos, por tratarse de una acción de urgencia, el ministerio de un abogado no es obligatorio. Sin embargo, en la práctica será un abogado quien realizará los trámites conducentes a la obtención de la decisión del tribunal, ya que éstos resultan complejos para un particular.¹⁸ En el foro, los abogados, por regla general, ante el presidente se presentan con un proyecto de autorización y sólo tendrá que firmarlo para darle curso al procedimiento.

Como se puede observar, se trata del procedimiento más expedito y permite obtener una decisión, luego de la autorización del presidente del Tribunal, en un plazo muy breve —es posible una decisión en algunas horas, en el curso de un mismo día—. Sin embargo, lo frecuente será una decisión en 24 o 48. Como el plazo de *assignation* es muy breve y el procedimiento debe ser contradictorio, el presidente toma la precaución, esto es, que la parte acusada tenga un mínimo de tiempo para preparar su defensa —art. 486 del nuevo CPC—, plazo que es también apreciado según la urgencia del caso.¹⁹

- Entre los casos de urgencia particular cabe explicar la acción de urgencia clásica (*référé classique*) que, paradójicamente y debido a una jurisprudencia bien establecida de la Corte de Casación, no requiere la justificación de la urgencia, aunque se puede, sin embargo, incidir en la rapidez de la resolución. La agilidad en la tramitación va a depender, en gran medida, de la jurisdicción

¹⁸ Esta misma situación se verifica con la acción de protección en Chile. Si bien el patrocinio de un abogado no es necesario, en la práctica es la regla general.

¹⁹ Por ejemplo, a partir del art. 6.1 de la CEDH, la Corte de Casación decide, en materia de libertad de prensa, cuando el *référé* ha sido utilizado contra un periodista acusado de difamación, ha dicho que el juez debe asegurarse de que el periodista se encontraba en condiciones de acompañar las pruebas de la verdad de los hechos expuestos y que ha beneficiado de un plazo de diez días que considera el art. 65 de la Ley del 29 de julio de 1981.

en cuestión. La práctica indica que la resolución tiene un plazo que oscila entre los ocho —en París será normalmente este el plazo— y los quince días.

El procedimiento de *référé* implica, por regla general, la ausencia de una controversia de fondo, lo que significa su inmediato rechazo. No se puede, por ejemplo, intentar uno para la restitución de una cosa cuyo fundamento es una cláusula de reserva de propiedad y cuya oponibilidad es controvertida. Sin embargo, el presidente puede, incluso en caso de controversia de fondo, prescribir en *référé* las medidas conservadoras para prevenir un daño inminente o poner fin a un acto manifiestamente ilícito.

La audiencia de *référé* se desarrolla, por regla general, ante un juez único. Aunque el presidente puede, sin embargo, determinar que la audiencia sea ante un tribunal colegiado y fijar la fecha —art. 487 del nuevo CPC—. Ya en ésta, las partes exponen sus pretensiones y el presidente resuelve inmediatamente; no obstante, puede decretar medidas para mejor resolver y en este caso fija una nueva audiencia. El procedimiento, como se dijo, es de naturaleza contradictoria.

En cuanto a la decisión, cabe tener en cuenta que los poderes del juez de *référé* no están determinados por el fondo del asunto y que las medidas son de naturaleza provisoria. El juez puede incluso limitar en el tiempo el efecto de sus decisiones. Por lo tanto, la naturaleza provisoria de la decisión ejerce una importante influencia en lo que concierne a la autoridad de la decisión y de la cosa juzgada. En efecto, el juez de fondo no se encuentra vinculado por la decisión tomada en *référé* y, por lo mismo, ésta carece de la autoridad de cosa juzgada. Sin embargo, no puede ser modificada por un nuevo *référé*, salvo en la medida en que hayan aparecido nuevos antecedentes.

En lo que atañe a la ejecución, la decisión es ejecutiva de pleno derecho, desde la comunicación a la parte contraria y a pesar del carácter tradicionalmente suspensivo de las vías de recurso. Esta característica refuerza, por cierto, su efectividad. Luego, el *instrumentum* de la notificación será entregado por un funcionario del tribunal (*greffe*), para proceder al cumplimiento de la decisión. El período para que se lleve a cabo la entrega del documento depende, nuevamente, de la urgencia del caso. En ciertos casos de imperiosa necesidad, el cumplimiento puede llevarse a cabo sin la notificación “en el minuto” —art. 489.2 del nuevo CPC—, lo que

significa una importante excepción al principio procesal que no se puede ejecutar ningún acto sin notificar antes al interesado.

Para finalizar la exposición del procedimiento, cabe señalar los recursos de que es susceptible la resolución en *référé*. La apelación es posible, salvo cuando atendido el monto o el objeto de la demanda no resulte procedente. Las condiciones de admisibilidad son las mismas que en derecho común. El plazo es de quince días a partir de la notificación de la ordenanza. Las reglas de procedimiento difieren según el *référé* en cuestión y, sobre todo, se considera el posible riesgo para el demandante. Cabe mencionar, por último, que existe un procedimiento especialísimo denominado *à jour fixe* (día fijo), más expedito aún, ante el Tribunal de Instancia (TGI), para los casos que implican un riesgo para la persona del demandante.

1.1.3.2 Jurisdicción administrativa

En materia administrativa los procedimientos son similares, aunque en los últimos años han sido objeto de importantes reformas.

La acción de urgencia prefectoral. En primer término, hay que referirse, en esta materia, a la acción de urgencia prefectoral (*déféré prefectoral*), creada por las leyes de descentralización en 1982. Esta acción permite al prefecto²⁰ recurrir por los actos de las autoridades descentralizadas —comuna, departamento o región—, que se estimen ilegales, ya sea de su propia iniciativa o por requerimiento de los administrados que se pretenden afectados por estos actos.²¹ El *déféré prefectoral* puede, incluso, afectar contratos celebrados con la autoridad pública.²²

²⁰ Desde un punto de vista histórico, la figura del prefecto nace con la Revolución Francesa y con la creación de los departamentos en el año VIII. Por cada departamento existía un prefecto, denominado en la época comisario de la República. Los prefectos son nombrados mediante decreto del presidente de la República en el Consejo de Ministros teniendo por base una proposición del primer ministro y del ministro del Interior. Actualmente los prefectos son representantes exclusivos del Estado en cada departamento. Sus atribuciones son variadas y de distinta naturaleza: políticas, policiales y administrativas. Véase De Laubadère, A.; Venezia, J. C., y Gaudemet, Y., *Traité de Droit Administratif*, t. I, París, LGDJ, 12ème, 1992, p. 89 y ss.

²¹ Con anterioridad a las leyes de descentralización era necesario en todo caso presentar una solicitud al prefecto y no existía la posibilidad de demandar directamente ante la jurisdicción administrativa la nulidad del acto administrativo. Véase CE, 26 de octubre de 1984, *commune d'Heume L'Eglise*, leb. p. 341. De Laubadère, Venezia y Gaudemet, *op. cit.* (No. 20), p. 227.

²² Sin embargo, comparando con la situación chilena, la problemática es analizada de manera distinta por la jurisdicción administrativa. En efecto, en general no se consideran como urgentes las materias que atingen a contratos o actos patrimoniales. El problema será resuelto en un proceso ordinario que dará lugar a indemnizaciones.

Esta acción está abierta a toda persona, pública o privada, moral o física, que puede dirigirse ante el prefecto para que éste haga llegar el acto estimado ilegal al Tribunal Administrativo. Si éste no acepta el *déféré*, el afectado puede demandar la nulidad del acto de rechazo del prefecto ante el Tribunal Administrativo por abuso de poder —CE 18 de noviembre de 1987, Marcy, RFDA 1988, p. 919, concl. Schrameck—. Sin embargo, el Consejo de Estado ha variado su jurisprudencia y establece actualmente que no procede la nulidad de la negativa prefectoral, ya que el afectado puede dirigirse directamente ante el Tribunal Administrativo —CE 25 de enero de 1991, Brasseur, D. adm. 1991—.

En el evento que un acto de alguna autoridad local afecte de manera grave el ejercicio de una libertad pública o privada, el *déféré prefectoral* posibilita demandar al presidente del Tribunal Administrativo, en un procedimiento de urgencia (48 horas), para la admisibilidad de la demanda (con fundamentos serios). En este caso, el juez recurrido debe examinarla en un plazo de 48 horas. La jurisprudencia ha estimado que existe un atentado a la libertad pública o individual en derechos tan disímiles como la libertad de circulación de vehículos, el derecho de ser socorrido en caso de riesgo físico, la libertad de reunión, el derecho de propiedad y la libertad de comercio y de industria.²³

El Consejo de Estado ha hecho una interpretación restrictiva de este medio de protección, seguramente con el objeto de evitar una inflación en el uso de esta vía procedimental.

La acción de ejecución clásica (sursis à exécution classique). La acción de *sursis* siempre es accesoria a la demanda que intenta anular una decisión administrativa. Necesariamente hay que presentar, previamente, una demanda de nulidad. Solamente las decisiones positivas o ejecutivas pueden ser objeto de una demanda de *sursis*. Las decisiones negativas no dan lugar a una ejecución susceptible de demanda, salvo que se trate de una decisión negativa que modifique una situación de derecho, por ejemplo: negativa de renovación de la carta de residencia que obliga un extranjero a abandonar el territorio francés. Por otra parte, se requiere que el acto impugnado cause un per-



²³ Estien, R., "Le sursis de 48 heures", en RDP, 1988, p. 743.

juicio cuya reparación sea difícil una vez ejecutado y se exige seriedad en los fundamentos de la demanda. Estas condiciones de fondo son apreciadas discrecionalmente por el juez. De ahí que no resulte fácil establecer una jurisprudencia al respecto. Incluso en materia de libertades públicas, si bien en este caso la tramitación es más expedita y simple, por cuanto las condiciones de fondo son compartidas, el carácter discrecional persiste. Los jueces lo ejercen para aceptar o negar la acción, lo que desemboca finalmente en un procedimiento más lento y, por ende, menos eficaz.

Para paliar este defecto, se han tomado dos series de medidas, por una parte, la creación de regímenes especiales de *sursis* y, por otra, la creación del procedimiento de suspensión.

En cuanto a los regímenes especiales, los estatutos de *sursis* especiales han sido creados por leyes más o menos recientes, entre los cuales podemos citar: Ley del 10 de julio de 1976, relativa a la protección de la naturaleza (*sursis* en caso de incumplimiento de estudio de impacto ambiental); Ley del 12 del julio de 1983, sobre la democratización de investigaciones públicas (*sursis* en caso de conclusiones desfavorables del comisario investigador), y, por último, Ley del 8 de febrero de 1995, que concierne la organización de la jurisdicción que incluye un régimen especial de *sursis* en materia de urbanismo (permiso de construcción).

Con respecto a la suspensión de la decisión administrativa, además de la creación de regímenes especiales, mediante la Ley del 28 de febrero de 1995 se creó este procedimiento que permite al presidente del Tribunal suspender, por un período máximo de tres meses, los efectos del acto impugnado mediante un *sursis*. En lo que dice relación con las libertades, este procedimiento resulta extremadamente útil, ya que se puede obtener una resolución en algunas horas.

La provisión de indemnización. Este procedimiento provisional permite obtener una indemnización rechazada por la administración, mientras el juez se pronuncia sobre el monto exacto del crédito. Para que se acceda a esta demanda se debe provisoriamente o de manera simultánea presentar ante el tribunal una demanda que exija que la administración sea condenada a pagar una suma de dinero y probar que la obligación pecuniaria no resulta controvertida, es decir, que la demanda es seria.

Es posible citar todavía los siguientes *référés*:

- El *référé* de instrucción. Esta acción permite pedir al presidente del Tribunal Administrativo que ordene todas las medidas conservadoras —medidas periciales u otras— o de instrucción. Hay que demostrar la utilidad de la medida solicitada para la solución del litigio en curso. No puede el presidente del Tribunal en caso alguno juzgar en parte o en su totalidad el litigio en sí mismo.
- Constatación urgente de hechos. Este *sursis* permite demandar al presidente del Tribunal la designación de un experto para constatar hechos de interés para el tribunal. La misión se encuentra circunscrita a una constatación fáctica que no implica una apreciación jurídica. Basta presentar una demanda ante el tribunal, en la que se demuestre que se trata de un hecho susceptible de dar lugar a un litigio ante la jurisdicción administrativa y, por otra parte, probar la urgencia de la constatación demandada. Esta urgencia se encuentra establecida si los hechos, atendida su naturaleza, pueden ser modificados o desaparecer.
- Orden de cumplimiento (*injonction d'exécution*). El juez administrativo puede ordenar imperativamente, bajo amenaza de sanciones, el cumplimiento de la decisión, lo que permite, en cierta medida, evitar la reacción de la administración ante la resolución jurisdiccional.

1.1.3.3 Los procesos entre particulares ante la jurisdicción judicial

Hemos examinado las acciones de urgencia que pueden interponerse ante la jurisdicción judicial y la jurisdicción administrativa. En lo que atañe a los procesos entre particulares sólo podemos encontrarlos ante la primera, puesto que en la segunda necesariamente existe una relación de verticalidad entre el Estado y los particulares.

Ahora bien, fuera del ámbito de protección por violaciones cometidas por la administración, parece necesario referirse a los procesos entre particulares, sin limitarse a los procesos de urgencia, sobre todo teniendo en cuenta que los litigios serán objeto de procedimientos ordinarios o comunes, en los cuales no se exige como condición de admisibilidad el fundamento de gravedad o que se afecte un derecho fundamental.

Dicho de otra manera, en los procesos entre particulares no se requiere como condición invocar un derecho fundamental lesionado, y en la práctica, la regla es que no se haga. Esto plantea el problema de la aplicación difusa de la Constitución y de los derechos que ésta garantiza. En efecto, los jueces no tienen obligación de justificar sus resoluciones esgrimiendo un determinado derecho garantizado en la Constitución o en la CEDH, a veces lo harán y otras simplemente se basarán en leyes que se refieren a éstos.

Si bien el análisis de esta materia necesita un estudio más detallado de la jurisprudencia, hay que destacar que las jurisdicciones francesas aplican, pero no de manera sistemática, la CEDH en estos procesos.²⁴

En suma, el debate constitucional entre particulares ante la jurisdicción judicial es escaso y difuso. Por una parte, porque los abogados no requieren fundamentar sus demandas echando mano a los preceptos de la Constitución o de la CEDH y, por otra, porque en la casuística los jueces intentarán, antes de fundamentar sus resoluciones en preceptos de jerarquía constitucional o supralegislativa, recurrir al texto legal. No creemos, por estas razones, que exista un importante debate constitucional entre particulares en la práctica forense francesa. La relación constitucional se restringe a una discusión, por ahora, meramente teórica y filosófica carente de resonancia en el derecho positivo francés, salvo ciertas excepciones.²⁵ Por cierto, esto no significa que tales derechos no tengan una aplicación en la resolución de los problemas, el punto es se realiza de forma mediada a través de los textos legales.

²⁴ Así, por ejemplo, el fallo de la Corte de Apelaciones de París, según el cual la resolución del contrato de arriendo y el lanzamiento de la arrendataria que ejercía la prostitución, no resulta contrario al artículo 8 de la Convención que garantiza el respeto a la vida privada y el domicilio. En el mismo sentido, el fallo de la Tercera Sala Civil de la Corte de Casación del 27 de febrero de 1991 establece que la indemnización por evicción ante negativa del arrendador de prorrogar el contrato de arriendo comercial no es contrario al artículo 1 del Protocolo adicional número 1.

²⁵ Un ejemplo lo constituye el fallo ya citado del TGI de Montpellier, que estima contrario a la CEDH los preceptos del Código Civil que discriminan contra el hijo adulterino en materia de derechos sucesorales. Si bien existe una aplicación de un precepto de jerarquía supralegislativa a un caso entre particulares, este fenómeno continúa siendo marginal en la jurisprudencia y casuística francesa.

1.1.4 La jurisprudencia y el precedente judicial

En Francia, al igual que el sistema jurídico chileno, las resoluciones judiciales sólo tienen fuerza obligatoria respecto de las partes involucradas y en la causa en que se pronuncian. Las sentencias de los tribunales carecen de efecto *erga omnes* y no constituyen un precedente obligatorio para las demás instancias judiciales. Sin embargo, si bien no existe la práctica del precedente judicial de la *common law*, la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa tiene una influencia importante en las decisiones de los tribunales inferiores.

Dicha jurisprudencia, entendida como el fruto de la labor de nulidad o casación ejercida por la Corte, a través de los denominados fallos de principios o la reunión de salas mixtas o el pleno, da como resultado una uniformidad de las resoluciones judiciales en casos de una misma naturaleza. En efecto, conociendo un recurso de casación en un asunto que ha suscitado la atención de la doctrina y de los tribunales, la Corte de Casación tomará partido y resolverá de manera definitiva el problema a través de un fallo de principio que se reconoce por la forma en que se redacta.²⁶ La uniformidad se logra también por medio de la reunión de las salas mixtas o del pleno. Cuando se presenta una solución contradictoria de un mismo asunto entre dos salas de la Corte de Casación,²⁷ el procedimiento implica una sesión especial con la formación plena de ambas salas en conflicto, que resolverán y unificarán su jurisprudencia.

Por último, cuando la Corte de Casación anula una sentencia de la Corte de Apelación, envía el asunto a otra distinta y si este segundo tribunal de apelación falla en el mismo sentido que la sentencia casada, procede necesariamente la formación del pleno de la Corte de Casación para resolver y determinar la correcta solución. En suma, si bien no existe precedente, la influencia de las sentencias de la Corte de Casación constituye jurisprudencia que, por regla general, es seguida por los tribunales inferiores.²⁸



²⁶ Estos fallos de la Corte de Casación serán el objeto de comentarios en las revistas jurídicas francesas que desarrollarán el contenido y la interpretación dada por la Corte Suprema.

²⁷ La Corte de Casación está formada por tres salas civiles, la primera y segunda, una sala comercial, una sala penal y una sala social.

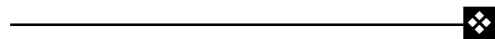
²⁸ La importancia de la jurisprudencia se manifiesta en los estudios de derecho. Si bien se mantiene la tradición de la clase magistral, cada curso tiene un taller de estudio particular de la jurisprudencia relevante atinente al tema tratado en el curso. Por lo demás, la Corte de Casación tiene un boletín oficial de sentencias que son elegidas cuidadosamente donde se publican aquellas que revisten un especial interés.

Ahora bien desde el punto de vista de la doble jurisdicción (administrativa y judicial), es evidente que no existe una vinculación entre ambas, basada en el principio de independencia. Es posible constatar diferencias en asuntos similares por ambas jerarquías.²⁹ Esta tendencia es criticable, sobre todo, en materia de derechos fundamentales. Sin embargo, es posible constatar la unificación progresiva de la jurisprudencia de los dos órdenes.

Un rol importante en esta progresiva unificación y acercamiento de las jurisdicciones francesas lo constituye la jurisprudencia de la Corte EDH, cuyas aristas pasamos a examinar en el siguiente acápite.

1.2 La protección de los derechos fundamentales por la Corte Europea de Derechos Humanos

Como se dijo, una descripción, aunque sea sumaria, del sistema francés de protección de los derechos fundamentales no puede dejar de lado una presentación del funcionamiento de la Corte EDH. Se debe tener en cuenta, además, que este órgano jurisdiccional puede, en ciertos aspectos, cumplir la función de un tribunal constitucional de control a posteriori. En relación con esta afirmación, provisoria, el examen comparativo de las estadísticas relativas al número de demandas presentadas ante la Corte por los diferentes Estados europeos parece particularmente significativa. Así, por ejemplo, comparando el caso francés con el español, resulta que en el período comprendido entre 1982 y 1992, Francia presentó 1.827 demandas; mientras que España, en el mismo período, sólo, 416. Las estadísticas de 1999 muestran que se presentaron 2.586 casos contra Francia, de los cuales sólo tuvieron curso 868. En el caso español se presentaron 315 y se tramitaron 225. Las estadísticas muestran que en el ordenamiento jurídico español la Corte Europea tiene una función menos importante que en el caso francés, en atención a la existencia del amparo constitucional español ante el Tribunal Constitucional.



²⁹ Un ejemplo significativo en materia de responsabilidad civil médica es la jurisprudencia que opone la Corte de Casación y el Consejo de Estado, respecto de la indemnización del alea terapéutico o accidentes médicos, admisible en la jurisdicción administrativa y rechazada en la jurisdicción judicial.

La precedente constatación muestra la importancia de la Corte EDH para el sistema de protección de derechos fundamentales en Francia y amerita su análisis y descripción.

1.2.1 Procedimiento y condiciones de admisibilidad

Las demandas pueden ser presentadas por un Estado miembro de la CEDH o por un particular. Los requerimientos de un Estado parte son independientes de la nacionalidad de las víctimas (art. 33 de la CEDH). Las demandas individuales, por su parte, pueden ser presentadas por toda persona física, organizaciones no gubernamentales (ONG) o cualquier grupo de particulares que se pretenda víctima de una violación, por alguna de las partes contratantes, de algún derecho reconocido en la CEDH o en sus protocolos (art. 34).

El demandante debe haber sido afectado por una medida estatal que lesione un derecho reconocido en la Convención de manera suficientemente directa. Por ejemplo, la Corte no puede ser requerida sobre la cuestión de saber si una legislación nacional se encuentra conforme a la Convención. El requerimiento sólo será examinado si el demandante demuestra que la sola existencia de dicha legislación repercute en su situación personal de manera constante y directa.³⁰ En el procedimiento ante la Corte, la intervención de un abogado sólo es necesaria una vez iniciada la fase de juzgamiento propiamente, por eso existe un sistema de asistencia jurisdiccional.

Ciertas condiciones de admisibilidad de la demanda atañen al Estado del demandado. Así, éste debe responder por los actos de los organismos que lo forman, incluso los jurisdiccionales, sin importar su jerarquía o su naturaleza —constitucional, legislativo o administrativo—. Tampoco tiene relevancia el territorio en que la resolución producirá efectos.³¹ El Estado es, también, responsable del incumplimiento de la obligación positiva de proteger los dere-



³⁰ Fallo de la Corte del 22 de octubre de 1981, caso Dudgeon. En éste, el demandante, homosexual, requería a la Corte, por estimar que la legislación británica, vigente en Irlanda, incriminaba la homosexualidad masculina consentida entre adultos; en este caso era admitida la acción.

³¹ Paradigmático resulta el caso Soering del 7 de julio de 1989, al establecer que la violación del artículo 2 de la Convención emana de la situación del demandante expuesto al síndrome del pasillo de la muerte en Estados Unidos, en la hipótesis que Inglaterra aceptara extraditarlo.

chos garantizados por la Convención respecto de cualquiera y, por cierto, respecto de particulares, lo que constituye una aplicación horizontal indirecta de los derechos fundamentales.

Esta aplicación horizontal indirecta forma parte de la jurisprudencia de la Corte³² y tiene particular relevancia en materia de vida familiar y privada, así como en el derecho de libertad de asociación. Esta jurisprudencia se inscribe y tiene su origen en la preocupación de la Corte desde sus inicios, bajo la presidencia de René Cassin, de lograr una protección concreta y efectiva de los derechos tenidos en cuenta en la CEDH y que originó el concepto de *obligación positiva*. Se trata de que los Estados respeten la CEDH en las relaciones interindividuales. Sin embargo, esta jurisprudencia ha ido evolucionando³³ y presenta un gran interés, ya que podría significar el sometimiento del derecho francés de contratos y obligaciones a un cierto orden público europeo susceptible de transformarlo profundamente.³⁴

Otra condición de admisibilidad, nada extraña a las jurisdicciones internacionales o supranacionales, es el agotamiento de todos los recursos internos, sin necesidad de que un precepto de la CEDH haya sido invocado en el proceso en cuestión ante la jurisdicción interna.³⁵ Esta condición se limita, sin embargo, sólo a los recursos idóneos y que signifiquen una verdadera oportunidad de obtener un resultado positivo. Esta forma de interpretar la condición se ve justificada, particularmente, cuando se trata del incumplimiento

³² Caso Young, James y Wester del 13 de agosto de 1981, en el mismo sentido X e Y contra Países Bajos del 26 de marzo de 1985.

³³ Sentencia B del 23 de noviembre de 1993 que condena el Estado francés por intervención telefónica realizada por un particular. Caso López Ostra contra España de la misma fecha, que examina si el Estado español tomó las medidas necesarias para proteger el derecho del demandante, cuyo requerimiento denunciaba un conjunto de empresas privadas que habían instalado una estación de reciclaje próxima a su residencia como constitutiva de un atentado a su vida privada y familiar.

³⁴ La jurisprudencia francesa utiliza la noción de orden público de manera amplia. Detrás ésta se protege en no pocas ocasiones derechos fundamentales. Su importancia se desarrolla profusamente con la tesis de Farjat sobre el orden público económico que hizo época en los estudios de derecho económico.

³⁵ Por ejemplo, un demandante que pretenda ante la jurisdicción francesa un desconocimiento de la libertad de prensa, garantizada por la L. del 29 de julio de 1981, o de opinión, enunciada en la Declaración de Derechos del Hombre de 1789, no tendrá obligación de citar el artículo 10 de la CEDH, que incluye y protege la libertad de expresión: caso Fressoz y Roire contra Francia del 21 de enero de 1999. Con este ejemplo, además, podemos observar cómo un derecho fundamental, primordial en un estado de derecho democrático, es protegido en tres fuentes de derecho jerárquicamente distintas en un mismo ordenamiento jurídico.

de las jurisdicciones nacionales de respetar un plazo razonable para dictar la correspondiente resolución.

Por último, la demanda individual será declarada inadmisible si la Corte la estima incompatible con las disposiciones de la Convención, alguno de sus protocolos o cuando sea manifiestamente infundada o abusiva. Mediante este medio la Corte se encuentra provista de un filtro que le permite examinar incluso el fondo del asunto en el trámite de la admisibilidad.³⁶

1.2.2 Fuerza obligatoria y cosa juzgada

Las decisiones de la Corte y del Consejo de Ministros tienen un carácter jurídicamente vinculante para los Estados contratantes en los litigios en que forman parte. Sin embargo, el Consejo es un órgano político.

Si bien las decisiones de la Corte no presentan el carácter de cosa juzgada absoluta, producen el efecto de cosa juzgada relativa. La fuerza obligatoria depende de lo que se diga en lo dispositivo y la motivación de la sentencia.

Los Estados miembro se encuentran obligados a cumplir las sentencias que incluyan la violación de un derecho fundamental, en virtud del artículo 53 de la CEDH, aunque son libres para elegir los medios idóneos de ejecución.

La doctrina ha señalado que los fallos de la Corte tienen fuerza obligatoria, pero no desde el punto de vista del cumplimiento. El Estado miembro se encuentra libre de corregir las violaciones que la Corte haya constatado con la toma de las medidas correspondientes.

La naturaleza de las medidas individuales de corrección depende del origen de la violación. Si ésta consiste en una indemnización, el Estado condenado la cancelará. Ahora bien, en caso que la cau-



³⁶ Se estimó inadmisible por la Comisión —antes de que fuera reemplazada por la Corte, según reforma del Protocolo número 11 de 1998—, en sentencia del 9 de mayo de 1990, la demanda de una mujer divorciada, sin profesión, madre de tres niños, que habitaba un inmueble social con electricidad, la cual había sido cortada por falta de pago y, por ende, se había interrumpido el servicio de calefacción; en virtud de ésta reclamaba que era objeto de un atentado a su vida familiar y de un tratamiento inhumano por parte del Estado francés. La extinta Comisión estimó que el Estado no se encontraba obligado a suministrar energía eléctrica gratuita ni tampoco a remitir la deuda —el servicio de electricidad constituye una empresa pública en Francia—.

sa de la violación sea un acto administrativo, el fallo de la Corte puede significar su anulación.³⁷

Además, la denuncia de un caso individual puede tener consecuencias generales. Así, en el caso *Berrehab*, el gobierno de los Países Bajos señaló que la jurisprudencia en materia de inmigración, que determinó la sentencia, sería aplicada en todos los casos similares. En caso de que sea cuestionada una ley por la decisión de la Corte, el texto legal debe ser modificado o derogado.

Por último, si el fallo de la Corte contradice la decisión de un tribunal interno, se plantea la pregunta de la cosa juzgada y su revisión. En ciertos casos, un recurso de revisión es declarado admisible luego de un fallo contradictorio de la Corte EDH con la jurisdicción interna.

Sin embargo, las decisiones tienen, a veces, un impacto aún más importante. La autoridad de un fallo va más allá de las medidas estrictas que le corresponde aplicar a la Corte en el caso de la violación de un derecho. Así en el caso *Norris contra Irlanda*, la Corte determinó que, al igual que en el caso *Marckx*, la decisión de la Corte producirá efectos que no se limitan al caso en especie, esto si se tiene presente que la violación resulta de los textos impugnados y no de medidas individuales de cumplimiento. Corresponde a Irlanda adoptar en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para conformarse a la obligación dispuesta en el artículo 53.

Por otra parte, la doctrina ha puesto de relieve la autoridad de la Corte para interpretar los preceptos de la CEDH. Los Estados miembro se encuentran vinculados por las interpretaciones establecidas por la alta jurisdicción internacional y su incumplimiento puede ser objeto de responsabilidad. De manera tal que una vez que la jurisprudencia de la Corte, en relación con un asunto determinado, se encuentra claramente establecida, el juez está obligado a aplicar el texto de la CEDH, según la interpretación dada por la jurisprudencia de la Corte. Esto no impide, por cierto, un margen de interpretación al arbitrio del juez, en atención a los hechos y al caso en particular.³⁸

³⁷ En el caso *Djéroud contra Francia* del 23 de enero de 1991, la mediación de la Corte condujo a la derogación de la resolución de expulsión del demandante y la atribución de una residencia temporal de diez años.

³⁸ Véase Marguenaud, J. P., "L'influence de la Convention Européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations", en *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Paris, Association H. Capitant, 1996.

Por último, el Comité de Ministros, encargado de vigilar los fallos de la Corte, acepta que un conjunto de decisiones jurisprudenciales internas concordantes sea suficiente y obligatorio, sin necesidad de una modificación legislativa. Esta resolución, que instaura una nueva práctica, establece que la jurisprudencia de la Corte puede invalidar una ley sin intervención del Legislativo, con lo cual pasa a constituirse en una fuente del derecho directa o formal.

Hemos establecido en las líneas precedentes una exposición de los distintos órganos jurisdiccionales que participan en la protección de los derechos fundamentales en el sistema jurídico francés. Dicha exposición merece una mirada crítica para detectar sus falencias y sus virtudes, tanto en la práctica como desde el punto de vista de la doctrina.

2. APRECIACIÓN CRÍTICA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN FRANCÉS³⁹

Primero, si la protección de los derechos fundamentales no corresponde, desde un estricto punto de vista jurídico, según hemos visto, a la protección de la supremacía de la Constitución, el efecto, sin embargo, desde el punto de vista de los derechos protegidos, es bastante similar.

Segundo, la existencia de la Corte EDH permite interrogarse sobre la real ventaja de tener una acción particular de protección y una jurisdicción especial en materia de derechos fundamentales, pero sin olvidar, como es evidente, que se trata de una jurisdicción supranacional que no puede asimilarse a una corte constitucional.

Por último, la diversidad de acciones presentes en el ordenamiento jurídico francés, tanto en el ámbito judicial como administrativo, da como resultado una protección bastante eficaz de los derechos fundamentales, lo que nos lleva a cuestionarnos sobre la necesidad de un control condensado y particular de éstos.

En efecto, el sistema francés, si bien no funciona de manera perfecta, lo hace y podría, por cierto, ser mejor. Las dificultades inciden



³⁹ La problemática del estudio de los derechos fundamentales desde la óptica constitucional no ha inquietado mucho a la doctrina francesa. Las fuentes sobre una visión global de protección de los derechos fundamentales son bastante restringidas. Por lo anterior es que en gran parte las críticas y, por cierto, los errores de apreciación que siguen son fruto de la reflexión de los autores.

en tres ámbitos de desigual trascendencia. En primer lugar, la lentitud o la inflación de acciones de urgencia, que podría ser solucionada con una mayor asignación de recursos. En segundo término, la necesidad de otorgar una tramitación más expedita y flexible ante las jurisdicciones comunes, teniendo como base un texto legal o la jurisprudencia dictada en materia de derechos fundamentales.⁴⁰ En fin, y en tercer lugar, se requiere también, nos parece, instar a un orden en la jurisprudencia y arribar a una teoría de aplicación de los derechos fundamentales, ya sea en lo que concierne al contenido material o a un método de aplicación específico por la jurisprudencia.⁴¹

Las dificultades del sistema de protección muestran, al parecer, que el interés de una jurisdicción específica no se justifica en la idea de protección de los derechos fundamentales o en la urgencia en la solución de los casos a que dan lugar —problemas cuya solución no parece problemática—, sino que el verdadero fundamento radica, más bien, en la necesidad de más coherencia en el contencioso ante las jurisdicciones ordinarias. La diversidad geográfica o material les otorga una aptitud, al menos teórica, para aprehender eficazmente esta coherencia fruto de la jurisprudencia constitucional.

Con todo, hay que constatar que la jurisdicción francesa, sea judicial o administrativa, logra en la práctica que los derechos en cuestión sean protegidos, sin tener mayor trascendencia la jurisdicción ni el fundamento de la misma —legal, constitucional o supraconstitucional—.

La efectiva protección tiene su origen en una antigua tradición de respeto de los derechos fundamentales bien arraigada en el *ethos* francés. La jurisprudencia del Consejo de Estado, por ejemplo, da prueba de la protección de los administrados frente a las violaciones de libertades públicas por la administración y ha creado, en no pocas oportunidades, principios que servirán como fuente de protección.⁴²

⁴⁰ Esto no resultaría una novedad para las jurisdicciones francesas, que han sabido derogar plazos legales de prescripción invocando el derecho a un recurso efectivo establecido en la CEDH.

⁴¹ Véase Champeil-Desplats, V., "La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français", en *D.*, París, Dalloz, 1995, p. 327.

⁴² Philippe, X., *Droit administratif des libertés*, París, Económica, 1998. Los principios generales establecidos por el juez desde comienzos del siglo XX constituyeron una fuente importante de libertades públicas, cuando el control jurisdiccional de las leyes no existía. Sirvieron para remediar las insuficiencias de la aplicación de la jerarquía de normas cuando su aplicación era imperfecta. Así, entre otros ejemplos, el Consejo de Estado ha desarrollado una importante jurisprudencia sobre el derecho de

Por su parte, la Corte de Casación no se ha quedado atrás. Basta mirar la jurisprudencia que se refiere a la libertad individual — control de identidad, por ejemplo—, violación del derecho a la vida privada y el principio de no discriminación. La creciente intervención en materia contractual, que recurre a la noción de orden público, confirma esta tradición protectora. Sin embargo, en general, cuando el caso involucra un aspecto patrimonial, la jurisprudencia no considera necesario asignar una tramitación de urgencia. En suma, si bien los derechos fundamentales tendrán alguna incidencia, no lo será por medio de una acción de urgencia, sino en un juicio ordinario, donde corresponde analizarlo.⁴³

El sistema de protección, como observamos, funciona también gracias a la diversidad de procedimientos, dentro de los cuales encontramos los de urgencia, que si bien son imperfectos, principalmente en materia administrativa y cuya reforma está en estudio, cumplen eficazmente el imperativo de rapidez.

Ahora bien, las jurisdicciones de derecho común practican una verdadera selección fáctica de los casos y dan prioridad a aquellos en que se encuentra verdaderamente involucrada la lesión a un derecho fundamental que requiera una tramitación más expedita. Si bien el procedimiento ordinario en Francia tiene una duración promedio de tres años, demasiado extensa para la jurisprudencia de la CEDH, dicho tiempo no tiene una aplicación homogénea. En derecho administrativo, por ejemplo, los procedimientos de urgencia y de cumplimiento han mejorado y se encuentran en proceso de reforma, pese a su complejidad e insuficiencia; además, la interpretación antes restrictiva del Consejo de Estado, destinada a evitar



huelga y ha aplicado en esta materia el principio de igualdad ante los servicios públicos. Sobre todo en la jurisprudencia relativa a la protección de extranjeros, cada día más protectora, el juez administrativo ha hecho su labor creadora como una forma de paliar la precariedad de los textos legales. Una aplicación concreta de esta jurisprudencia es posible constatar en materia de asilo. El fallo de la Asamblea señala que "sin limitarse a una interpretación literal del texto, pensamos que existe un principio subyacente que se deduce necesariamente y en virtud del cual aquel que reclama la calidad de refugiado tiene derecho, por regla general, de residir provisoriamente en el territorio hasta la resolución de la petición de asilo. Esta solución ha sido acogida por el Tribunal Constitucional (CC, 93-325, DC 13 de agosto de 1993, L. sobre inmigración y estadía de extranjeros en Francia). El Consejo de Estado ha establecido con anterioridad al Tribunal Constitucional el derecho a una vida familiar normal (CE, Ass. 8 de diciembre de 1978).

⁴³ Sobre las ventajas e inconvenientes de esta diversidad y falta de rapidez de los procedimientos, Rivero, *Les libertés publiques*, op. cit. (No. 2); Charvin, R.; Sueur, J. J., y Reydellet, M., *Droits de l'homme et liberté de la personne*, París, Litec, 2002.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(2): 17-57, julio-diciembre de 2003

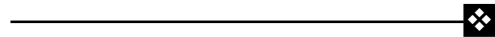
una inflación de acciones, ha ido variando de manera significativa. El *déféré préfectoral* en materia de violación de un derecho fundamental permite al juez hacer respetar la libertad en cuestión, antes de que el acto se haya llevado a cabo. Se trata de evitar su ejecución ante la amenaza de lesión de un derecho fundamental.⁴⁴

En lo relacionado con la Corte EDH, una de las críticas consiste en la imposibilidad o en la dificultad de acceso por parte de los particulares. Esta limitación transforma la Corte en un tribunal de excepción. Todavía se critica que, incluso en las jurisdicciones internas, el acceso se encuentra limitado, pese a la pluralidad de procedimientos que existen en derecho común.

Se señala que no todos los sujetos de derecho tienen acceso y, hay que reconocer que las posibilidades que ofrecen los procedimientos de derecho común son insuficientes, salvo en el ámbito de la urgencia y de los procedimientos de *référé*, cuya práctica si bien está lejos de estar exenta de críticas, pareciera tener un resultado satisfactorio.⁴⁵

Prueba de la validez de la precedente crítica es el estudio de las sentencias contra el Estado francés por incumplimiento de un plazo razonable en el dictamen de las sentencias o por no tener el particular derecho a un recurso efectivo ante las jurisdicciones.⁴⁶

Otra ilustración en materia administrativa está dada por las acciones comunes ante un tribunal de esta clase, que tarda dos años aproximadamente, y la sentencia del Consejo de Estado, que demoraba dos años en 1991. Las decisiones, además, de manera frecuente, se dictan basadas en reglas de forma, lo que priva de flexibilidad a las acciones y de la necesaria simpleza en la protección de derechos más sensibles de aquellos regularmente protegidos. Para paliar estas críticas, numerosas reformas, sobre todo en derecho administrativo, se encuentran en discusión o ya se han dictado.



⁴⁴ Por ejemplo, la suspensión de una prohibición de *stands* políticos en una feria (TA Orléans, Ord., 3 de octubre de 1985).

⁴⁵ Con todo, los procedimientos de urgencia no están exentos de crítica. En particular, la exigencia en el *référé* clásico de probar la ausencia de una contestación sería impide que éste solucione todos los problemas. Por otra parte, la dificultad de un particular de justificar la urgencia en el *référé d'heure à heure* y cumplir las formalidades necesarias aminoran el acceso a la justicia.

⁴⁶ Los procedimientos, excluidos los de urgencia ante los tribunales del trabajo, son de una larga duración y desfavorables para el trabajador. Éste, por regla general, se defiende solo, sin disponer de una información necesaria para una defensa eficaz de sus derechos.

Así, el procedimiento de apremio en derecho administrativo se modificó en 1991, para darle mayor eficacia. La acción de cumplimiento, primordial, ha sido ampliada, en virtud de la Ley del 8 de febrero de 1995. En el mismo sentido, una reforma a la acción de urgencia administrativa se encuentra en discusión. Sin embargo, estos ajustes no pretenden realmente, por el momento, crear un procedimiento propio a la protección de los derechos fundamentales, sino reforzar los procedimientos ordinarios y de urgencia accesibles por medio de cualquier acción.

Otra constatación interesante es que el contencioso, al igual que las acciones, es diverso, y no existe una focalización sobre algún o algunos derechos en particular. No ocurre, como en el caso chileno, una *propietización* de la protección de los derechos fundamentales. Hay, sin embargo, un importante contencioso civil relativo al derecho y respeto a la vida privada fundado en el artículo 9 del Código Civil. También en relación con el derecho a la integridad física, que ha dado lugar a una jurisprudencia interesante atinente a la bioética y la responsabilidad médica, es frecuente, por lo demás, encontrar invocado el derecho a la intimidad en materia de contratos, al igual que el derecho a no ser discriminado —fundado en el principio de igualdad—, y, por cierto, la libertad de expresión.

El contencioso administrativo se centra en el derecho a la huelga, así como en el reagrupamiento familiar, que afecta a los extranjeros y que centra el debate en el derecho a la vida privada. Aunque menos numerosos los conflictos relativos a derechos y obligaciones —derechos personales, el derecho al trabajo, a la salud—, existe alguno contencioso. Dicho de otra manera, los derechos mencionados son aquellos que dan lugar a la mayor parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado y que son objeto de estudio por la doctrina en las revistas especializadas.⁴⁷

En Francia, los abogados expanden de manera bastante rápida el recurso a la CEDH ante las jurisdicciones francesas. Si bien la práctica francesa es distante frente a la Constitución, cuestión distinta ocurre con la jurisprudencia de la CEDH.



⁴⁷ No fue posible encontrar estadísticas que determinen el contencioso según los derechos invocados. Sin embargo, la bibliografía general, manuales y tratados y las revistas dan noticia principalmente de estos derechos. Esto no quiere decir que respecto a otros no exista un contencioso, sólo que la doctrina no se interesa mucho por su estudio.

Un fenómeno interesante es aquel que afecta al Estado francés a partir de esta referencia creciente a la jurisprudencia de la Corte, cuya diversidad tiene su origen, a su turno, en una pluralidad de sistemas jurídicos. Este fenómeno consiste, indirectamente, en la unificación del fundamento jurídico que justifica las sentencias internas. El principio de proporcionalidad, por ejemplo, piedra angular del derecho administrativo, tiende a expandirse en todas las jurisdicciones. Sin embargo, este fenómeno no está libre de críticas. Por lo demás, si bien existe una armonía, ésta no significa unificación, ya que los tribunales mantienen autonomía y tradiciones no siempre equivalentes.⁴⁸

Ahora bien, en el ámbito interno la dualidad de jurisdicción genera un sistema bastante complejo, debido a la difícil repartición de competencias, lo que desencadena un problema de eficacia de la acción. Además, la multiplicación de procedimientos constituye también un factor de riesgo ante la necesaria coherencia en materia de derechos fundamentales. Resulta difícil determinar una línea de jurisprudencia en relación con los derechos fundamentales. Este problema está vinculado con la ausencia de una jurisdicción especial. Todavía se debe tener presente que se trata de una jurisdicción común, lo que implica una doble dificultad. En primer lugar, existe una dificultad para determinar cuál es el texto que se invoca y que sirve de fundamento a la decisión judicial o administrativa. Esto impide elaborar una jurisprudencia unitaria y coherente. En segundo lugar, la jurisdicción común no es competente para originar una jurisprudencia constitucional. Sin embargo, los tribunales franceses logran este objetivo a través de un control de conformidad al aplicar los preceptos de la CEDH.⁴⁹

El recurso a la CEDH para ejercer un control constitucional posee un doble interés. Por una parte, la Corte EDH puede, en cierta medida, obligar al Estado francés a reformar los procedimientos, de

⁴⁸ Cohen, G., "La place de la Convention Européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français", en *Le droit français et la Convention Européenne des droits de l'homme 1974-1992*, Strasbourg, Kehl Arlington, 1994, pp. 1 y s.; Essen, M. A., "L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme", en Rousseau, D. y Sudre, F., *Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, París, STH, 1990, p. 137; Rivero, *Les libertés publiques*, op. cit. (No. 2); Israel, J. J., *Droit des libertés fondamentales*, París, LGDJ, 1998.

⁴⁹ Véase De Bechillon, D., "De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire", en *RFD adm.*, vol. 14, No. 2, marzo-abril, 1998.

tal manera que éstos resulten más eficaces y expeditos en materia de protección de derechos fundamentales. El carácter supranacional de la Corte y el hecho de que se trate de una jurisdicción de excepción contribuye a la influencia que ésta puede tener en los procedimientos internos, la cual se puede manifestar en algunos ámbitos sensibles respecto de los cuales el Estado francés ha sido condenado. En particular, la excesiva duración de los procesos y la falta de recursos idóneos en ciertos procedimientos.

En suma, la jurisprudencia de la CEDH, sin contar el impacto político, permitiría una corrección de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales sin necesidad de una reforma legislativa. Por otra, la integración de la Corte EDH al sistema francés beneficia directamente a los particulares, en el sentido que su jurisprudencia contribuye a una unificación y a una regulación más sistemática de los derechos fundamentales. En efecto, la unificación contribuye a la seguridad jurídica.

Además, se reconoce mediante esta vía una protección suplementaria a los derechos fundamentales, lo que da lugar a una coherencia jurídica, pero sobre todo facilita la base para una teoría de los derechos fundamentales. Hay que destacar la especialidad que puede significar el método jurisprudencial de resolución de un conflicto entre dos derechos fundamentales y reconocer que no se trata de aplicar simplemente una regla a un caso específico, ni tampoco limitarse a la interpretación del precepto.

Cuando el juez se enfrenta a esta situación, debe realizar un verdadero *balancing* de los derechos en cuestión, lo que genera una flexibilidad y una discusión característica de las jurisdicciones constitucionales. Este método de discusión y de elaboración, que puede aplicarse al contencioso de derechos fundamentales ante las jurisdicciones de derecho común, beneficia directamente al particular que se estima lesionado. Su adopción, que constituye una manifestación del arbitraje en un sentido amplio, orienta al Estado para que lo asuma en una perspectiva extensiva de homogeneidad internacional similar a la del Tribunal Constitucional y, en general, a la constitucionalización de los sistemas jurídicos occidentales.

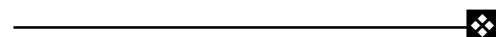
Ahora bien, el estudio de la jurisprudencia francesa muestra que la Corte EDH y su jurisprudencia, en gran medida, confirman una ya existente y aplicada por los tribunales franceses. No es por casuali-

dad que el Estado francés ha sido condenado principalmente por infracciones que podemos denominar procedimentales, que si bien afectan derechos fundamentales, están asociados con una excesiva demora en los procesos. La Corte de Casación, el Consejo de Estado y el Tribunal Constitucional han hecho aplicación de la jurisprudencia supranacional de derechos humanos y de los preceptos de la CEDH en reiteradas ocasiones. Por lo anterior, no cabe ninguna duda de que dichas fuentes forman parte del ordenamiento jurídico francés, lo que significa un acercamiento, a su turno, de la jurisprudencia de ambas cortes supremas, según vimos.

El interés de la Corte EDH, en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, parece cierto y puede permitir un sistema relativamente autónomo de protección, más flexible en lo que se refiere al procedimiento y en lo que concierne al método. Si se considera la influencia que puede significar la aplicación de su jurisprudencia y el recurso para movilizar su jurisdicción, podemos interrogarnos sobre la efectividad de su funcionamiento.

A pesar de la necesidad de agotar los recursos internos antes de requerir la Corte, en 1999 hubo más de dos mil requerimientos —de esta cantidad cabe descontar aquellos que son declarados inadmisibles y los abandonos o desistimientos— y la duración promedio de un proceso ante la Corte fue de cinco años.⁵⁰ No se trata en ningún caso de un procedimiento de urgencia. En realidad, la Corte EDH, por no encontrarse destinada a conocer solamente un contencioso excepcional, corre el riesgo de no poder impedir violaciones de derechos fundamentales en casos de urgencia y, por ende, limitarse en este caso a una función reparadora. Difícil resulta para la Corte Internacional detectar las situaciones que revisten una gravedad que amerite la urgencia y efectividad de un procedimiento rápido.

El precedente análisis nos lleva a la siguiente conclusión. La elaboración de una jurisprudencia uniforme parece necesaria para lograr una eficacia en materia de protección de los derechos fundamentales en un determinado sistema jurídico. Esto es importante, a fin de cumplir dicha función, teniendo en cuenta tanto las opiniones de la doctrina y los resultados observados como la existencia de una acción que pue-



⁵⁰ Sitio web de la Corte EDH, <http://www.echr.coe.int>

da presentarse ante una jurisdicción de excepción. Los tribunales de derecho común, según hemos visto, pueden ser tímidos ante una norma de jerarquía superior, ante las cuales no tienen todos la misma legitimidad, o al menos, no de manera indiscutible para interpretarla. Por esto, la acción ante la Corte EDH parece indispensable y su desarrollo constituye un avance en el sistema francés.

Ahora bien y, en segundo lugar, parece que la jurisdicción constituida por la Corte europea —y esta observación puede extenderse a una acción constitucional— no debe estar destinada a conocer todo el contencioso de derechos fundamentales. Por lo demás, una jurisprudencia coherente en la materia no obtiene mejores resultados si está enterada del asunto en un procedimiento de urgencia. Los tribunales de derecho común están en capacidad de asumir perfectamente esta función, ya que la uniformidad de sus decisiones se encuentra, teóricamente, asegurada e incluso sancionada por la jurisprudencia mencionada. Una muestra de este hipotético sistema de trabajo jurisdiccional lo da la doctrina.

En relación con el derecho a un proceso equitativo (art. 6 de la CEDH), y por tratarse de un derecho que será lesionado ante un órgano jurisdiccional, se plantea la posibilidad de crear un procedimiento rápido y especial que trate los reclamos que lo involucren. Más aún en el caso francés, los requerimientos ante la Corte europea implican, en su gran mayoría, un atentado contra éstos.

Por último, y teniendo alguna claridad sobre la importancia del sistema europeo para el ordenamiento jurídico francés, cabe interrogarse acerca de sus perspectivas en el tiempo. En efecto, es posible que los Estados miembro, y en particular Francia, prefieran una acción constitucional nacional, puesto que las sentencias condenatorias por parte de la Corte supranacional no son bien aceptadas por los Estados, sobre todo cuando consideran la soberanía nacional. Esta constatación nos recuerda el debate existente en Francia sobre la posibilidad de un requerimiento de los particulares ante el Tribunal Constitucional, que esgrime una excepción de inconstitucionalidad. Sin embargo, esta posibilidad resulta complicada debido a la composición política y la tradición jurídica de esta institución.⁵¹



⁵¹ Luchaire, F., *Le Conseil Constitutionnel*, París, Economica, 1980; "Le Conseil Constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen", en *Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. II, París, LGDJ, pp. 563 y ss.; Lavroff, D., "Le Conseil Constitutionnel et la norme constitutionnelle", en *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, París, Grenoble, PUG, 1995, pp. 347 y ss.

3. PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO FRANCÉS

Los procedimientos no contenciosos están representados por los modos de resolución no jurisdiccionales. Estas formas resultan insuficientes para la protección de los derechos fundamentales. En realidad, no suprimen la intervención del juez como garante, sino que constituyen una garantía suplementaria. Mediante estos procedimientos se pretende alcanzar una solución rápida y mejor adaptada al caso en cuestión, aparte de que se intenta lograr un mayor acercamiento de la administración al ciudadano. Es posible constatar dos categorías de recursos de este tipo, aquéllas ejercidas ante las autoridades administrativas independientes y las que se presentan ante el mediador de la República.

3.1 Acciones ante la autoridad administrativa independiente

Las autoridades administrativas independientes se caracterizan por su autonomía frente a la administración. Si bien forman parte de ésta, no se encuentran sometidas a su autoridad. Las decisiones que emiten sólo pueden ser controladas por un tribunal. Su desarrollo comienza en la década de los setenta. La ventaja que presentan para el ciudadano es la rapidez de la decisión y un amplio poder de decisión. Con todo, las resoluciones adoptadas por estos organismos son susceptibles de un recurso ante el juez común. Podemos citar, sin entrar en el detalle, el Consejo Superior Audiovisual (CSA), que protege la libertad de comunicación, así como el Consejo de Competencia,⁵² encargado de la libertad económica y el control de la competencia. Existen, aunque con una menor importancia práctica, la Comisión Informática, la Comisión de Acceso de Documentos Administrativos y otras.

3.2 El mediador de la República

El mediador de la República fue creado en 1973, aunque sólo en 1989 asumió este calificativo. Atípico en el sistema de garantía de

⁵² El Consejo de la Competencia, cuyo símil chileno es la Comisión Antimonopolio, tiene una gran importancia económica. Su jurisprudencia es materia de estudio por los comercialistas y sus resoluciones son susceptibles de apelación ante una sala especializada de la Corte de Apelaciones de París.

libertades fundamentales e inspirado por el protector del pueblo (*ombudsman*) escandinavo posee una doble misión.

Por una parte, propone reformas a la administración, a partir de sus observaciones fácticas, y, por otra, tiene la tarea de buscar soluciones amigables a los disfuncionamientos que se le presenten por requerimiento individual. Los legitimados activos son todos los particulares, las personas jurídicas, entes públicos locales, y pueden también actuar de oficio. La característica particular de su intervención es que no se encuentra destinado a aplicar una regla jurídica, sino a buscar una solución basada en la equidad o en el sentido común. El mediador emite recomendaciones al ente administrativo, objeto del requerimiento, sea que la demanda tenga o no una naturaleza jurídica. Los requeridos por éste deben rendir un informe sobre el cauce de sus demandas. Sus poderes son bastante amplios y pueden denunciar el caso en sede jurisdiccional cuando no reciba respuesta del requerido o no se ejecuten las acciones correspondientes.

Esta institución, en la práctica, tiene una creciente aplicación; ya que especial importancia revisten las soluciones del mediador, que no considera reglas jurídicas válidas por estimarlas absurdas o inaplicables. Es decir, cuando la regla de derecho no logre resolver el problema, lo que muestra la necesidad en un sistema de protección de crear ciertos mecanismos alternativos de protección de los derechos fundamentales.

4. EL DERECHO DE PROPIEDAD

Según dijimos, no existe una fijación de la jurisprudencia respecto a un determinado derecho fundamental. La propiedad ocupa un ínfimo campo de aplicación en acciones que pretendan amparar un derecho fundamental. Hay que tener en cuenta, además, que la clasificación entre cosas corporales e incorporeales reconocida en el Código Civil chileno no encuentra cabida en el Código Civil francés.

La doctrina la acoge, como lo hiciera Gayo en las *Institutas*, con un fin propedéutico o de sistematización. Por esto, tanto la jurisprudencia como la doctrina desconocen un contencioso sobre el derecho de propiedad, entendido como un instrumento de resguardo de los demás derechos. Cada uno presenta una autonomía respecto del otro, sin que alguno de ellos se eleve como el principal guardián o hermano mayor. En suma, en la jurisprudencia francesa no

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(2): 17-57, julio-diciembre de 2003

existe una especial atención por el derecho de propiedad considerado como derecho fundamental. Por cierto que éste presenta un interés esencial como el principal derecho patrimonial. Sin embargo, el contencioso se desarrolla ante las jurisdicciones comunes y, sobre todo, para resolver a quien corresponde la titularidad, ya sea sobre bienes corporales o incorporeales.

Por otra parte, el reconocimiento del valor constitucional del derecho de propiedad sólo lo hizo el Tribunal Constitucional en 1982, a propósito de las leyes de nacionalización que estaban en discusión en el inicio del primer septenario de Mitterrand. Esta decisión, sobre la cual existe una abundante bibliografía,⁵³ recurre a la Declaración de 1789 (art. 4), para establecer la jerarquía constitucional del derecho de propiedad. Hasta antes de la citada decisión y, en realidad, durante todo el siglo XX, y principalmente luego de la Segunda Guerra, el derecho de propiedad y sus atributos vivían un declive considerable ante la intromisión de la ley.

Basta mencionar como ejemplo que en materia de competencia la ley francesa no establecía la libertad de precios, y el poder reglamentario podía determinarlos en ámbitos sensibles del punto de vista social. Por esto el reconocimiento constitucional del derecho de propiedad por el Tribunal Constitucional transforma a éste en su último e inesperado guardián.⁵⁴ Sin embargo y, según hemos dicho, este reconocimiento tiene una incidencia menor en las jurisdicciones comunes. En el evento que exista una ley aplicable, que pueda ser considerada inconstitucional, los jueces, según la jurisprudencia de ambas cortes supremas, están obligados a aplicarla por carecer del poder de substituirse a la labor del Tribunal Constitucional.



⁵³ Hamon, L., "Les nationalisations devant le Conseil Constitutionnel", en *D.*, París, Dalloz, 1983 p. 79; *D.* 1983, p. 169, note Hamon; *RDP*, 1982, p. 377, note Favoreau; Luchaire, F., "Doctrine, nécessité ou poésie?", en *Nationalisations et Constitution*, París, Económica-PUAM, 1982, p. 65; Mestre, J., "Le Conseil Constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété", en *D.*, París, Dalloz, 1984, pp. 1 y s.; Nguyen Quoc, V. y Franck, C., en *JCP*, 1982. II. 19788; Rivero, J., "Ni lu ni compris?", en *AJDA*, 1982, p. 209.

⁵⁴ Con esta decisión, según algunos, se desmiente el discurso de decadencia del derecho de propiedad y se puede hablar de la necesidad de "una renovación de la théorie de la propriété", Zenati, F., "Pour une rénovation de la théorie de la propriété", en *RTD civ.*, 1993, pp. 304 y ss.; "Sur la constitution de la propriété", en *D.*, París, Dalloz, 1985, p. 174; cfr. Luchaire, F., "Les fondements constitutionnels du droit civil", en *RTD civ.*, No. 244, 1982, especialmente pp. 266 y ss.; contre Savy, R., "La constitution des juges", en *D.*, París, Dalloz, 1983, chr., pp. 105 y ss. Véase también, Bouyssou, F., "Les garanties supralégislatives du droit de propriété", en *D.*, París, Dalloz, 1984, p. 231. Para el estudio del problema en su conjunto consultar la excelente tesis de Molfessis, N., *Le Conseil Constitutionnel et le droit privé*, París, LGDJ, 1997, pp. 47 y ss., que plantea una opinión crítica de las interpretaciones de la decisión del Tribunal Constitucional. Para este autor la jurisprudencia de la jurisdicción constitucional muestra que el derecho de propiedad debe inclinarse ante el interés general.

BIBLIOGRAFÍA

- Bouyssou, F., "Les garanties supralégislatives du droit de propriété", en *D.*, París, Dalloz, 1984, p. 231 y ss.
- Cohen, G., "La place de la Convention Européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français", en *Le droit français et la Convention Européenne des droits de l'homme 1974-1992*, s. l., s. e., 1993.
- Champeil-Desplats, Véronique "La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français", en *D.*, París, Dalloz, 1995, p. 323.
- Charvin, R.; Sueur, J. J., y Reydellet, M., *Droits de l'homme et liberté de la personne*, París, Litec, 2002.
- De Bechillon, D., "De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire", en *RFD adm.*, vol. 14, No. 2, marzo-abril, 1998.
- De Laubadère, A.; Venezia, J. C., y Gaudemet, Y., *Traité de Droit Administratif*, t. I, París, LGDJ, 12ème, 1992.
- Drago, G., *L'exécution des décisions du Conseil Constitutionnel*, París, Económica PUAM, 1991.
- Essen, M. A., "L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme", en Rousseau, D. y Sudre, F., *Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, París, STH, 1990.
- Estien, R., "Le sursis de 48 heures", en *RDP*, 1988.
- Favoreau, L., "Universalité des droits fondamentaux et diversité culturelle", en *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Francia, Colloque international de Port-Louis, 1993.
- Hamon, L., "Les nationalisations devant le Conseil Constitutionnel", en *D.*, París, Dalloz, 1983.
- Israel, J. J., *Droit des libertés fondamentales*, París, LGDJ, 1998.
- Lavroff, D., "Le Conseil Constitutionnel et la norme constitutionnelle", en *Mélange en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Grenoble, PUG, 1995.
- Luchaire, F., *Le Conseil Constitutionnel, La jurisprudence*, t. II, París, Económica, 1998.
- _____, "Les fondements constitutionnels du droit civil", en *RTD civ.*, No. 244, 1982.
- _____, *Le Conseil Constitutionnel*, París, Económica, 1980.
- _____, "Doctrines, nécessité ou poésie?", en *Nationalisations et Constitution*, París, Económica-PUAM, 1982.
- _____, "Le Conseil Constitutionnel et la protection des droits et

- libertés du citoyen”, en *Mélange offerts à Marcel Waline*, t. II, París, LGDJ, 1974.
- Marguenaud, J. P., “L’influence de la Convention Européenne des droits de l’homme sur le droit français des obligations”, en *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, París, Association H. Capitant, 1996.
- Mestre, J., “Le Conseil Constitutionnel, la liberté d’entreprendre et la propriété”, en *D.*, París, Dalloz, 1984.
- Molfessis, N., *Le Conseil Constitutionnel et le droit privé*, París, LGDJ, 1997.
- Nguyen Quoc, V. y Franck, C., en *JCP*, 1982.
- Philippe, X., *Droit administratif des libertés*, París, Económica, 1998.
- Pizarro Wilson, C., “Los contratos y los derechos fundamentales. Una mirada a la drittwirkung”, en *Gaceta Jurídica*, No. 221, 1998, pp. 7-21.
- “Propositions pour une révision de la Constitution, Comité consultatif pour la révision de la Constitution”, presidida por M. Vedel, en *Documentation française coll.*, rapports officiels, 1993.
- Rivero, J., *Les libertés publiques. Les droits de l’homme*, t. I, París, PUF, 1995.
- _____, “Ni lu ni compris?”, en *AJDA*, 1982.
- Savy, R., “La constitution des juges”, en *D.*, París, Dalloz, 1983.
- Terré, F., “Sur la notion des droits et libertés fondamentaux”, en *Droits et libertés fondamentaux*, París, Dalloz, 1996.
- Zenati, F., “Pour une rénovation de la théorie de la propriété”, en *RTD civ.*, 1993. _____, “Sur la constitution de la propriété”, en *D.*, París, Dalloz, 1985.

