

GASTON JÈZE

*Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Paris*

PRINCIPIOS GENERALES  
DEL  
DERECHO ADMINISTRATIVO

I

LA TÉCNICA JURÍDICA DEL DERECHO PÚBLICO FRANCÉS



CASTRO E BARROS

JOS. BIENO DE AGUIAR  
EDUARDO C. DA SILVA PRADO  
QUARTE PEQUENO DE CASTRO  
ADVOGADOS  
Rua A. Bento, 107 - S. Paulo



EDITORIAL DEPALMA BUENOS AIRES

1948

1185

## PREFACIO DEL AUTOR A LA EDICIÓN ARGENTINA

I. — Esencialmente, esta obra es una exposición de principios. Tiene por objeto exponer cuáles son los principios de derecho público en que se inspiran los tribunales franceses, en la actualidad, para resolver los litigios llevados ante ellos. Dichos principios, que se han establecido poco a poco, especialmente en la primera mitad del siglo xx, gracias a la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, el más alto tribunal administrativo, guardan correspondencia con el estado político, social y económico de la Francia contemporánea.

Es dable encontrar numerosos Estados extranjeros que tienen una estructura económica, social y política que se asemeja mucho a la de Francia. Los problemas jurídicos que se suscitan en esos países, se parecen a los que el Consejo de Estado francés tiene que resolver. Desde luego, los principios del derecho público francés actual pueden ser y son tomados en consideración.

La experiencia personal de todo lo expuesto ha sido hecha por mí un buen número de veces. Consultado sobre problemas planteados en el extranjero, he debido proponer soluciones a las que conducía la aplicación de los principios del derecho público francés, soluciones que han sido adoptadas por las más altas jurisdicciones extranjeras.

Todo el mérito pertenece al Consejo de Estado francés, a su ciencia jurídica, a su agilidad, a su espíritu

realista y positivo. Por eso es que en esta obra he procurado exponer esta jurisprudencia y hacer su síntesis, bajo el título de *Principios generales del derecho administrativo*.

II. — Que nadie espere hallar en este libro un tratado de derecho administrativo aplicable a todos los países. Por otra parte, eso no existe. Cada Estado tiene su derecho público propio, su derecho administrativo particular. Es el caso, especialmente, de la República Argentina. Se han publicado obras excelentes de derecho administrativo argentino. Citaré, a título de ejemplo, y entre otros, los magníficos estudios de mi amigo de muchos años el profesor RAFAEL BIELSA, sabio jurista cuya reputación sobrepasa las fronteras de la República Argentina.

III. — El derecho administrativo francés es una creación del Consejo de Estado, actuando como tribunal administrativo. En Francia no existe código administrativo. Los principios de este derecho han sido desarrollados paulatinamente por los numerosos fallos dictados con motivo de otros tantos litigios. No existen reglas rígidas, como las insertas en los códigos. El Consejo de Estado va introduciendo reformas, a medida que se producen cambios en las condiciones generales, económicas y sociales. Así, el derecho administrativo francés evoluciona constantemente, y siempre se halla adaptado al medio. Ésta es una de las características de ese derecho.

Pero no es cuestión de cambiar de método y de codificar estas reglas. La codificación obstaculiza la evolución. Sería un obstáculo para el progreso. Los Parlamentos resultan, por otra parte, incapaces de formular los principios. Únicamente los juristas pueden tener

éxito, a condición de proceder por reformas sucesivas. Esto es sobre todo verdadero para el derecho administrativo.

IV. — El derecho administrativo tiene por objeto formular las reglas *especiales* que convengan para el buen funcionamiento de los servicios públicos. Los tiempos modernos se distinguen por la creación de servicios públicos, por su desarrollo, por su adaptación continua a la vida económica y social. A diferencia del derecho privado, que cambia lentamente, el derecho público tiene necesidad de una flexibilidad mucho mayor.

La administración, cuya principal misión es la de hacer funcionar los servicios públicos, tiene a su disposición, para cumplir su tarea, dos series de procedimientos técnicos: los del derecho público y los del derecho privado. Ella se sirve de ambos, según los casos y según las necesidades, correspondiéndole elegir los que mejor le convienen. Así, empleará, sea el procedimiento de la compraventa, sea la requisición o la expropiación; del mismo modo, celebrará un contrato de locación de servicios y de cosas, o bien usará del contrato de suministros, de la requisición o procederá al nombramiento de un funcionario.

Cuando la administración decide utilizar el procedimiento técnico del derecho privado para obtener el resultado perseguido, no hay razón para excluir la aplicación del derecho privado. El acto jurídico no será regido por el derecho administrativo: no existen motivos para aplicar reglas especiales.

El principio fundamental es, pues, que el derecho administrativo comprende las reglas especiales establecidas para los procedimientos técnicos del derecho público y únicamente estas reglas. El *criterium* del derecho

administrativo lo fija la naturaleza jurídica de las reglas especiales y no la calidad de los autores de estos actos. Un contrato de compraventa de derecho privado celebrado por la administración, se rige por el derecho privado y no por el derecho administrativo. A la inversa, un procedimiento de derecho público no se halla regido por el derecho privado: tiene reglas especiales.

Esta idea esencial tiene, en Francia, una consecuencia importante. Existen tribunales especiales para aplicar las reglas del derecho público: son los tribunales administrativos, en particular el Consejo de Estado. Pero éstos no son tribunales de excepción. Los tribunales judiciales no son los únicos tribunales de derecho común. Unos y otros son tribunales de derecho común: los tribunales administrativos están encargados de conocer en los litigios regidos por el derecho público; los tribunales judiciales están encargados de juzgar los litigios regidos por el derecho privado, quienquiera sea el litigante.

V. — En Francia —y se puede decir que en todo Estado civilizado contemporáneo— el derecho administrativo tiene por objeto determinar exactamente los poderes del gobierno y de la administración, a fin de permitir lograr eficacia, y, al mismo tiempo, dar a los particulares la garantía de que no se sacrificarán sus derechos e intereses.

Desde luego, es preciso asegurar que el interés general prevalecerá sobre los intereses particulares: el gobierno y la administración representan el interés general. Por lo demás, no puede descuidarse este punto de vista. Los particulares serían las primeras víctimas, ya que el gobierno y la administración, si no tuviesen la certeza de que se respetarán sus poderes, no consenti-

rían ninguna limitación. Como ellos tienen a su disposición la fuerza pública, la usarían y aun abusarían de ella. Resulta más hábil mantener estos poderes, limitándoles siempre. El derecho administrativo concilia razonablemente los poderes de la administración y los derechos de los particulares.

En todos los países la historia muestra que se comienza por el régimen policial, con las facultades discrecionales que él implica, para llegar al Estado de derecho, que es la reglamentación, en el sentido de limitación de los poderes de la administración. En el régimen de policía, los particulares son sacrificados a la arbitrariedad del gobierno. Bajo el pretexto del interés público, los individuos no gozan de verdaderos derechos contra el gobierno todopoderoso. Los legistas son hábiles para construir teorías justificativas del poder discrecional, que, en la realidad, es un poder arbitrario.

Cuando el derecho administrativo de un país lo construye un tribunal administrativo, cosa que ocurre en Francia, la misión del juez es muy delicada, ya que debe inspirar confianza al gobierno y a la administración. Por otro lado, para gozar de prestigio y llenar plenamente sus funciones debe ser el defensor de los particulares, reprimiendo los excesos de poder. Cuanto mejor lo haga, tanto mejor la administración tendrá la certidumbre de que puede encomendarse a él, para no comprometer su actividad legítima.

El Consejo de Estado francés ha cumplido admirablemente esta tarea. En la primera parte de su historia no había inspirado ninguna confianza a los particulares. También había sido objeto de ataques muy violentos por parte del partido liberal que, al principio del siglo XIX, solicitaba su supresión. Felizmente para Francia, estas

proposiciones de abolición no se adoptaron, pero el Consejo de Estado jugó un papel de muy poco relieve.

Bajo el Segundo Imperio, de 1852 a 1870, el gobierno imperial le permitió desempeñar un papel más eficaz, como consejero del jefe del Estado en su función jurisdiccional. Es de esta época que data el desarrollo del recurso por exceso de poder, tímido en su origen, pero que se afirmó rápidamente.

En 1872, el Consejo de Estado llegó a ser un verdadero juez administrativo, dictando sus fallos en nombre del pueblo francés. Usó entonces la diplomacia con respecto al gobierno y a la administración, pues defendió sus derechos legítimos. Hecho esto, se erigió firmemente en defensor de los derechos de los particulares. El nuevo régimen político se prestaba mucho a esta transformación del Consejo de Estado.

Es bajo la Tercera República que el Consejo de Estado, a fines del siglo XIX y a principios del XX, ha creado, con su jurisprudencia, el derecho administrativo francés. Y lo ha hecho muy hábilmente. Ha continuado el sistema de no inspirar ninguna desconfianza a la autoridad pública. Gracias a su prudencia, ha podido mostrarse el defensor decidido de los particulares. Cualquiera que estudie atentamente la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado, desde el año 1880 hasta la fecha, no puede sino admirar la audaz sabiduría del alto tribunal administrativo.

VI. — En la actualidad, el Consejo de Estado tiene una situación muy sólida, y el derecho administrativo, que es su creación, goza de indiscutible prestigio. Nadie pone en duda su independencia respecto de la autoridad, de lo cual dan testimonio sus sentencias más recientes. Paulatinamente ha logrado hacer triunfar

teorías que en su origen habrían parecido inaceptables al gobierno. He aquí algunos ejemplos:

1°) El Consejo de Estado nunca se ha erigido en rival del Parlamento. Siempre ha rehusado ejercer el control de las leyes. A pesar de las invitaciones que le han hecho algunos juristas, ha afirmado constantemente la soberanía del Parlamento. No obstante que en Francia, desde hace algunos años, se ha producido un movimiento declarado, en la doctrina, en favor del control de la constitucionalidad de las leyes y del deber de los tribunales **de rechazar** la aplicación de toda ley tachada **de inconstitucional**, el Consejo de Estado ha juzgado **incesantemente** que en esta materia era incompetente, **directa o indirectamente**.

Esto le ha permitido elaborar una teoría de la responsabilidad pecuniaria del Estado, en caso de daño causado a los particulares por una ley. En la causa juzgada el 21 de enero de 1944, el Consejo de Estado ha proclamado el principio de la responsabilidad pecuniaria del Estado legislador. Basta comparar con el estado de la doctrina y de la jurisprudencia en el año 1906 para ver el largo camino recorrido. Las leyes —decíase en aquella época— son actos de soberanía del Jefe del Estado; los daños que causan a los particulares no pueden, salvo disposiciones expresas en contrario, dar lugar a demandas por responsabilidad del Estado, ante ningún tribunal. No teniendo limitación los poderes del Parlamento, las leyes que sanciona no pueden ser objeto de ninguna clase de recurso. A este dogma de la irresponsabilidad absoluta del Estado legislador, basado en su soberanía, la jurisprudencia reciente ha sustituido una solución más suave, más respetuosa de los derechos de los particulares. El Consejo de Estado ya no rechaza,

con la intención de no acogerlos, los recursos por indemnización entablados contra el Estado, a raíz del perjuicio causado por una ley general, impersonal. Procede al examen atento de la ley, de su texto, de los trabajos preparatorios, de las circunstancias de hecho, de la importancia de los daños alegados, de la naturaleza del perjuicio, de la carga anormal que este último hace pesar sobre la víctima. Ha elaborado una teoría matizada (*nuancée*) de la forma en que se hace efectiva la responsabilidad del Estado legislador. Además, ha dado a esta teoría una base jurídica sólida, a saber, el principio de la igualdad de los individuos frente a los servicios públicos y a las cargas públicas, principio admitido en Francia desde hace ciento cincuenta años, pero del que nunca se había sacado una consecuencia semejante. En el texto del fallo de 1944 se lee:

“Nada existe, en el texto mismo de la ley o en sus trabajos preparatorios, ni en el conjunto de las circunstancias de la causa, que permita pensar que el legislador ha querido hacer soportar a los interesados una carga que normalmente no les incumbe. Esta carga, creada en interés general, debe soportarla la colectividad. De ahí se sigue que los señores C. y D., a quienes la ley ha hecho sufrir un perjuicio especial, suficientemente grave, están autorizados para demandar su reparación al Estado. Pero considerando que el estado del pleito no permite determinar la extensión de este perjuicio, corresponde enviar a los litigantes ante el ministro, para que se proceda a la respectiva liquidación, comprendiendo capital e intereses, de la indemnización que se les adeuda”.

Si la ley prescribiese expresa o implícitamente que no se concederá ninguna indemnización, el Consejo de

Estado la acataría y no examinaría el recurso por indemnización.

2º) Hay actos que realiza el gobierno, para los cuales necesita completa libertad de acción. El Consejo de Estado se declara incompetente para juzgar los recursos contra esos actos, entre los cuales se cuentan los que conciernen a las relaciones internacionales. Durante la ocupación alemana el Consejo de Estado ha tenido ocasión de aplicar este principio. Se habían tomado algunas decisiones administrativas francesas, por encima de la intervención de las autoridades alemanas. Contra esas decisiones se entablaron recursos. Antes de declararse competente, el Consejo de Estado ha investigado cuidadosamente si la administración francesa había sufrido una presión irresistible, que le quitara toda libertad de decisión, o bien si la intromisión enemiga tenía el carácter de una simple invitación, de una sugestión más o menos apremiante, más o menos brutal, pero que dejaba subsistente la libertad de decisión de la autoridad francesa. Se trata de una cuestión de hecho muy delicada. En el fallo del 7 enero 1944 se adoptó la siguiente solución:

“No obstante la ocupación del territorio por las tropas extranjeras, el Consejo de Estado sigue siendo competente para apreciar la legalidad de las medidas tomadas por la autoridad municipal, en vista de asegurar el orden público y la satisfacción de las necesidades locales, en la medida en que esta apreciación no haga necesaria la interpretación de actos internacionales y no recaiga sobre los poderes de la potencia ocupante”.

Se comprueba, pues, el cuidado del alto tribunal administrativo de no estorbar a la autoridad pública francesa, en sus relaciones con el ocupante enemigo.

Se encontrará constantemente reiterada esta reserva del Consejo de Estado, en lo que respecta a la acción diplomática del gobierno francés, y su preocupación de no aportar ninguna traba a su actividad. "La interpretación de las convenciones de orden diplomático sólo puede darla el Gobierno francés" (Consejo de Estado, 26 enero 1944).

3°) El Consejo de Estado se abstiene también de apreciar la oportunidad de los actos realizados por el gobierno o la administración pública. Lo mismo que extiende su competencia a todas las cuestiones jurídicas, igualmente se muestra prudente cuando se trata de apreciar la oportunidad de una medida. En Francia, los gobernantes y sus agentes son los únicos responsables del funcionamiento de los servicios públicos, siendo una de sus atribuciones esenciales e inalienables la de apreciar la oportunidad de lo que es preciso hacer en determinadas circunstancias. El Consejo de Estado no se reconoce el derecho de intervenir, de sustituir su apreciación de la oportunidad a la que haga el gobierno o la administración, con tal que se respete la ley. Por ello, desecha despiadadamente los recursos contenciosos que tienden a otorgarle el control de la oportunidad de la decisión impugnada.

En el año 1936 se hizo una aplicación notable de esta regla con motivo de la ocupación de fábricas por los huelguistas. El gobierno de esa época, a quien se solicitara el apoyo de la fuerza pública con el fin de expulsar a los intrusos, contestó categóricamente que lo rehusaba: el motivo alegado fué que la expulsión por la fuerza haría correr sangre y ocasionaría una guerra civil. Entre un daño a las propiedades, ilegalmente causado por sus ocupantes, y una represión que podía resultar

sangrienta, con consecuencias sociales incalculables, el menor mal, en opinión del gobierno, consistía en soportar momentáneamente el daño a las propiedades. Los tribunales judiciales, requeridos por los industriales, ordenaron a los obreros que terminaran la ocupación. La sentencia ejecutiva, dictada en esos juicios, contenía la orden del jefe del Estado, impartida a los agentes de la fuerza pública, de proceder a la expulsión, utilizando la violencia en caso de necesidad. Esta orden no se cumplió: los agentes de la fuerza pública recibieron instrucciones del gobierno sobre el particular. La apreciación de la oportunidad del empleo de la violencia condujo al gobierno a dejar en suspenso las reglas generales relativas a la ejecución de las sentencias. El Consejo de Estado, requerido por un recurso, se rehusó a intervenir (Cons. de Est., 3 junio 1938).

Estas soluciones conciernen a los poderes discrecionales de la administración. Cuando la ley le otorga el poder de actuar o de abstenerse en determinada circunstancia, especialmente en materia de policía, la abstención puede considerarse una decisión en el sentido de que no es oportuno obrar. El Consejo de Estado se declara incompetente en esta hipótesis.

Podrían multiplicarse los ejemplos de casos en que el Consejo de Estado ha rehusado intervenir en un dominio que está reservado a la administración activa, donde no hay cuestiones jurídicas en discusión. Sin embargo, existen problemas que se aproximan mucho a la apreciación de la oportunidad: tales los casos en los cuales el particular, en su recurso, pretende que se ha cometido desviación de poder en su perjuicio.

4°) La desviación de poder es una creación original del Consejo de Estado francés. Esta teoría reposa sobre

la idea de competencia de los agente públicos. El gobierno, la administración, no tienen más que una competencia; no pueden ejercerla sino teniendo en vista el interés público. El interés general es el fundamento y la medida de su competencia. Si un acto administrativo tiene por objeto otra cosa que un interés público, se halla fuera de la competencia del agente, está afectado por un vicio que entraña su nulidad. Ésta es una diferencia entre el derecho público y el derecho privado. En derecho privado, los particulares tienen capacidad; la capacidad es la regla. Cada uno es libre de hacer todo lo que la ley no le prohíbe. La incapacidad es la excepción. Se ha pretendido que el abuso del derecho correspondía a la desviación de poder. No existe nada de eso. La base de la desviación de poder es muy diferente.

De cualquier modo que sea, el examen por el Consejo de Estado de la cuestión de saber si tal acto jurídico está viciado de desviación de poder, lleva al juez administrativo a investigar los motivos por los cuales el acto administrativo se ha realizado, como asimismo si este acto ha tenido por motivo determinante el interés general. Hay, pues, apreciación de los hechos, examen delicado mediante el cual el Consejo de Estado, respetuoso de los poderes de la administración activa, debe tener cuidado de apreciar la oportunidad del acto atacado.

El Consejo de Estado ha establecido, a este respecto, algunas reglas esenciales, destinadas a evitar todo avance del juez sobre la administración activa. Una de estas reglas concierne a la prueba de la desviación de poder. No basta que un particular alegue que el verdadero motivo inspirador del acto no tenía por objeto el interés público. Debe suministrarse la prueba completa de esa afirmación, prueba que no puede resultar sino de las

piezas del expediente. El Consejo de Estado no admite el interrogatorio sobre hechos y artículos, la comparecencia personal del agente administrativo, como medio de descubrir la verdad. No se admite investigación (*enquête*) pública, ni las declaraciones de los testigos. El funcionamiento de los servicios públicos sería obstaculizado con ello. La acción administrativa, como asimismo su iniciativa, se paralizarían. El juez administrativo penetraría indebidamente en la administración activa. El Consejo de Estado se ha rehusado siempre a hacerlo.

Se consultará el expediente escrito, debiendo surgir de él la prueba de la desviación de poder. Por ejemplo, la contextura del acto administrativo, los motivos que preceden a la parte dispositiva del acto, la correspondencia anterior o posterior a éste (que debe figurar en el expediente), las instrucciones generales o particulares dadas por los superiores jerárquicos a los agentes subordinados autores del acto impugnado, las explicaciones escritas suministradas por la administración en respuesta a la comunicación del recurso, las circunstancias de hecho reveladas por el conjunto del expediente, tales son los principales medios de prueba admitidos por el Consejo de Estado. El Consejo de Estado siempre se ha preocupado de no inmiscuirse en la administración activa, de no obstaculizar la marcha regular de los servicios públicos. Gracias a esta reserva, el juez puede defender muy enérgica y eficazmente los derechos de los particulares, contra los excesos de poder del gobierno y de la administración. Para ello analiza cuidadosamente los elementos jurídicos de un acto, con el fin de descubrir su verdadera naturaleza, a pesar de las disimulaciones y las apariencias que el autor del acto le ha dado, por una terminología incorrecta. Verbigracia: la adminis-

tración puede calificar de jubilación de oficio, de licencia, una separación del cargo, una medida disciplinaria. El análisis atento permite desentrañar la verdadera naturaleza del acto y aplicar el régimen de separación de funcionarios, exigiendo las garantías que se les otorga en esta materia. Se encontrará en esta obra, a propósito de la teoría general de los motivos determinantes de los actos administrativos, una exposición completa de la cuestión. Se verá, en especial, que la desviación de poder, en derecho administrativo francés, es muy diferente de la teoría del *abuso de poder* en derecho privado.

VII. — El derecho administrativo de un país determinado está dominado por las ideas políticas que prevalecen en determinada época.

Para Francia, en la actualidad, es la idea de que el Estado constituye un conjunto de servicios públicos, abandonada ya la teoría de que es el poder de un hombre o de una clase. Este principio objetivo es la piedra angular del derecho administrativo francés, habiendo sido desentrañado recientemente. Aunque no se lo ha insertado en ningún texto legal, inspira toda la doctrina y toda la jurisprudencia administrativa contemporáneas. Los juristas de derecho público se hallan bien impregnados de ella. Esto ha cambiado radicalmente la manera de tratar los problemas del derecho público.

Durante mucho tiempo, y hasta aun recientemente, se creía que bastaba aplicar a los problemas administrativos las teorías del derecho privado. La terminología empleada había sido tomada en préstamo del derecho civil. Ello era natural: los juristas del siglo XIX tenían formación civilista, y aplicaban, retocándolas, las soluciones del derecho privado. A raíz de lo cual se cometieron algunos graves errores, que hoy parecen inexplica-

bles. No obstante, la fuerza de la costumbre ha mantenido, en muchos casos, la antigua terminología, que resulta muy molesta, siendo motivo de confusión. No se pueden ver las cosas con claridad si no se procede a un análisis minucioso de los actos jurídicos. Grandes progresos quedan por realizarse, desde este punto de vista.

He procurado, en el primer tomo de esta obra, dar una definición exacta y precisa de las diferentes situaciones jurídicas y de los diversos actos jurídicos, como asimismo distinguir los actos jurídicos de los hechos materiales, precisar los elementos esenciales del contrato propiamente dicho, determinar las diferentes sanciones para las irregularidades de los actos jurídicos (inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa, inoponibilidad, etc.). Se observará que acerca de esto el derecho administrativo sostiene teorías distintas a las del derecho privado. En esto también el derecho público se opone al privado. Es natural que, no teniendo los agentes públicos sino una competencia que debe ejercerse en interés general, la sanción de las irregularidades de los actos administrativos pueden solicitarla al juez administrativo todos los interesados, entendiéndose este término en sentido amplio.

VIII. — Existe una teoría especial del derecho administrativo, que el Consejo de Estado francés ha renovado completamente: es la de los contratos administrativos. Durante mucho tiempo, los juristas les han aplicado las reglas del derecho privado. Según ellos, no había ninguna razón para no someter estos contratos al derecho civil. Poco a poco se ha ido estudiando más detenidamente los contratos celebrados por la administración.

Ante todo, se ha precisado la noción de contrato. Todo acuerdo de voluntades, se ha advertido, no es un

contrato. Por ejemplo, el nombramiento de un funcionario público no es un contrato. Es un acto por el cual el jefe de la administración inviste al candidato a funcionario, que acepta, de un conjunto de poderes y de obligaciones que las partes no discuten. Es la ley o el reglamento quien los determina. Constituyen el estatuto de todos los funcionarios de determinada categoría. Este estatuto puede ser modificado, en cualquier momento, por las leyes o los reglamentos, sin que el funcionario pueda oponerse a esa modificación. Hasta hace muy poco, se persistía en llamar contrato la designación de un funcionario público. Como no podía ser cuestión de aplicarle las reglas del derecho civil sobre la locación de servicios, se hablaba de contrato de derecho público o contrato de función pública (Consejo de Estado, fallo del 7 agosto 1909, conclusiones del Comisario del gobierno, TARDIEU). Actualmente, se ha renunciado a hablar de contrato. La situación jurídica que el nombramiento origina es una situación legal, reglamentaria, y no una situación contractual, creada por las partes contratantes. Así, hoy se reconoce que el contrato propiamente dicho es un acto jurídico por el cual las partes crean derechos y obligaciones; si la situación jurídica la crea una ley o un reglamento y se aplica a un individuo por un acuerdo de voluntades, no existe contrato. Tal es el caso del nombramiento de un funcionario.

Aclarado este primer punto, se ha comprobado que todos los contratos no tienen el mismo carácter. La administración, para satisfacer las necesidades del servicio público, puede celebrar contratos idénticos a los del derecho privado: por ejemplo, compraventa, locación de servicios o de cosas, contrato de transporte, etc. Si este contrato no tiene nada de particular, será regido por el

derecho civil, pese a que fué concluído por la administración (Cons. de Est., 2 junio 1944). Por el contrario, si un contrato por sí mismo, por su propia naturaleza, debe entrañar derechos y obligaciones especiales, si hace del contratante un colaborador más o menos directo del servicio público, si lo rigen reglas particulares, es un contrato administrativo (Cons. de Est.: 6 febrero 1903; 21 julio 1912; 3 diciembre 1920; 23 diciembre 1921; 21 enero 1944).

Paulatinamente, el Consejo de Estado ha elaborado el régimen jurídico de los contratos administrativos.

Una teoría de lo más original ha sido ideada por el Consejo de Estado después de la primera guerra mundial, para ciertos contratos administrativos, los de larga duración. Las partes contratantes no han podido prever de antemano todos los acontecimientos que podrían producirse en el largo espacio de tiempo por el que se ha celebrado el contrato. Supongamos que una circunstancia absolutamente imprevista viene a trastornar la economía del contrato. ¿Se podrá seguir diciendo que el contrato es la ley de las partes, que sus cláusulas deben aplicarse integralmente, aun cuando impliquen la ruina de uno de los cocontratantes? Después de vacilar un poco, el Consejo de Estado ha entendido que un acontecimiento excepcional, independiente de la voluntad de las partes, imprevisible, que perturba la economía del contrato, no autoriza al respectivo contratante a interrumpir su colaboración al servicio público, si no existe imposibilidad material absoluta de cumplir sus cláusulas; pero, por otra parte, si el contratante no interrumpe la prestación del servicio público, si se esfuerza por continuarla en las condiciones previstas en el contrato, la administración tiene la obligación de participar, en cier-

ta medida, en las pérdidas de la explotación (Cons. de Est., 30 marzo 1916). Ésta es la famosa teoría de la imprevisión, que es especial del derecho público, no existiendo otra análoga en derecho privado. Si la administración ha concluído un contrato de derecho privado, aunque sea para asegurar el funcionamiento de un servicio público, la teoría de la imprevisión no es aplicable. No lo es tampoco a los contratos administrativos propiamente dichos, cuando ellos no son de larga duración.

Estas soluciones se explican por la noción de servicio público. Si se aplicase el derecho privado, el contratante debería soportar la carga excepcional. Él se arruinaría, pero el servicio público se paralizaría. Para asegurar la continuidad del servicio, la administración ayuda al contratante, no para permitirle realizar un beneficio, sino para impedir que, por su ruina, se interrumpa el servicio público. Este concurso pecuniario de la administración es temporario, toda vez que se otorga para franquear un paso difícil. Desde que el peligro ha pasado, el contratante debe ejecutar el contrato en las condiciones estipuladas y soportar las pérdidas que constituyen el riesgo normal de toda empresa.

Tal es, en síntesis, la teoría de la imprevisión. Como todos los principios del derecho administrativo, es una solución de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Ha sido retocada en muchas oportunidades por pronunciamientos sucesivos. La segunda guerra mundial ha proporcionado casos de aplicación y ocasiones de aportar algunas modificaciones a la teoría primitiva, especialmente para el cálculo del concurso pecuniario al cual está obligada la administración.

Se ha ensayado aplicar esta teoría a los contratos de derecho privado celebrados entre particulares, cuando

son de larga duración. Pero en esta hipótesis no existe servicio público cuya continuidad importe a la colectividad. También la Corte de Casación se ha rehusado obstinadamente a introducir, en las relaciones de particular a particular, la teoría ideada por el Consejo de Estado. La santidad de los contratos debe prevalecer. Los contratantes son iguales ante la ley; cada uno debe soportar los riesgos de sus empresas. Si a uno de ellos le estuviese permitido, en caso de crisis, negarse a tomar a su cargo los gastos, aun muy considerables, resultantes de esta crisis, también se le permitiría echar sobre el otro contratante la carga respectiva. No hay razón para preferir un contratante al otro. El respeto de la palabra dada, aun cuando de él resulte la ruina del deudor, es el principio fundamental sobre el cual reposa el orden social.

IX. — El contrato más importante, prácticamente, del derecho administrativo francés, aquel para el cual el Consejo de Estado ha construído una teoría notable, es el contrato de concesión de servicio público. Cuando una empresa de carácter comercial o industrial ha sido erigida en servicio público propiamente dicho, se presenta el problema de saber por quién se hará la explotación: ferrocarriles, tranvías, ómnibus, distribución de agua, de gas, de electricidad, etc. ¿La explotación la realizarán los agentes de la administración (*régie*), o, por el contrario, un empresario, una sociedad anónima, se encargarán de hacerla (concesión de servicio público)?

En este momento (1947), en Francia, la tendencia es hacia la nacionalización, hacia la estatización. Esta tendencia puede no persistir. La concesión de servicio

público podrá, pues, recuperar el crédito de que gozaba en lo pasado y que bien merece.

La concesión de servicio público se caracteriza por los elementos siguientes: la explotación del servicio tiene lugar con los riesgos y peligros a cargo del concesionario. Muy generalmente, la remuneración del concesionario consiste en el derecho que se le confiere de percibir en su provecho, de los usuarios, del público, una tasa, fijada mediante una tarifa. La concesión se hace por un largo período de tiempo.

A fines del siglo XIX, y hasta hace muy poco tiempo, las concesiones de servicio público tomaron en Francia un desarrollo considerable. En el extranjero se han ideado construcciones jurídicas análogas, como un medio de permitir la intervención de la administración pública en empresas industriales o comerciales, sin asumir los riesgos pecuniarios de la explotación, dejados a sociedades particulares.

El Consejo de Estado no ha comprendido la importancia jurídica de la concesión, sino en estos últimos años. En sus fallos ha ido formulando poco a poco las reglas jurídicas de la concesión, distinguiéndola del contrato de obra pública, con el cual se la había confundido durante mucho tiempo.

Las principales reglas son las siguientes:

1ª) El servicio público concedido sigue siendo un servicio público, pues la explotación no se convierte en empresa privada. De ahí se desprende que es indispensable un régimen jurídico especial.

2ª) La organización del servicio público concedido es hecha exclusivamente por la administración, mediante una ley o un reglamento. Esta ley, este reglamento, son distintos del contrato de concesión, el que designa al

concesionario. La distinción entre la organización del servicio por la administración, y el contrato de concesión celebrado con una sociedad, es frecuentemente disimulada por el hecho de que los dos actos jurídicos diferentes están contenidos en un mismo documento, que recibe el nombre de acto de concesión. El Consejo de Estado ha sacado de esta distinción una consecuencia importante. La administración tiene siempre el derecho de disponer las modificaciones y las adiciones necesarias para asegurar, en interés del público, un buen funcionamiento, una marcha normal del servicio. Puede hacerlo en cualquier momento, no obstante el contrato de concesión. La administración, en efecto, no puede desinteresarse del servicio concedido, sino que sigue siendo siempre responsable. Ésta es una consecuencia de su misión esencial de gerente de los servicios públicos. El contrato de concesión se limita a determinar las obligaciones particulares del concesionario como explotador del servicio, tal como se halla organizado, tal como será organizado por la administración.

3ª) El contrato de concesión pone a cargo del concesionario los riesgos y peligros de la explotación. Pero el concesionario no está obligado a ejecutar el servicio público sino en las condiciones establecidas en el contrato y mediante la remuneración estipulada. Si la administración, usando de su derecho incontestable, inalienable e imprescriptible, modifica la organización del servicio, no puede hacerlo arrojando la carga sobre el concesionario. El contratante ha hecho sus cálculos, sus previsiones, antes de contraer el compromiso. No sería equitativo, ni jurídico, cambiar la organización, sin tener en cuenta estas modificaciones para el cálculo de la remuneración. Esto es lo que se llama la ecuación financiera

de la concesión. El Consejo de Estado investigará, en consecuencia, las repercusiones de la nueva organización sobre el contrato para modificar la remuneración, si hay lugar a ello.

4º) La remuneración del concesionario consiste, ordinariamente, en el derecho conferido a éste para percibir de los usuarios una tasa, una tarifa. El concesionario no fija por sí mismo esta tasa; es la administración quien lo hace. Es ella quien fija las tarifas. No hay más tarifa obligatoria que la establecida por la administración, siendo obligatoria para el concesionario y para los usuarios. El concesionario no puede hacer distinciones entre los usuarios (principio fundamental de la igualdad de los individuos frente a las tarifas de los servicios públicos). El concesionario no puede rehusarse a prestar el servicio a cualquiera que satisfaga las condiciones de la tarifa. La tasa debe ser la misma para todos los individuos que reclaman el mismo género de prestación, en las condiciones fijadas por la tarifa administrativa.

La administración, por otra parte, fija las tarifas teniendo en cuenta los intereses generales, no estando obligada a mantener inmutada la tarifa durante toda la duración de la concesión. Puede modificarla, aumentarla, disminuirla, no obstante el contrato de concesión. Pese a ello, el concesionario no debe afrontar los gastos derivados de una reforma de la tarifa decidida por la administración, basada en el interés general. Si la modificación perjudica al concesionario, imponiéndole una carga que no había sido prevista en el contrato de concesión, podrá reclamar una indemnización compensatoria. Todo lo que el contrato ofrece al concesionario es la certeza de que jamás será perjudicado por los cambios apor-

tados por la administración a la explotación del servicio público, tal como había sido prevista en el contrato.

El derecho de modificar las tarifas, según las necesidades del interés general, es inalienable. La administración no puede renunciarlo. Aun cuando el contrato de concesión prescriba que la tarifa deberá aumentarse, la administración no está obligada a elevarla: bastará que conceda al concesionario una indemnización pecuniaria, bajo otra forma. Lo esencial, para este último, es recibir una suma de dinero, ya sea por tasa percibida del público, o por subvención directa de la administración.

5º) Uno de los rasgos característicos de la teoría del contrato de concesión de servicio público es el rescate de la concesión antes de la fecha fijada para su expiración. Sea como fuere lo decidido por el contrato sobre la duración de la concesión, sea que el rescate haya sido previsto expresamente o que el contrato guarde silencio sobre este punto, el poder de rescate en cualquier época es jurídicamente lícito, por decisión unilateral de la administración. Ésta es una consecuencia del predominio del interés general. La administración no puede renunciar por contrato a poner fin a una concesión, si el interés público lo exige. Toda cláusula contractual debe interpretarse como no contraviniendo este principio. El juez del contrato no puede oponerse al ejercicio del poder discrecional de la administración, para apreciar lo que el interés general exige. Ello importaría una intromisión en la administración activa, en lo que concierne al funcionamiento del servicio. El juez sólo puede investigar si la decisión de rescate ha sido tomada por la autoridad pública competente, según el procedimiento establecido y después de haber cumplido todas las condiciones estipuladas. En una palabra, el rescate es discrecional para

la administración. Pero lo es a condición de que la decisión de rescate tenga por motivo determinante el interés general; si no, el acto está viciado de desviación de poder. Por ejemplo, si la administración concedente procede al rescate únicamente para arrebatar al concesionario una explotación lucrativa, su acto está viciado de desviación de poder.

La compensación de este poder de la administración es la regla según la cual en ausencia de toda cláusula del contrato que fije la indemnización por el rescate, el concedente debe entregar al concesionario una indemnización que cubra todo el perjuicio causado por el rescate, abarcando no sólo el daño actual, sino también el beneficio frustrado (Consejo de Estado, 23 febrero 1906; 11 julio 1913). El concesionario deberá ser indemnizado de todas las ventajas con que tenía derecho a contar según el contrato de concesión, hasta el fin del plazo fijado por el contrato.

Así se manifiesta en un caso particularmente importante, el principio fundamental del derecho público francés: otorgar a la administración todos los poderes necesarios para la organización y el funcionamiento de los servicios públicos; por otra parte, dar a los particulares, cuando la acción de la administración les resulta perjudicial, una justa indemnización. Es ésa la línea de conducta en la cual se inspira el Consejo de Estado en toda su jurisprudencia.

X. — Se podría multiplicar los ejemplos. Los que preceden sirven para poner de relieve la idea dominante del derecho administrativo francés contemporáneo. Construcción jurídica del Consejo de Estado, el derecho administrativo concede a la administración el lugar legítimo que le corresponde. Deja intacta la apreciación dis-

crecional de la oportunidad por la administración. Por otra parte, tiene cuidado de proporcionar a los particulares la defensa de sus derechos contra los excesos de poder. Los fallos del Consejo de Estado gozan, en Francia, de un prestigio unánimemente reconocido y de un valor jurídico incontestable.

El Consejo de Estado ha triunfado, así, en una tarea muy difícil: conciliar la autoridad necesaria del gobierno y de sus agentes, con el respeto de las libertades públicas.

Al cabo de una larga carrera, consagrada al estudio del derecho administrativo, he debido rendir homenaje al alto tribunal imparcial que es el Consejo de Estado francés.

París, agosto de 1947.

GASTÓN JÈZE.

## PREFACIO DE LA TERCERA EDICIÓN FRANCESA

Hace ya largos años que la segunda edición de esta obra se ha agotado.

La guerra me ha impedido dar a publicidad más prontamente una tercera edición. He deseado ahora revisar con todo cuidado el texto: no hay un solo capítulo que no haya sido completamente retocado.

Mis ideas no han cambiado mucho. Han evolucionado, en la dirección que yo indicaba en 1911 y en 1914.

A medida que avanzo en años, más me convenzo de que lo único importante para el estudio del derecho es un buen método. Sólo hay un método eficaz: es el de observación de los hechos.

¿Cuáles son los hechos que un jurista debe observar?

¿Es esencial, para un jurista, observar los hechos económicos, sociales y políticos, el medio en el cual nacen, se desarrollan y se aplican las reglas de conducta social, cuyo conjunto constituye el derecho de cierto país en determinado momento?, ¿o bien lo es estudiar los textos que formulan las normas existentes y desentrañar de ellos el sentido preciso? Las Facultades, ¿tienen por misión formar jurisconsultos, o bien preparar abogados, jueces, notarios, hombres de leyes, que conozcan admirablemente "su derecho" y se hallen bien entrenados para desempeñar "su oficio" de prácticos? ¿Son ellas centros de investigaciones científicas o escuelas profesionales?

En mi opinión, la duda no es posible. Debe darse primacía a la ciencia y no a la preparación profesional. La educación científica es, por otra parte, la mejor de todas las preparaciones profesionales. El gran inconveniente práctico, para aquel que sólo conoce las normas existentes, es que, ante cada variación de la legislación o de la jurisprudencia, lo más importante de sus conocimientos se desvanece. Es la esponja

pasada sobre la pizarra. No queda nada. Es una instrucción que debe rehacerse.

¡Cuántos libros de derecho, escritos según la concepción que se llama "práctica", pierden rápidamente su valor en razón de un cambio de la legislación y de la jurisprudencia!

Lo esencial en el estudio del derecho es el examen de las condiciones en que se plantean los *problemas* jurídicos. He ahí lo que importa, mucho más aún que la solución que momentáneamente prevalece en la actualidad.

¿Por qué y cómo se plantea cierto problema jurídico actualmente en un país determinado? Resolver esta cuestión es indagar el *medio social, económico, político e histórico, en el cual aparece tal cuestión jurídica.*

El derecho es el conjunto de las soluciones que en determinado país, en cierto momento, los tribunales reconocen como reglas de conducta social.

Para formar al jurisconsulto es preciso habituarlo a no separar jamás estas reglas del medio en el cual y por el cual han sido elaboradas, del medio en el cual se aplican. Las soluciones jurídicas aparecen en todo momento influenciadas por el medio. Estudiar las soluciones sin preocuparse, *ante todo y por encima de todo*, del medio, es olvidar lo principal. En otros términos, los estudios jurídicos deben, ante todo, conducir al exacto *planteamiento de la cuestión*, lo que es todavía más importante que la misma *solución*. Así, y solamente así, se consigue extraer los *principios* y comprender su verdadera significación *actual*, es decir, su valor siempre *relativo y variable*. Obrar de otro modo es hacerse la ilusión de reglas *inmutables*, cuando las fórmulas se vacían poco a poco de su primitivo contenido.

Sin duda, no existe hoy ningún jurista serio que no haga *alusión al medio*, que no se preocupe de la evolución histórica.

Pero las alusiones no bastan. La historia es a menudo engañosa.

Aquí aparece una fundamental divergencia.

Para unos, el estudio del medio social, económico, político e histórico, en el cual los problemas jurídicos se presentan, está en segundo plano. Parecería que, para ellos, todo eso fuera erudición, algo así como la prueba de que poseen cierta

cultura general. Son las *generalidades* de la materia, que no revisten gran importancia. El recuerdo de los precedentes históricos resulta más útil. La solución actual es lo *principal*.

En mi opinión, el estudio del *medio actual* es lo *principal*, la evolución histórica raramente tiene la importancia que se le suele asignar; la norma actual no es sino la comprobación de la solución dada momentáneamente al problema *social*. El derecho actual, en efecto, es pasajero, transitorio. Necesaria, fatalmente, será modificado por las transformaciones del medio. En otras palabras: los estudios económicos, sociológicos y políticos deben estar en la base de los estudios jurídicos. Sin ellos se harán *legistas*, pero no *jurisconsultos*; se prepara *empíricos*, pero no *hombres de ciencia*.

Sin duda, en las Facultades de Derecho francesas existe, al lado de los cursos de derecho civil, de derecho comercial, de derecho administrativo, etc., la enseñanza de la economía política, y, algunas veces, de la ciencia política.

Pero es un hecho innegable que todas estas enseñanzas están simplemente yuxtapuestas. No se penetran entre sí. Muchos juristas ignoran la economía política, la ciencia política, la sociología y de ninguna manera se inquietan por ellas. Todo eso es, ante sus ojos, un bagaje inútil, a lo sumo un lujo.

Para mi modo de ver, una enseñanza del derecho que no se ocupe, *preferentemente*, del medio económico, político y social en el cual las reglas jurídicas se aplican, es una enseñanza escolástica.

Es por ello que juzgo muy lamentable la profundización reciente, en las Facultades de Derecho de Francia, de los estudios de derecho romano. Se han aumentado, así, las ocasiones de hacer escolástica.

El estudio del derecho es el estudio de la vida. Para comprender cabalmente el derecho es menester conocer el medio social, económico y político. Para observar bien este medio, es preciso comprenderlo, hace falta vivir en él, con la mentalidad de los hombres que allí se hallan. Tal regla jurídica, reproducida en idénticos términos en los códigos de diferentes países, muy a menudo recibe variadas interpretaciones. Uno se asombra, a veces, de las mutaciones de la juris-

prudencia. Ellas se explican, frecuentemente, por las transformaciones del medio social, económico y político.

Las investigaciones históricas son muy difíciles de conducir a buen fin.

No basta descubrir los textos y recopilar las soluciones jurídicas dadas por los legisladores y los juristas de una época. Lo esencial será entenderlos. Para esto será preciso reconstituir *exacta* y *completamente* el medio económico, político y social en el cual estas reglas de conducta se han aplicado. La resurrección completa es imposible: tanto si se trata de una época un poco lejana, cuanto si, con mayor razón, se trata de una civilización desaparecida.

Los historiadores que dedican sus esfuerzos a la reconstrucción de un pasado lejano, me parecen ser, pese a su buena fe, fabricantes de leyendas. Jamás tienen el acierto de apropiarse la *mentalidad* de los hombres a los cuales se aplican y por los cuales han sido elaboradas, las normas de derecho cuyo texto se posee.

Esta mentalidad es el producto de infinidad de influencias, vivientes y activas. No es ni puede ser producida artificialmente después de la desaparición de estas influencias.

Los estudios de derecho romano impulsan fatalmente a la escolástica. Ellos habitúan a interpretar textos muertos, mientras que el derecho es algo viviente. Acostumbran a ver, en el estudio del derecho, ante todo, por encima de todo, la interpretación de los textos. Se opera sobre cadáveres. Es un trabajo de anfiteatro.

Personalmente, yo he sido alumno de esta escuela. He experimentado, y experimento todavía, las mayores aflicciones para desembarazarme de esos malos métodos. Anhele que los jóvenes se libren cada vez más de la superstición de los textos y que cesen de repetir las fórmulas mágicas y absurdas que traban la lengua del derecho y muchas teorías jurídicas. Esto les falsea el espíritu. El derecho *vive*: evoluciona sin cesar, como todo lo que vive, bajo la influencia del medio. Observemos sin descanso este medio: así comprenderemos mejor el derecho y le adaptaremos más exactamente a las necesidades del momento.

París, febrero de 1925.

## PREFACIO DE LA SEGUNDA EDICIÓN FRANCESA

En 1904 apareció la primera edición de *Les principes généraux du droit administratif*<sup>1</sup>. La acogida que se le dispensó fué muy favorable: la obra se agotó en el primer año.

Durante mucho tiempo he vacilado en emprender una segunda edición. Mis ideas no habían variado; mis ambiciones habían aumentado. Ya no se trataba de indicar un método<sup>2</sup> y de aplicarlo brevemente a algunas grandes teorías del derecho administrativo francés, sino de acometer a fondo el esbozo realizado en 1904. Esto demandaba tiempo, investigaciones, largas meditaciones, mayor experiencia. La preparación de mis cursos en la Facultad de Derecho de Lille (hasta 1909) y en la de París (desde esa fecha), la redacción regular de notas de jurisprudencia para la "Revue du Droit Public", desde 1904, me han proporcionado, y me proporcionan todavía, la oportunidad inapreciable de someter las teorías de mi preferencia, a la prueba saludable, aunque temible, de la exposición oral y de la confrontación con la práctica jurisprudencial.

Sin duda, hubiera yo demorado todavía el momento de publicar, bajo forma precisa, mis notas de curso, si en 1909 el sabio y malogrado profesor GEORG JELLINEK, de la Universidad de Heidelberg, no hubiese insistido ante mí para que escribiese, en la valiosa y bella colección que dirigía con los profesores LABAND y PILOTY (*Das öffentliche Recht der Gegenwart*), un tratado de derecho administrativo francés. Yo resolví entonces trazar, en el libro alemán<sup>3</sup>, los cuadros de la

<sup>1</sup> *Les principes généraux du droit administratif*, 167 ps., Berger-Levrault et Cie., editores, París, Nancy, 1904.

<sup>2</sup> Método realista, que DUGUIE, en sus magníficos libros sobre *el Estado* (1901), acaba de desentrañar con una perfecta nitidez, aplicándolo sobre todo al derecho constitucional.

<sup>3</sup> La obra apareció en 1913, con el título: *Das Verwaltungsrecht der französischen Republik* (XVI + 528 páginas). Tübingen, 1913, J. B. Mohr (Paul Siebeck).

obra más completa que ahora me propongo escribir sobre el derecho administrativo francés, con los desenvolvimientos necesarios, y de la que el presente volumen constituye la primera parte.

La empresa es difícil y peligrosa. No voy, después de tantos otros, a resumir, a analizar textos legales y reglamentos relativos a la organización administrativa francesa general, regional, local o especial. *Esta organización, la supongo conocida.* No se busque, pues, en este libro, la descripción de ninguna institución pública: organización del Estado, de los departamentos, de los municipios, de los principales establecimientos públicos, de los tribunales, etc. *De nada de esto hablaré.* Tengo la pretensión de desprender de las leyes, reglamentos, prácticas administrativas y sentencias de los tribunales, los *principios jurídicos* que dominan el conjunto de las instituciones de derecho administrativo francés: medios de la técnica jurídica (situaciones jurídicas, actos jurídicos, teoría de las nulidades, revocación de los actos jurídicos, autoridad de la cosa juzgada, etc.); teoría del procedimiento del servicio público, por oposición al procedimiento del derecho privado; teoría general de la función pública; teoría general del dominio; medios jurídicos para asegurar la creación, la organización y el funcionamiento regular de los servicios públicos (recursos, teoría de la responsabilidad, etc.).

La mayor parte de estos principios no están formulados en términos expresos en ninguna parte; no existe —muy felizmente para el desenvolvimiento del derecho público francés— código administrativo. Las resoluciones jurisprudenciales y, en particular, las decisiones del Consejo de Estado o del Tribunal de Conflictos aplican estos principios latentes, sin proclamarlos expresamente. El laconismo de las decisiones del Consejo de Estado goza de bien merecida reputación. Con razón o sin ella, el Consejo de Estado se limita generalmente a dar al litigio que ante él se ventila, una solución, de ordinario excelente, sin justificarla extensamente; afirma más que discute. Por regla general, el Consejo de Estado juzga muy bien: pocos tribunales en el mundo rivalizan con nuestro más alto tribunal administrativo, en la imparcialidad de sus decisiones y en la prudente audacia de sus innovaciones. Y quizá

esta audacia sólo sea posible porque el Consejo de Estado, absteniéndose de dar a sus soluciones la base de una teoría general, se reserva el derecho de cambiar su jurisprudencia, de reformarla, si la experiencia pone de relieve riesgos o inconvenientes.

Sea como fuere, lo cierto es que en la actualidad no hay estudio teórico posible sin un examen profundo de la jurisprudencia administrativa. He ahí por qué las resoluciones del Consejo de Estado y las decisiones del Tribunal de Conflictos forman la base, si no exclusiva, al menos preponderante, de la presente obra. Tengo impaciencia en proclamar la preciosa colaboración que aportan al teórico las disertaciones jurídicas escritas, bajo la forma modesta de conclusiones, por los comisionarios del Gobierno en el Consejo de Estado. Quiero, de inmediato, reconocer todo lo que debo a estos sabios jurisconsultos, y en particular, para citar solamente a quienes ya no escriben, a LAFERRIÈRE, ROMIEU y TEISSIER<sup>4</sup>.

\*

El derecho de un país es el conjunto de reglas —ya se las juzgue buenas o malas, útiles o nocivas— que en momento y país determinados son *efectivamente* aplicadas por los *prácticos* y por los *tribunales*. Toda exposición teórica que se aparte de esta definición es, en mi opinión, sumamente criticable: será una obra de imaginación, una novela escrita por un jurista, la peor en el género, y empalagosa, un monumento de orgullo y de inutilidad patente. En lugar de *reglas con valor y fuerza social*, en ella se hallarán preceptos que no tienen otro apoyo que las preferencias personales del que los formula, ni otro fundamento que su personal sentimiento de la justicia.

No existe justicia absoluta; se impone evitar hablar de ella como de una cosa conocible y conocida. El *derecho natural absoluto* es una quimera. La justicia es lo que los hombres *de determinada época, en cierto país*, creen justo. Lo que es verdad del lado de allá de los Pirineos, es error del lado de acá. En un país y época determinados, el *derecho* es, pues, el conjunto de reglas de conducta social que la mayoría de los hombres de este país y de esta época, estiman justas y socialmente útiles.

<sup>4</sup> Yo añadiría ahora (1925) a CORNEILLE.

Una obra de derecho debe contener la exposición de las reglas que el legislador, la opinión pública de los juristas y, en particular, la opinión de los tribunales, declaran, en un país y momento determinados, ser justas y útiles. La misión del teórico es, *ante todo*, cualquiera sea su opinión personal, la de extraer esas reglas, clasificarlas, darles una forma clara y precisa. Debe también explicar sus orígenes y mostrar su desenvolvimiento histórico bajo la presión de los hechos sociales, económicos y políticos. Toda teoría jurídica que no tenga como punto de partida la observación minuciosa y atenta de los hechos, y que no sea la síntesis exacta y adecuada de éstos, está desprovista de valor. La perfecta conformidad con los hechos, es el criterio que debe guiar a las teorías. He aquí por qué las doctrinas deben transformarse, de acuerdo con los cambios que se producen en la mentalidad de los hombres, en la técnica industrial, en la organización de las fuerzas políticas y sociales. No debe jamás perderse de vista que el derecho no es una colección de fórmulas para la solución de problemas de matemáticas y de lógica pura. El teórico nunca debe olvidar que el derecho sirve para resolver problemas sociales, económicos y políticos, y es la vida quien los plantea. No tiene por qué imaginar hipótesis. Es la vida la que se los muestra con toda la complejidad, con todos los conflictos de intereses y de pasiones que constituyen la trama de las sociedades humanas.

¿Esto quiere decir que el teórico no tiene otra cosa que hacer que recoger hechos, clasificarlos y explicarlos? No lo creo. Si ésta es una parte esencial, capital, de su tarea, no es la única.

Queda por hacer la *síntesis crítica*. Entiendo por esto, que incumbe al teórico, no solamente mostrar, bajo la aparente diversidad de las soluciones de detalle, los *principios* de que aquéllas no son, en realidad, más que aplicaciones, sino también averiguar en qué medida tal o cual principio práctico, en un país y momento determinados, se conforma con los otros principios jurídicos y corresponde al sentimiento de justicia *relativa* de la época y del medio, a las necesidades sociales, económicas y políticas.

Esta *síntesis crítica* es una parte muy delicada de la función del teórico; en ella, las posibilidades de error son infini-

tamente grandes: se cae fácilmente en la apologética mística o en la denigración sistemática, áspera y apasionada. Es grande la tentación de afirmar como necesidades verdaderas, reales, del país, como expresión de la idea relativa de justicia, lo que son sentimientos puramente subjetivos, personales. Es ésta, en toda construcción jurídica, la parte débil. Ninguna obra escapa enteramente a este escollo formidable, y, no obstante mis esfuerzos, no tengo la presunción de afirmar que lo he sorteado. Pero cualesquiera sean estos peligros, esta labor de síntesis crítica debe hacerse; ella es muy *sugestiva*. Los errores cometidos no dejan de producir ciertos beneficios; corrigiéndolos, frecuentemente algún otro teórico se acercará a la verdad, quiero decir, a una apreciación más correcta de la idea *relativa* de justicia y de la utilidad social, económica y política del momento y del medio.

\*

Desde todos estos puntos de vista, la misión del teórico viene a completar la del práctico. Sin duda, la teoría es, ante todo, la sistematización de los datos proporcionados por la práctica. No hay, ni puede haber, oposición entre la teoría y la práctica: digamos una vez más que toda teoría que no se acomoda a los hechos lleva en sí misma su condenación, su germen de muerte.

Pero en este trabajo de sistematización, la ventaja del teórico sobre el práctico resulta evidente. El teórico tiene más libertad de espíritu, dispone de más tiempo, medios científicos y experiencia para conocer un mayor número de hechos, para analizarlos más exactamente, para averiguar su influencia y determinar su verdadera importancia. El trabajo del juez y del práctico no es sistemático: es forzosamente fragmentario y deshilvanado. Ellos tienen que decidir sobre multitud de casos diferentes; es el azar quien los presenta ante su vista. Faltos de tiempo, les es muy difícil hacer una clasificación metódica, intentar aproximaciones necesarias y fecundas. Sin duda, al igual que el teórico, sufren la influencia del medio social, económico y político; pero les es más difícil conocer en qué medida conviene a aquélla ceder. El hombre de ciencia, al contrario, averiguando los orígenes de una regla social, siguiendo la interpretación que ella ha recibido en el curso de

los tiempos, determinando con exactitud las causas que han influido sobre la regla o han motivado su modificación, puede, mejor que el juez y que el práctico, inquirir el sentido en que se orienta y debe orientarse tal o cual principio jurídico. Además, el teórico es conducido a revestir las ideas que "flotan en el ambiente" con fórmulas más precisas y exactas, lo que puede contribuir a dar a estas ideas una fuerza, una energía, una eficacia nuevas, o, por el contrario, a acusar su debilidad y a acelerar su desaparición.

La demostración más manifiesta del papel del teórico que se apoya en la observación de los hechos y de su influencia en la formación y el desenvolvimiento del derecho, nos la proporciona en Francia el ejemplo del gran jurista EDUARD LAFERRIÈRE. ¡Qué estupefacción y qué sorpresa!

Considérese lo que era el derecho administrativo francés antes que LAFERRIÈRE escribiese su *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (1ª edición, 1886). Sin ninguna exageración, era, para la parte jurídica propiamente dicha, el caos, un montón más o menos confuso de soluciones incoherentes, arbitrarias, de prácticas empíricas, frecuentemente injustificables e injustificadas. Los que las conocían eran raros y se enorgullecían de su erudición. Orgullo fuera de lugar: cuando se arriesgaban a escribir un libro para exponer sus soluciones, su obra —sea cual fuere el número de volúmenes—, aparecía como una recopilación indigesta, un farrago vacío de ideas y de hechos. Así se ha establecido, en el espíritu de los que han estudiado el derecho administrativo antes de 1890, una convicción difícil de destruir: la de que el derecho administrativo es una oscura rama del derecho, cuyo conocimiento supone más memoria que inteligencia, sobre la cual no se puede escribir sino a golpe de textos<sup>5</sup>.

Finalmente vino LAFERRIÈRE, y él fué el primero que en Francia intentó imponer el orden y el método y explicar las soluciones de la práctica. Su mérito inmenso ha sido buscar las ideas generales, los principios generales que se encuentran

<sup>5</sup> En 1913, la Facultad de Derecho de París adoptaba un dictamen sobre las composiciones escritas en los exámenes de reválida, que excluía al derecho administrativo, en razón de que era imposible hacer una disertación sobre esta materia, sin una recopilación de textos!

detrás de todas estas soluciones. Su grave defecto ha sido el de hacer la *apologética* de los principios, en lugar de limitarse a presentar su explicación imparcial.

LAFERRIÈRE ha tenido numerosos discípulos, cuyos notables trabajos, en pocos años, han impulsado el progreso prodigioso del derecho administrativo francés. Es a LAFERRIÈRE a quien le cabe el honor de haber provocado los tratados verdaderamente científicos de que puede justamente enorgullecerse la Francia actual.

Como frecuentemente les sucede a los precursores, LAFERRIÈRE ha sido rápidamente dejado atrás. De su admirable libro, muy pocos capítulos han sido respetados por la evolución de las ideas y resistido a los embates de la crítica. De ahí que, no obstante la originalidad de ese libro, haya resultado imposible publicar de él más de una segunda edición<sup>6</sup>, rápidamente agotada.

Pero el prestigio de LAFERRIÈRE, todavía hoy permanece resplandeciente. El Consejo de Estado no obra sino por él, aun cuando prescindiera de sus ideas. Se podrían citar casos en los cuales comisarios del Gobierno, invocando la autoridad de LAFERRIÈRE, han pedido al Consejo de Estado que consagre soluciones que se hallan en absoluta oposición con las ideas profesadas por el sabio jurista. ¡Conmovedor homenaje a una memoria ilustre cuyo nombre quedará eternamente ligado a la historia de nuestro alto tribunal administrativo, cuya jurisprudencia inspira y cuya presidencia ocupó durante largos años!

\*

Tres ideas maestras dominaban el derecho administrativo francés a fines del siglo XIX, correspondiendo a LAFERRIÈRE el gran mérito de haberlas delineado netamente y de haber hallado las fórmulas lapidarias que las expresaran.

Estas ideas eran las siguientes:

1ª) la distinción de los actos administrativos en *actos de autoridad o del poder público y actos de gestión*;

2ª) el principio de la *irresponsabilidad del Estado como soberano, realizando actos de poder público*;

<sup>6</sup> Segunda edición, 1896.

3ª) el principio de la *independencia de la Administración activa ante los tribunales*, no solamente *los tribunales judiciales, sino también los tribunales administrativos*.

El día en que, gracias a la síntesis de LAFERRIÈRE, estas tres grandes ideas llegaron a ser bien conocidas y se comprendió toda su importancia práctica, fué posible someterlas a un análisis minucioso y hacerles sufrir los ataques de una crítica penetrante. El resultado no les ha sido favorable. Las tres han salido vencidas o debilitadas de la formidable prueba.

Ante la crítica, estos tres dogmas, cuya apología había hecho LAFERRIÈRE, sin discutirlos muy seriamente, han parecido injustificables. Ellos se explican históricamente; en especial, el primero y el tercero han sido determinados más o menos directamente por los acontecimientos *políticos* de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX. Pero parecen estar en contradicción absoluta con el estado político, social y económico de la Francia de principios del siglo XX. Cabe al Consejo de Estado, tribunal administrativo, el honor de haberlo comprendido así, eliminando poco a poco esos dogmas. A la hora actual (1914), la teoría de los actos de autoridad y actos de gestión ha sido vencida, y asistimos a los últimos estertores del dogma de la irresponsabilidad del Estado como poder público. El Consejo de Estado está en camino de arruinar el tercer principio: el de la independencia de la administración activa respecto de los tribunales. Esta superstición secular, explicable en un régimen político autoritario, es demasiado contraria al ideal democrático del reinado de la ley, para durar por mucho tiempo más. La tradición es antigua y poderosa; también el prejuicio lo es. Se necesitará toda la ciencia, toda la asiduidad, toda la habilidad, toda la destreza y la agilidad de los magistrados ponentes y de los comisarios del Gobierno, ante el gran tribunal administrativo, para acabar de voltearlo. Pero se va por buen camino. La obra admirable que se ha cumplido es prenda de próximos progresos.

\*

A los dogmas prescritos, la jurisprudencia del Consejo de Estado los ha sustituido por la noción fundamental — hoy esencial — del *servicio público*. No es el momento de desarro-

llar esta idea, que inspirará enteramente esta obra. Bastará señalarla<sup>7</sup>. Constituye una verdadera revolución.

El servicio público es, hoy, la piedra angular del derecho administrativo francés. Esta noción sirve para volver a modelar todas las instituciones del derecho público. La colaboración del Consejo de Estado y de los teóricos ha producido notables resultados en este sentido; indudablemente, estos esfuerzos paralelos conducirán, dentro de algunos años, a construir un edificio admirable.

Convendría ahora, para expresar estas nuevas ideas, renunciar a la terminología corriente.

La terminología usada ha sido tomada por entero del derecho privado, cosa fácilmente explicable si se considera que durante largo tiempo y hasta estos últimos años el derecho público ha consistido en adaptaciones de teorías civilistas. En otros términos: se creía poder resolver los problemas del derecho público por las soluciones jurídicas imaginadas para resolver las relaciones entre particulares. Era natural. Recuérdese que en Francia los problemas de derecho público, hasta estos últimos años, han sido estudiados por juristas cuya formación jurídica intelectual había sido exclusivamente forjada por el estudio del derecho privado romano y del derecho civil. Prevalían las apariencias: un tratado internacional es un *contrato*; la concesión de servicio público es un *contrato*; el nombramiento de un funcionario público es un *contrato*; el funcionario público es el *mandatario* del Estado, que reviste el carácter de persona moral. La competencia de los agentes públicos es el ejercicio de los *derechos de poder público* que pertenecen a las personas morales públicas, etc., etc. Se aplicaban, pues, las teorías del *contrato civil*, del *mandato civil*, etcétera, sin advertir que, en realidad, los problemas de derecho público que había que resolver eran muy diferentes. Esforzábanse en calcular todas las superficies (la del círculo, la del triángulo, etc.), con la fórmula que da la superficie del cuadrado. Naturalmente, los hechos se resistían a estas fórmulas: imperturbables, los juristas imbuídos de ideas civilistas imaginaban ya ficciones, ya excepciones a sus pretendidas reglas generales extraídas del derecho civil. Los más escrupu-

<sup>7</sup> Véase el estudio de DUGUIR, *Les transformations du droit public*, 1913.

losos completaban los términos del derecho civil con adjetivos, con epítetos destinados a hacer ver que las cosas no sucedían idénticamente igual, en derecho privado y en derecho público. Así es que se habla todavía hoy de *contrato administrativo*, de *mandato de derecho público*, de *tutela administrativa*, de *dominio público*, de *derechos del poder público*, del estado de *minoridad* de los municipios y establecimientos públicos, etc.

A este respecto, quedan por realizar serios progresos. Ahora que se va llegando al convencimiento de que a problemas *enteramente* diferentes de los del derecho civil corresponden y deben corresponder teorías diferentes de las del derecho privado, convendría adoptar una terminología menos defectuosa. Sería preciso renunciar a estas expresiones de contrato administrativo, de mandato de derecho público, de tutela administrativa, de derechos del poder público, de dominio público, etc., puesto que bien se sabe que el pretendido contrato administrativo o de derecho público difiere esencialmente del contrato de derecho privado<sup>8</sup>, que el pretendido mandato de derecho público difiere esencialmente del mandato de derecho privado, etc.

<sup>8</sup> He aquí un ejemplo característico. En el asunto *Winkel*, resuelto el 7 agosto 1909 por el Consejo de Estado ("Rec.", p. 1302), el comisario del Gobierno, TARDIEU, explica extensamente, a propósito del nombramiento de un funcionario público, lo que se entiende por *contrato de derecho público* o *contrato de función pública*. Como hemos de ver, los elementos esenciales del contrato, faltan totalmente. "Seguramente —dice— no se trata pura y simplemente del contrato de trabajo del Código Civil. *A diferencia de lo que ocurre en el derecho privado*, las partes no tratan en pie de igualdad. El Estado fija *a voluntad*, y en vista del mejor funcionamiento posible del servicio público, las diversas cláusulas del contrato. Determina *solo, sin discusión ni acuerdo previo* con los candidatos a funcionarios, los deberes y obligaciones que impone a cada agente. Fija, igualmente, las ventajas que les concede, la retribución, las condiciones y cualidades de sus pensiones, las reglas según las cuales se reprimirán sus faltas, las penas disciplinarias que pueden sufrir, así como el procedimiento según el cual se aplicarán; finalmente, las garantías que les protegerán contra la arbitrariedad. *No sólo el Estado señala unilateralmente estas condiciones, sino que aun se reserva el derecho de modificarlas en el curso de su aplicación. Queda, en fin, siempre libre de suprimir el servicio y, por consiguiente, el empleo...* Es este acuerdo de voluntades que se produce cuando el nombramiento es aceptado por el funcionario —acuerdo generador de obligaciones recíprocas— lo que constituye el llamado contrato de función pública."

Quedamos confundidos. ¿Cómo hablar de *contrato* y esforzarse en sostener que no hay *acuerdo previo sobre nada*? ¿Cómo puede existir acuerdo de voluntades generador de obligaciones recíprocas, mientras se insiste justamente en

Esta terminología viciosa está llena de inconvenientes. Las palabras tienen siempre el poder de evocar ideas. En el espíritu del jurista, la palabra "contrato", por ejemplo, evoca, por sí sola, toda una serie de consecuencias, que no hay por qué aplicarlas al acto jurídico impropriamente calificado como contrato administrativo o de derecho público. Vemos así los esfuerzos que se está obligado a hacer para poner fin a las confusiones y errores que esto ocasiona. Para realizar nuevos progresos en la ciencia del derecho administrativo, importa mucho encontrar términos precisos, que no se presten a equívocos. Es la condición indispensable de los análisis jurídicos profundos, sin los cuales no puede haber solución satisfactoria.

\*

Tales son las ideas que inspiran la presente obra<sup>9</sup>. Como base de todas las teorías, he colocado la observación atenta de los hechos, el estudio minucioso de la jurisprudencia y de la práctica administrativas. He procurado, por medio de un método *estrictamente realista*, extraer los principios generales que, en la hora actual, dominan el derecho público administrativo francés. He apuntado alto constantemente. ¡Que ésta sea mi excusa, si con demasiada frecuencia he errado el blanco!

París, julio de 1914.

la idea fundamental de que todos los poderes y deberes inherentes a la función pública son creados *no* por el acuerdo de voluntades, sino por *las leyes o los reglamentos* que organizan la función? La verdad es que no hay *contrato*. La mala terminología se explica por el recuerdo del derecho civil: el funcionario se asemeja al empleado de la industria privada. Los civilistas, que fueron los primeros que estudiaron la función pública, se han atenido a las apariencias y han querido aplicar las reglas del contrato de locación de servicios. Esto ha traído soluciones deplorables, manifiestamente malas. En lugar de renunciar a la adaptación de una teoría civilista, en lugar de proceder a un análisis preciso que permita extraer los elementos esenciales del problema jurídico, se ha persistido en hablar del contrato de locación de servicios, no obstante reconocerse que ninguna de las reglas esenciales de este contrato se da en aquél. El empleo del término "contrato" no ha sido ciertamente ajeno a los errores cometidos.

<sup>9</sup> El presente volumen no es más que la reproducción de las notas de mis cursos de derecho público (reválida) dictados en la Facultad de Derecho de París.

## INTRODUCCIÓN

I. — El derecho público administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos. Todo país civilizado tiene servicios públicos, y para el regular funcionamiento de estos servicios existen *necesariamente* reglas jurídicas especiales. Se puede, pues, afirmar que en todo país donde se haya alcanzado la noción del servicio público tal como la expondremos más adelante, es decir, en todo país civilizado, existe derecho administrativo<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Mi sabio amigo el profesor DICEY afirma que en Inglaterra no hay derecho administrativo (*Introduction à l'étude du droit constitutionnel*). Esta sorprendente proposición debe su origen al significado demasiado estrecho que el profesor DICEY da a la expresión "derecho administrativo". Apoyándose en la autoridad de TOCQUEVILLE, DICEY ha creído durante mucho tiempo que "derecho administrativo" significaba lo *arbitrario administrativo*; y desde entonces ha venido oponiendo complacientemente "lo arbitrario", el "derecho administrativo francés", al *reinado de la ley* (*rule of law*) vigente en Inglaterra. Mi sabio amigo ya no cree ahora que "derecho administrativo" y "arbitrario" sean sinónimos. Pero ve lo esencial del derecho administrativo en la situación particular de los agentes públicos, desde el punto de vista de la responsabilidad personal en que pueden incurrir, en razón de sus actos oficiales. Esta es una parte del derecho administrativo, pero no es la única, ni siquiera la más importante. Repitámoslo: el derecho administrativo es el conjunto de reglas especiales relativas al funcionamiento de los servicios públicos. En Inglaterra, como en todos los países civilizados, estas reglas especiales existen, y no es posible admitir que ellas no existan. Por consiguiente, Inglaterra tiene un derecho administrativo. A mayor abundamiento, he aquí dos teorías especiales —podrían citarse muchas otras—, destinadas a facilitar el funcionamiento de los servicios públicos en Inglaterra: 1ª) regla de la irresponsabilidad del patrimonio administrativo del Estado, en razón de ciertos actos o hechos: *The King can do no wrong*; 2ª) ciertos agentes públicos (verbigracia, los jueces) no pueden ser demandados en justicia con motivo de sus actos oficiales. Si no hubiese otras reglas especiales, bastarían éstas para demostrar que Inglaterra tiene su derecho administrativo.

Por otra parte, es muy lamentable que los ingleses crean no poseer derecho administrativo. Hasta ahora se han abstenido de darnos a conocer estas reglas especiales. Pero ello no obsta para que existan. Los juristas extranjeros han tratado de sistematizarlas (cfr. REDLICH, *Le Gouvernement local en Angleterre*, 2 vols., edición francesa; HATSCHER, *Englisches Verwaltungsrecht*). Aunque estos escritores hayan podido incurrir en algunos errores en su trabajo de

II. — Los servicios públicos suponen *individuos y cosas*: *individuos*, para ordenar o ejecutar las medidas conducentes a dar satisfacción a las necesidades de interés general; *cosas*, mediante las cuales los individuos encargados de los servicios públicos proporcionan las prestaciones que el público espera de esos servicios. Finalmente, cabe preguntar *si y por qué medios* los individuos, simples particulares, podrán conseguir que determinado servicio público se organice y funcione en su beneficio, les suministre las prestaciones y les proporcione las ventajas que la propia organización del servicio supone.

A todos estos problemas da solución jurídica el derecho público administrativo.

El derecho público administrativo francés puede dividirse en tres grandes partes:

- 1ª) los agentes del servicio público;
- 2ª) las cosas comprendidas en los patrimonios administrativos;
- 3ª) los medios jurídicos por los cuales los administrados pueden obtener el funcionamiento regular de los servicios públicos.

Pero ante todo hay que resolver dos importantes cuestiones:

- 1ª) la cuestión de la *técnica jurídica*;
- 2ª) la noción del *servicio público*.

---

síntesis, es indudable que no han tenido dificultad para hallar, en Inglaterra, lo que en el continente llamamos "derecho administrativo".

Los norteamericanos, a ejemplo de los ingleses, han creído también durante largo tiempo que no había en los Estados Unidos un derecho administrativo propio. No obstante, han acabado por reconocer su existencia. Y a diferencia de los ingleses, han escrito sus tratados de derecho administrativo. Véase especialmente Goobnow, *Les principes du droit administratif des États-Unis*, edición francesa de JÈZE, y la abundante bibliografía suministrada por este autor.

## LIBRO PRIMERO

# LA TÉCNICA JURÍDICA

CAPÍTULO I  
NOCIONES GENERALES

SECCIÓN I

*DISTINCIÓN ENTRE LA POLÍTICA Y LA TÉCNICA  
JURÍDICA*

Los problemas del derecho administrativo deben considerarse desde dos puntos de vista: 1º) el *político*; 2º) el de la *técnica jurídica*.

I. — Es preciso averiguar siempre la *necesidad social, política o económica*, a la que responde determinada institución; las *condiciones económicas, sociales y políticas*, en las que funciona tal o cual servicio público; el *rendimiento práctico*, desde el punto de vista social, político y económico, del servicio. Todo esto corresponde al punto de vista *político*.

También es necesario examinar las *reglas* y los *procedimientos jurídicos* por medio de los cuales se persigue y alcanza la finalidad del servicio público: su buen funcionamiento. Éste es el punto de vista de la *técnica jurídica*.

Tomemos algunos ejemplos. Consideremos la situación y el reclutamiento de los agentes del servicio público, o, como suele decirse, de los funcionarios públicos.

Desde el punto de vista político, cabe preguntarse por qué, en un país y época determinados, para cierto servicio, el *derecho positivo* reconoce a los agentes públicos determinada *situación jurídica* (*estatuto de los funcionarios*), por qué el reclutamiento de los funcionarios se hace por *elección* o por *nombramiento puro y simple, discrecional*, o por *nombramiento condicionado* (oposición, concurso, etc.). Tal o tal *estatuto*,

tal o tal procedimiento de *reclutamiento*, corresponde, en efecto, a particulares condiciones políticas, sociales y económicas. El régimen democrático *excluye* el sistema de la *patrimonialidad de los cargos públicos*, exige un intenso uso del sistema de elección. La patrimonialidad de los cargos públicos, la herencia y la venalidad de los empleos públicos, el nombramiento discrecional, son más propios de los medios autocráticos o netamente aristocráticos. El estatuto y el nombramiento exclusivamente condicionados por el celo del interés público, suponen un estado de civilización muy avanzado. Es preciso averiguar también cuáles son los resultados prácticos obtenidos de la adopción de tal o cual régimen o procedimiento de reclutamiento: energía administrativa, honestidad, desenvolvimiento del espíritu cívico del pueblo, de su capacidad política, etc. Todo esto pertenece al punto de vista *político*.

Desde el punto de vista de la *técnica jurídica* conviene estudiar, en sí mismos, el *estatuto* de los agentes públicos, los sistemas de reclutamiento de los funcionarios públicos, analizando, por ejemplo, los *derechos y deberes de la función pública*, las relaciones jurídicas entre los agentes públicos de las diferentes categorías, la operación jurídica de la *elección* en sus elementos esenciales; indagar en qué condiciones la manifestación de voluntad de los electores producirá efecto jurídico y cuál será este efecto (naturaleza de la situación jurídica originada por la elección). Será preciso llevar a cabo las mismas indagaciones para la operación jurídica del *nombramiento*. Aquí, pues, el aspecto político queda en segundo plano.

Tomemos otro ejemplo. Consideremos el servicio público de la *policía sanitaria*. Desde el punto de vista *político*, interesará averiguar el fin económico o social que se pretende lograr, las medidas de higiene a adoptarse, las órdenes o prohibiciones dirigidas a los agentes públicos o a los individuos, en interés de la salud pública. La solución de estos problemas depende esencialmente del medio social, político, económico y aun religioso, en que se actúa. El desenvolvimiento de los servicios públicos de policía sanitaria supone un ambiente civilizado, culto, con *ciudadanos compenetrados* de la necesidad de la profilaxis, con una religión que no se oponga a ciertas prácticas higiénicas y con gobernantes decididos a prescribir las medidas necesarias, haciendo cumplir los trabajos in-

dispensables para la protección de la salud pública, etc. Desde el punto de vista político, también es preciso examinar la eficacia del servicio tal como funciona, y asimismo sus resultados sociales, económicos, políticos, etc. Todo esto pertenece a lo *político*.

Desde el punto de vista de la *técnica jurídica* hay que examinar las reglas jurídicas de la policía sanitaria: naturaleza jurídica de los reglamentos de policía sanitaria o de las órdenes individuales, régimen jurídico de estos actos, recursos de que son susceptibles en razón de su naturaleza jurídica, etc.

Consideremos, también, el servicio público de *asistencia a la vejez indigente*. Desde el punto de vista *político*, es preciso averiguar los motivos de orden político, económico, social, religioso, filosófico o moral, que han obligado a establecer el servicio. Y es también desde el punto de vista político que se hará el balance del servicio: es decir, los efectos políticos, sociales, económicos, morales y financieros producidos por el servicio respectivo. Por otra parte, desde el punto de vista de la *técnica jurídica*, es preciso determinar la naturaleza jurídica del derecho y del deber de asistencia, como así también los medios jurídicos que aseguran la sanción del uno y del otro, según el *derecho positivo* en vigor en un país y momento determinados.

Sería sumamente fácil multiplicar los ejemplos. Siempre es posible distinguir los problemas de orden *político*, de los problemas *jurídicos*.

II. — Todo esto no significa decir que no haya ningún contacto entre el punto de vista político y la técnica jurídica, y que el dominio político esté completamente separado de la técnica jurídica. Suponerlo sería un grave error. Los puntos de la *técnica jurídica* se esclarecen a la luz de las ideas *políticas*. Por ejemplo, en lo que concierne al estatuto de los agentes públicos y a la *provisión de la función pública*, la idea *política* es que el interés público sea lo único que se considere en la organización de la función pública moderna. Esta idea influye grandemente en la *adopción* de un procedimiento técnico antes que otro. Por ejemplo: para el *estatuto*, se puede vacilar entre la *situación jurídica de la locación de servicios* u otro régimen; para el ingreso en la función pública, se puede titu-

bear entre dos sistemas técnicos: el *nombramiento unilateral*, o la designación por *contrato*. Asimismo, por lo que hace a la separación de la función pública, puede dudarse entre el procedimiento de la *revocación unilateral* y el del *acuerdo de voluntades*. Esto supuesto, en un país y época determinados, el *jurista* puede sentirse indeciso para acertar la naturaleza jurídica del estatuto de los agentes públicos o de los sistemas de nombramiento o de revocación en vigor en determinado país. Para resolver estas cuestiones puramente jurídicas, toda vez que se trata de averiguar el régimen jurídico aplicable para la solución de determinado litigio, el jurista deberá preocuparse del aspecto político. ¿La política dominante de la época es querer dar más *elasticidad* a la función pública, pues se desea reservar los medios de adaptarla fácil e inmediatamente a las necesidades sociales y de interés público? El jurista deducirá que el procedimiento técnico en vigor no es el de la *locación de servicios*, sino el del *estatuto legal*, de la designación y de la revocación *unilaterales*. En efecto, solamente con esta condición, las necesarias transformaciones de la función pública no chocarán con obstáculos jurídicos insuperables, a saber: la voluntad de los funcionarios amenazados por las reformas, la situación jurídica *individual, intangible*, de los agentes públicos. La naturaleza jurídica del servicio técnico, como se ve, habrá sido descubierta gracias al estudio de los datos políticos. El jurista no tiene más que aplicar el régimen jurídico correspondiente al procedimiento técnico identificado gracias al estudio político.

Consideremos aún el servicio de asistencia a la vejez indigente. Para resolver el problema de técnica de la naturaleza jurídica del derecho o del deber de asistencia, el examen atento de la solución política y del medio político y social es indispensable. ¿El indigente tiene un verdadero *derecho de crédito*? ¿O, por el contrario, sólo posee un estatuto legal? El jurista puede titubear entre una u otra solución; al respecto hay dos procedimientos técnicos perfectamente posibles: el jurista no puede saber cuál ha sido adoptado por el legislador, sin estudiar antes el aspecto político de la cuestión.

Esto no es todo. Desatender uno u otro punto de vista —la técnica jurídica o la política— es, en mi opinión, dejar de lado uno de los elementos esenciales del problema que se

examina; es no ocuparse sino de una fase de la cuestión. Quien meramente describe las instituciones o los servicios públicos desde el punto de vista político, o sólo desde el punto de vista de la técnica jurídica, los desfigura. Los problemas de derecho son esencialmente problemas *sociales y políticos*.

Insistimos una vez más: todo estudio es incompleto si no pone de relieve: 1º) el *fin* que se persigue y el *medio* (social, político y económico) (punto de vista *político*); 2º) las reglas y los *medios jurídicos* empleados para alcanzar el fin (punto de vista de la *técnica jurídica*); 3º) los *resultados prácticos* de la institución estudiada, los que muestran en qué medida las reglas y medios jurídicos usados se adecuan al fin perseguido y al medio (punto de vista *político*).

## SECCIÓN II

### EL DERECHO COMO REGULADOR DE COMPETENCIAS

El derecho organiza la *capacidad* de los individuos y la *competencia* de los agentes públicos. *No hace sino esto*. El *derecho público administrativo* se ocupa del régimen jurídico de las manifestaciones de voluntad que se producen con ocasión de la gestión de los servicios públicos.

El análisis jurídico lleva siempre al observador a comprobar la manifestación de voluntad de un individuo, como asimismo a determinar los efectos jurídicos que produce esa manifestación. Esto es verdad tanto para el derecho privado como para el derecho público administrativo. El derecho —derecho privado, derecho público— se ocupa exclusivamente y siempre de las *manifestaciones de voluntad* de los individuos.

I. — Determinar la *capacidad* de un individuo o la *competencia* de un agente equivale a establecer lo que podrá jurídicamente querer el individuo o el agente, y en qué condiciones (de tiempo, de lugar, de forma, etc.) deberá querer, para que la manifestación de su voluntad tenga valor jurídico, es decir, *ordinariamente*, para que la fuerza pública proceda, en caso de inejecución, a realizar los efectos jurídicos queridos.

En suma, el derecho es esencialmente una reglamentación de capacidad o de competencia. Un individuo —simple particular o agente público— tiene una competencia determinada por el derecho. Lo que el individuo quiere dentro del círculo de su competencia, el derecho se esfuerza en asegurarle su realización, usando hasta la fuerza en caso de necesidad.

La capacidad, la competencia, es el poder de querer un efecto jurídico. El ejercicio de este poder de querer es la manifestación de voluntad, es el acto jurídico<sup>1</sup>.

Por lo tanto, lo esencial en el derecho es el *acto jurídico*, a saber: la manifestación de voluntad, en ejercicio de un poder legal, para producir un efecto jurídico. Así ocurre en todas las ramas del derecho: derecho público o derecho privado. Ello, porque el estudio del acto jurídico es el preliminar indispensable de todo estudio. Conviene, antes de exponer las instituciones jurídicas de un país (*públicas* o *privadas*), precisar la terminología, definir y clasificar las situaciones jurídicas y los actos jurídicos, desde el punto de vista de la técnica. Solamente con esta condición serán posibles los análisis precisos y podrá alcanzarse resultados satisfactorios.

II. — Detrás del acto jurídico siempre se halla el poder jurídico, del cual el acto no es más que su ejercicio. Pongamos ejemplos.

Decir que un individuo tiene tal *nacionalidad*, significa, en derecho, que ese individuo tiene el poder de querer ciertas cosas, de realizar ciertos actos jurídicos, de manifestar su voluntad con el fin de obtener ciertos efectos jurídicos (derechos inherentes a la nacionalidad); y, por otra parte, eso quiere decir también que otros individuos tienen el poder de querer que el nacional de que se trate cumpla ciertas prestaciones, como asimismo el poder de hacer ciertos actos jurídicos. Esto

<sup>1</sup> V. las consideraciones de DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2<sup>a</sup> ed., 1921, t. I, ps. 211 y ss., todo el capítulo III, sobre el *acto jurídico*: El acto jurídico "es un acto de voluntad realizado con la intención de que, si alguien hace o no hace algo, surgirá una acción contra él, una acción estimada legítima por la conciencia colectiva, expresada o no en la costumbre o en la ley civil, es decir, una acción reconocida por el derecho objetivo... Cuando hay un acto jurídico, es el derecho objetivo el que liga el efecto del derecho, el ejercicio de la acción, al acto de voluntad que es el acto jurídico, cualquiera sea, por otra parte, la especie del acto jurídico de que se trate" (p. 224).

es lo que se comprende bajo el nombre de *derechos y obligaciones* que resultan de la nacionalidad. El *status* de nacional de un país determinado es, pues, un conjunto de *poderes y deberes*; pero como la existencia de un deber implica siempre el derecho de otro individuo de exigir una prestación, el análisis jurídico nos conduce siempre al poder de querer ciertos efectos jurídicos, al poder de realizar ciertos actos jurídicos.

Decir que un individuo es *propietario de un inmueble* determinado, significa, en derecho, que tal individuo tiene, en relación a este inmueble o por razón de él, el poder de querer ciertas cosas, de manifestar su voluntad a fin de obtener, por esta cosa o en razón de ella, ciertos efectos jurídicos; en otros términos, el poder de realizar ciertos actos jurídicos (atributos del derecho de propiedad). Pero, por otra parte, esto significa que otros individuos tienen, en razón de esta misma cosa, el poder de exigir del propietario el cumplimiento de ciertas prestaciones, lo mismo que el poder de realizar ciertos actos jurídicos (cargas del derecho de propiedad). La propiedad de una cosa determinada es, pues, un conjunto de derechos y deberes en relación a esta cosa, o en razón de ella; o, más simplemente, un conjunto de derechos *para* o *contra* el individuo propietario; y el ejercicio de estos derechos se traduce en actos jurídicos: ventas, arrendamientos, legados, donaciones, imposición inmobiliaria, expropiación por causa de utilidad pública, etc.

Decir que un individuo es *juez*, significa, en derecho, que este individuo posee, bajo ciertas condiciones, el poder de querer ciertas cosas, de manifestar su voluntad en vista de producir un efecto jurídico, de realizar ciertos actos jurídicos; pero, por otra parte, eso significa también que otros individuos tienen el poder de exigir del juez el cumplimiento de ciertas prestaciones, de manifestar su voluntad con el fin de producir un efecto jurídico: así, el juez ante quien se plantea un recurso, no puede negarse a juzgar. La función del juez consiste, pues, en un conjunto de derechos y deberes, o, más simplemente, en un conjunto de derechos de que él está *investido* o que ciertos individuos tienen *contra* él, manifestándose el ejercicio de estos derechos por actos jurídicos: sentencias, recursos, etc.