Traducido del francés
Las transformaciones del Derecho público
por ADOLFO G. POSADA Y RAMÓN JAÉN
Las transformaciones del Derecho privado
por CARLOS G. POSADA

LIBRO DE EDICIÓN ARGENTINA

© EDITORIAL HELIASTA S.R.L.

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723
y cumplidas las disposiciones del artículo 14 de la 20.380

IMPRESO EN LA ARGENTINA
PRINTED IN ARGENTINE

LEÓN DUGUIT

Profesor de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Burdeos

LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO

(PÚBLICO Y PRIVADO)

Editorial Heliasta S.R.L.
VIAMONTE 1730 - PISO 1º BUENOS AIRES
REPÚBLICA ARGENTINA

Capítulo I

¿POR QUÉ DESAPARECE EL SISTEMA DE DERECHO PÚBLICO FUNDADO EN LA NOCIÓN DE PODER PÚBLICO?

Sumario: I. La concepción romana del *imperium*. - II. Durante el período feudal la noción romana del *imperium* se eclipsa, pero sin embargo subsiste. - III. Construcción jurídica del poder real según el modelo del *dominium* romano. - IV. Teoría de Bodin y de Loyseau, de Lebret y de Domat. - V. La Revolución sustituye la soberanía real por la soberanía nacional. - VI. El dogma de la soberanía nacional, objeto durante mucho tiempo de una fe religiosa, se deshace ante la crítica positiva. - VII. Está en contradicción con los hechos ciertos. - VIII. Es inconciliable con la descentralización y el federalismo. - IX. Es impotente para proteger al individuo contra el despotismo.

¿Por qué desaparece el sistema de Derecho público fundado sobre la noción del poder público? Evidentemente es la primera cuestión que se nos presenta. Las causas del fenómeno, como las de cualquier gran hecho social, son numerosas y muy complejas. Unas son anteriores a la formación del sistema y le son internas; las otras le son externas y de orden filosófico, político y económico a la vez: tres factores, éstos, por lo demás, que obran siempre en la formación del Derecho.

I. La concepción romana del imperium

La noción de soberanía, tal como aparece en el *Contrato social* y en las Constituciones de la época revolucionaria, era el producto de un largo trabajo histórico; y, sin embargo, las condiciones en que se había formado esta noción hacían de ella algo artificial y precario. Así debía desaparecer el día en que la evolución social llevara a los gobernados a pedir a los gobernantes cosa distinta de los servicios de guerra, de policía y de justicia.

El poder público encuentra su primer origen en el Derecho romano, como la mayor parte de las instituciones jurídicas bajo que hasta el

presente han vivido los pueblos civilizados de Europa. Durante el período feudal se eclipsa casi por completo y reaparece en la época moderna. Bajo la acción de los legistas se convierte en la soberanía real, mezcla del *imperium* romano y del señorío feudal. En el siglo XVI Bodin bosqueja la teoría. El rey es personalmente similar de la soberanía. En 1789 es desposeído de ella por la nación, cuyo derecho se trata de legitimar con la metafísica huera del *Contrato social.*

En Roma sólo al principio del Imperio es cuando aparece una teoría jurídica del poder público. El pueblo es su titular; pero puede delegarla en un hombre; la transmite al príncipe por la *lex regia*[1]. De este modo el emperador concentra en sí todos los poderes que la República había repartido entre los diversos magistrados. La autoridad imperial tiene como fundamento dos poderes: el *imperium* proconsular, nacido del sistema de la prorrogación, y el poder tribunicio, nacido de las instituciones plebeyas. El príncipe recibe el *imperium* proconsular del Senado o del ejército: el pueblo le transfiere por la *lex regia* el poder tribunicio.

Por la evolución natural de las cosas se reconocerá al emperador el *imperium* y la *potestas*, como derecho de mando inherente a su cualidad misma. No será éste un derecho que ejerce por delegación del pueblo, sino un derecho que le pertenece como propio. La evolución se cumple al final del siglo III con Diocleciano y Constantino, y si, en el siglo IV, las Institutas de Justiniano hablan aún de la *lex regia*, es como un recuerdo del pasado, una frase copiada textualmente de un texto de Ulpiano. Queda establecido que el emperador romano hace la ley por su voluntad: «*Quod principiipla cuit legis habet vigorem*», lo cual es así porque el emperador es titular de un derecho de poder (*imperium* y *potestas*), es decir, del derecho de imponer su voluntad a los demás, porque tal es su voluntad, y como tal tiene cierta cualidad que obliga a todos a la obediencia. Así fue creada por el genio de Roma la noción jurídica del poder público, que se llamará más tarde soberanía y que había de ser hasta el siglo XX el fundamento del Derecho público en los pueblos de Europa y de las dos Américas.

II. Durante el período feudal la noción romana del imperium se eclipsa, pero sin embargo subiste

Durante el período feudal, esta noción del *imperium* se eclipsa casi por completo. Después de la caída del Imperio romano de Occidente al choque de los bárbaros, después de la efímera tentativa de Carlomagno, la sociedad europea tiende a organizarse según un régimen contractual.

[1] Cf. ULPIANO, Ley I. Digesto. *De Constitutionibus principes*, I, 4.

Las diferentes clases sociales se coordinan y subordinan unas a otras por convenciones que les otorgan derechos y les imponen deberes recíprocos. El señor feudal no es un príncipe que manda en virtud de un *imperium*; es un contratante que pide la realización de servicios prometidos a cambio de los que él a su vez ha prometido. No se encuentra vestigio de la palabra *imperium* en los textos de la época, pero sí de otra bien característica: la *concordia*, que debe unir a todos los hombres, poderosos y débiles, por una serie de derechos y de deberes recíprocos[1].

A pesar de las violencias y de las luchas que llenan la Edad Media feudal, tal es el fondo mismo de la estructura social; pero, no obstante, la noción de *imperium* no desaparece completamente. En Alemania se conserva en beneficio del emperador; en Francia, en el del rey. Éste aparece siempre en el mundo feudal como el gran justiciero: aun en el momento en que la monarquía de los Capetos parecía reducida a la nada, subsiste siempre en el espíritu de los hombres la idea de que el rey «está encargado de asegurar la paz por la justicia». «Y no es solamente la Iglesia, ha escrito muy atinadamente M. Luchaire, quien hace del rey. ante todo, el gran justiciero. El feudalismo laico ha reconocido que la raíz y el fruto del oficio real es la justicia y la paz. El juramento prestado por Felipe I y sus sucesores a su advenimiento al trono les obliga a conservar a cada uno la justicia que le es debida, a dar a cada cual su edrechos, y a poner al pueblo en posesión de sus derechos legítimos»[2].

III. Construcción jurídica del poder real según el modelo del dominium romano

Este deber y este poder del rey de asegurar a todos la paz por la justicia formarán el elemento principal, con la ayuda del cual, por una combinación ingeniosa de los recuerdos romanos y de las instituciones feudales, los legistas de la Corona reconstruyen el *imperium* en beneficio del rey de Francia tal como pertenecía al emperador. El rey mismo, persona individual, es el titular: es su propiedad, y por tal modo la construcción jurídica del *imperium* real resulta copiada de la del *dominium* individual. Lo mismo que el propietario tiene un derecho absoluto sobre la cosa, el *imperium* real es un derecho absoluto. Así como el propietario puede disponer de la cosa total o parcialmente, conceder derechos particulares sobre ella, desmembrar su derecho de propiedad, transmitirle por herencia, el rey puede enajenar total o parcialmente su *imperium*, desmembrarle, transmitirle para después de su muerte. De este modo se

[1] Cfr. E. BURGOIS, *Le Capitulaire de Kiersy-sur-Oise*, pág. 320.

[2] LUCHAIRE, *Histoire des Institutions Monarchiques sous les primeres Capetiens*, I, pág. 40; FLICHE, *Le Regne de Philippe 1er*, 1912.

forma la concepción del Estado patrimonial, que en cierta época ha dominado en toda Europa, dejando profundas huellas en el Derecho posterior. Dos causas de orden completamente distinto han concurrido a esta formación.

De una parte, la persistencia de las nociones jurídicas romanas en el espíritu de los legistas reales. Instituidos y sostenidos por el rey para dar un fundamento y un carácter jurídicos a su poder, los legistas creían que no podían cooperar mejor al pensamiento del señor que dando al poder real la estructura que los juristas de Roma habían dado al *dominium* del individuo.

Por otra parte, el Derecho feudal había establecido bajo el influjo de circunstancias que no es necesario detallar, un lazo íntimo entre el poder y la posesión de cierto territorio. No existe poder más que allí donde hay posesión de tierras, y la posesión de una tierra implica siempre, para el que la tiene, un cierto poder. Indudablemente, como ya hemos dicho, aun en los tiempos en que el régimen feudal ha llegado a su completo desarrollo y subsiste aún en su pureza, se reconoce al rey un poder propio, personal, independiente de la tierra que tiene. Pero la concepción feudal ha penetrado demasiado profundamente en los espíritus para que no deje sentir su acción hasta en la naturaleza del poder reconocido al rey. Éste, más que el primer señor feudal, es el señor superior de su reino. Sin embargo, su poder se considerará ante todo como un derecho de señor feudal, y por tanto como un derecho de propiedad.

Combinad esta noción feudal con el recuerdo de las ideas romanas sobre el *dominium* y advertiréis muy claramente el conjunto del sistema. El poder de mandar es un derecho análogo al derecho de propiedad, del cual, el rey, individualmente considerado, es el titular. Empleando la terminología moderna, éste es un derecho subjetivo; el sujeto de derecho que lo tiene es el rey, persona individual, que lo transmite a sus herederos por un orden de sucesión establecido según el modelo de las sucesiones privadas.

IV. Teoría de Bodin y de Loyseau, de Lebret y de Domat

Con todo esto los jurisconsultos del antiguo régimen han hecho una teoría muy precisa y muy compleja, la cual, dada la índole de este volumen, no podemos exponer con detalle. Pero no estará de más, para hacer ver cómo la teoría moderna de la soberanía no es en el fondo sino una creación del antiguo régimen, que citemos algunos de los pasajes más característicos de los tres juristas que han expuesto mejor los principios del Derecho público monárquico.

Loyseau escribía a principio del siglo XVII en su *Traité des offices*:

"El rey es, sin duda, funcionario, que tiene el ejercicio perfecto de todo poder público... y es así perfectamente señor que tiene a la perfección la propiedad de todo poder público... Así hace mucho tiempo que todos los reyes de la tierra han establecido la propiedad del poder soberano" [1]. En el *Traité des seigneuries*, Loyseau vuelve sobre la misma idea y la precisa: "El señorío —dice— en su significado general se define: poder en propiedad... El poder es común a los cargos y a los señoríos; la propiedad distingue el señorío de los cargos, en los que el poder se tiene por función o ejercicio y no en propiedad, como ocurre con los señoríos" [2]. Después, Loyseau distingue dos especies de señoríos: los públicos y los privados. "Se llama señorío público porque concierne y supone el mando, el poder público, el cual no puede ejercerse sino por persona pública... El señorío público se llama en latín *imperium, potestas, dominatio*, y por nosotros dominio y, propiamente, señorío" [3]. Así, si el *imperium* es un señorío, es una propiedad, pues que por definición todo señorío es una propiedad. Sin embargo, conviene notar que Loyseau distingue entre la propiedad del poder público y la propiedad privada, entre el señorío público y el señorío privado: "El que está sometido al señorío privado es un esclavo; el que se halla sometido al público es un subdito" [4].

Toda esta teoría la resume Domat en una frase de una enérgica concisión: "El primer lugar en donde reside la fuerza de la autoridad de un soberano es su Estado y de donde ella se extiende a todo el cuerpo es su misma persona" [5].

Este poder, derecho patrimonial del que el rey es titular en persona, se le llama, desde últimos del siglo XVI, la soberanía.

La soberanía, en un principio, no era en modo alguno el poder del rey en sí mismo; no era más que un carácter particular de ciertos señoríos, y, especialmente, de los señoríos reales. Las dos palabras latinas de que parece derivarse la palabra sobernía, *superanus* y *supremitas*, denotaban el carácter de aquel cuyo señorío no venía de otro señorío superior, o según la fórmula con frecuencia empleada en la Edad Media, aquel cuyo señorío no dependía sino de Dios. Este sentido de la palabra soberanía aparece muy claramente en Beaumanoir; es para él el carácter de ciertos señoríos feudales. Para los asuntos interiores de su baronía, el barón no depende de ningún señor feudal, y así "cada barón es soberano en su baronía" [6]. Pero el carácter de soberano pertenece únicamente al rey: "El rey es soberano por sí mismo, y tiene de su derecho el cuidado

[1] LOYSEAU, *Traité des offices*, lib. II, Nos. 21 y 28, págs. 187 y 188. París, 1640.
[2] LOYSEAU, *Traité des offices*, cap. I, Nº 5, pág. 6.
[3] LOYSEAU, *Traité des seigneuries*, cap. I, Nos. 27 y 29, pág. 6.
[4] LOYSEAU, *Idem*, cap. I, Nº 28, pág. 6.
[5] DOMAT, *Le Droit public*, tít. IV, sec. I, Nº 3, pág. 21. París, 1713.
[6] *La Coutume de Beauvoisis*, cap. XXXIV, párr. 41, pág. 22, ed. Beugnot, 1842.

general de su reino" [1]. A partir de la segunda mitad del siglo VI la expresión de soberano se aplica exclusivamente al rey, y en el siglo VI escribe Pasquier: "He aquí cómo la palabra soberano que se empleaba comúnmente respecto de todos aquellos que tenían las más altas dignidades de Francia, pero no en absoluto, con el tiempo la hemos acomodado al primero de los primeros, es decir, al rey" [2].

Luego, por un fenómeno frecuente en la historia de las lenguas, la palabra soberanía, que no designaba más que un simple carácter del poder real, llega a designar el poder real mismo. Bodin es quien primero emplea la palabra en este sentido; él es, en parte, responsable de las controversias sin fin que se han suscitado después. Definió la soberanía como "el poder absoluto y perpetuo de una república". Después analiza las que él llama las notas de la soberanía. La primera y la más esencial es la de "conceder a todos en general, y a cada uno en particular, y esto sin el consentimiento de superior, ni de semejante, ni de inferior a sí" [3]. De este modo aparecía que en el pensamiento de Bodin la soberanía es el poder del rey mismo. En adelante éste será el sentido de la palabra. El propio Loyseau, quien la mayoría de las veces no ve en la soberanía más que el carácter de ciertos señoríos, emplea algunas palabras para designar el poder del rey [4]; y Lebret, que primero da a la palabra soberanía el sentido originario y feudal, abandona muy pronto este punto de vista, y finalmente la soberanía es para él, como para Bodin, el conjunto de los poderes de que el rey es titular [5].

De este modo, en el siglo XVII y en el XVIII, la soberanía es el derecho de mandar, de que es titular el rey. Es un derecho que tiene los mismos caracteres que el derecho de propiedad. El rey es titular de él como de sus derechos patrimoniales. La soberanía es una propiedad, pero una e indivisible, inalienable. Es absoluta como todo derecho de propiedad, salvo ciertas restricciones relacionadas con la naturaleza de las cosas; y todavía el edicto de 1770 afirmaba que "no hay ninguna restricción basada en pretendidas leyes fundamentales". En fin, esta soberanía del rey se manifiesta sobre todo en la ley, que es la expresión de la voluntad real soberana.

[1] *La Coutume de Beauvoisis*, cap. LXI, párr. 72, II, pág. 407.
[2] PASQUIER, *Recherches sur la France*, lib. VIII, cap. XIX-I, col. 795. Amsterdam, 1723.
[3] BODIN, *Les Six Livres de la Republique*, lib. I, caps. VII y XI, edic. fr. Lyon, 1593.
[4] LOYSEAU, *Traité des seigneuries*, cap. II, Nos. 4-9, págs. 12 y 15. París, 1640.
[5] S. LEBRET, *De la souverainete du roi*, lib. I, cap. II, pág. 5. París, 1642.

V. La Revolución sustituye la soberanía real por la soberanía nacional

De ahí se derivan directamente la noción de la soberanía nacional una e indivisible, inalienable e imprescriptible, la noción de ley, expresión de la voluntad nacional, nociones formuladas en las Declaraciones y en las Constituciones del período revolucionario. Por lo tanto, estas fórmulas son tan artificiales como las nociones que expresan. O más bien, esta concepción de la soberanía, como derecho subjetivo de una persona era un producto histórico que debía desaparecer con las circunstancias que le dieran vida. Sin embargo, no fue así.

Conocidas son las doctrinas de Locke, de Mabbly, de Rousseau, de Montesquieu; sabido es el prestigio y la influencia que tuvo en Francia la Constitución votada en 1787 por el Congreso de Filadelfia. Llenos de admiración por esas doctrinas y por esta Constitución, los miembros de la Asamblea constituyente están al mismo tiempo profundamente penetrados de las concepciones monárquicas. Ahora bien: resulta que con una simple modificación de palabra, la vieja noción monárquica de soberanía se concilia admirablemente con las doctrinas de los filósofos y los principios de la Constitución americana. Basta, en efecto, sustituir rey por nación, y decir nación donde antes se decía rey. El rey era una persona, un sujeto de derecho, titular del derecho de soberanía; como él la nación será una persona, un sujeto de derecho, titular del derecho de soberanía. La soberanía del rey era una, indivisible, inalienable e imprescriptible. La soberanía nacional tendrá exactamente los mismos caracteres. La Declaración de los Derechos de 1789 y la Constitución de 1791 dirán: "El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación... la soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la nación..." [1]. El mismo principio, por razones diferentes, es verdad, se daba a la vez en el Derecho monárquico y en la doctrina política de J. J. Rousseau.

Y así las dos corrientes se juntan. La filosofía política del siglo XVIII y el Derecho monárquico llegaban a las mismas conclusiones, que se imponían a los legisladores revolucionarios, profundamente monárquicos por tradición y por temperamento y filósofos por sentimiento.

VI. El dogma de la soberanía nacional, objeto durante mucho tiempo de una fe religiosa, se deshace ante la crítica positiva

El fundamento del Derecho público nacido de la Revolución, se encuentra de este modo definido, y determinado su origen histórico. La nación

[1] *Declaratión des Droits*, art. 3; Const. 1791, tít. VI, art. 1.

es una persona titular del derecho subjetivo de poder público, del poder de mando o soberanía. El Estado es la nación organizada; es por tanto titular de la soberanía; y el Derecho público (el *Staatsrecht* de los alemanes) es el Derecho del Estado; es decir, el conjunto de reglas aplicables a esta persona soberana, que determinan su organización interior y rigen sus relaciones con las demás personalidades, personalidades subordinadas si se encuentran en el territorio del Estado de que se trata; personalidades iguales, si son de otros Estados.

Se nota fácilmente que si el origen histórico de esta concepción es el que hemos señalado, debía desaparecer tan pronto como desaparecieran las circunstancias que la habían producido. Este concepto de personalidad de la nación, soporte de la soberanía, no había sido consagrado por el Derecho revolucionario más que para conciliar la tradición monárquica, siempre viva, con los principios de una filosofía política que en aquella época entusiasmaba y satisfacía a todos los espíritus. La tradición monárquica tenía que olvidarse pronto y olvidarse definitivamente, diga lo que quiera hoy cierto partido político. No podía dejar de constituirse una nueva filosofía. Y esto supuesto, esta concepción de la soberanía, derecho subjetivo de la nación organizada en Estado, no podía permanecer intacta mucho tiempo.

Sin embargo, su reino se ha prolongado mucho más de lo que se hubiera podido prever, y ello bajo la acción de influencias que no se podrían caracterizar mejor que diciendo que son de orden religioso.

En su obra célebre *L'Ancien Régime et la Revolution*, M. de Tocqueville ha titulado un capítulo con este epígrafe: "Cómo la Revolución ha sido una revolución política que ha procedido como una revolución religiosa y por qué" (cap. III). Y escribe: "Como tenía el aire de tender a la regeneración del género humano más aún que a la reforma de Francia, ha encendido una pasión que hasta entonces las revoluciones políticas más violentas no habían jamás podido producir... Por esto ha llegado a ser como una especie de religión nueva, religión imperfecta, es verdad, sin Dios, sin culto y sin otra vida; pero que, a pesar de todo, como el islamismo, ha inundado la tierra con sus soldados, sus apóstoles y sus mártires". El dogma esencial de esta nueva religión, que la Revolución pretendía dar al mundo, era el principio de la soberanía nacional; y porque nuestros padres han creído en ella como en el credo de una religión revelada, es por lo que la soberanía nacional, que era el producto contingente de circunstancias históricas, se ha impuesto a los espíritus y ha sobrevivido a las circunstancias que lo produjeran.

Por lo demás, todos los grandes movimientos sociales y políticos han revestido un carácter religioso y mítico. En cada uno de ellos aparece un mito que constituye su poder, su fuerza, merced a la cual ha podido remover profundamente la conciencia de un pueblo, de una raza, de toda una

época. El mito es esencialmente principio de acción, generador de energía; recubre de una forma concreta una idea abstracta, le infunde algo de sobrehumano y de misterioso que enciende la imaginación de las masas, sobre todo en las épocas en que se irrita la necesidad de un más allá, siempre presente en el corazón del hombre. M. Jorge Sorel ha dicho, y tiene razón, que el mito de la divinidad de Jesucristo ha destruido el mundo antiguo. En nuestros días algunos espíritus como Peguy[1] han visto por un momento en el asunto Dreyfus el mito que debía regenerar al mundo moderno. M. Jorge Sorel, que anda muy cerca de creerse un fundador religioso, ha predicado con el mismo fin el mito de la huelga general. Son estos sueños de nobles pensadores y nada más. Muy otro es el mito de la soberanía nacional: ha removido profundamente los espíritus; ha quebrantado a la vieja Europa monárquica hasta en sus últimos fundamentos; ha inspirado todas las Constituciones políticas del nuevo mundo; ha hecho sentir su acción hasta en aquel mundo inmóvil y cerrado del imperio chino.

Pero la creencia mítica es, por su esencia misma, la creencia en una cosa falsa en realidad. Fatalmente, tarde o temprano la fecundidad creadora del mito se agota; la realidad recobra sus derechos. En nuestros días, con los progresos del espíritu crítico, con el decaimiento de la necesidad religiosa, los mitos pueden formarse aún; pero no tienen sino una corta vida. Sin embargo, el carácter mítico de la soberanía nacional ha dado a esta noción, contraria a los hechos, una duración mucho más larga de la que hubiera tenido sin él. Pero ha llegado el momento en que ha perdido su virtud creadora. Se advierte que ha pasado el tiempo en que podía ser principio de acción y de progreso, que se halla en evidente contradicción con los hechos más ciertos, que es impotente para proteger a los individuos contra los que detentan la fuerza gobernante y para dar un fundamento a la obligación que se les impone de asegurar la organización y el funcionamiento de los servicios públicos.

VII. Está en contradicción con los hechos ciertos

Salvo raras excepciones, en todas las clases y en todos los partidos, los hombres del siglo XIX, en general, se han inclinado ante el principio de la soberanía nacional como ante un dogma religioso. Sin duda los redactores del preámbulo de la Carta de 1814 han afirmado la permanencia del principio monárquico y del derecho divino; pero se trataba de una satisfacción platónica dada a los deseos de Luis XVIII y no engañaba a nadie. En 1830 se vuelve al principio de la soberanía nacional.

[1] PEGUY, *Notre Jeneuse*, 1910.

Sin duda también la escuela doctrinaria criticaba con un vigor y una penetración notables, cuanto tenía de vano y artificioso esta concepción de la soberanía; pero tales críticas no tenían consecuencias prácticas. Se debe, sin embargo, citar el pasaje siguiente del discurso pronunciado por Royer-Collard en 1831, en el momento de la discusión del proyecto de ley sobre la pairia: "¿La mayoría de los individuos —decía—, la mayoría de las voluntades, sea la que fuere, es la soberanía? Si es así, hay que decir muy alto que la soberanía del pueblo no es más que la soberanía de la fuerza y la forma más absoluta del poder absoluto. Las sociedades no son agrupaciones numéricas de individuos y de voluntades: tienen otro elemento que el número; tienen un lazo más fuerte: el derecho privilegiado de la humanidad y los intereses legítimos que nacen del Derecho... La voluntad de uno solo, la voluntad de muchos, la voluntad de todos no es más que la fuerza más o menos poderosa; a ninguna de estas voluntades se debe, sólo a título de voluntad, ni obediencia ni el menor respeto" [1]. Estas firmes palabras no tuvieron eco ni en el Parlamento ni en el país. La Revolución de 1848 se hacía en nombre de la soberanía nacional; y todos los tronos de Europa se hallaban quebrantados por efecto del mismo dogma. El sufragio universal igualitario y de mayorías, que por un falso razonamiento se pretendía deducir, se implantaba en Francia y desde entonces diariamente realizaba sus conquistas por el extranjero.

Pero al final del siglo XIX, por el contrario, se ha planteado clara y verdaderamente la cuestión de saber lo que había de real en ese principio de la soberanía. Se le ha sometido a una crítica dura y penetrante. Augusto Comte ha hecho vacilar muchas veces el dogma: especialmente había dicho: "Desde hace más de treinta años que tengo la pluma filosófica, me he representado siempre la soberanía del pueblo como una mistificación opresora y la igualdad como una innoble mentira". Ulteriormente instituyóse un verdadero proceso contra el dogma, proceso en el que los principales instigadores son hoy los teóricos de la *Action française* y los del sindicalismo revolucionario.

Los primeros no niegan la existencia misma del poder público; pero pretenden que no pertenece, que no puede pertenecer a la nación misma que es incapaz de gobernarse, que no puede pertenecer, según la tradición francesa, más que a un rey de origen nacional y cuyo interés dinástico se confunda con el interés del país. En nombre del positivismo, M. Deherme llega a la misma consecuencia, con la diferencia, sin embargo, de que el poder público debería pertenecer, según él, a un dictador. Los sindicalistas atacan al principio mismo del poder público, y, procediendo directamente de Proudhon, sostienen que la organización económica debe sustituir y sustituirá pronto en todas partes a la organización política. No entra en nuestro plan resumir y discutir todas estas doctrinas. Por otra

[1] *Archives Parlamentaires*, 2ª serie, LXX, pág. 360.

parte, su exposición clara y la crítica penetrante de las mismas puede verse en el magnífico libro de M. Guy-Grand, *Le Procès de la Démocratie*.

Todos esos ataques teóricos habrían sido inútiles, si el principio hubiera podido adaptarse a los hechos contemporáneos y si hubiera conservado su fuerza creadora y su virtud protectora, y si fuera aún una fuente de justicia y de seguridad. Pero una masa enorme de hechos demuestra hoy que el dogma de la soberanía nacional se halla en contradicción violenta con las transformaciones sociales y políticas que se realizan, que además ha perdido su eficacia y hasta que, a veces, su acción es nociva.

Son muchos los hechos sociales y políticos que directamente chocan contra el dogma revolucionario. Sólo hablaremos de los más salientes, que pueden agruparse bajo estas dos indicaciones: 1º La soberanía nacional implica una correspondencia exacta entre el Estado y la nación; pero con frecuencia en realidad esta correspondencia no existe. 2º La soberanía nacional es, por esencia, una e indivisible; implica la supresión en el territorio nacional de todas las colectividades investidas de derechos de poder; ahora bien, tales colectividades existen en los países descentralizados y en los países federales.

Es evidente que muy a menudo la correspondencia entre el Estado y la nación no existe. En primer lugar a veces los mismos gobernantes ejercen un poder sobre muchas colectividades distintas, de las que cada una posee incuestionablemente el carácter de nación. Estas naciones son con frecuencia rivales entre sí y no están unidas sino por su subordinación común a un poder superior. El imperio de Austria ofrece un ejemplo notable de este estado de cosas: es una aglomeración de naciones que tienen cada una su individualidad propia y muy señalada. Nadie osaría hablar de la voluntad nacional austríaca una e indivisible, ni decir que el Estado austríaco es la nación austríaca políticamente organizada. Los checos de Bohemia, los alemanes de Austria, los italianos del Trentino y de la Istria, los polacos de la Galitzia, los serbios de la Bosnia y de la Herzegovina pertenecen en realidad a naciones distintas; no se advierte nunca la voluntad colectiva, de que una nación es el soporte. Que hay un pueblo inglés no es dudoso. Pero no es menos cierto que el pueblo irlandés no se ha fundido en la nación inglesa. Hay, sin embargo, un Reino Unido que es sin duda un Estado; pero tampoco hay una nación, una, organizada en Estado; hay una fuerza gobernante que, en realidad, se impone a dos naciones distintas.

De otra parte, el poder de los Gobiernos se ejerce sobre un gran número de individuos, que sin duda forman parte de una nación autónoma; pero no forman parte de la nación, núcleo principal del Estado de que se trata. Así, todo Gobierno ejerce un poder sobre los individuos, que no son sus nacionales, pero se encuentran en su territorio. Además, todos los indígenas de las colonias son súbditos de un Estado metropo-

litano sin ser miembros de la nación. Todos los indígenas de nuestras colonias son súbditos franceses, sin ser ciudadanos franceses. De este modo existe una cantidad considerable de individuos que están subordinados al Gobierno francés y que no son miembros de la nación francesa. Por ese lado se deshace la teoría de la soberanía nacional, porque tal teoría implica que el poder público no puede imponerse más que a los miembros de la nación que lo tiene.

VIII. Es inconciliable con la descentralización y el federalismo

Siendo la soberanía una e indivisible, como la persona nación que de ella es titular, los mismos hombres y el mismo territorio no pueden estar sometidos más que a un solo poder público. Siendo la nación una persona y siendo su voluntad el poder político soberano, concentra en sí todo el poder, y no puede haber en el territorio nacional otros grupos que tengan parte alguna de soberanía. Numerosos son los textos de la época revolucionaria que consagran este principio. Basta recordar el artículo 1º del preámbulo del título III de la Constitución de 1791 ya citado: "La soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la nación; ninguna parte del pueblo ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio". Pero este principio viene a chocar con dos hechos que cada día ocupan un sitio más preeminente en el mundo moderno: la descentralización y el federalismo. Hoy muchos países unitarios, y particularmente Francia, evolucionan hacia una amplia descentralización. En cuanto al federalismo, es como el Derecho común de los Estados en el nuevo mundo. En Europa, Suiza y el Imperio alemán son Estados federales, y seguramente el sistema está destinado a extenderse.

En la doctrina según la cual la soberanía es un Derecho de poder de que es titular una colectividad, la descentralización por región, la única a que nos referiremos por el momento, es un sistema en el cual ciertas colectividades locales, cuyo nombre y carácter varían según los países, son titulares de algunas prerrogativas de la soberanía, ejercidas por órganos y por agentes considerados como los representantes de la colectividad local y cuya actividad se halla más o menos estrechamente intervenida por la autoridad superior. El municipio francés es un ejemplo muy claro de colectividad local descentralizada. Se dice que es titular de verdaderos derechos de poder público: poder de policía, poder de establecer y cobrar impuestos, poder de expropiación. Esos poderes se ejercen por órganos y agentes representantes del municipio.

Mas a pesar de todo, eso es absolutamente contrario a la concepción de la personalidad una e indivisible de la nación y a la de la soberanía que se enlaza con ella indisolublemente. Se dice tratando de conciliar esos

contrarios, que el Estado nacional concede voluntariamente una parte de su soberanía, que él mismo determina la extensión de esta concesión, que puede retirarla siempre, conservando así la soberanía en su indivisible totalidad. Lo cual no impide que mientras dure esta concesión haya en el territorio nacional una persona de poder público que posee algunas prerrogativas de la soberanía y que forma como un fragmento de la personalidad nacional. Ahora bien, es en absoluto inconciliable con la unidad y la indivisibilidad de la soberanía.

Se dice también, para resolver la antinomia, que las colectividades descentralizadas no son en verdad titulares de prerrogativas soberanas, que se limitan a ejercerlas, permaneciendo intacta en su sustancia la soberanía en la personalidad una e indivisble de la nación. Éste es un razonamiento puramente verbal. En realidad, las colectividades locales, consideradas en sí mismas, no pueden ejercer las prerrogativas soberanas; los agentes locales son los únicos que pueden, porque sólo ellos tienen una voluntad. Si se pretende, pues, que el Estado persiste como el titular de todas las prerrogativas soberanas, los agentes locales son agentes del Estado y no de las colectividades locales, y de este modo no habrá descentralización en el sentido que la doctrina dominante da a esta palabra.

En cuanto al federalismo, es, más aún todavía que la descentralización regional, la negación misma de la soberanía política del Estado. Está constituido esencialmente por el hecho de que en un territorio determinado no existe más que una sola nación; y, sin embargo, en ese mismo territorio existen muchos Estados investidos, como tales, del poder público soberano: un Estado central o federal, que es la nación misma hecha Estado, y los Estados miembros de la federación constituidos por colectividades locales.

De tal modo se hallan subyugados ciertos autores por el dogma de la personalidad soberana de la nación Estado, que ni siquiera han advertido la contradicción. Por ejemplo, nuestro sabio colega M. Esmein escribe: "En los Estados unitarios la soberanía es una. El Estado federativo, por el contrario, aunque corresponda a una verdadera unidad nacional, fracciona la soberanía... Ciertos atributos de la soberanía son recogidos por la Constitución de los Estados particulares y transferidos al Estado federal" [1]. M. Esmein encuentra esto muy natural. Pero los autores alemanes y suizos, colocados frente al problema que se planteaba en su país con agudeza singular, han realizado prodigiosos esfuerzos por resolverle, esfuerzos que, naturalmente, han resultado infructuosos.

Unos, como Seydel, han sostenido que sólo los Estados miembros son Estados, y que el Imperio alemán no tiene el carácter de Estado [2]. Esta

[1] ESMEIN, *Droit constitutionnel*, 5ª ed., 1909, pág. 6.
[2] SEYDEL, *Kommentar Zur Verfassung-kunde fur das deutsche Reich*, 1ª ed., 1897, págs. 6 y 23.

doctrina se comprende en un autor bávaro; pero decir que el Imperio alemán no es un Estado es una paradoja exagerada. Otros autores, por el contrario, han pretendido que sólo el Estado central es un Estado, y que no hay en Derecho ninguna diferencia entre la circunscripción descentralizada de un país unitario y el Estado miembro de un país federal [1]. Esto es ir contra los hechos evidentes. Por lo demás, aunque la doctrina fuese exacta, no explicaría nada, ya que la simple descentralización es tan antinómica con relación a la soberanía del Estado.

Dos maestros ilustres del Derecho público, los profesores Laband y Jellinek, han creído resolver el problema diciendo que puede haber y que hay Estados no soberanos; que los Estados miembros de una federación son Estados, pero no soberanos; que sólo el Estado central posee la soberanía. Ellos se esfuerzan en demostrar que la soberanía no es el poder público, sino solamente un cierto carácter del poder público [2]. Pero, a pesar de todos sus esfuerzos, la tentativa es inútil, porque ni Laband ni Jellinek llegan a determinar la diferencia que existiría en su caso entre la circunscripción descentralizada y el Estado miembro. Por otra parte, esta doctrina nada explica, porque la dificultad estriba en demostrar cómo el poder público puede ser fraccionado sea en el federalismo, sea en la descentralización.

En vano M. Gierke [3] en Alemania y Le Fur [4] en Francia han derrochado tesoros de ingenio para demostrar la permanencia de la unidad y de la indivisibilidad de la soberanía en el Estado federal y cómo, sin embargo, se distingue éste del Estado unitario. Según estos autores, en el Estado federal, como en el Estado unitario, hay correspondencia entre la unidad del Estado y la unidad nacional; no hay más que un solo Estado, como no hay más que una sola nación, y no hay más que una sola persona soberana: la nación organizada en Estado federal. Pero éste es una corporación de Estados; los Estados miembros concurren a formar la personalidad soberana del Estado federal; son lo que los ciudadanos en un Estado unitario democrático; participan (y tal es el rasgo característico) en la formación de la voluntad del Estado y, por tanto, en la sustancia misma de la soberanía, y no sólo en su ejercicio.

En realidad, todo esto no es más que un puro juego del espíritu, en absoluto extraño a la realidad de las cosas. ¿Qué es, pues, la sustancia de la soberanía? Retamos a quien quiera decirlo. Comparar el carácter de los Estados miembros al de los ciudadanos de un Estado unitario democrático, de nada en absoluto sirve. Además, esta doctrina no hace comprender mejor que las otras cómo siendo la soberanía la voluntad indivisible de la nación, pueden las colectividades locales poseer algunas de sus prerrogativas.

[1] Borel, *Etude sur la souveraineté et l'Etat federatif*, 1886.

[2] Laband, *Droit public*, ed. fr. 1900, I, págs. 5 y ss. Jellinek, *Allgemeine Staalslehere*, 2ª ed., 1905, págs. 470 y ss.

[3] Gierke, *Jahrbuch de Schmoller*, VI, 1887, pág. 1097.

[4] Le Fur, *L'Etat féderal 1897*, págs. 697 y ss.

Al insistir sobre estas doctrinas hemos querido demostrar con cuál intensidad se ha planteado el problema a los modernos publicistas, cuántos prodigiosos esfuerzos se han prodigado inútilmente, y cómo a pesar de todo subsiste implacable la contradicción de los hechos con el concepto de soberanía.

IX. Es impotente para proteger al individuo contra el despotismo

Por lo demás, no es esta antinomia irreductible la que ha determinado en el mundo moderno la ruina del concepto de soberanía. Puede que hubiera subsistido a pesar de todo si su eficacia práctica, su valor dogmático se hubieran impuesto a las gentes. Pero se ha producido el hecho diametralmente opuesto. La conciencia moderna ha tenido el sentimiento claro de que lo que ella demanda a los Gobiernos no puede encontrar su sanción y su fundamento jurídicos en un sistema de Derecho público que se apoye en la noción de soberanía.

Un sistema jurídico no tiene realidad sino en la medida en que pueda establecer y sancionar reglas que aseguren la satisfacción de las necesidades que se imponen a los hombres en una sociedad dada, y en un cierto momento. Este sistema, por otra parte, no es más que el producto de esas necesidades, y si no lo es o no garantiza su satisfacción, será la obra artificial de un legislador o de un jurista, pero sin valor ni fuerza alguna. Ahora bien: un sistema de Derecho público no puede reunir estas condiciones de vitalidad si no establece y sanciona las dos reglas siguientes: 1º Los que tienen el poder no pueden realizar ciertas cosas. 2º Ellos deben hacer ciertas cosas. La conciencia moderna se halla hoy profundamente penetrada de la idea de que el sistema de Derecho público imperialista es impotente para fundar y sancionar esas dos reglas; y lo comprende porque la crítica ha demostrado lo vacío de la doctrina; lo comprende sobre todo porque los hechos han demostrado su impotencia para proteger al individuo contra el despotismo.

Seguramente, cuando en 1789 la Asamblea nacional proclamaba y definía el dogma de la soberanía, el pensamiento que le preocupaba sobre todo (y será siempre éste un honor suyo) era el de determinar a la vez el fundamento y la extensión de los límites impuestos a esta soberanía. A esto vino a responder la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Ella define y opone la soberanía del Estado y la autonomía de la voluntad individual o libertad; afirma que el derecho del Estado o soberanía se halla limitado por el derecho del individuo o libertad, y

que el Estado no puede obrar sino para proteger esta libertad y en la medida en que la proteja. Pero es necesario, sin embargo, que esta libertad del individuo se halle a su vez limitada: la vida social no es posible más que con esta limitación; los individualistas más intransigentes convienen en ello. Si pues la libertad del individuo limita la soberanía del Estado, no es más que en una cierta medida, y la libertad tiene también sus límites. Dado esto, se plantea una doble cuestión: ¿cuál es la medida de la limitación que se puede imponer a la libertad? ¿Dónde está la garantía de que esa limitación no será arbitraria? Se ha contestado (y no había otra respuesta posible) diciendo: la libertad de un individuo no puede hallarse limitada sino en la medida necesaria para proteger la libertad de todo; y esta limitación no puede hacerse más que por la ley; es decir, por una disposición general votada por la nación o por sus representantes (Declaración de derechos de 1789, arts. 4 y 6).

Pero eran éstas, como lo ha demostrado la experiencia, garantías muy frágiles. Desde luego, la doctrina individualista que afirma la libertad individual no tiene hoy más que algunos adictos; la masa de las gentes no ven en ella más que una hipótesis de orden metafísico que puede defenderse como todas las de este género, pero nada más. Es decir, que es la fragilidad misma. La necesidad de una ley para limitar la libertad individual es seguramente una garantía. El carácter de generalidad protege al individuo contra la parcialidad de los gobernantes. Pero las constituyentes de 1791 creían en la infalibilidad de la ley, porque veían en ella la voluntad misma de la nación. En este punto la experiencia ha demostrado que se engañaban en absoluto. Si la ley se vota directamente por el pueblo, es la obra de una multitud, con sus pasiones, con sus violencias y nada garantiza su equidad. Rousseau ha dicho, es verdad, que: "No estando formado el soberano más que por los particulares que lo componen, no tiene, ni puede tener, intereses contrarios a los suyos; por tanto, el poder soberano no tiene ninguna necesidad de fiador para los particulares, porque es imposible que el cuerpo quiera dañar a todos sus miembros" [1]. ¿Quién no ve hoy que en estas palabras no hay sino un horrible sofisma?

Si la ley se vota por un Parlamento elegido, no ofrece mayor garantía. El Parlamento podrá muy bien afirmar que representa la voluntad nacional; pero la ley, en realidad, es la obra individual de algunos diputados. En 1848, cuando se instituyó el sufragio universal, se creyó de buena fe, pero ingenuamente, que todo estaba resuelto. El plebiscito de 1851 ratificaba el golpe de Estado. Las Comisiones mixtas, las leyes de seguridad general y, para decirlo en pocas palabras, el despotismo de los primeros años del Segundo Imperio, ponían de manifiesto a las gentes las garantías que se pueden esperar del sufragio universal.

[1] *Contrato social*, lib. IV, cap. VII.

Por otra parte, la doctrina de la soberanía ha sido siempre, en la teoría y en la práctica, una doctrina de absolutismo. Desde el principio del *Contrato Social*, declara Rousseau "que es contra la naturaleza del cuerpo que el soberano se imponga una ley que no puede quebrantar, que no hay ni puede haber ninguna especie de ley fundamental obligatoria para el cuerpo del pueblo, ni siquiera el mismo Contrato Social". Y justifica esta proposición con un raro sofisma: "Quien, dice, se negase a obedecer a la voluntad general será obligado por todo el cuerpo, lo cual no significa sino que se le obligará a ser libre" [1]. En nombre de esta doctrina y de estos sofismas, la Convención hizo caer sobre Francia la más sangrienta de las tiranías, e invocando el derecho popular es como los dos Napoleón impusieron su despotismo. Proceden directamente de Rousseau y del falso dogma de la soberanía todos los juristas alemanes que, siguiendo á Gerber y Laband, quieren hacer la teoría jurídica del despotismo imperial.

Esto no es todo. El hombre moderno pide a los gobiernos no sólo no realizar ciertas cosas, sino hacer ciertas otras. Por tanto, se impone la necesidad de un sistema de Derecho público que dé un fundamento y una sanción a esta obligación positiva. Pero en este respecto, el sistema fundado sobre la noción de soberanía adolece evidentemente de una impotencia irremisible. No se ha advertido en tanto no se han pedido al Estado más que los servicios de guerra, de policía y de justicia. En efecto, los que tienen el poder están naturalmente llamados a tomar medidas para defender el territorio y para imponer el orden y la tranquilidad. Obrando de este modo sirven a sus intereses propios, pues que la defensa contra el enemigo del exterior y el sostenimiento del orden en el territorio son las condiciones mismas de conservación por los gobernantes de su poder. Cuando los gobernados, pues, no les pedían más que esos servicios de guerra, de policía y de justicia, no aparecía la necesidad de un sistema de Derecho que estableciese el fundamento y la sanción de esas obligaciones.

Además, cuando la actividad de los gobernantes no tenía más que ese triple objeto, su intervención se producía en forma de actos unilaterales que parecían ser mandatos. En la actividad de los magistrados romanos y del emperador después, lo que ante todo aparecía era el *imperium*, la *jurisdictio*, es decir, un poder de mando. Los reyes de Francia, herederos de las tradiciones romanas, poseían también, bajo nombres diferentes, el *imperium* y la *jurisdictio*. Y cuando en 1789 y 1791 se quiere determinar y analizar el contenido de la actividad gobernante, sólo se advierte un poder de mando y se construye la teoría de los tres poderes.

Hoy día, por causas muy complejas y numerosas, a consecuencia sobre todo de los progresos de la instrucción, de las transformaciones eco-

[1] Lib. I, cap. VII.

nómicas e industriales, no es solamente el servicio de guerra, de policía y de justicia lo que se pide a los Gobiernos, sino servicios muy numerosos y muy variados, de los cuales muchos tienen carácter industrial. Los autores alemanes los designan en conjunto con la expresión de cultura: los gobernantes deben realizar todas las actividades propias para desenvolver la cultura física, intelectual, moral del individuo y la prosperidad material de la nación. El interés de los gobernantes no se confunde ya con el de los gobernados. No le es contrario, pero sí muy distinto. Como consecuencia se deja sentir la necesidad de un sistema de Derecho público que dé un fundamento, una sanción a esas obligaciones; y así aparece la impotencia del sistema imperialista.

Sin duda, en este sistema la soberanía del Estado se halla limitada por la libertad. Pero la libertad es para el individuo el derecho de desarrollar sin trabas una actividad física, individual y moral; no es el derecho de exigir que los demás, ni que el Estado, cooperen activamente a este desarrollo y realicen esas funciones de cultura.

Además, cuando los gobernantes ejercen esas atribuciones no se advierte el mandato, las prerrogativas de una voluntad soberana, las manifestaciones del *imperium* tradicional. Cuando el Estado da la enseñanza, distribuye socorros a los indigentes, asegura el transporte de las personas y de las cosas, busca y realiza el bien, no se indica en tales actividades nada que se parezca de cerca o de lejos a un poder de mando. Ahora bien, si el Estado es por esencia y en su naturaleza la actividad que manda, es preciso que lo sea siempre. Si en una sola de sus manifestaciones el Estado no es soberano, es que no lo es en absoluto.

Y sin embargo, en todos esos servicios modernos, que cada día toman mayor extensión: instrucción, asistencia, obras públicas, alumbrado, correos, telégrafos, teléfonos, caminos de hierro, etc., hay una intervención del Estado que debe estar sometida al Derecho, regulada y disciplinada por un sistema de Derecho público. Pero este sistema no puede estar fundado en el concepto de soberanía, porque se aplica a actos en los que no se advierta ningún rasgo de poder de mando. Se constituye, pues, forzosamente un nuevo sistema relacionado, por lo demás íntimamente con el anterior, pero fundado en una noción diferente, que se manifiesta en todo, que modela todas las instituciones modernas del Derecho público y que inspira toda la jurisprudencia tan fecunda, de nuestro Consejo de Estado: tal es la noción del servicio público.

Capítulo II

EL SERVICIO PÚBLICO

Sumario: I. Quebrantamiento de la fe de los hombres políticos en el dogma de la soberanía. - II. Vacilaciones y tendencias de los publicistas. - III. Elementos constitutivos del servicio público. - IV. Objeto de los servicios públicos. - V. La noción del servicio público se convierte en noción fundamental del Derecho Público moderno. - VI. Recursos de Derecho que garantizan a los particulares el funcionamiento regular de los servicios públicos. Servicios concedidos. - VII. Recursos de Derecho que garantizan a los particulares el funcionamiento regular de los servicios públicos. Servicios explotados directamente.

La noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del Derecho público. Seguramente esta noción no es nueva. El día mismo en que bajo la acción de causas muy diversas, cuyo estudio no nos interesa en este momento, se produjo la distinción entre gobernantes y gobernados, la noción del servicio público nació en el espíritu de los hombres. En efecto, desde ese momento se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponían a los gobernantes para con los gobernados y que la realización de esos deberes era a la vez la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza. Tal es esencialmente la noción de servicio público.

Lo nuevo es el lugar preferente que esta noción ocupa hoy en el campo del Derecho, y la transformación profunda que por tal camino se produce en el Derecho moderno. Esta proposición no es una fórmula *a priori*; no es más que la expresión de los hechos que vamos a tratar de analizar y de poner de relieve.

I. Quebrantamiento de la fe de los hombres políticos en el dogma de la soberanía

Hay, ante todo, un elemento de observación que importa no descuidar: lo constituyen las doctrinas de los teóricos y las declaraciones de los hom-

bres políticos. Sin duda en ninguno encontramos aún una afirmación general y precisa; pero las vacilaciones y las negaciones son numerosas. Los hombres políticos dignos de este nombre están de acuerdo en reconocer que se ha producido un gran cambio en la noción del Estado; que el Estado no tiene solamente el derecho de mandar, sino que tiene también grandes deberes que cumplir. Por su parte los teóricos afirman hoy que la soberanía no ocupa ya el primer lugar en la concepción del Derecho público. Con el sistema imperialista se necesitaba indispensablemente que el Estado fuera una persona, ya que siendo un derecho el poder público requería un sujeto de este derecho. Hoy día se dice que la personalidad del Estado no puede ser negada en absoluto, sino que debe limitarse su dominio; que el Estado es a veces una persona, pero no siempre, o bien, que hay en él dos personas de diferente naturaleza. Vacilaciones y contradicciones que son características y revelan una crisis de transformación.

Sin multiplicar las citas debemos recordar el discurso pronunciado por M. Clemenceau, presidente entonces del Consejo, en la inauguración del monumento a Scheurer-Kestner. Recordando la intervención que el gran ciudadano había tenido en el asunto Dreyfus, M. Clemenceau decía: "La suerte estaba echada. La multitud se corría instintivamente hacia el partido de Barrabás. Y aquí el pensamiento se para ansioso. El número el sufragio universal se equivocan: ¿no es la ley misma de la democracracia la que se pone en cuestión?... Pues bien, apresurémonos a decirlo, la democracia no es el gobierno del número, en el sentido en que la palabra gobierno se toma por los partidarios de la autoridad... Es preciso que la democracia sea el gobierno de la razón... Pero si nosotros esperáramos de esas mayoría de un día el ejercicio del poder que fue de nuestros antiguos reyes, no habríamos hecho más que cambiar de tiranía" [1]. Poco tiempo antes, M. Barthou expresaba una idea análoga cuando escribía: "Es preciso vivir con su tiempo y no perpetuar en las costumbres el dogma de un Estado soberano e infalible, cuyos funcionarios serían esclavos resignados y mudos" [2].

No se puede, por lo demás, desconocer que la gran corriente que se produce hoy en favor de la representación proporcional revela las mismas tendencias. Al decir esto, no nos referimos a la actitud inestable de ciertos hombres políticos, ni a las inconsecuencias que se advierten en algunos de ellos en cuanto no son poder. Son éstas, vagas contingencias que el observador en serio de las cosas sociales no debe tener en cuenta. Pero no se podrá negar que existe en el país, en favor de la reforma electoral, un movimiento de opinión de una rara intensidad que han comprendido muy bien los políticos más clarividentes de todos los partidos.

[1] *Journal Official*, 1º febrero 1906.
[2] De *L'Humanité*, 1º febrero 1906.

Tienen el sentimiento muy claro de que la conciencia moderna no se contenta ya con la noción simple de la soberanía como expresión de la mayoría del cuerpo electoral, y que no puede ver en ella el principio fundamental del Derecho público. El día (10 de julio de 1912) en que, por 339 votos contra 217, la Cámara francesa de los diputados adoptó un proyecto de ley electoral, cuyo artículo 1º prescribe que serán elegidos los diputados por escrutinio de lista, con representación de las minorías, se produjo un hecho de gran importancia en la evolución del Derecho público. Se debe ver en esto la voluntad de establecer un régimen electoral mejor, descartando en lo posible todas las influencias corruptoras y apartando la Administración de las intrigas políticas. Pero ante todo debemos ver el reconocimiento por la Cámara francesa de que la ley de las mayorías no es la ley esencial de las democracias modernas, y que la noción de soberanía nacional, a la que aquélla se refiere directa e íntimamente, no es tampoco la noción fundamental del Derecho público.

II. Vacilaciones y tendencias de los publicistas

Si la fe de los hombres políticos en el dogma de la soberanía está profundamente quebrantada, la de los juristas no lo está menos. Uno tan sólo aparece inquebrantable en medio de las ruinas del sistema. En las numerosas ediciones de su libro sobre el Derecho constitucional escribe M. Esmein, siempre con la misma calma y gran seguridad: "El Estado es la personalidad jurídica de una nación...; es el sujeto y sostén de la autoridad pública. El fundamento del Derecho público consiste en que da a la soberanía, fuera y por encima de las personas que la ejercen en cualquier momento, un sujeto o titular ideal y permanente que personifica a la nación entera; esta persona es el Estado, que se confunde de este modo con la soberanía, siendo ésta su cualidad esencial" [1].

La misma doctrina se encuentra en muchos autores alemanes, sobre todo en M. Laband. Sin embargo, ellos llaman poder público *(Herrschaft)* lo que M. Esmein llama soberanía, y reservan esta última palabra para designar ciertos caracteres del poder. Son éstas distinciones sutiles que no nos interesan ahora. En el fondo la doctrina es la misma. Sólo que mientras en M. Esmein se determina por una observación de los hechos a todas luces inexactas, pero seguramente concienzuda e imparcial, en muchos juristas alemanes se halla inspirada por el único deseo de dar, al menos en apariencia, una base jurídica a la omnipotencia imperial [2].

Los publicistas franceses conocen muy bien la transformación que hoy se realiza en el Derecho; pero parece que no se atreven a confesárselo a

[1] ESMEIN, *Droit constitutionnel*, 5ª ed., págs. 1 y 2.
[2] LEBAND, *Droit public*, ed. francesa, sobre todo el tomo I.

sí mismos. Mantienen la noción de soberanía; sólo que, obligados por los hechos, la reducen casi a la nada. O bien niegan la personalidad del Estado, queriendo mantener la soberanía; pero, privada de su apoyo necesario, queda en el aire. Ni aun resumidas podríamos exponer aquí todas estas doctrinas. Querríamos tan sólo indicar con breves palabras cómo los dos escritores más representativos de la doctrina francesa, M. Hauriou y M. Berthélemy, llegan a la negación de la soberanía.

Ya en la sexta edición de su *Précis de Droit administratif* (1909), M. Hauriou escribía "que la soberanía y la ley no están ya en primera línea ni desempeñan el primer papel en la combinación práctica de las fuerzas" (*Preface*, p. 9). En la página 225 de sus *Principes de Droit public* (1910), M. Hauriou escribe también: "Estas reservas teóricas (limitación teórica de la soberanía) no tienen valor desde el momento en que no se combate en su raíz la creencia en la omnipotencia de la voluntad general que manda. Pocos falsos dogmas han tenido una acción tan nefasta como éste". ¿No es esto la condenación expresa de la doctrina tradicional? Pero entonces ¿cuál es, según M. Hauriou, la noción fundamental del nuevo sistema? Parece que puede resumirse de este modo: Sí, hay un poder que manda; pero de ningún modo es un derecho subjetivo; no hay persona jurídica titular de un pretendido derecho de poder; pero hay un poder de dominación. "Toda la organización social de un país, escribe M. Hauriou, tanto económica como política, puede reducirse a un conjunto de situaciones establecidas, mantenidas por un poder de dominación... El poder de dominación tiene como función propia la de crear y proteger las situaciones establecidas. Con harta frecuencia se considera el poder bajo la forma simplificada del mando y de la coacción, sin preocuparse de su función... El poder tiene sin duda su función propia, que es la de crear el orden, la estabilidad... Esta función la cumple mejor o peor; pero cuando la cumple correctamente, es legítima" [1].

Bastan estas citas para comprender lo que hay de esencial en la obra de M. Hauriou. El poder soberano no es para el sabio publicista el elemento esencial del Derecho público. La personalidad del Estado tiene un dominio muy limitado, que se reduce al comercio jurídico. El poder de dominación persiste siempre; pero no es un derecho subjetivo de que el Estado como persona jurídica sería titular: es ante todo una función social. Esta función social es, en el fondo, el servicio público: y así M. Hauriou se halla muy cerca de reconocer que el servicio público es el único y verdadero fundamento del sistema moderno.

La misma tendencia aparece también en la obra de M. Berthélemy. Como M. Hauriou, reduce la personalidad del Estado a una personalidad exclusivamente patrimonial. El poder público existe indudablemente; pero según el autor, no hay ningún sujeto de derecho que sea su titular. "Los

[1] HAURIOU, *Principes de Droit public*, 1910, págs. 78 y 79.

actos de autoridad realizados por las administraciones, dice, no implican la existencia de una persona jurídica en cuyo nombre se realicen... La idea de personalidad no es indispensable sino cuando se trata de representar al Estado como sujeto de derechos. Únicamente las personas tienen derechos. Es un gran error ver en el uso del poder un ejercicio de derechos. Los funcionarios que mandan no ejercen los derechos del soberano, ejercen funciones cuyo conjunto, si se quiere, constituyen el poder soberano" [1].

No queremos saber si M. Berthélemy es lógico consigo mismo cuando, después de haber dicho que lo que se llama comúnmente el poder o la soberanía es una pura función de los órganos que constituyen el Estado, distingue las funciones de autoridad y las funciones de gestión, ni reanudar las dilatadas controversias un momento suscitadas por esta distinción. Pero importa señalar y recordar que M. Berthélemy, como M. Hauriou, ve esencialmente en lo que se llama el poder soberano una función y no un derecho subjetivo de mando, y que además llega a eliminar del Derecho público la noción de derecho subjetivo de poder y a darle por único fundamento la noción de una función que se impone a los gobernantes.

Esta noción de función social que advierten los hombres políticos y los teóricos publicistas, y que sitúan en la base del Derecho público, es en el fondo la noción de servicio público cuyos elementos constitutivos es preciso definir.

III. Elementos constitutivos del servicio público

Ya se han indicado. Consisten esencialmente en la existencia de una obligación de orden jurídico que se impone a los gobernantes, es decir, a aquellos que de hecho tienen el poder en un país dado, obligación de asegurar sin interrupción el cumplimiento de una cierta actividad. Esta noción, se verá en el curso de este libro, explica todas las soluciones dadas hoy en la práctica del Derecho público, y tales soluciones entrañan la demostración de la realidad de esta noción: nosotros, por otra parte, no pensamos dar otra. Pero para llegar a una conclusión importa desde luego decir: 1º Lo que son los gobernantes. 2º Cuál es el fundamento de la obligación que se les impone. 3º Cuál es el objeto de esta obligación.

¿Qué son los gobernantes? Que en la concepción actual no son los representantes de una persona colectiva soberana como la nación, es evidente, y ello resulta de lo que se ha dicho en el capítulo primero. Hoy ya no se cree en el dogma de la soberanía nacional, como no se cree en el dogma del Derecho divino. Los gobernantes son aquellos que, de hecho, ejercen el poder de coacción. ¿Por qué? ¿Cómo? Es una de tantas cues-

[1] BERTHÉLEMY, *Droit administratif*, 7ª ed., 1913, págs. 41 y 42.

tiones que no pueden recibir una respuesta general. El hecho de tener este poder es un producto histórico, económico y social que en cada país tiene sus caracteres propios. La organización del Gobierno varía con los tiempos y según los países. Pero todos estos elementos, cualquiera que sea su imporatncia, no son, a lo sumo, sino de segundo orden. Queda siempre el hecho de que en el país de que se trate hay un hombre o un grupo de hombres que pueden imponer a los demás una coacción material; y así este poder no es un derecho, sino una posibilidad de hecho, pero no otra cosa. Se podía ver en él un derecho cuando se creía que estos hombres habían recibido una investidura divina, o cuando se creía que eran los representantes de una persona colectiva que, como tal, tenía una voluntad superior a las voluntades individuales. En nuestra época se han desvanecido esas creencias religiosas y metafísicas. Y esto supuesto, el poder coercitivo de gobierno no puede ser un derecho; no es, como ya hemos dicho, más que una posibilidad de hecho.

Pero si no se cree en el derecho de los gobernantes, se cree en la existencia de obligaciones que se les imponen. En todos los tiempos han advertido las masas que los que ejercen el poder no podían imponer legítimamente la obediencia sino cuando prestaban ciertos servicios y en la medida que los prestaban. Son numerosos los ejemplos históricos de clases sociales que pierden su poder político por no administrar los servicios sociales, que eran precisamente la condición de este poder Ese sentimiento, confuso durante mucho tiempo en el espíritu de los hombres, ha llegado hoy a ser una concepción clara. Y es porque no nos contentamos con afirmar la cosa; se trata apasionadamente de determinar el fundamento jurídico de esas obligaciones, y he ahí uno de los problemas sociales que preocupan al hombre moderno. Sin duda alguna concebimos fácilmente una obligación moral que se impone a los gobernantes fundada en tal o cual sistema de ética; pero ninguno de ellos se sustrae a la crítica. Por lo demás, toda solución de orden moral es el resultado de una impresión individual, de una intuición, como hoy se dice, y de ningún modo de una afirmación positiva de orden científico. Ahora bien, la generalidad de los espíritus modernos pide para los problemas sociales soluciones claras fundadas en la observación racional de los hechos. Además, no se trata de una obligación moral que se impone a los gobernantes, sino de una obligación de orden jurídico susceptible de recibir una sanción positivamente organizada. Si comprobamos que en un país dado esta sanción positiva existe, estaremos en nuestro derecho afirmando que esa obligación jurídica de los gobernantes es una realidad.

Parece que, cuando prevalecía la doctrina individualista, el derecho del individuo podía formular una obligación de orden jurídico con respecto a los gobernantes. Pero hoy se reconoce que es tan precaria esta doctina como los diversos sistemas de moral, que, en el fondo, no es

más que una hipótesis metafísica tan frágil como todas las demás. Además, puede entrañar una obligación negativa, pero no obligaciones positivas. Según el gran pontífice del individualismo, J. J. Rousseau, el Derecho del individuo no limita la omnipotencia de la voluntad general. "Es contra la naturaleza del orden político, decía, que el soberano se imponga una ley que no puede infringir" [1].

Si no se ve en los gobernantes más que ejercientes más poderosos, ¿cómo puede haber leyes superiores a ellos que les impongan obligaciones positivas y negativas? Si su acción se halla limitada por estas obligaciones, ¿ejercen aún la mayor fuerza? Hablar de gobernantes que tienen el mayor poder y obligaciones jurídicas que se les imponen ¿no es formular dos proposiciones contradictorias? Los teóricos alemanes de la *Herrschaft* están muy en lo cierto cuando, como Seydel, dicen: "Es una verdad indefectible la de que no hay Derecho sin el *Herrscher* (el gobernante, el ejerciente del poder), por encima del *Herrscher*, o al lado del *Herrscher:* hay solamente un derecho por el *Herrscher*" [2].

Pero no: la conciencia moderna protesta enérgicamente contra semejante conclusión. Y como en el fondo el Derecho es una creación de la conciencia humana, se puede afirmar que las obligaciones de orden jurídico se imponen a los gobernantes, porque hay en el espíritu del hombre moderno una repugnancia invencible a que sea de otro modo. Se puede afirmar esto, porque, como se verá en el curso de este libro, se organiza espontáneamente toda una serie de instituciones para dar una sanción positiva a esas obligaciones. Que después de esto los juristas sociólogos traten de determinar el hecho social que es el fundamento de esas obligaciones, está bien. Personalmente lo hemos intentado y hemos creído encontrarle en el gran hecho de la interdependencia social [3]. Esta manera de ver ha tropezado con muy vivas y grandes objeciones que no tratamos de refutar aquí. Persistimos en pensar que el hecho de la interdependencia social permite dar al problema una solución interesante. Pero, a decir verdad, esto no tiene importancia, porque la noción de un deber jurídico que se impone a los gobernantes llena la conciencia de los hombres modernos. Pero lo que hace el Derecho, la regla de Derecho es la creencia, arraigada profundamente en la masa de las gentes, en una época y en un país dados, de que tal regla es imperativa, que tal carga debe ser cumplida. El Derecho, en una palabra, es ante todo una creación psicológica de la sociedad, determinada por las necesidades de orden material, intelectual y moral. Hablando así no tratamos de afirmar en modo alguno la existencia de una supuesta conciencia social distinta de las conciencias

[1] *Contrato social*, lib. I, cap. VII.
[2] SEYDEL, *Grundzüge einer allgemeine Staatslehre*, 1873, pág. 14.
[3] *L'Etat, le Droit objectif*, 1901, págs. 23 y ss. *Traité de Droit constitutionnel*, 1911, pág. 14.

individuales. Ésta sería una afirmación de orden metafísico que nos guardaremos de hacer.

Por otra parte, si es cierto que el poder de los gobernantes tiene causas muy diversas, materiales, económicas, morales y religiosas, parece igualmente incontestable que este poder gobernante no puede mantenerse de una manera duradera, sino merced a la creencia, por parte de los gobernados, de que los que ejercen el poder les prestan servicios; no importando que esta creencia sea o no conforme a la realidad, y que la actividad de los gobernantes resulte realmente provechosa para los gobernados, o que les parezca así a consecuencia de su ignorancia y de sus supersticiones. He ahí un elemento capital de la fuerza política y del Derecho público, que no tiene, por lo demás, nada de común, no nos engañemos, con la teoría del contrato social. Según éste, los hombres, naturalmente aislados, se unen por una convención, de la cual nace una voluntad colectiva, que es el soberano, y que constituye el Gobierno. De hecho, por el contrario, el grupo social es el dato primario: la diferenciación entre gobernantes y gobernados se produce espontáneamente, y el poder de aquéllos se impone a éstos de un modo tanto más duradero cuanto más crean que les es útil.

Existe, pues, una correspondencia íntima entre la posesión del poder y la obligación de cumplir ciertas actividades, de prestar ciertos servicios. Esta correspondencia, sentida siempre, resulta claramente comprendida y querida con fuerza por el hombre moderno. Esto basta para fundamentar la obligación jurídica de los gobernantes. No existe hoy, en el mundo civilizado, un solo espíritu que no se halle profundamente penetrado de la idea de que todos aquellos que tienen el poder por un título cualquiera, emperadores, reyes, presidentes de la República, ministros, Parlamentos, es, no para su provecho, sino para el de los gobernados, y la idea tiene tal fuerza, que todos los ejercientes del poder la repiten a porfía, aun cuando en realidad traten de sacar el mayor beneficio posible de su situación.

IV. Objeto de los servicios públicos

Las actividades cuyo cumplimiento se considera como obligatorio para los gobernantes constituyen el objeto de los servicios públicos. ¿Cuáles son estas actividades? ¿Cuál es su extensión exactamente? Imposible es dar a la cuestión una respuesta general. Ya en 1911 escribíamos: "¿Cuáles son las actividades cuyo cumplimiento constituye para los gobernantes una obligación? No puede darse a esta pregunta una respuesta determinada. Hay ahí algo esencialmente variable, evolutivo, desde luego; es hasta difícil fijar el sentido general de esta evolución. Todo lo que

puede decirse es que a medida que la civilización se desarrolla, el número de actividades capaces de servir de soporte a los servicios públicos aumenta, y por lo mismo aumenta el número de servicios públicos. Esto es lógico. En efecto, se puede decir de la civilización que consiste únicamente en el aumento del número de necesidades de todo género que pueden satisfacerse en menos tiempo. Por consiguiente, a medida que la civilización progresa, la intervención de los gobernantes va siendo normalmente más frecuente, porque ella sólo puede realizar lo que supone la civilización" [1].

Se ha hecho notar anteriormente que hay tres actividades cuyo cumplimiento se ha pedido a los gobernantes de todos los tiempos: la defensa de la colectividad y del territorio contra el enemigo del exterior, el mantenimiento de la seguridad, del orden y de la tranquilidad en el territorio y en el interior de la colectividad; elementos éstos constitutivos de los tres servicios públicos originarios: la guerra, la policía y la justicia. Hoy no bastan estos servicios. Algunos economistas rezagados pueden, desde el fondo de su gabiente de estudio, declarar que el Estado no tiene otra cosa que hacer que procurar la seguridad en el exterior, y el orden y la tranquilidad en el interior, debiendo desinteresarse de todo lo demás y dejar libertad entera a la acción y a la concurrencia individuales, cuyo desarrollo natural asegurará normalmente la satisfacción de todas las necesidades sociales. Los hechos son más fuertes que todas las teorías, y la conciencia moderna desea otra cosa. Quiere otra cosa en el orden intelectual y moral: no admite, por ejemplo, que el Estado no intervenga en el servicio de enseñanza. En el orden material desea otra cosa: no admite, por ejemplo, que el Estado no organice los servicios de asistencia.

Por otra parte, la profunda transformación económica e industrial, que se realiza desde hace un siglo en todas las naciones civilizadas y que señalamos en las primeras páginas de este libro, ha engendrado muchos deberes nuevos para los gobernantes. La interdependencia estrecha que existe entre los pueblos, la solidaridad de los intereses económicos, los cambios comerciales, que cada día son más numerosos, y el irradiar de las ideas morales, de los descubrimientos y de las doctrinas científicas, imponen a todos los Estados la obligación de organizar los servicios públicos que aseguren de una manera permanente las comunicaciones internacionales. Y así se ha constituido un servicio público que en todos los países modernos ocupa el primer lugar: el servicio de correos y telégrafos. En ningún otro se revela mejor el carácter jurídico de la obligación que se impone a los Estados, obligación a la vez de Derecho interno y de Derecho internacional. En ninguna institución moderna aparece

[1] *Traité de Droit constitutionnel*, 1911, t. I, págs. 100 y 101.

más clara la solidaridad de obligaciones y de derechos que une a todas las naciones que en el servicio postal internacional.

En el interior de cada Estado se ha producido una transformación económica, que hemos tratado de caracterizar diciendo que por todas partes y en casi todos los órdenes de la actividad una economía nacional ha venido a reemplazar a la economía doméstica. Resultando de ahí que los hombres de un mismo grupo social han llegado a ser más dependientes unos de otros, y esto para las necesidades más elementales, para las necesidades de cada momento. El grupo familiar casi se bastaba a sí mismo, al menos para las necesidades cotidianas. Hoy es preciso que se dirija a otros grupos, y como se trata de necesidades de orden elemental de cada momento, es preciso que la actividad que está encargada de satisfacerlas no pueda ser interrumpida. Los gobernantes deben, pues, intervenir para que esta actividad se ejerza de una manera permanente.

Se podrían multiplicar los ejemplos. Está ya lejos el tiempo en que cada uno transportaba su persona y sus cosas por sus propios medios. Hoy, cualquiera que sea la clase social a que se pertenezca, cada cual pide el transporte de las personas y de las cosas a los grupos que desempeñan este servicio. Como en el estado de nuestras costumbres y de nuestras necesidades económicas estos transportes en común no pueden suspenderse ni aun por un plazo muy corto, aparece la necesidad, cada día más evidente, de organizar los servicios de transporte como servicios públicos: servicio de tranvías y autobús en las grandes ciudades, servicio de caminos de hierro en todo el país, servicio que además deviene, como el de correos, cada vez más internacional. No solamente el alumbrado público, sino el mismo alumbrado privado se convierte en servicio público. Hoy día, ni el labriego del fondo de la Auvernia o de Bretaña se contentaría para alumbrarse con la vieja candela de resina o de sebo fabricada en casa, que alumbraba a sus antepasados. No tardará mucho tiempo sin que los hogares todos reclamen la luz eléctrica. Y como ésta es una necesidad elemental, surge un nuevo objeto de servicio público. La invención de la hulla blanca es la causa de una revolución económica e industrial, que aun está en sus comienzos; y el transporte de la energía eléctrica llegará a ser, ciertamente, en un futuro no lejano, objeto de servicio público, como lo advierten los autores de la gran ley de 15 de junio de 1906 sobre las distribuciones de energía eléctrica.

No hay para qué insistir sobre estas consideraciones de orden económico. Sin embargo, no son inútiles. Muestran cómo el Derecho evoluciona ante todo bajo la acción de las necesidades económicas. Se ha visto, primero, cómo la noción de soberanía ha sido quebrantada cuando se ha comprendido que el Estado debía a los gobernados algo más que la seguridad en el interior y en el exterior. Ahora se advierte que el objeto mismo de las obligaciones del Estado y el sentido de su acción se encuentran determinados por la situación económica del país y las necesidades de sus habitantes. En suma, la noción de servicio público parece que puede formularse de este modo: es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante.

Si fuera necesario un criterio formal para reconocer las actividades que deben servir de soporte a la organización de un servicio público, diríamos que se encuentra en el desorden social producido por la suspensión, aunque sea durante muy corto tiempo de esta actividad. Por ejemplo: en octubre de 1910, la huelga de los caminos de hierro franceses, aunque parcial y muy corta, demostró de una manera evidente que los transportes por ferrocaril constituían muy en primer término los elementos de un servicio público. Del mismo modo, la huelga general de los mineros ingleses en 1912, por los desastres que estuvo a punto de producir, nos ha hecho ver que está próximo el momento en que ha explotación de las minas de hulla deberá organizarse como servicio público, y la ley Asquith, que impone a los propietarios de minas la obligación de pagar a sus obreros un salario mínimo, es el primer paso hacia la organización en servicio público de las explotaciones hulleras.

V. La noción del servicio público se convierte en noción fundamental del Derecho público moderno

Se comprende, pues, el sentido y el alcance de la transformación profunda que se ha realizado en el Derecho público. No es ya un conjunto de reglas aplicables a una persona soberana, es decir, investida del derecho subjetivo de mandar, que determinan las relaciones de esta persona con los individuos y las colectividades que se hallan en un territorio dado, relaciones entre personas desiguales, entre un soberano y sus subditos. El Derecho público moderno se convierte en un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido. De la relación de soberano a súbditos no queda nada. Del derecho subjetivo de soberanía, de poder, tampoco. Pero sí una regla fundamental, de la cual se derivan todas las demás: la regla que impone a los gobernantes la obligación de organizar los servicios públicos, de fiscalizar su funcionamiento, de evitar toda interrupción.

El fundamento del Derecho público no es el derecho subjetivo de mando, es la regla de organización y de gestión de los servicios públicos. El Derecho público es el Derecho objetivo de los servicios públicos. Así como el Derecho privado deja de estar fundado en el derecho subjetivo

del individuo, en la autonomía de la persona misma y descansa hoy en la noción de una función social que se impone a cada individuo, el Derecho público no se funda en el derecho subjetivo del Estado, en la soberanía, sino que descansa en la noción de una función social de los gobernantes, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de los servicios públicos.

Inmediatamente se advierten las consecuencias generales que se derivan de esta concepción. Al mostrar en el curso de este libro que estas consecuencias se verifican de hecho, se verá que nuestra fórmula no expresa un simple punto de vista del espíritu, sino más bien una realidad.

De un lado, no siendo la intervención de los gobernantes el ejercicio de un Derecho de soberanía, los actos que ejecutan no tienen ningún carácter específico, que implicaría la realización práctica de un derecho de soberanía. Si tienen caracteres propios, si producen efectos particulares, es por estar determinados por un fin de servicio público. Esto es verdad hasta para la ley misma. En el sistema imperialista la ley es la manifestación por excelencia de la soberanía; es esencialmente un mandato formulado por el soberano que se impone a los súbditos. Se verá que esto no resulta conforme con los hechos. La ley o algunas de sus disposiciones pueden ser la fórmula de una regla de Derecho, producto del medio social y que los gobernantes creen deber formular para darle una mayor fuerza, en general bajo la presión de la opinión pública. Pero la gran masa de las leyes se dictan en realidad con el fin de organizar los servicios públicos y de asegurar su funcionamiento. La ley es así, ante todo, la ley de un servicio público.

Proposición de una importancia capital, porque hace ver claramente la manera de funcionar el sistema moderno de Derecho público. Los gobernantes están jurídicamente obligados a asegurar la organización y el funcionamiento de los servicios públicos. Con este propósito dictan reglas generales: las leyes. Este es el fin perseguido por los gobernantes y que les imprime su carácter. Ninguno puede violar esta regla, ni el particular, que no puede usar del servicio sino conforme a la ley, ni los gobernantes, ni sus agentes, que no pueden hacer nada para impedir el funcionamiento del servicio conforme a su ley. De este modo se puede decir que los servicios públicos son instituciones de Derecho objetivo [1].

Los actos administrativos toman también su carácter de su destino a un fin de servicio público. Sin duda se deberá distinguir los actos administrativos propiamente dichos que tienen un carácter jurídico y las simples operaciones administrativas. Pero éstas y aquéllos tienen un carácter común que proviene del fin que los determina. No hay porqué hacer distinción entre los diferentes actos administrativos y particularmente aquella que los clasifica como actos de gestión y de autoridad.

[1] Cfr. HAURIOU, *Droit administratif*, 5ª ed., 1907, págs. 1 y ss. *Principes de Droit public*, 1910, págs. 24 y ss.

Carácter objetivo de los servicios públicos, ley de los servicios públicos, que no es más que el reconocimiento y la realización de la obligación general que se impone a los gobernantes, carácter común de todos los actos administrativos determinados por un fin de servicio público: he ahí los tres elementos esenciales del sistema. Los gobernantes y los agentes no son los señores de los hombres que imponen un poder soberano, un *imperium* a los sujetos. No son los órganos de una persona colectiva que manda. Son los gerentes de negocios de la colectividad.

Así se comprende cómo, en contra de lo que continuamente se dice, el aumento del número de los servicios públicos y su extensión no tienen por consecuencia necesaria aumentar el poder de los gobernantes. Sus cargas se aumentan, sus funciones se ensanchan, su derecho de dominación ha llegado a anularse porque nadie cree en él: es nulo antes y después. Es verdad que la organización y el funcionamiento de los servicios públicos suponen grandes gastos para los cuales necesitan dinero los gobernantes, mucho dinero; y que, constituyendo la riqueza el elemento principal del poder, el aumento y la extensión de los servicios públicos aumentan al mismo tiempo las cargas de los contribuyentes y el poder de los gobernantes. Se puede añadir que siendo en el régimen democrático la elección la fuente de la cual se derivan todos los poderes y, de otro lado, aumentando el número de los agentes públicos, forzosamente con el número de los servicios, las consideraciones de orden electoral, harán sentir cada vez más su influencia perniciosa, y falsearán todos los resortes administrativos, y así si la extensión de los servicios públicos es sensible bajo todos los regímenes, es nefasta en los países democráticos.

Todo esto, en parte, es cierto; pero no cambia absolutamente en nada los hechos. El número de los servicios públicos aumenta cada día; es éste un movimiento que coincide con los progresos de la civilización. Teóricamente esto no puede aumentar el derecho de poder de los gobernantes, porque este derecho no existe. Que eso aumente de hecho su poder, es difícil negarlo. Pero no hay que olvidar que este aumento de fuerza está equilibrado, si no aniquilado, por un movimiento sumamente importante, que es una de las características de la evolución moderna del Derecho público, el movimiento descentralizador.

Decir que un servicio deviene o llegará a ser un servicio público, es decir que este servicio será organizado por los gobernantes, que funcionará bajo su intervención y que deberán asegurar su funcionamiento sin interrupción. Pero esto no quiere decir necesariamente que los agentes encargados de la gestión del servicio, y las riquezas que están afectas a él sean colocados bajo la dependencia inmediata y directa de los gobernantes. Al contrario, en muchos antiguos y nuevos servicios, tiende a

establecerse el sistema de descentralización, que aparece bajo diversas formas que aun no ha llegado el momento de estudiar [1]. Basta señalar ahora la descentralización regional, en la cual los funcionarios del servicio tienen enlaces locales más o menos estrechos; la descentralización patrimonial, que implica la afectación de un patrimonio autónomo a un servicio público determinado; la descentralización *funcionarista*, que supone el otorgamiento de una cierta función de dirección a los funcionarios técnicos del servicio; y, en fin, la concesión, sistema en el que la explotación del servicio está confiada a un particular que obra bajo la inspección de los gobernantes.

Al lado de la descentralización se produce un movimiento del mismo orden y que obra en el mismo sentido, movimiento que puede llamarse la *industrialización* de los servicios públicos. No se trata, bien entendido, más que de los servicios que tienen por sí mismos carácter industrial, como los diversos servicios de transportes y caminos de hierro, correos. En Francia el servicio de los ferrocarriles concedidos (que, como se ha demostrado, es, dígase lo que se quiera, un servicio público) ha recibido por la misma concesión una organización industrial; las compañías concesionarias no puede realizar los beneficios más que de ese modo. En cuanto a la red directamente explotada por el Estado, tiende forzosamente a recibir una organización exclusivamente industrial. Es absolutamente preciso sustraerla a la influencia perniciosa de los hombres políticos, si no, será la desorganización, la anarquía, el pillaje. Sin duda, es necesario que una gran red de caminos de hierro funcione regularmente, y el único medio de lograrlo es procurarle, bajo la inspección de los gobernantes, una autonomía administrativa y financiera.

La ley de Hacienda de 3 de julio de 1911 ha entrado ya por este camino. El art. 41, párrafo 1º, formula muy claramente el principio: "El conjunto de líneas que constituyen la red de ferrocarriles del Estado (antigua red de los caminos de hierro del Estado y red rescatada del Oeste) y de las que reviertan por leyes ulteriores, se explotará por cuenta del Estado y por una administración única, bajo la autoridad del ministro de Obras públicas y dotada de la personalidad civil". Por la fuerza misma de las cosas, el servicio de correos, telégrafos y teléfonos recibirá en tiempo no lejano una organización basada en la misma idea. Lo propio ocurrirá con todos los servicios públicos de naturaleza industrial. La ley de 13 de julio de 1911, ya citada, en cierto modo ha industrializado el servicio de pólvoras y salitres (art. 23 y siguientes). El 26 de junio de 1910 se presentó en la Cámara de los diputados una proposición por M. Steeg, simple diputado entonces, encaminada "a otorgar la autonomía

[1] Véase cap. IV, párrs. I y II.

al servicio de correos y telégrafos de modo que permitiera su explotación industrial" [1].

Cualquiera que sea el modo según el cual los servicios públicos se exploten, es preciso ver en ellos el elemento fundamental del Estado moderno, que descansa esencialmente en la noción de una cierta función social que se impone a los gobernantes. Por lo cual el servicio público es una institución de orden objetivo, sometida a una ley que se impone con el mismo rigor a los gobernantes que a los gobernados.

VI. Recursos de Derecho que garantizan a los particulares el funcionamiento regular de los servicios públicos. Servicios concedidos.

Si todo lo que acabamos de decir es verdad, si la evolución que se acaba de describir es la que en realidad se produce en muchos países modernos y particularmente en Francia, resultará evidentemente que las legislaciones y las jurisprudencias de esos países deben orientarse hacia la organización de un sistema práctico, destinado, de un lado, a obligar indirectamente a los gobernantes a erigir en servicio público todas las actividades que presenten los caracteres anteriormente definidos, y de otro a dar a las particulares garantías que les aseguren la aplicación de la ley que rija el servicio. Ahora bien, precisamente nuestra legislación y nuestra jurisprudencia evolucionan muy claramente en este sentido. Toda una construcción jurídica cuya armazón fácilmente se percibe, se elabora con vistas a tal fin. No será inútil insistir sobre este punto, porque en él encontramos la mejor demostración de lo que precede, la mejor prueba de que no se trata de puras teorías, sino de la expresión misma de los hechos.

Ante todo, supuesta una actividad, cuyo carácter ha llegado a ser tal que la conciencia jurídica del país considera debe organizarse en servicio público, y suponiendo que a pesar de esto los gobernantes no hacen nada, no dictan ninguna ley para organizar el servicio público correspondiente a la actividad, ¿tienen los particulares algún recurso en derecho para obligar a obrar a los gobernantes? Incontestablemente la idea aun dominante en el Derecho moderno, es la de que en este orden la garantía esencial de los particulares se encuentra en el sistema electoral y representativo, que hoy funciona en grados diversos en todos los países civilizados.

[1] V. Alcindor, *L'autonomie financière des postes. Revue de science et de législation financière*, julio-septiembre de 1910, y tirada aparte con el texto de la proposición Steeg.

Aun se hacen las gentes extrañas ilusiones sobre los felices efectos de este sistema y sobre las garantías que de él resultan. Pero en todo caso, la creencia, aun muy extendida, de que el sistema electoral y representativo constituye una valiosa garantía en beneficio de los gobernados y la acción que, por conducto de la Prensa sobre todo, la opinión pública puede ejercer en el Parlamento, hacen que los gobernados soporten de hecho muy fácilmente la abstención, aun la no justificada, del legislador: por otra parte, es en definitiva bastante raro que los gobernantes permanezcan inactivos cuando la opinión reclama imperiosamente su intervención.

Pero, en fin, si a pesar de todo, por una razón cualquiera no interviniese el Gobierno cuando evidentemente debe intervenir por tratarse de una actividad cuyo incumplimiento, aun parcial o momentáneo, causa en el país un profundo trastorno, los particulares de ningún modo quedarán desarmados. Entonces, en efecto, aparece una institución jurídica nueva que, para adaptarnos a la terminología corriente, llamaremos la responsabilidad del Estado. He ahí el gran hecho del Derecho público moderno, el hecho nuevo, totalmente desconocido en el sistema imperialista. La abstención del Estado compromete su responsabilidad para con los particulares perjudicados, y eso aunque sea el Estado legislador quien se abstiene. Por el momento nos limitamos a señalar este punto capital, sin perjuicio de desarrollarle más tarde[1].

Dada una ley para organizar el servicio público y regular su gestión, no es inatacable. La ley, se ha dicho ya, no es el mandato formulado por una voluntad soberana: es el conjunto de medidas tomadas en general para asegurar el funcionamiento de un servicio público. Esto supuesto, no puede ser intangible, y todos los países tienden a organizar recursos contra las leyes. Ya se demostrará esto con algún detalle en el capítulo siguiente.

Pero imaginemos dictada la ley el servicio público funcionando. Si funciona conforme a la ley, el administrado ¿se halla desamparado en el caso de que este funcionamiento legal le ocasionase un perjuicio? De ningún modo; la gran ley de la responsabilidad pública alcanza aquí una de sus más notables aplicaciones, como se verá más tarde.

Si el servicio público funciona contra la ley o si no funciona, a pesar de la existencia de una ley que ordena su funcionamiento, en una palabra, si existe una violación de la ley del servicio, la responsabilidad del Estado, la responsabilidad del servicio, según la expresión consagrada, se producirá a petición del particular, a condición, claro es, de que haya sido lesionado. Pero aun en el caso de que no hayan experimentado un perjuicio directo, les queda a los administrados otro recurso. Y es esto en extremo importante, porque pone claramente de relieve el carácter de los

[1] Cfr., cap. III.

servicios públicos. Pero importa precisar el carácter de este recurso. Es exclusivamente de orden objetivo. He aquí lo que esto quiere decir:

Con frecuencia se formula la cuestión siguiente: ¿Tiene derecho el particular al funcionamiento de los servicios públicos conforme a la ley? En estos términos es como los comisarios del Gobierno han planteado en muchas ocasiones la cuestión ante el Consejo de Estado. M. Romieu especialmente decía en las conclusiones que formulaba en uno de los primeros asuntos de este orden sometidos a la alta asamblea: "Es preciso investigar si los interesados tienen en rigor derecho a exigir la intervención de la Administración"[1].

La cuestión está mal planteada o por lo menos lo está en términos susceptibles de provocar confusiones. Preguntar si existe un derecho del particular al funcionamiento legal de un servicio, equivale a preguntar si existe una relación jurídica entre el particular y el Estado-persona, relación de derecho en virtud de la cual el particular podría hacer que se condenase al Estado a ejecutar el servicio conforme la ley. Ahora bien, es evidente que no, y esta mala terminología explica las vacilaciones que fácilmente se notan en las conclusiones formuladas por los sabios comisarios del Gobierno.

Pero los hechos tienen más fuerza que todo. Bajo su acción se elaboran una regla de Derecho nueva y un procedimiento nuevo para ponerla en práctica. He aquí cómo se halla hoy día esta elaboración. Cuando un servicio público ha sido creado y organizado debe funcionar conforme a su ley. Si se produce un acto de la Administración contrario a esta ley, todo particular se halla protegido por una acción para hacer anular tal acto. Es éste un recurso de orden objetivo. Lo cual quiere decir que el particular no pide, no puede pedir que el Estado sea condenado a asegurarle el funcionamiento regular del servicio. Pide únicamente que se anule el acto administrativo ilegal. Ninguna relación de derecho existe entre el Estado y el administrado, obligando al Estado respecto del administrado; pero una ley, es decir, una disposición de orden general regula el servicio, y si el Estado la viola, el administrado puede actuar para anular el acto ilegal. Y esto es verdad, cualquiera que sea el servicio y su modo de explotación. No cabe distinguir los pretendidos servicios de autoridad y de gestión, los servicios explotados directamente, descentralizados o en concesión. El Consejo de Estado ha vacilado; las fórmulas de que se sirve son a veces de una corrección criticable. Los hechos han triunfado de todo, y la formación de la institución jurídica cuyos rasgos esenciales se acaban de señalar, puede considerarse hoy como casi elaborada.

[1] Asunto, *Croix de Segney-Tivoli*. Decreto de 21 de diciembre de 1906, *Recueil*, pág. 968.

No pensamos, en manera alguna, analizar en detalle la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre este particular. Sin embargo, es el instrumento por excelencia de la formación del Derecho público, y a ella es donde hay que ir siempre si se quiere hacer un estudio verdaderamente realista y no formular teorías artificiales y preconcebidas. Pero bastará señalar aquí las decisiones más características.

Los tres asuntos en los que el Consejo de Estado ha sido llamado en primer término a resolver se presentaron en condiciones un tanto particulares. Se trataba de un servicio público de transporte (tranvía) explotado por concesión. Debe recordarse que en Francia la explotación de los tranvías, sea directa o por concesión, hállase sometida, según la ley de 11 de junio de 1880 (arts. 21 y 39) a la inspección de los prefectos, agentes del Gobierno. La cuestión que se planteaba era la de saber si el público puede impugnar, por exceso de poder, los actos por los que la autoridad inspectora se niega a ejercer su función o la ejerce contraviniendo la ley del servicio concedido, que es esencialmente el pliego de condiciones de la concesión. Admitir la procedencia de este recurso, era decidir que el administrado se halla siempre asistido de un recurso para reprimir todas las violaciones, aun las cometidas por la administración, de la ley de un servicio aun concedido. Esto no obstante, el Consejo de Estado, no sin vacilaciones, ha reconocido la procedencia del recurso en los tres casos. El 4 de febrero de 1905 declaró admisible el recurso interpuesto por los habitantes de la calle de Quatre-Septembre contra una resolución del prefecto del Sena de 25 de agosto de 1902, que, contra lo estipulado en el pliego de condiciones, autorizó a la Compañía del Este parisién para establecer la tracción por "trolley" aéreo en el recorrido Opéra-Plaza de la República [1].

Al año siguiente el Consejo de Estado dio un paso más. En los asuntos precedentes los interesados impugnaban un acto espontáneo y positivo de la autoridad administrativa En el asunto del *Syndicat Croix de Seguey-Tivoli* los interesados combatían la negativa del prefecto a requerir a su instancia, en virtud de sus poderes de inspección, a una Compañía de tranvías a fin de que reanudase la explotación de una línea que, según los requirentes, había sido suprimida por la Compañía contra lo dispuesto en el pliego de condiciones. El Consejo declaró admisible el recurso [2].

En 1907 el Consejo declaró admisible el recurso interpuesto por un oficial con licencia ilimitada contra la decisión del ministro de la Guerra que se había negado a obligar a la Compañía del Oeste a expedirle un billete a precio reducido, y según el requirente, contra lo dispuesto por el art. 54 del pliego de condiciones. La resolución se aclara con las notables conclusiones del comisario del Gobierno, Teissier, que declara que todos los interesados pueden impugnar, mediante el recurso por exceso de poder, el acto administrativo realizado contra lo establecido por el pliego de condiciones, que forma parte de la ley orgánica de los ferrocarriles.

[1] Consejo de Estado, 4 de febrero *(Storch)*, Recueil, pág. 116.

[2] Consejo de Estado, 21 de diciembre de 1906, *Recueil*, pág. 961, con las conclusiones de M. Romieu; *Sirey*, 1907, III, pág. 33, con una nota de M. Hauriou.

VII. Recursos de Derecho que garantizan a los particulares el funcionamiento regular de los servicios públicos. Servicios explotados directamente

No es solamente a fin de obtener el funcionamiento regular de los servicios públicos de concesión para lo que los particulares encuentran sus medios en el Derecho público moderno, sino también con respecto a los servicios públicos explotados directamente por el Estado o las diversas unidades administrativas. Aparece aquí aún más clara la sustitución de la idea de soberanía por la de servicio público. Si el Estado hubiera seguido siendo el poder soberano que manda, no se comprendería cómo el particular podría exigir de esta soberanía que interviniera para organizar los servicios públicos y asegurar su funcionamiento. El Estado sería, evidentemente, libre para obrar como él creyera conveniente y podría apreciar discrecionalmente cómo deben funcionar los servicios. Si el Derecho moderno organiza garantías en pro de los particulares contra el Estado mismo; si todo interesado dispone de medios jurídicos para hacer anular todo acto del Estado contrario a la ley del servicio, es natural que el Derecho público entero descanse sobre la noción de una regla de Derecho que impone a los gobernantes una obligación de servicio público.

La procedencia del recurso objetivo, interpuesto por el administrado contra cualquier acto contrario a la ley del servicio, ha sido reconocida por el Consejo de Estado en las condiciones muy interesantes a propósito del servicio público de la enseñanza primaria. Si se puede discutir el sentido en que se debe entender la neutralidad; si se puede sostener que ésta es una quimera, y que es imposible que una enseñanza aun elemental sea verdaderamente neutra, no es dudoso, sin embargo, que la neutralidad es, en el sistema francés, un principio esencial de la organización de la enseñanza primaria pública, en virtud, especialmente, de las grandes leyes de 28 de marzo de 1882 y 30 de octubre de 1886. ¿Pero cómo pueden actuar los particulares para obtener que el servicio de la enseñanza funcione conforme a esta ley de neutralidad?

Si la violación de la ley es tal que constituya una falta personal del maestro, es incuestionable que el padre de familia puede exigir la responsabilidad personal de éste, como lo ha reconocido expresamente el Tribunal de conflictos (2 de junio de 1908) en el asunto Morizot. Pero esta hipótesis no se presenta sino muy rara vez. De hecho se viola con mucha

más frecuencia la ley de neutralidad sin que haya, en rigor, falta personal de ningún funcionario. Cuando, por ejemplo, los padres de familia piensan que la ley de neutralidad se viola por el hecho de que la administración universitaria facilite a los alumnos manuales tendenciosos, irreligiosos o al menos anticatólicos, si el hecho es cierto, evidentemente hay violación de la ley de neutralidad, ley de servicio, sin que se produzca ninguna falta personal en el sentido jurídico de la palabra. ¿Cómo deben obrar entonces los padres de familia? ¿Están capacitados para reprimir esta violación de la ley del servicio? Sí. La cuestión ha sido planteada ante el Consejo de Estado, que ha dado una resolución confirmando todo lo que precede.

Fue llamado a intervenir en recursos formulados por padres de familia, que pretendían la anulación de las decisiones tomadas por la autoridad académica decidiendo la exclusión de alumnos, motivada por el hecho de haberse éstos negado a utilizar un manual regularmente empleado en la escuela. Los que interponían el recurso sostenían que esta exclusión había sido dictada sin motivo, porque los muchachos se habían negado, por orden de sus padres, a servirse de manuales que violaban la neutralidad de la escuela y herían las creencias católicas. En seis casos el Consejo de Estado declaró mal fundado el recurso, porque del conjunto de las disposiciones legislativas y reglamentarias resulta que las autoridades universitarias son competentes para la elección de los métodos y de los libros escolares, que los niños que frecuentan la escuela deben someterse a las reglas establecidas a tal efecto, y, por consiguiente, la negativa del alumno a conformarse, constituye una falta a la disciplina, que cae bajo la sanción de las prescripciones penales dictadas por el reglamento interior de la escuela. Pero al declarar el recurso mal fundado, el Consejo de Estado indicaba a los padres de familia el camino que habrían debido seguir para lograr el fin perseguido. Debemos reproducir el texto mismo de la resolución por ser de una claridad perfecta y singularmente característica: "Que si los padres estiman que los libros en uso en las escuelas se hallan redactados violando el principio de la neutralidad escolar, consagrado por la ley de 28 de marzo de 1882 como una consecuencia del régimen laico instituido, tienen el derecho de interponer su reclamación ante las autoridades competentes, y que especialmente tienen derecho a pedir al ministro que prohíba en las escuelas públicas, con arreglo al artículo 4º de la ley de 27 de febrero de 1880, los libros censurados, pudiendo en seguida recurrir por exceso de poder ante el Consejo de Estado". De este modo la alta asamblea ha constituido en pro de los padres de familia todo un sistema de protección contra las violaciones posibles de la ley de neutralidad [1].

[1] Seis decisiones del Consejo de Estado, 20 de enero de 1911. *Recueil*, págs. 75 y 77, 8 de abril de 1911. *Recueil*, págs. 481 y 482, con las conclusiones de M. PICHAT. *Recueil*, pág. 69. Cons., *Revue du Droit public*, 1911, pág. 69, nota de M. JÈZE. *Sirey*, 1911, III, pág. 49, nota de HAURIOU. Rap. Const. de Estado, 17 de enero de 1913.

Una resolución análoga se dictó en un asunto en el que no faltan detalles curiosos; asunto que, en apariencia, no era más que una simple cuestión de pueblo, pero que en el fondo suscitaba un grave problema. Se trataba del servicio público de Correos y Telégrafos. A consecuencia de las disputas producidas entre la encargada de Correos y un habitante del municipio, que, según aquélla, poseía un perro peligroso, el subsecretario de Estado de Correos y Telégrafos decidió que en adelante no le fueran remitidos los telegramas al domicilio del propietario de tal perro, a menos que se pusiera buzón y una campanilla a la entrada del cercado. Contra esta decisión se promovió un recurso por exceso de poder, fundado en que era contrario a la ley del servicio público telegráfico y especialmente al decreto de 12 de enero de 1894, según el cual los telegramas deben entregarse al destinatario mismo o a su representante. Para privar a un particular de estas ventajas se necesita un caso de fuerza mayor, una falta del destinatario, de la que corresponde conocer a la Administración. Ninguno de estos elementos concurrían en el asunto, y el Consejo de Estado resolvió anular la decisión del subsecretario del Estado, asegurando de este modo al administrado las ventajas del funcionamiento regular del servicio.

Esta protección jurisdiccional del particular ha sido organizada a veces expresamente por la misma ley, y en especial por la ley de 15 de julio de 1893 sobre la asistencia médica gratuita y por la del 14 de julio de 1905 sobre asistencia a los viejos, enfermos e incurables. Se dice ordinariamente que la ley de 1905 ha reconocido a los viejos de setenta años y a los incurables un derecho de asistencia. Esto no es exacto. Lo que es verdad es que el viejo y el incurable sin recursos, se hallan en una situación legal tal que están capacitados para hacer que se anule por las jurisdicciones competentes toda decisión administrativa que, una vez comprobada su edad, enfermedad y estado de indigencia, les hubiera negado el socorro o la hospitalización. De este modo resulta establecido por la ley para un servicio público determinado el mismo sistema de protección jurisdiccional que el instituido por la jurisprudencia para la totalidad de los servicios.

Si hemos dado a conocer con algún detalle esta jurisprudencia e insistido sobre estas disposiciones legislativas, es porque se ofrecen en ellas instituciones muy nuevas, formadas espontáneamente, y que son a la vez la consecuencia y la demostración de la transformación que tratamos de describir: la desaparición del derecho subjetivo del Estado y del individuo, la formación de la noción del deber objetivo imponiéndose a los gobernantes, en relación con los servicios públicos, la situación legal jurídicamente protegida en que se encuentran los administradores frente al servicio.

Nos place consignar que por caminos y con expresiones diferentes, un eminente publicista, M. Hauriou, llega exactamente a las mismas conclusiones que nosotros. "Los servicios públicos —dice— considerados con relación al público llamado a usarlos constituyen... situaciones establecidas. El público no es acreedor de los servicios públicos; está solamente

en situación de aprovecharlos. Los administrados tienen a su disposición un medio práctico de mejorar su situación: formular una reclamación y en seguida acudir al Consejo de Estado por la vía contenciosa del exceso de poder; pero este medio práctico no nos separa del supuesto de la situación objetiva" [1].

Conviene añadir que la ley misma ha favorecido esta protección jurisdiccional del administrado. Prohíbe, en efecto, al administrador sustraerse con su silencio a la intervención de los jueces. Durante largo tiempo la Administración activa podía impedir al administrado interponer un recurso jurisdiccional: no respondía a su demanda y de este modo, como no había acto administrativo, el Consejo de Estado no podía intervenir. Ya el decreto de 2 de noviembre de 1864 había procurado un remedio relativo contra tal riesgo. Decidía que si el ministro, en el caso de recurso gubernativo, dejaba transcurrir cuatro meses sin contestar, este silencio debía considerarse como una decisión de denegación y podía ser impugnada ante el Consejo del Estado.

La ley de 17 de julio de 1900 (art. 3) vino a generalizar esta disposición. Dispone, en efecto, "que en los asuntos contenciosos que no pueden plantearse ante el Consejo de Estado más que bajo la forma de recursos contra una decisión administrativa, cuando haya transcurrido un plazo de más de cuatro meses sin que se hubiera dictado ninguna decisión, las partes interesadas pueden considerar su demanda como rechazada y recurrir ante el Consejo de Estado". De este modo la mala voluntad de la Administración activa no puede jamás paralizar el recurso del interesado.

Sin embargo, parece que el sistema de protección jurisdiccional no resulta aun completo, y que queda una laguna por llenar. Sin duda la protección del administrado se encuentra complementada con la responsabilidad de la Administración, que es hoy reconocida en muy amplias condiciones. Sin duda el Consejo de Estado anula los actos de Administración contrarios a la ley del servicio. Pero ¿cómo obligar a la Administración a ejecutar la sentencia que la condena? ¿Cómo obligar al administrador activo a respetar la decisión que ha anulado sus actos? ¿Cómo impedirle que realice de nuevo un acto contrario a la ley? Sin duda alguna de hecho las más veces la Administración activa no se subleva contra la decisión jurisdiccional. Por su prestigio, su autoridad indiscutible, el Consejo de Estado impone sus decisiones al respeto de todos. Pero no es menos verdad que en la hora actual no existen medios organizados para obligar a las Administraciones a conformarse con las decisiones jurisdiccionales. Indudablemente en un futuro próximo estos medios se organizarán. Se señalan ya los primeros elementos. La cuestión es además de orden general y volverá a presentarse cuando estudiemos la evolución de lo contencioso administrativo [2].

[1] HAURIOU, *Principes de Droit public*, 1910, pág. 94.
[2] Véase cap. IV, párr. V.

CAPÍTULO III

LA LEY

SUMARIO: I. El verdadero carácter de la ley y su fuerza obligatoria. Las leyes normativas. - II. Las leyes constructivas o leyes orgánicas de los servicios públicos. - III. La ley y el reglamento. - IV. La crítica contenciosa de las leyes. - V. Doctrina y jurisprudencia.

En el sistema de Derecho público fundado sobre la noción de soberanía, todo el mundo estaba de acuerdo para reconocer que la ley era la manifestación por excelencia de la soberanía. Rousseau lo dice varias veces. La ley es por definición la expresión de la voluntad general manifestada sobre un objeto de orden general, y porque une "la universalidad de la voluntad a la del objeto, es por lo que tiene un poder de mando sin límites: no puede nunca ser injusta y todos le deben una obediencia sin condición y sin reserva". "Dada esta idea —dice Rousseau—, se ve al instante que no es necesario preguntar a quién comprende hacer las leyes, pues que ellas son actos de la voluntad general; ni si el príncipe está por encima de las leyes, pues que es miembro del Estado; ni si la ley puede ser injusta, pues que nadie es injusto para consigo mismo; ni cómo se es libre y sometido a las leyes, ya que ellas no son más que registros de nuestras voluntades" [1]. De ahí ha nacido lo que a veces se ha llamado con gran razón el fetichismo de la ley.

Que las leyes son necesarias y que la ley, por su carácter de generalidad, es la mejor garantía del individuo contra lo arbitrario; que la protección esencial de la libertad se halla en el principio de que la autoridad no puede tomar una decisión individual más que dentro de los límites señalados por una regla general formulada de antemano de una manera abstracta, todo esto es incontestable; y en este punto el nuevo sistema de Derecho público no hace más que precisar y garantir los elementos del sistema anterior. Pero en este sistema, como en la doctrina de Rousseau, la ley era un mandato del soberano. Como tal, la ley no podía ser injusta;

[1] *Contrato social*, lib. II, cap. IV.