

SOBRE LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PÚBLICO, DE LEÓN DUGUIT

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de La Coruña

I. INTRODUCCIÓN.—II. SOBERANÍA, FUNCIÓN DEL ESTADO Y PODER PÚBLICO.—III. EL SERVICIO PÚBLICO.—IV. LEY, REGLAMENTO Y ACCIÓN ADMINISTRATIVA.—V. LA LEGISLACIÓN SECTORIAL.—VI. EL ACTO ADMINISTRATIVO.—VII. EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.—VIII. REFLEXIÓN FINAL.

RESUMEN

El trabajo analiza la concepción del Derecho Público de DUGUIT y sus principales aportaciones a la ciencia jurídica. En especial, se estudia la noción de soberanía, ley como expresión de la voluntad general, servicio público y responsabilidad del Estado, para terminar con una reflexión crítica acerca de la función interventora del Estado y la centralidad de los derechos fundamentales de la persona.

Palabras clave: soberanía; Constitución; ley; reglamento; acto administrativo; servicio público; recursos administrativos; responsabilidad del Estado.

ABSTRACT

This study examines DUGUIT's conception of Public Law and its main contributions to legal knowledge. More particularly, it focuses on the notions of sovereignty, the law as an expression of the general will, public service and the responsibility of the State, concluding with a critical reflection on the interventionist role of the State and the central nature of the fundamental rights of the individual.

Key words: sovereignty; Constitution; law; regulation; administrative act; public service; administrative resources; State responsibility.

I. INTRODUCCIÓN

El libro *Las transformaciones del Derecho Público*, de León DUGUIT, constituye, sin lugar a dudas, un clásico que todo estudioso del Derecho Público, especialmente del Derecho Administrativo, conoce bien. Todos lo hemos leído y releído en más de una ocasión, quizás cuando concurríamos a los exámenes orales pertinentes para adquirir la condición de profesor universitario de Derecho Administrativo en sus diversos niveles, quizás para aproximarnos a alguna cuestión relaciona-

da con la historia de nuestra disciplina o para profundizar en aspectos cardinales del servicio público*.

Hoy, en los inicios del siglo XXI, si León DUGUIT se levantara de su tumba y observara la realidad social, política, económica y jurídica actual en relación con sus aportaciones sobre el Derecho Administrativo, probablemente nos convencería, de nuevo, acerca de la importancia de la realidad y de la fuerza de la solidaridad en el estudio de la dimensión jurídica del interés general, aunque quizás, no lo sé, de manera más matizada, más relativa.

Es verdad que todo autor pertenece a su época. Esta evidente afirmación es tanto más cierta cuando se refiere a alguien tan profundamente ligado a las circunstancias de su tiempo como fue el ilustre Decano de Burdeos. De hecho, si algo caracteriza la obra del gran jurista francés es su firme convicción de que el Derecho debía adecuarse a la realidad que estaba llamada a regir para ordenarla racionalmente de acuerdo con la función social que debía realizar, la solidaridad o interdependencia social, a través de servicios públicos. Ésta es su gran aportación, que, sin embargo, requiere de la perenne vocación del Derecho a la justicia, pues de lo contrario nos quedaríamos en el estudio de la sociología, de los fenómenos sociales. El Derecho está condicionado, es lógico, por la justicia, que es la guía y la referencia para saber si cumple su tarea o termina por *aggionarse* o acomodarse a una realidad que, al menos en este tiempo, en plena crisis económica, política, moral en una palabra, plantea el dominio de lo técnico, de lo económico, de lo político sobre lo jurídico, intentando reducir el Derecho, ni más ni menos, a un mero procedimiento a usar como convenga por el poder político o el poder económico y financiero de cada momento

Partiendo de esos presupuestos, pocas dudas caben de que su obra estaba profundamente enraizada en la problemática del momento que le tocó en suerte. Este factor esencial es el que ha permitido que, paradójicamente, sus concepciones sobre el servicio público sigan teniendo hoy en día la fuerza y capacidad de influencia en un momento en el que el Derecho Administrativo tiene una gran actualidad en la medida en la que, hoy como ayer, debe impregnar de interés general toda una serie de actividades económicas y políticas en sentido amplio, en sentido «cultural», que dirían los alemanes, que antaño DUGUIT consideró servicios públicos en sentido estricto.

DUGUIT escribió en un tiempo difícil sujeto a grandes contradicciones. Un periodo complicado y contradictorio en el que el Estado

* Las citas a las páginas de la obra de León DUGUIT se hacen a partir de la edición de 1975, traducida al español por A. POSADA y R. JAÉN y publicada por la Editorial argentina Heliasta.

liberal y sus concepciones abstencionistas acerca de la intervención pública en la economía se habían agotado, sin que los postulados del Estado social hubieran hecho todavía acto de presencia. Por eso, la tarea de DUGUIT puede considerarse precursora y animadora de una versión del Derecho Público tendente a mantener el sentido y función del interés general que debe presidir el entero quehacer de todas las Administraciones públicas. Desde este punto de vista se comprende mejor el sentido de la aportación de DUGUIT a la ciencia del Derecho Administrativo.

La fina percepción del maestro de Burdeos le permitió darse cuenta de la importancia primordial que asumía la solidaridad social. Este elemento básico, auténtica piedra angular de toda su teoría sobre el servicio público, convirtió a DUGUIT en un adelantado a su tiempo y es, sin duda, el argumento más invocado y recordado por la doctrina moderna al referirse a su obra. Hoy, de alguna manera, la necesidad de complementar la liberalización de ciertas actividades, servicios podríamos decir en terminología del Decano de Burdeos, con su vinculación al interés general justifica la importancia de sus teorías. Unas teorías que, desde un punto de vista más general, hoy abonarían el terreno para una concepción más solidaria de la propia libertad. En efecto, la libertad solidaria es un concepto que poco a poco va haciendo fortuna en el debate de las ideas en este momento en el que la deficiencia, a veces ausencia de control público de tantas actividades, ha alimentado, en buena parte, una crisis económica y financiera sin precedentes. En efecto, desde estas coordenadas puede entenderse realmente que la doctrina moderna, en los recientes procesos de liberalización que el mundo vivió a finales del siglo pasado, invocase como elemento emblemático la obra de DUGUIT.

Ciertamente, no han sido pocos los que en los últimos años han pedido una vuelta a DUGUIT, si bien, como indica acertadamente MARTÍN REBOLLO, no en el sentido de volver a las técnicas del servicio público, sino a «la idea larvada que en ellas se albergaba, que no era otra que la idea de solidaridad social plasmada en el Estado que debe asumir las necesidades e intereses colectivos»¹.

En realidad, la configuración del servicio público como una noción amplia que abarca la totalidad de la acción administrativa no ha so-

¹ Luis MARTÍN REBOLLO, «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», en núms. 100-102 de esta REVISTA, enero-diciembre 1983, págs. 2496-2502. La misma opinión ha sido sostenida por Carmen CHINCHILLA MARÍN, «Servicio público: ¿Crisis o renovación?», en *Régimen jurídico de los servicios públicos*, CGPJ, Madrid, 1997, pág. 74. En Francia se ha pronunciado en este sentido Louis ROUBAN, «Service public et l'identité politique française: la recomposition de l'ordre institutionnel», en *Le service public en devenir*, págs. 54-60.

portado el paso del tiempo porque el Derecho Administrativo, al menos en este tiempo, trata de regular el poder público al servicio de las libertades. En todo caso, su perspectiva de la fundamentación del Derecho Administrativo ha permitido que otras posiciones hayan tenido más suerte, doctrinas que seguramente no se habrían podido formular sin tener en cuenta los agudos aportes del Decano de Burdeos.

El sentido hondamente social de la obra de DUGUIT, la firme convicción de que el servicio público era un instrumento para el logro de la igualdad real y la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, está marcado a fuego en la memoria de quienes se han dedicado y se dedican al Derecho Administrativo, formando parte del patrimonio de nuestra disciplina académica, al que, obviamente, no se puede renunciar. En este momento, por ejemplo, podríamos señalar que las denominadas obligaciones de servicio público en los denominados servicios económicos de interés general: universalidad, asequibilidad y calidad, no son más que corolarios derivados de las teorías de León DUGUIT acerca de la solidaridad social como columna vertebral de la noción de servicio público en un mundo en el que la *publicatio* ha caído en desuso a causa de la entrada de los conceptos de competencia y libertad económica en muchas actividades en el pasado calificadas de servicios públicos en sentido estricto.

Estas teorías convierten al maestro francés en un clásico cuyas páginas pueden leerse de forma intemporal. No importa cuántos años, y probablemente siglos, hayan transcurrido y transcurran desde que el líder de la Escuela de Burdeos escribió sus obras: quien las lee no podrá dejar de evocar su propio tiempo, y pensar que el Derecho Público sigue cambiando de la forma en que DUGUIT nos dijo que se estaba transformando. La idea de la solidaridad social, por encima de circunstancias espaciotemporales, es una aproximación que de una u otra manera, con más o menos intensidad, está esculpida con letras de oro en el alma, en la esencia del entero sistema del Derecho Administrativo.

Antes de analizar *Las transformaciones del Derecho Público* debemos situarnos también en las coordenadas temporales de la realidad que nos circunda. No es ningún secreto que las modernas sociedades capitalistas del siglo XXI, hasta hace muy poco orgullosas de su pujanza e iniciativa, han sufrido en los últimos tiempos una severa cura de humildad, precisamente por haberse relajado los controles del Estado, en especial en lo que se refiere a las tareas de verificación, control, supervisión y vigilancia de ciertas actividades económicas y financieras. En efecto, la crisis económica, que tuvo su epicentro en los Estados Unidos, ha convulsionado de forma profunda nuestra sociedad.

Como es bien sabido, a partir de los años noventa del siglo pasado la ideología liberalizadora y privatizadora se extendió de forma arrolladora por todos los continentes, tantas veces sin atender a criterios de solidaridad e interés general. La siempre central figura del servicio público atravesó, entonces, una vez más, una etapa difícil, en la que se llegó a cuestionar incluso su validez como concepto y hasta su conveniencia institucional, llegándose a hablar del «réquiem» por el servicio público.

La ofensiva, a la larga, no fue para tanto, y lo que enfáticamente se presentó como un fallecimiento se quedó en una simple modificación o transformación. Ahora bien, no puede negarse que la alteración de muchos de los tradicionales servicios públicos económicos en mercados regulados operó importantes modificaciones en la forma en que se concibió esta figura clave del Derecho Administrativo. Era una tentación demasiado fuerte la de comprender todo este proceso en que estamos envueltos desde los ojos del maestro que puso al servicio público una etiqueta de social, de la que hoy en día resulta muy difícil desprenderlo. A la larga, no es extraño, pues ¿qué lugar hay mejor para encontrar soluciones a los nuevos problemas que en las obras de los viejos maestros, desde los clásicos del Derecho Administrativo?

Las transformaciones del Derecho Público tiene siete capítulos, en los que DUGUIT pasa revista a las principales cuestiones que entonces, finales del siglo XIX y principios del siglo XX, preocupaban a los profesores y autores del Derecho Público, no sólo en Francia, sino en toda Europa. León DUGUIT, se comprueba por la lectura de sus obras, no sólo dominaba la jurisprudencia del Consejo de Estado y estaba al día de las obras de sus colegas franceses, sino que conocía de primera mano los principales Tratados de Derecho Administrativo de su época. En *Las transformaciones del Derecho Público*, el Decano de Burdeos busca afanosamente cómo edificar el concepto del Derecho Administrativo a partir de la noción de servicio público. En realidad, como es sabido, DUGUIT ha pasado a la historia como el fundador de la Escuela del Servicio Público y como el autor que hizo descansar todo el sistema del Derecho Administrativo sobre la piedra angular del servicio público. Su intuición, aunque genial, olvidó, sin embargo, que el interés general es un concepto que ha de definirse en relación con los ciudadanos y al servicio del fortalecimiento y promoción de los derechos subjetivos de cada persona.

II. SOBERANÍA, FUNCIÓN DEL ESTADO Y PODER PÚBLICO

En el capítulo primero, León DUGUIT desmonta la idea de la soberanía imperial, primero, y la nacional, después, como fundamentos de la existencia de un conjunto de poderes y privilegios inherentes al Rey y a la Asamblea. Pasa revista a las teorías de BODIN, LOYSEAU, LEBREL y DOMAT, analizando con sutileza la transición de la soberanía real a la soberanía nacional. Su crítica al dogma de la soberanía nacional, partiendo de TOCQUEVILLE, es irreprochable. DUGUIT piensa que el gran problema de la soberanía nacional reside en su carácter mítico y en su dimensión de dogma religioso que lo convirtió en su tiempo en la principal verdad de fe de una Revolución, la francesa, que, parafraseando al mismo TOCQUEVILLE, se convirtió en una nueva religión que inundó el mundo, dice, con sus apóstoles y sus mártires. También son objeto de comentario las censuras de COMTE, de ROYER-COLLARD o de GUY-GRAND, y la misma incapacidad del concepto para justificar las relaciones jurídicas entre los extranjeros y la nación francesa, pues al ser la soberanía una e invisible, la encarnación de la misma nación ni se proyecta sobre los ciudadanos de otras naciones residentes en Francia ni admite la descentralización o el federalismo.

La misma realidad, la conciencia de la modernidad, dirá DUGUIT en la página 23 de este libro, lo que espera el pueblo de 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. Sin embargo, la crítica de nuestro autor parte de una visión vertical y unilateral acerca de las necesidades colectivas. Para DUGUIT, los intereses generales deben ser impuestos desde la estructura pública. Así, por ejemplo, parece deducirse del siguiente párrafo, escrito en la página 23: «Un sistema jurídico no tiene realidad sino en la medida 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». Hoy las cosas se contemplan desde una perspectiva más abierta y plural, puesto que el interés general se define no mecánica y unilateralmente desde el vértice, sino a través del diálogo y la colaboración entre los poderes públicos y los agentes sociales. En cualquier caso, es mérito indudable del profesor francés la argumentada crítica de la soberanía nacional como fundamento del Derecho Público. Por una parte, porque el poder público tiene obvios límites: hay cosas que no puede hacer. Y, por otra, es verdad que el poder público debe hacer determinadas cosas. En realidad, ni es un poder absoluto ni las propiedades de la unidad y la indivisibilidad responden a la realidad

de las cosas. En este sentido, el realismo de la obra de DUGUIT siempre se ha entendido como uno de sus puntos fuertes y uno de sus principales elementos para intentar fundar un Derecho Administrativo con fundamento *in re*.

Es verdad, como reconoce el propio DUGUIT, que el principal límite a la acción de la soberanía es la libertad humana, libertad que debe ser protegida por el Estado. La libertad humana, por su parte, también debe ser limitada. Como afirma DUGUIT en la página 24, ¿dónde está la garantía de que la limitación de la libertad no sea arbitraria? En la ley como expresión de la voluntad general, afirma. Ahora bien, la infalibilidad de la ley, por ser la misma encarnación de la nación, no deja de ser una relativa ingenuidad pues, como señala DUGUIT, «si la ley se vota directamente por el pueblo, es la obra de la multitud, con sus pasiones, con sus violencias, y nada garantiza su equidad». La ley, reconoce nuestro autor, es en realidad, con las limitaciones que se quieran, la obra individual de algunos diputados. Por otra parte, DUGUIT censura a ROUSSEAU el sofisma de la dictadura de la voluntad general, llegando a afirmar que el autor de *El Contrato Social* hizo caer sobre Francia la más sangrienta de las tiranías.

Para DUGUIT, sin embargo, la clave del Derecho Administrativo no se encuentra en la existencia de obvios límites a la acción del poder público que derivan fundamentalmente de la libertad humana. La piedra angular la hallará en la obligación de los Gobiernos de hacer ciertas cosas: «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» (pág. 25). Las obligaciones del Estado derivadas del concepto tradicional de soberanía se circunscribían, según DUGUIT, a los servicios de la guerra, de la justicia y de la policía, servicios que, en opinión del Decano de Burdeos, «son las condiciones mismas de la conservación del poder por los gobernantes (...) y se expresaban exclusivamente en forma de actos unilaterales que podían ser mandatos» (pág. 25). Hoy, señala DUGUIT, finales del XIX y principios del XX, la actividad de gestión y administración de lo público se extiende a aspectos relativos a la educación, a la sanidad y, en ese tiempo, también a actividades de naturaleza económica, con especial referencia al área industrial.

En este contexto intelectual, DUGUIT entiende que la acción administrativa, el quehacer del Gobierno, debe circunscribirse «a realizar todas las actividades propias para desenvolver la cultura física, intelectual, moral del individuo y la prosperidad material de la nación» (pág. 26). Una concepción fuertemente autoritaria que justifica la intervención

más completa, incluido el orden moral, por parte del Estado sobre la vida de las personas, de los ciudadanos. Pues bien, en todos estos servicios modernos que cada día adquieren mayor extensión, como pueden ser la instrucción, la asistencia, las obras públicas, el alumbrado, los correos, los telégrafos, los teléfonos, los ferrocarriles..., existe, señala el profesor francés, una intervención del Estado que debe estar sometida al Derecho, regulada y disciplinada por un sistema de Derecho Público (pág. 26). Un sistema que, en opinión de nuestro autor, no puede estar fundado sobre la idea de soberanía, sobre la idea del poder único e invisible que se expresa a través de actos que reflejan estructuralmente el poder de mando del Estado. En estos casos, el poder de mando no es esencial a la actividad del Estado, que se orienta fundamentalmente por la idea de deber, de obligaciones que el Estado asume para con las personas. En palabras de DUGUIT, «ciertas obligaciones se imponían a los gobernantes para con los gobernados y la realización de esos deberes es la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza. Tal es esencialmente la noción de servicio público» (pág. 26).

III. EL SERVICIO PÚBLICO

El capítulo segundo está dedicado al servicio público, la noción clave desde la que DUGUIT construye su sistema de Derecho Público, explicando el sentido y funcionalidad de todas las instituciones, categorías y conceptos de nuestra disciplina. En efecto, el primer punto que hay que tener presente al analizar las tesis de DUGUIT sobre el servicio público es que nos hallamos ante la piedra filosofal desde la que el profesor francés construye el entero edificio del Derecho Administrativo. Para el maestro francés, el servicio público no es una institución más del Derecho Administrativo, sino la llave maestra sobre la que se debe edificar no sólo esta rama del ordenamiento jurídico, sino todo el Derecho Público y, en consecuencia, el propio Estado. Es la posteriormente tan denostada, hoy claramente anacrónica, concepción amplia del servicio público.

DUGUIT, para construir su concepto del servicio público, se apoya en las doctrinas del sabio publicista, como él lo denomina, HAURIUO. Como sabemos, el profesor HAURIUO pasó a la historia de nuestra disciplina a causa de erigir al poder público en elemento medular de la esencia del Derecho Administrativo. Poder público que concibe como un poder de dominación dirigido a garantizar el orden y la estabilidad, condiciones necesarias para el desarrollo y la armonía social. Pues bien, como señala León DUGUIT, «el poder de dominación no es un derecho subjeti-

vo de que el Estado como persona jurídica sería titular: es ante todo una función social. Esta función es, ante todo, el servicio público y así Hauriou se halla muy cerca de reconocer que el servicio público es el único y verdadero fundamento del sistema moderno» (pág. 30). No sabemos si HAURIUO coincidiría o no con este juicio de DUGUIT. Lo que sí llama la atención es la forma en que el maestro francés busca en los principales autores del Derecho Público galo reflexiones y meditaciones sobre las que apoyar su tesis central. En BERTHELÉMY, a partir de su célebre distinción entre funciones de autoridad y funciones de gestión, se apoya para negar que el poder público sea un derecho subjetivo del Estado y afirmar que el fundamento del Derecho Público es 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» (pág. 31).

Para DUGUIT, esa obligación de orden jurídico que se impone a los gobernantes consiste en asegurar sin interrupción el cumplimiento de una determinada actividad de relevancia colectiva, por supuesto. El profesor francés no es partidario de justificar el poder como un derecho de dominación, imponiendo ciertas medidas a las personas, sino, más bien, como una suerte de poder-deber consistente en prestar ciertos servicios a la comunidad. Para DUGUIT, que tiene una especial inquina a la Metafísica, a la Ética y a la Moral, esta obligación es sencillamente jurídica, susceptible de recibir una sanción positivamente organizada. En este punto, la debilidad de la argumentación de DUGUIT es la propia de los positivismos. Para él, la justificación de la existencia de esta obligación que se impone a los gobernantes de asegurar sin interrupción el cumplimiento de una determinada actividad es de orden jurídico, porque en el espíritu del hombre moderno hay una repugnancia invencible a que sea de otro modo (pág. 33). Argumentación endeble porque si el Derecho no bebe en las fuentes de la Ética, si el Derecho, también el Público, no dispone de sólidos anclajes en la dignidad universal del ser humano y en los derechos humanos que le son inherentes, entonces quedará a expensas de la voluntad política de las mayorías que en cada momento se puedan forjar en los Parlamentos de los diferentes países. Cosa bien distinta es fundar la existencia de esas actividades que se deben asegurar en el concepto de solidaridad social, o interdependencia social, según las traducciones que manejemos. Desde este punto de vista, DUGUIT entiende que la solidaridad social es el fundamento sociológico de esa obligación que se impone a los gobernantes. Obviamente, la consecución del interés general, expresión jurídico-administrativa del concepto filosófico de bien común, o

del concepto sociológico de bienestar general, es el fundamento de la existencia del poder público y de la estructura que lo sostiene, que no es otra, en palabras de SANTAMARÍA PASTOR, que el complejo Gobierno-Administración. Pues bien, el Estado debe prestar esos servicios, esas actividades en régimen de continuidad y regularidad porque el Estado está al servicio de los intereses generales, que en un Estado social y democrático de Derecho están vinculados a la satisfacción de los derechos de los ciudadanos.

Acerca de cuáles sean esas actividades, esos servicios que se imponen a la voluntad de los gobernantes y que deben garantizarse sin interrupción, DUGUIT afirma que su número es creciente porque la civilización consiste únicamente en el aumento de número de necesidades de todo género que pueden satisfacerse en menos tiempo (pág. 35). Obviamente, un planteamiento de este tipo es deudor de la confianza que se deposita en el Estado prácticamente como único suministrador de servicios que satisfacen necesidades públicas. Para DUGUIT, es lógico, por el tiempo en que escribe y el estado de la doctrina francesa acerca del tema, que la intervención pública sea un elemento clave: «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» (pág. 36).

La naturaleza de la intervención en que piensa DUGUIT se refiere a la organización de los servicios públicos para que se presten de manera permanente. Esta nota de la continuidad y regularidad en la prestación es, pues, la esencia de la misma existencia del poder, de la acción de los gobernantes en la doctrina del fundador de la Escuela del Servicio Público. Por ello, podemos preguntarnos si a día de hoy DUGUIT habría asumido la teoría de los servicios de interés general, unos servicios que prestan los particulares pero que están sometidos a la intervención del Estado, del Derecho Administrativo, en todo lo que se refiere, además de a la continuidad y regularidad, a la universalidad, asequibilidad y calidad en la prestación de dichos servicios. Probablemente, la idea de que los particulares pudieran participar en la organización del servicio público, salvo en el caso de la concesión, que implica titularidad pública de la actividad en todo caso, repugnaría al profesor DUGUIT pues parece que siempre piensa, no siempre fue así, ahora lo examinaremos, en que la organización y estructura de los servicios públicos está incrustada en la esencia misma de la función que tienen encomendada los gobernantes.

Desde este punto de vista, el Derecho Público, señalará DUGUIT, no es ya un conjunto de reglas aplicables a una persona soberana, investida del derecho subjetivo del mando, que se relaciona con sus súbditos.

tos desde una posición de obvia supremacía. Ahora, según nuestro autor, el Derecho Público, por mor de la centralidad del servicio público, es un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular y continuado (pág. 37). Por tanto, el fundamento del Derecho Público no es ya la potestad de mando, de dominación, sino la regla de la organización y de gestión de servicios públicos. Tal afirmación del Decano de Burdeos muestra hasta qué punto concibe todas las instituciones y categorías del Derecho Público y hasta qué punto admite la presencia de la ciudadanía, del pueblo, en el mismo concepto de interés general, que para él no sería más que la garantía de la prestación permanente de los servicios públicos.

Según DUGUIT, «el Derecho Público es el derecho objetivo de los servicios públicos, no el derecho subjetivo de mando. Así como el Derecho Privado deja de estar fundado en el derecho subjetivo del individuo, en la autonomía de la persona misma y descansa 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 funcionamiento de los servicios públicos» (pág. 38). He aquí, pues, el verdadero pensamiento del profesor francés, también en relación con el Derecho Privado. La fuerza de la función social es de tal calibre en su argumentación que borra la relevancia de la autonomía de la voluntad de la persona en el Derecho Civil, y, en el caso del Derecho Público, se circunscribe a un Derecho de los servicios públicos en el que todo, prácticamente todo, lo que aparece teñido por el interés general se convierte en un servicio público. DUGUIT justifica su posición en la realidad, no en la expresión de una reflexión intelectual. Pero el Derecho Público es algo más que la constatación empírica de una realidad que, en todo caso, admite diferentes entendimientos. El pensamiento único, probablemente hoy más que ayer, es sumamente peligroso y acientífico porque tiende a contemplar la realidad dese una sola perspectiva y, cuando nos hallamos ante el corazón y la esencia del Derecho Administrativo, no podemos olvidarnos de que las libertades de los ciudadanos han de ser una de las principales finalidades, si no la más importante, del quehacer de los poderes públicos.

Ciertamente, es mérito, y no pequeño, de DUGUIT haber intuido que las notas de la continuidad y de la regularidad son la esencia del servicio público. Si los gobernantes, como entiende el profesor francés, están jurídicamente obligados a asegurar la organización y el funcionamiento de los servicios públicos, entonces las leyes conforman las reglas generales que son de general cumplimiento para todos, gobernantes in-

cluidos. Carácter, pues, objetivo de los servicios públicos. Los actos administrativos desde esta perspectiva lo son en la medida en que se destinan a una finalidad de servicio público. Sean actos administrativos propiamente dichos o simples operaciones administrativas, en ambos casos tienen «un carácter común que proviene del fin que los determina» (pág. 38). Los gobernantes, en este marco, no son más que gerentes de los negocios de la colectividad (pág. 39).

El maestro francés se interroga a continuación acerca de si el crecimiento exponencial de los servicios públicos no provocará un correlativo aumento del poder de los gobernantes sobre los ciudadanos. Su pronunciamiento es claro y, hasta cierto punto, ingenuo: esta circunstancia no puede aumentar el poder de los gobernantes porque existe una fuerza equilibradora por un movimiento que representa una de las características de la evolución moderna del Derecho Público: el movimiento descentralizador. Movimiento que, según DUGUIT, aparece bajo diversas fórmulas: descentralización regional, descentralización patrimonial, descentralización funcionalista o la concesión. Es decir, sólo en el caso de la concesión, con las limitaciones que entraña esta forma de gestión indirecta de los servicios públicos, es posible admitir al particular a la gestión de un servicio público.

Mérito de DUGUIT es formular la doctrina de la responsabilidad del Estado cuando éste, debiendo intervenir, no lo hace. Un incumplimiento que, aunque sea momentáneo o parcial, causa en el país un profundo trastorno. En estos supuestos, dice DUGUIT, los particulares no pueden quedar desarmados (pág. 42). El profesor francés, no sin razón, afirma que la existencia de la responsabilidad del Estado, desconocida en el sistema centrado sobre la soberanía imperialista, es ahora posible: «la abstención del Estado compromete su responsabilidad para con los particulares perjudicados, y eso aunque sea el Estado legislador quien se abstiene» (pág. 42).

Por otra parte, la ley, en la argumentación de DUGUIT, no es ya el mandato formulado por una norma soberana: es el conjunto de medidas tomadas en general para asegurar el funcionamiento de un servicio público. Entonces, si el funcionamiento del servicio ocasiona daños a los usuarios, la responsabilidad del Estado se produce a petición del particular lesionado efectivamente. Estamos, pues, ante un recurso de carácter objetivo, dirá DUGUIT (pág. 43). En estos casos, el particular no tiene un derecho subjetivo a solicitar el establecimiento de un servicio público, sino a reclamar el funcionamiento correcto y apropiado de un servicio a través del pertinente recurso de naturaleza objetiva. Sólo puede, sigue diciendo nuestro autor, alcanzar la anulación del acto administrativo ilegal que conculca la ley del servicio público. La juris-

prudencia del Consejo de Estado de finales del siglo XIX y de principios del siglo XX así lo confirma: una resolución de 1907 señala que todos los interesados pueden impugnar, a través del recurso por exceso de poder, el acto administrativo realizado contra lo establecido en el pliego de condiciones, que forma parte de la ley orgánica del servicio público, en este caso de los ferrocarriles.

En un paso más, DUGUIT formula, a partir de la existencia del derecho de los usuarios al funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos, su particular entendimiento del Derecho Público, en contraste, claro está, con la idea de soberanía concebida como el poder absoluto, único e indivisible que al Estado corresponde como derecho subjetivo destinado a garantizar el orden público. Para el profesor francés, el Estado, anclado en la idea de la soberanía imperialista, «sería libre para obrar cómo él creyera conveniente y podría apreciar discrecionalmente como deberían 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 todo el Derecho Público entero descansa sobre la noción de una regla de Derecho que impone a los gobernantes una obligación de servicio público» (pág. 45).

Tan interesante es el argumento que anima a DUGUIT a centrar el Derecho Público en la idea de servicio público que merece la pena, a fuer de ser reiterativos, volver a detenernos en este punto, buscando el sentido y alcance con los que DUGUIT busca fundamentar el sistema del Derecho Administrativo. Para ello, como hemos adelantado, censura el concepto tradicional de soberanía. Además, critica las teorías subjetivas, llegando hasta malinterpretar, esto sí que es grave, la centralidad de la libertad del ser humano, convertida, por la absolutidad que le reconoce al mismo concepto de servicio público, a una suerte de función social. En este punto, me gustaría preguntar al profesor francés si hubiera estado de acuerdo, al menos en los tiempos actuales, en revisar su planteamiento y convenir con el más equilibrado y abierto concepto de libertad solidaria.

En efecto, conviene poner de manifiesto el carácter extremadamente concienzudo con que el Decano de Burdeos afrontaba su labor científica. Es el de DUGUIT un trabajo minucioso, que inserta cada parte de su obra en una estructura perfectamente construida, sin fisuras. En la lectura de sus distintas obras se pone de manifiesto como en pocos casos esa vieja convención de que un autor elabora siempre la misma obra, de tal modo que se puede encontrar en sus escritos reiteradas una y otra vez, casi de forma obsesiva, las mismas ideas, acoplándose

unas a otras hasta conducir inexorablemente a un mismo fin. Esto es así porque en todas sus obras aparece el concepto medular de servicio público, que en una u otra institución, en una u otra categoría, aparece invariablemente fundando su régimen jurídico. Por ejemplo, todos los capítulos de esta obra siguen el mismo método: primero censura el sistema tradicional montado sobre la soberanía y después propone nuevos planteamientos a partir de la centralidad del servicio público.

Para DUGUIT, su teoría es la constatación de un cambio profundo que se ha producido en el mundo del Derecho y del Estado². En este sentido, como ya hemos indicado, el primer concepto que debe revisarse, partiendo de estos presupuestos, es el de soberanía, elemento sobre el que se ha fundamentado tradicionalmente el poder público. A esta idea llega como resultado de una larga evolución histórica que se inicia ya en el Derecho romano y que, tras la Revolución francesa, adopta, según DUGUIT, la forma de soberanía nacional mediante un mero cambio de palabras. «Basta, en efecto, substituir 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» (págs. 9 a 15). Esta concepción es sometida a una feroz crítica pues, en su opinión, como señalamos anteriormente, constituye una noción puramente metafísica: el «dogma esencial de esta nueva religión que la revolución pretendía dar al mundo» (pág. 16).

Para entender bien la forma de pensar del fundador de la Escuela del Servicio Público debe tenerse presente que el fondo de su crítica reside de la idea de examinar el poder público y la forma que éste se ejerce desde una perspectiva más realista. En definitiva, tras su compleja argumentación rige una idea, hoy difícilmente cuestionable, que determina en último término que todas las generaciones acaben teniendo en el maestro francés un punto de referencia. Esa idea no es otra, en efecto, que la consideración que la actividad pública no puede encontrar más justificación que la que le ofrece la utilidad de la función que desarrolla. No cabe, pues, tratar de buscar criterios que no tengan este apoyo, podríamos decir real, que traten, en definitiva, de legitimar la acción del sujeto público en atribuciones o características del propio sujeto.

A partir de este razonamiento es fácilmente perceptible y entendible el enorme peso que tiene el servicio público en la obra de nuestro autor, pues éste no es otra cosa que la acción que la Administración desarrolla y que justifica su existencia y su autoridad. La idea de servicio

² Basta para corroborar este dato con el examen de los títulos de algunas de sus obras fundamentales: *Las transformaciones del Estado*, *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón* y *Las transformaciones del Derecho público*.

público como criterio legitimante y, al mismo tiempo, determinante de la acción pública supone, en definitiva, dejar de lado todo argumento que base el poder público en argumento mitificador de cualquier tipo; es decir, éste no tiene otra razón de ser que la utilidad que proporciona a los ciudadanos. A partir de esta reflexión se comprende mejor que el gobernante deja de ser autoridad pública, en realidad, y pasa a ser servidor público. Como puede comprobarse, la concepción central de la obra de DUGUIT es de una modernidad casi imperecedera, por encima de tiempos y espacios.

Partiendo de estos presupuestos, se entiende que nuestro autor sea contrario a todo pensamiento de tipo subjetivista. Su obsesión por hacer del Derecho Público un Derecho objetivo y por fundar el recurso por exceso de poder desde la vertiente objetiva es bien patente a lo largo de su obra. Un primer punto donde se manifiesta esta tendencia es en la configuración que nos ofrece del Estado. Éste no puede ser concebido, ya lo hemos señalado, como un sujeto de derecho, pues esto supondría atribuirle una voluntad distinta de la de los individuos que lo constituyen, lo que no es posible. Para DUGUIT, el problema de la legitimación del Estado no supone buscar una fuente de legitimación para un sujeto de derecho, el Estado-persona, titular de la soberanía, y con ello capaz de ejercer el poder público; sino que el Estado, o más bien la actividad desarrollada por éste, se legitima sólo en la medida en que desarrolle su fin propio, es decir, cuando va dirigido al cumplimiento del Derecho objetivo.

Esto es así porque el Estado no es otra cosa, según DUGUIT, que la mayor fuerza de los gobernantes sobre los gobernados y, con ello, cualquier intento de justificación de ese poder, acudiendo a una pretendida distinción entre el Estado como sujeto titular de la soberanía y los gobernantes como personas físicas que detentan ese poder, descansa sobre una ficción. Lo cual es tan válido, nos dice el autor francés, para las doctrinas que buscan esa legitimación en una intervención divina como para los sistemas democráticos que se apoyan en la no menos mística noción de voluntad general. En todo caso, el Estado no es otra cosa que una fuerza, «un hecho que no posee en sí mismo ningún carácter de legitimidad o ilegitimidad»³, y que por ello puede encontrar su fuente de legitimación exclusivamente en el Derecho objetivo⁴. El problema es que esa pretendida objetividad, abstracta y general, ordinariamente es con-

³ León DUGUIT, *Manual de Derecho constitucional*, traducido por J. G. ACUÑA, 2.ª ed. española, Francisco Beltrán, Madrid, 1926, pág. 25.

⁴ León DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho público*, págs. 15-25; *Manual de...*, págs. 16-28, 64-70 y 80-83; *Soberanía y libertad*, traducida por J. G. ACUÑA, Francisco Beltrán, Madrid, 1924, págs. 130-171; *Las transformaciones del Estado*, traducción de A. POSADA, Francisco Beltrán, Madrid, 1921, págs. 79-90, *Traité de Droit constitutionnel*, I, 3.ª ed., 1927, págs. 534-680, y *Traité de...*, II, págs. 1-50.

testada precisamente por una realidad que se demuestra universal y recurrente: la existencia de elementos subjetivos indudables en las acciones u omisiones de los gobernantes que lesionan, siguiendo la terminología de DUGUIT, la ley del servicio.

A este argumento de carácter teórico se añade, continúa el profesor francés, la inoperancia práctica de la idea de soberanía. Ésta no se ha hecho evidente mientras se exige del Estado únicamente que preste los servicios de guerra, policía y justicia, pero es ya incuestionable, pues los ciudadanos requieren también la prestación de otros servicios, lo que exige una intervención del Estado que debe estar sometida al Derecho, regulada y disciplinada por un sistema de Derecho Público (pág. 26).

En este punto, nuestro autor desdobra su crítica al concepto de soberanía en torno a dos reglas hacia las que debe estar orientado todo sistema de Derecho Público: que los que ostentan el poder no pueden realizar ciertas cosas y que están obligados a realizar otras (págs. 15 a 26). A través de ellas se enfrenta a las teorías subjetivas. Aunque el autor distingue dentro de éstas entre tesis individualistas y subjetivistas, nos centraremos sólo en la primera, pues las segundas tienen un menor interés en este momento⁵.

Para las tesis individualistas, nos explica DUGUIT, el Derecho objetivo se funda sobre el Derecho subjetivo. Parte del presupuesto de que todos los hombres han venido al mundo libres e iguales y, con ello, dotados de unos derechos individuales que ostentan por el mero hecho de haber nacido. Surge, así, el Derecho objetivo como la necesidad de limitar los derechos subjetivos de cada individuo para asegurar la protección de los derechos de los demás. Esta doctrina ha tenido, para DUGUIT, el mérito de haber logrado por primera vez la limitación del poder del Estado. Sin embargo, es inadmisibile, entiende, por dos motivos. En primer lugar, porque descansa sobre una afirmación hipotética, que el hombre ha nacido en condiciones de libertad e independencia respecto de los demás. Pero esto no es admisible, pues el hombre nace siempre miembro de una colectividad y sujeto a ella. En segundo lugar, porque supone la existencia de un Derecho absoluto, natural, válido

⁵ Para DUGUIT, tanto las tesis individualistas como las subjetivistas son en realidad doctrinas subjetivas; la diferencia reside en que las segundas son aún más subjetivas, «ya que descansa precisamente en el concepto del Derecho subjetivo del Estado». Esta teoría se construye sobre la idea de que la soberanía pertenece al poder público, constituyendo ésta el derecho subjetivo del Estado, del cual derivan los derechos individuales, que son creación de éste. Ahora bien, se enfrenta esta teoría al problema de cómo limitar el poder estatal, para lo que se acude a la teoría de la autolimitación. Pero ésta, siempre según DUGUIT, no es aceptable porque permanecería siempre la amenaza de que el Estado se desprendiese de esa autolimitación. León DUGUIT, *El pragmatismo jurídico*, traducida por A. DE LÁZARO ÁLVAREZ, S. MAGARIÑO TORRES, T. DÍAZ GARCÍA y M. LÓPEZ ROBERTS y DE CHÁVARRI, Francisco Beltrán, 1924, págs. 87-98.

para todo tiempo y lugar, y esto tampoco es posible, al ser el Derecho un fenómeno social y, por ello, necesariamente variable⁶. Variable sí, pero con arreglo a las exigencias de la justicia, que desde luego ofrece unos contornos imperecederos, universales, en cuanto que garantizan la igual dignidad de todos los seres humanos y que ayudan a comprender, en todo tiempo y lugar, qué es lo justo y qué es lo injusto por su adecuación, insisto, a la dignidad del ser humano, de donde derivan los derechos fundamentales de las personas.

Hasta aquí la crítica viene referida al aspecto negativo, esto es, a la limitación del poder del Estado. Ámbito en el que el maestro francés realmente no niega los efectos beneficiosos de la teoría individualista, sino que únicamente refuta sus bases teóricas. Es más, resulta patente su voluntad de llegar al mismo resultado pero desde sus propios presupuestos ideológicos.

En este punto parece que el pensamiento del maestro francés adolece de una cierta radicalidad. Su profunda crítica no deja de mostrar un cierto empecinamiento injustificado contra unas tesis de cuyas virtudes no puede realmente renegar. Sus argumentos, pienso, resultan forzados y difícilmente admisibles y, en definitiva, acaba cayendo en el error pues no es capaz de buscar una alternativa razonable a las tesis que él denomina subjetivistas.

No se puede dejar de pensar al leer el libro que estamos comentando, que en este punto el pensamiento del jurista francés no ha podido superar el paso del tiempo, y que sus aportaciones hubieran probablemente adquirido mayor fuerza de venir insertadas en un marco menos intolerante, que reconociese su verdadero mérito a las teorías individualistas. No conviene, no obstante, que nos perdamos en las críticas, olvidándonos con ello de la obra de nuestro autor. En todo caso, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, la posición de DUGUIT, al menos en este punto, es difícil de justificar pues no parece razonable, ni jurídico, configurar la libertad humana como una función casi de orden público. Volvamos, pues, a DUGUIT y a sus observaciones en contra del Derecho tradicional.

En efecto, en la concepción realista propugnada por DUGUIT hay que proceder de forma inversa a como lo hace la doctrina individualista, esto es, hay que partir del Derecho objetivo para llegar al Derecho subjetivo. De tal forma que los derechos del individuo «no son otra cosa que derivados de sus obligaciones, los poderes o facultades de que dispone para cumplir libre y plenamente sus deberes sociales»⁷.

⁶ León DUGUIT, *El pragmatismo...*, págs. 68-85; *Traité de...*, I, págs. 201-213.

⁷ León DUGUIT, *Manual de...*, pág. 7.

Ahora bien, y de aquí se deriva un giro decisivo, uno de los deberes que se imponen a los ciudadanos es el libre desarrollo de su personalidad, generándose así un ámbito de libertad frente al Estado, que no puede, de ningún modo, obstaculizar el cumplimiento de sus obligaciones por el ciudadano. Así, la libertad «no es un derecho subjetivo, sino que es la consecuencia de la obligación que se impone a todo hombre de desenvolver lo más completamente posible su individualidad, es decir, su actividad física, intelectual y moral, a fin de cooperar lo mejor posible a la solidaridad social»⁸. De esta manera se pasa de la noción libertad-derecho a la idea de libertad-función⁹. Argumentos forzados mediante los que pretende mantener, así nos parece, los logros de la teoría individualista desde la negación de ésta¹⁰. En este punto no podemos compartir las teorías de DUGUIT, por obvias razones que ni siquiera es menester explicitar pues están en la mente de todos.

Las más importantes diferencias de DUGUIT con las teorías individualistas surgen, sin embargo, ante la necesidad de imponer obligaciones positivas al Estado¹¹. Es esta insuficiencia la que, en su opinión, pone de manifiesto la falta de validez de las doctrinas tradicionales, apareciendo con toda su fuerza la noción clave sobre la que DUGUIT construye el Derecho Público moderno: el servicio público.

Alrededor de esta idea vienen a confluír todos los argumentos esgrimidos por DUGUIT. Ya habíamos señalado que considera que el Estado no es desde una posición realista otra cosa que una fuerza, el mayor poder que los gobernantes ostentan sobre los gobernados, sin que ésta pueda ser legitimada por elemento subjetivo alguno. Centrar la esencia del Estado a partir de la fuerza es, desde luego, una manera en cierto modo autoritaria de concebir la esencia del propio Estado, lo que, en mi opinión, está presente en toda la construcción doctrinal de sus teorías, también en la de hacer descansar el sentido y funcionalidad del Derecho Público en la idea del servicio público. Pues bien, a esto añade el maestro francés la carencia del individuo de otro derecho que no sea el de cumplir con su deber, factor del que deriva la existencia de un ámbito de libre injerencia frente al poder estatal. Resulta, entonces, irremediable preguntarse acerca de qué es lo que justifica y delimita la

⁸ León DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho privado*, recogido en *Las transformaciones del Derecho público y privado*, traducciones de A. G. POSADA, Ramón JAÉN y C. G. POSADA, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1975, pág. 186.

⁹ León DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho privado*, págs. 184-192.

¹⁰ León DUGUIT, *Manual de...*, págs. 7-8 y 199-202; *Las transformaciones del Derecho privado*, págs. 173-179; *Traité de...*, I, págs. 213-221; *Traité de...*, V, págs. 640-648.

¹¹ León DUGUIT, *Traité de...*, III, págs. 674-687.

intervención del Estado en la sociedad. El insigne jurista francés encuentra la respuesta en el servicio público, noción que viene a sustituir a la de soberanía como fundamento del Derecho Público.

Para nuestro autor, el núcleo esencial de lo que debe entenderse por servicio público, como ya sabemos, reside en la imposición a los gobernantes de determinadas obligaciones respecto a los gobernados, no siendo éstas otra cosa que el deber de organizar y controlar el funcionamiento de los servicios públicos, que constituyen un elemento del Estado.

La necesidad de que el Estado asegure el funcionamiento de los servicios públicos hace precisa la mayor fuerza de la que debe estar revestido el poder público, y constituye la única razón que la justifica. Por ello, la actividad pública es válida solamente en la medida en que va dirigida al logro de su fin propio, el cumplimiento del Derecho objetivo; esto es, organizar y asegurar el funcionamiento de los servicios públicos¹².

En este contexto es donde puede entenderse la afirmación recurrente que DUGUIT da a la teoría del servicio público desde una orientación puramente material¹³, pues para él «se puede decir que los servicios públicos son instituciones de Derecho objetivo» (pág. 38), de forma que el «Derecho Público es el Derecho objetivo de los servicios públicos» (pág. 37). Lo que supone que el «Estado no es, como se ha pretendido, y como durante algún tiempo se ha creído que era, un poder de mando, una soberanía; es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes»¹⁴. Esta afirmación refleja el sentido de la participación social que habita en la mente del profesor francés, así como la perspectiva cerrada del interés general de que hace gala en sus escritos. Es verdad, sin embargo, que para un profesor francés de Derecho Público de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, formado en una determinada tradición, era francamente difícil intuir el papel central que el ciudadano tendrá en la conformación del Derecho Administrativo un siglo después.

De este modo, continúa el maestro francés, se puede definir el servicio público como «toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumpli-

¹² León DUGUIT, *Manual de...*, págs. 27-37 y 71-74; *Las transformaciones del Derecho público*, págs. 25-26 y 37-41; *Traité de...*, II, págs. 59-62.

¹³ El propio DUGUIT resalta expresamente el carácter material de su teoría, pues ésta atiende a la naturaleza jurídica interna del acto. Frente a ello, las doctrinas formales atenderían, según la opinión de este autor, al órgano del que emanan los actos. *Traité de Droit constitutionnel*, II, págs. 284-286.

¹⁴ León DUGUIT, *Manual de...*, pág. 71; *Traité de...*, II, págs. 153-154.

miento de esa actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, y porque, además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante»¹⁵.

Esta definición no aclara, sin embargo, qué actividades deben configurarse como servicios públicos y cuáles no, como señala el propio autor¹⁶. Esto es así, nos dice el Decano de Burdeos, porque es ésta una noción dinámica, variable, dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada momento y lugar. DUGUIT pone especial cuidado en aclarar que su doctrina carece de todo residuo iusnaturalista, argumentando para ello precisamente que no pretende tener valor absoluto, sino que evoluciona al mismo tiempo que lo hacen las estructuras sociales¹⁷.

Éste es el punto donde, a nuestro juicio, se hace más patente la fragilidad de su teoría, pues levanta la construcción del Derecho Público sobre una noción teleológica y funcional del servicio público. Pero para que esto fuera aceptable sería preciso contar con un criterio que nos indicara, en cada momento y lugar, cuáles son las funciones que el Estado debe cumplir; esto es, cuáles son los servicios públicos cuya organización y funcionamiento ha de asegurar el poder público¹⁸. Objeción que puede igualmente esgrimirse respecto a su propósito de transformar los derechos de los ciudadanos en meros deberes. DUGUIT trata de superar estas dificultades a través de su doctrina de la interdependencia o solidaridad social y de la regla de Derecho, en la que, siempre según su opinión, encuentran su fundamento tanto el Derecho Público como el Derecho Privado.

Debe tenerse aquí en cuenta que nuestro autor nunca fue favorable a establecer una línea rígida de separación entre el Derecho Público y el Derecho Privado, pues el estudio de ambos se debería llevar, a su juicio, utilizando un método común¹⁹, de tal forma que no existe entre ambas esferas una diferencia de naturaleza, más bien al contrario. En efecto, el jurista francés afirma que una y otra tienen la misma esencia²⁰.

¹⁵ León DUGUIT, *Manual de...*, pág. 73.

¹⁶ León DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho público*, págs. 34-37; *Manual de...*, págs. 74-76; *Traité de...*, II, págs. 61-62.

¹⁷ León DUGUIT, *Las transformaciones del Estado*, págs. 65-66; *Las transformaciones del Derecho privado*, págs. 252-253; *Traité de...*, II, págs. 83-84.

¹⁸ Con razón señalaba JÉZE que «Duguit no desentraña el criterio jurídico que permita reconocer si, en determinado caso, se ha preferido el procedimiento jurídico de servicio público». G. JÉZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, III, traducción de la 3.^a ed. francesa (1930), realizada por J. N. SAN MILLÁN ALMAGRO, Editorial Depalma, 1949, pág. 19, nota 34.

¹⁹ León DUGUIT, *Manual de...*, págs. 44-50; *Traité de...*, I, págs. 680-713.

²⁰ Señala DUGUIT que no puede encontrarse en los gobernantes una esencia distinta a la de los gobernados, unos y otros quedan sujetos a las ligaduras de la solidaridad social, y están sometidos a la regla de derecho, fundada sobre la conciencia de lo que los hombres de un momento dado tienen sobre la solidaridad. *Traité de...*, I, pág. 685.

La única diferencia entre una y otra reside en la finalidad que persigue cada una de ellas²¹.

En realidad, aunque las tesis de DUGUIT se han esgrimido en ocasiones como base para sustentar la autonomía del Derecho Administrativo sobre la idea del servicio público, lo cierto es que este propósito era totalmente ajeno a su voluntad pues, en realidad, él siempre fue contrario a la existencia de un Derecho especial para la Administración²². En realidad, la negación de esta distinción toma base en el espíritu social que informa toda la obra de DUGUIT, pues no olvidemos que el maestro francés basa tanto el Derecho Público como el Derecho Privado en la doctrina de la interdependencia o solidaridad social, que debemos, como es obvio, examinar, aunque sea brevemente.

En efecto, DUGUIT señala que esta tesis se apoya en la naturaleza social del hombre, de la que se derivan necesariamente dos consecuencias: la existencia de necesidades que hay que satisfacer en común, y la tenencia de los seres humanos de necesidades y aptitudes diferentes, por lo que sólo se puede garantizar la satisfacción de las primeras mediante el intercambio de servicios recíprocos. De todo ello extrae una regla: nadie puede hacer nada que cause perjuicio a la solidaridad social, y todos deben hacer lo que el desarrollo de ésta exija²³. Fundamentos, sin embargo, demasiado débiles para soportar la ambiciosa doctrina del autor, pues no es posible inferir de la vida social si una actividad debe ser configurada o no como servicio público, o si una determinada acción de un ciudadano está orientada al libre desarrollo de su personalidad o no. Para que esto fuera posible sería necesario poder estudiar los hechos sociales como si de hechos naturales se tratase.

El objetivo perseguido por el autor francés es inviable por sus propias pretensiones, pues hay una diferencia esencial entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias sociales, ya que en estas últimas no rige el principio de causalidad, y toda decisión comporta un margen de artificialidad, de discrecionalidad política o ideológica si así se quiere.

²¹ Como señala BONNARD, para DUGUIT, la distinción Derecho Público-Derecho Privado no proviene de un valor desigual de las voluntades concurrentes, sino únicamente del contenido de la situación jurídica, esto es, de los fines perseguidos. «Notions générales sur les attributions et les fonctions de l'État et sur les services publics», en *Revue du Droit Public*, 1925, pág. 63. Igualmente, PISIER-KOUCHNER señala que la distinción entre lo público y lo privado, y en particular entre Derecho Público y Derecho Privado, es para DUGUIT un resultado del individualismo jurídico, que opone individuo y Estado, y que el profesor de Burdeos rechazara esta oposición artificial, considerando que el carácter público o privado de una actividad viene dado únicamente por el fin que persigue. *Le service public dans...*, págs. 10-11.

²² José Antonio MANZANEDO MATEOS, «Servicio público: aproximación a su línea evolutiva», en *Estudios en homenaje al Profesor López Rodo*, vol. II, Madrid, 1972, págs. 232-233.

²³ León DUGUIT, *Las transformaciones del Estado*, págs. 59-69; *Las transformaciones del Derecho privado*, págs. 180-182; *Manual de...*, págs. 2-3 y 8-14; *El pragmatismo...*, págs. 99-114; *Traité de...*, I, págs. 82-89.

Pero en ningún caso puede buscarse la existencia de unas instituciones de Derecho objetivo (servicios públicos) que se impongan como si de fenómenos naturales se tratase²⁴. El jurista no puede examinar la sociedad y deducir sin más la necesidad de organizar un servicio público, pues dicha decisión entrañará siempre un margen de libre valoración, que puede encontrar legitimación, por tanto, únicamente a través de la representación política, pero que en ningún caso se legitima en sí misma. El jurista debe operar con el Derecho en la mano, en el contexto de un creciente compromiso con la justicia. El Derecho Administrativo no puede limitarse, sin más, a describir el régimen jurídico de los servicios públicos.

DUGUIT trata de defender su doctrina frente a este tipo de críticas, a las que se opone, atacando la diferencia existente entre los hechos naturales y los sociales pero sin admitir la existencia de cualquier tipo de contradicción entre sus teorías y esta distinción. En su pensamiento, la norma social que él defiende es una regla a posteriori, no a priori, esto es, que se obtiene de la mera observación de unos hechos, lo que, a su juicio, salva esta dificultad²⁵.

No nos parece defensa suficiente una interpretación de los hechos sociales como la que pretende DUGUIT, que definiría los servicios públicos como los que quedarán asegurados por el sector público. Por más que sea fruto de un examen atento de los mismos, no deja de estar basada necesariamente en un juicio de valor. Esto supone, en definitiva, que se tratará de una decisión subjetiva y no, como pretende DUGUIT, objetiva. He aquí su más clamorosa contradicción.

Como es sabido, estas carencias fueron puestas ya de manifiesto por el otro gran valedor de la denominada Escuela de Burdeos, JÈZE, que se apartó de forma evidente de las tesis de DUGUIT en este concreto aspecto. Pienso que merece la pena que nos detengamos, aunque sea brevemente, en la polémica que mantuvieron uno y otro, que resulta, a nuestro entender, extraordinariamente expresiva de las dificultades insalvables que encuentra en la práctica la concreta configuración que el autor que nos ocupa otorgó al servicio público.

En realidad, aunque es frecuente referir la creación de la teoría del servicio público a la acción de los dos grandes maestros antes mencionados y, obviamente, al no menos genial HAURIUO, lo cierto es que en el terreno de los hechos resulta decisiva la acción de un elemento distinto, que sigue su propio camino, que no se confunde, a nuestro jui-

²⁴ Señala, por ello, ROUSSET que DUGUIT no es el positivista que él pretende, sino un moralista que quiere situar el Derecho por encima de la voluntad general. *L'idée de puissance publique en Droit administratif*, Dalloz, París, 1959, pág. 60.

²⁵ *Traité de...*, I, págs. 65-82.

cio, con la de ninguno de estos autores. Me refiero a la labor llevada a cabo por el Tribunal de Conflictos y el Consejo de Estado, que van a elaborar una doctrina jurisprudencial sobre el servicio público dotada de su propia sustancialidad, y que no sigue más que parcial e incidentalmente las opiniones de los grandes teóricos a las que antes nos hemos referido.

En efecto, el conjunto de resoluciones, encabezado por el celebre *Arrêt Blanco*, al que siguieron otra serie de decisivos pronunciamientos judiciales, marcan el inicio del camino jurídico de una institución que sabrá sobreponerse y superar el marco teórico establecido por estos grandes juristas. Esta doctrina judicial se separará muy pronto del camino tomado por DUGUIT en la concreta configuración del servicio público y se aproxima en mayor medida a la defendida por JÈZE. Buena prueba, en nuestra opinión, del error del primero y el acierto del segundo.

Es ésta, no obstante, otra historia, que no es éste el momento de contar, pues nos separa de nuestro objetivo. Volvamos, pues, a DUGUIT y a su polémica con JÈZE. A nuestro juicio, la crítica certera que este último realiza al primero es difícilmente cuestionable. El elemento esencial del que surge esta disensión lo constituye la determinación del modo por el que se puede reconocer si una actividad debe ser considerada o no como un servicio público. Ya hemos analizado con anterioridad la perspectiva sociológica que adoptaba DUGUIT al respecto. Para JÈZE, sin embargo, hay que atender exclusivamente a la voluntad de los gobernantes, es decir, averiguar si éstos en un determinado momento han decidido «satisfacer las necesidades de interés general mediante el procedimiento de servicio público». No se puede ir más lejos, pues preguntarse si una determinada actividad debe configurarse o no como servicio público no es ya una cuestión jurídica, sino política o sociológica²⁶.

La perspectiva claramente positivista adoptada por JÈZE resulta, a nuestro entender, mucho más realista que la propuesta por DUGUIT. Las aportaciones de este último pueden estar dotadas de una mayor fuerza de evocación e inspiración, que las dotan de gran potencial desde el punto de vista teórico, pero son bastante más irrealizables en la práctica que las de su compañero de Escuela.

Antes de continuar adelante debemos realizar un breve examen de la configuración que JÈZE nos ofrece del servicio público. En su pensamiento, esta institución juega un papel tan básico como el que le daba DUGUIT a la suya, pues considera que el «Derecho Público Admi-

²⁶ Gastón JÈZE, *Principios generales...*, II, págs. 18-26; *Cours de Droit public*, Marcel Giard, París, 1926, págs. 16-23.

nistrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos»²⁷, lo que convierte al servicio público en la «piedra angular del Derecho administrativo francés»²⁸.

Desde su punto de vista, el de JÈZE, el servicio público se caracteriza por dos rasgos: el procedimiento de Derecho Público y la imposibilidad de oponer obstáculo alguno a su modificación. Rasgos que permiten a nuestro autor afirmar que cuando se dice que «en determinada hipótesis, existe servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos de servicio público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico»²⁹.

Por tanto, para JÈZE, servicio público es tanto como la posibilidad de utilizar el procedimiento de Derecho Público, esto es, un régimen exorbitante del Derecho común, cuyo empleo se justifica en la supremacía del interés público sobre el privado. Hay que tener en cuenta que no es éste, para el autor francés, el único medio para dar satisfacción a una necesidad de interés general, ya que distingue diversas formas mediante las que la Administración puede dar satisfacción a estas necesidades: utilizando reglas que están fuera de la órbita del Derecho Privado (servicio público); siguiendo exclusivamente procedimientos de Derecho Privado (gestión administrativa); o bien dejando su satisfacción a los particulares, limitándose la Administración a «vigilar la explotación y proteger al público contra ciertos abusos del empresario» (empresa reglamentada)³⁰.

Esta perspectiva difiere abiertamente de la defendida por DUGUIT. Si para este último la determinación de lo que es o no es servicio público viene determinada por la realidad sociológica, para su compañero de Escuela es, sin embargo, una cuestión jurídica, que viene condicionada por el régimen jurídico del que los responsables del poder político han dotado a una determinada actividad.

Como era de esperar, el conflicto doctrinal no podía eludirse y los dos grandes maestros acabaron disintiendo abiertamente. DUGUIT afirmó de manera tajante que la postura de JÈZE convertía el servicio público en una creación artificial que quedaba abandonada al arbitrio

²⁷ Gastón JÈZE, *Principios generales...*, I, pág.1.

²⁸ Gastón JÈZE, *Principios generales...*, I. En el prefacio a la segunda edición francesa, LXV.

²⁹ Gastón JÈZE, *Principios generales...*, II, pág. 4; *Cours de...*, pág. 2.

³⁰ Gastón JÈZE, *Principios generales...*, II, págs. 3-18; *Cours de...*, págs. 1-15.

del legislador, con lo cual se generaba el riesgo de que el Derecho positivo se distanciase de la realidad social; a lo que añadía que desde semejante posición el jurista faltaba a su auténtica misión, que no es otra que la de indicar al legislador cuál es el Derecho, cual es la norma jurídica que el legislador debe constatar y poner en obra. Y esa norma jurídica, cuando se trata de un servicio público, es precisamente la que impone a los gobernantes la realización de esa actividad³¹.

Debe tenerse en cuenta que, para el maestro de Burdeos, determinar si una actividad es o no servicio público no es una operación que pueda resolver el Derecho positivo, sino la pregunta acerca de si la realidad social exige que una determinada actividad se configure como tal, con lo que es un interrogante que está más allá del Derecho positivo, pues es una constatación que se obtiene directamente de la situación social y que se impone a los propios gobernantes. Aquí, de nuevo, DUGUIT vuelve a esas cuestiones metafísicas que tanto denostó pero a las que regresa una y otra vez. ¿Por qué será?

Esta crítica a la obra de JÈZE es, a nuestro juicio, bien explícita acerca de las motivaciones últimas del maestro francés. Su propósito es, ante todo y sobre todo, que el servicio ofrezca una respuesta a las necesidades reales de la sociedad. En definitiva, a través de esta figura trataba de transformar la decisión de ofrecer respuesta a las exigencias de justicia social expresadas por la sociedad, que es, obviamente, una decisión política, una respuesta jurídica. Nótese que, con ello, al ofrecer un alto nivel de igualdad social se escapa del ámbito del juego político y pasa a insertarse en el ámbito de lo jurídico. Se convierte, en definitiva, en una consecuencia necesaria derivada del ordenamiento jurídico.

Frente a ello, JÈZE mantenía una posición radicalmente diferente. Esta actitud se hace patente en su contestación a las críticas de DUGUIT. JÈZE considera que el maestro de Burdeos incurre en una confusión «entre el punto de vista de la técnica jurídica y el punto de vista sociológico. Como él, estoy convencido de que el Derecho es una ciencia sociológica. Todo lo que diga a este respecto es completamente exacto. Pero éste es el lado *político social* del Derecho. Existen, por otra parte, las reglas que, en un país y en un momento determinado, deben aplicar *los tribunales*. Éstos necesitan un criterio preciso para decir si, en determinado caso, los agentes públicos están autorizados para emplear los procedimientos del derecho público, si hay servicio público propiamente dicho. Ejemplo: huelga de los *cheminots*. ¿Qué debe hacer el juez? Ésta es toda la cuestión que yo examino»³².

³¹ León DUGUIT, *Traité de...*, II, págs. 74-75.

³² Gastón JÈZE, *Principios generales...*, II, pág. 19, nota 35.

No cabe duda alguna, en nuestra opinión, de la diferente actitud metodológica de las dos grandes figuras de la Escuela de Burdeos. La obra de DUGUIT pretende la búsqueda de un criterio material que determine el ámbito en el que se debe verificar la intervención de los poderes públicos en la vida social. En opinión de PISIER-KOUCHNER, el maestro de Burdeos concibe el servicio público como «la síntesis de un sistema que domina una doble preocupación: los fundamentos sociológicos del Derecho y la limitación jurídica del Estado»³³. En definitiva, lo que pretende es buscar la forma de garantizar que la actuación pública se adecue a la realidad social existente, y que no quede abandonada al libre arbitrio de quien ostente el poder político en ese momento.

Frente a ello, JÈZE es un pensador más pragmático, al que interesan sobre todo las consecuencias jurídicas prácticas en que se plasma esa intervención, lo que le lleva a dotar a la teoría del servicio público de una perspectiva de carácter positivista, en la que el criterio determinante de que una actividad sea considerada como tal o no depende de la voluntad subjetiva del titular del poder político³⁴. Esta disparidad es, quizás, en último término, una consecuencia de la mayor preocupación de DUGUIT por las cuestiones políticas que JÈZE, al que le interesa más bien la problemática puramente jurídico-administrativa³⁵.

En efecto, en el fondo, lo que preocupa al fundador de la Escuela del Servicio Público es buscar una alternativa al principio democrático, que, como advertimos, para él es simplemente una ficción a la hora de decidir hasta dónde se debe extender la acción pública. Cuestión que, para JÈZE, simplemente no es una cuestión jurídica.

La obra de DUGUIT enjuiciada desde una perspectiva actual despierta sensaciones ambiguas. Por un lado, nos ofrece una cara oscura, en la que se cuestiona un elemento tan básico como son los propios derechos individuales, cuyo reconocimiento, protección y promoción constituyen un elemento irrenunciable de cualquier Estado democrático. En este sentido, su pensamiento se nos muestra antiguo, radical

³³ Evelyne PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, LGDJ, París, 1972, pág. 17.

³⁴ Así, Marcel DE LA BIGNE DE VILLENEUVE critica a JÈZE por haber caído en una postura puramente subjetiva, en *L'activité étatique*, Sirey, París, 1954, págs. 201-207.

³⁵ Señala Martín BASSOLS COMA que las «concepciones de DUGUIT sobre el Servicio público se basan en consideraciones jurídico-políticas o constitucionales no directamente aplicables al Derecho administrativo, si bien la perspectiva administrativista nunca está completamente ausente»; mientras que para JÈZE «existe una disociación entre el plano político y el de la técnica jurídica en el campo del Derecho administrativo», en «Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales», en núm. 84 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1977, págs. 32-33. Igualmente, DE SOTO señala que la doctrina de JÈZE es más pragmática y más próxima a las concretas realidades administrativas que la de DUGUIT, en *Grands services publics et entreprises nationales*, Montchrestien, París, 1971, pág. 15.

e incluso adolece de un cierto carácter autoritario. Sin embargo, por otro lado, el pensamiento de DUGUIT introduce un elemento de carácter social en el mundo jurídico³⁶. Su honda preocupación porque el Derecho y la Administración den respuesta a las necesidades reales de la sociedad es de gran actualidad. El legado de DUGUIT en este aspecto sigue siendo intemporal y continúa inspirando a las nuevas generaciones.

Determinar hasta dónde llega esta raíz social del pensamiento de nuestro autor es una cuestión de difícil respuesta. En ocasiones se ve en él un pensador de carácter socialista. Ésta es, sin embargo, una valoración excesiva. No nos parece que el pensamiento de DUGUIT case propiamente con la ideología socialista propiamente dicha. El pensamiento social de DUGUIT, en todo caso, se puede decir que representa una perspectiva claramente intervencionista del Derecho Público, del propio Estado. PISIER-KOUCHNER, más benévolo con su compatriota, señala que su pensamiento no se acomoda ni al liberalismo ni al dirigismo, sino que trata, en realidad, de compatibilizar la libertad individual y el intervencionismo estatal³⁷. El problema, para mí, es que en esa tarea la libertad humana acaba presa de esa idea funcionalista que termina por definirse desde los estrechos límites del propio Estado.

IV. LEY, REGLAMENTO Y ACCIÓN ADMINISTRATIVA

El capítulo III se dedica al estudio de la ley, que para DUGUIT no es ya la expresión de la voluntad general, no es el mandato del pueblo soberano, puesto que la realidad demostró que la ley podía no ser justa, que era necesario un control de constitucionalidad y, sobre todo, que la responsabilidad del Estado legislador era una realidad que había que regular. En la teoría del profesor francés, la soberanía deja de ser el epicentro del Derecho Público, por lo que la ley ya no es el mandato formulado por una voluntad soberana, sino la expresión de la voluntad individual de los hombres que la hacen (pág. 50), lo cual no es del todo exacto porque los diputados, aunque ciertamente son quienes elaboran las leyes, están fuertemente influidos por el grupo parlamentario, a quien deben consultar las diferentes cuestiones que se plantean durante el proceso de elaboración de la ley. No digamos en el caso de que

³⁶ Como apunta CHEVALLIER, la teoría del servicio público de DUGUIT introduce un fundamento sociológico en la noción de servicio público, que permite su adaptación a las transformaciones que se estaban produciendo en el campo de lo público. *Le place du service public dans...*, págs. 23-24.

³⁷ Evelyne PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans...*, pág. 164.

el Gobierno, con mayoría suficiente, quiera sacar adelante un proyecto de ley. En este caso, los diputados no son ordinariamente más que mandados del ministro que tiene la iniciativa de la ley.

Para DUGUIT, los reglamentos son también leyes puesto que son, en su pensamiento, la expresión de la voluntad del Jefe del Estado o del funcionario que los dicte. Es, desde luego, como él mismo confiesa, una concepción puramente realista. El fundamento del cumplimiento de la ley es para DUGUIT la regla social, que es para él inmanente a la sociedad y que la conciencia individual la percibe como obligatoria por ser una necesidad social que se impone a todos los hombres que viven en sociedad (pág. 51). DUGUIT llama a estas leyes normativas. Es decir, según la terminología del profesor francés, la regla de Derecho es en sí misma obligatoria en tanto que regla social. El lector comprenderá la complejidad de esta construcción intelectual, un tanto forzada y que la propia realidad, valga la redundancia, se encarga de contradecir hasta la saciedad, porque muchas veces la regla de Derecho no es en sí misma y por sí misma una regla social que se impone por sí misma, porque la esencia de su obligatoriedad se encuentra en la adecuación a las más elementales exigencias de la justicia.

En opinión del Decano de Burdeos, la regla de Derecho no es una orden, propiamente hablando, sino una disciplina de hecho que la solidaridad o interdependencia social impone a todos los miembros del grupo. Pues bien, según nuestro autor, no hay que confundir el carácter obligatorio de la regla con su sanción socialmente. La organización social de esta sanción constituye el objeto de otra categoría de leyes que el maestro francés denomina leyes constructivas, que son las que organizan servicios públicos y que, en realidad, son las leyes, según su propio pensamiento, pues las normativas son prescindibles. En cambio, las constructivas son disposiciones de carácter general que emanan de los gobernantes y que tienen por fin organizar un servicio público, imponiéndose a todos bajo la sanción legítima de la coacción material (pág. 53).

Siendo, como es, el servicio público la clave de bóveda de todo el Derecho Público, se entienden las siguientes conclusiones del profesor francés, para quien no hay ley que no sea la ley orgánica de un servicio público. Las leyes que disciplinan los servicios públicos devienen obligatorias en virtud de la especial fuerza normativa que encierra en sí misma la noción del servicio público. Hasta las leyes civiles son para DUGUIT leyes orgánicas de servicios públicos, de servicios de policía y de justicia. En fin, para nuestro autor, he aquí su originalidad, la ley realmente no contiene una orden: no tiene otra fuerza que la que viene de hallarse destinada a un servicio público (pág. 55).

En materia de reglamentos, DUGUIT recuerda un hecho que se generalizaría más adelante: estas normas superarán su naturaleza ejecutiva de la ley para disciplinar toda clase de asuntos que requieren de la administración o gestión pública. Es decir, en el pensamiento del fundador de la Escuela del Servicio Público, si las leyes no son más que normas que regulan el régimen de los servicios públicos, los reglamentos tenderán a identificarse con las leyes, pues todo lo administrativo, todo lo público, para el maestro francés, es o será, tarde o temprano, un servicio público. Reconoce, es verdad, que la excepción de ilegalidad y el recurso por exceso de poder no caben contra la ley, pero, según el Decano de Burdeos, estas cuestiones procesales no afectan a la naturaleza intrínseca de la identificación.

El conocimiento del sistema de fuentes del mundo anglosajón y su opinión acerca de la fundamentación de la ley anima a DUGUIT a proponer la excepción de inconstitucionalidad contra la ley como reforma a introducir en el Derecho francés, Derecho en el que, como mucho, se llegó a admitir por entonces la denominada excepción de ilegalidad, incluso contra las reglamentos dictados por el mismo Jefe del Estado. Como recuerda DUGUIT, «no siendo los jueces más que agentes del Estado no pueden oponer su voluntad a la del Estado, soberano legislador, y decidir contra él que una cosa que ha querido no tenía el poder de quererla» (pág. 61). Nuestro autor justifica, sin embargo, la admisión de la excepción de inconstitucionalidad en la doctrina de la separación de los poderes: «precisamente porque el orden judicial forma un tercer poder distinto, independiente de los otros dos e igual a ellos, no puede obligársele a aplicar una ley que juzga inconstitucional (...). Imponer al poder judicial la obligación de aplicar una ley inconstitucional es declararle inferior al legislativo, esto es, colocarle bajo su dependencia y violar el principio de separación de poderes» (pág. 62). La función del poder judicial es la que es, la adecuación a Derecho de cualquier controversia o pleito, traiga causa de una ley, de un reglamento, de un acto, de una omisión, de una inactividad o, como diríamos hoy, de una vía de hecho.

V. LA LEGISLACIÓN SECTORIAL

El capítulo IV se dedica a las leyes particulares. En esta materia, DUGUIT continúa el desarrollo lógico de su punto de partida. Si la ley ya no es la expresión de la voluntad general, de una voluntad soberana que se impone a los súbditos, como la soberanía es única e indivisible, los

miembros de la nación sólo pueden estar sometidos a una sola ley, sin que sea posible la existencia de leyes regionales ni leyes de asociaciones o de corporaciones (pág. 67). DUGUIT utiliza la expresión ley en muchos de sus pasajes como equivalente a legislación, donde caben también las normas administrativas o reglamentos. En este capítulo esta observación es pertinente.

La observación de la realidad, según el profesor francés, demuestra que existen leyes locales, leyes de grupos, que se imponen a los ciudadanos y a los tribunales. Existen leyes locales de los municipios. Los alcaldes de las grandes ciudades dictan reglamentos en materia de policía y organización de servicios municipales. También encontramos leyes propias de ciertos servicios descentralizados. Son los casos de los establecimientos públicos franceses, paradigma de la descentralización por servicios, entendida por el maestro francés como servicios públicos patrimonializados y administrados por sus agentes, que forman un consejo que dispone de cierta discrecionalidad para la toma de decisiones. Estos establecimientos públicos tienen una ley propia donde se regula su organización y funcionamiento, que suele denominarse, como es lógico, reglamento. Para DUGUIT, son leyes en sentido material porque se trata de disposiciones de carácter general que en caso de ser lesionadas por determinadas actuaciones pueden, éstas, ser recurridas jurisdiccionalmente (pág. 73).

DUGUIT también contempla entre las leyes particulares los estatutos de los funcionarios adscritos a cada servicio público en los que se establece el concreto y peculiar régimen jurídico de ese personal. Al preverse sanción jurisdiccional en caso de incumplimiento y ser una disposición de carácter general, es, en el pensamiento de DUGUIT, una ley en sentido material que, en determinados casos, establece sanciones administrativas distintas de las sanciones penales dispuestas en la ley nacional penal. En este tema el profesor francés (págs. 76 y ss.) plantea algunas consideraciones acerca del moderno Derecho Sancionador, especialmente el Disciplinario, que participan, como es obvio, de los principios del Derecho Penal, puesto que ambos, Derecho Sancionador y Derecho Penal, son manifestaciones del *Ius Puniendi* del Estado.

Los estatutos de las asociaciones también, para DUGUIT, son leyes particulares, no cláusulas de un contrato, puesto que regulan de manera permanente el funcionamiento de la asociación. Nótese cómo en este punto se advierte la fuerza, excesiva, de la idea de servicio público. Si resulta que todo lo que requiere de continuidad y permanencia es un servicio público, entonces prácticamente ninguna institución social escapará de esta categoría, que, como sabemos, trae consigo un régimen y unas peculiaridades que permiten a la Administración, a los gober-

nantes, como diría DUGUIT, un intensa intervención y, lo que es más grave, la *publicatio* de dichas actividades.

También, en esta lógica, son leyes particulares las denominadas leyes convenciones, donde DUGUIT encuentra los convenios colectivos de trabajo y determinadas cláusulas de las concesiones de servicios públicos. En este tema, el de las concesiones de servicios públicos, DUGUIT distingue entre cláusulas de naturaleza contractual, las que originan una situación jurídica subjetiva entre concedente y concesionario, y cláusulas que regulan las condiciones conforme a las cuales debe funcionar el servicio. Entre las primeras encontramos, dice DUGUIT, las cláusulas financieras que se encuentran en casi todas las concesiones relativas a las subvenciones o a la garantía de los intereses, a las cargas contraídas por el concesionario o a la distribución de los beneficios. Entre las segundas, con carácter de ley material según el Decano de Burdeos, estarían las cláusulas que establecen los derechos de los usuarios, las tarifas o el régimen de la continuidad y regularidad del servicio. En la Francia de DUGUIT, el Consejo de Estado vaciló en ocasiones en cuanto a la naturaleza de estas cláusulas. Quizás por ello, nuestro autor subrayó la especial naturaleza de las disposiciones de la concesión que regulan el funcionamiento del servicio. Mientras que las cláusulas contractuales «ligan del mismo modo al que hace la concesión y al concesionario, de ningún modo ocurre lo mismo con las disposiciones relativas al funcionamiento del servicio: la Administración puede modificarlas por vía unilateral» (pág. 88). Si tales modificaciones causaran daño al concesionario, éste, señala DUGUIT, tendrá derecho a la pertinente indemnización. Ahora bien, mientras que el Consejo de Estado entiende que la responsabilidad en estos casos es contractual, DUGUIT, que lo tiene muy claro, tal y como señala en el capítulo VII de este libro, entiende que estamos en un supuesto de responsabilidad del Estado por funcionamiento de los servicios públicos: «los servicios públicos funcionan en interés de todos: si su funcionamiento ocasiona algún daño especial a algunos, el Tesoro debe soportar la reparación del mismo. Aquí las modificaciones impuestas a la explotación en interés del público ocasionan un daño especial al concesionario: el Tesoro debe soportar la carga. He ahí toda la responsabilidad» (pág. 89).

Las leyes, en sentido material, que rigen el funcionamiento de los servicios son, de acuerdo con DUGUIT, leyes que se establecen en virtud de un acuerdo entre Administración y concesionario. Nuestro autor las denomina leyes-convención y su existencia constata la crisis de la concepción imperialista del Estado y de la ley.

VI. EL ACTO ADMINISTRATIVO

El capítulo V se dedica al acto administrativo. Cómo es lógico, la consideración central de la idea de servicio público, consecuencia, en la argumentación de DUGUIT, del declive de la visión imperialista de la ley y del Estado, de la profunda crisis de la soberanía, trae consigo un nuevo entendimiento del acto administrativo, ya advertido anteriormente. En efecto, el acto administrativo se distinguía de la ley, que era una disposición general, por ser un acto eminentemente individual. En esta orientación, era todo acto emanado del poder ejecutivo o de sus agentes, el reglamento, la decisión individual o hasta la simple operación material, según la versión tradicional. Los actos administrativos, desde esta consideración tan amplia, no caían bajo el control de los tribunales judiciales. Sin embargo, para el profesor francés, la idea de que el acto administrativo emana de una voluntad de poder público y de que es discrecional, sin posibilidad de ser controlado por los tribunales, aun cuándo ambas propiedades estén bien presentes en el alma francesa, debe ser modificada porque el acto administrativo debe su naturaleza propia, dice DUGUIT, a su fin: es el acto individual realizado en vista de un servicio público (pág. 91).

El concepto de acto administrativo que patrocina DUGUIT es el resultado, como él confiesa, de una larga evolución doctrinal que parte de la clásica distinción de LAFERRIÈRE entre actos de autoridad, o de poder público, y actos de gestión, teniendo bien presente el sentido de la jurisdicción del Consejo de Estado, que pasa de jurisdicción retenida a delegada. Mientras que los actos de autoridad podían ser conocidos por las jurisdicciones administrativas, los actos de gestión sólo podían residenciarse ante los tribunales judiciales. Sin embargo, el gran argumento de DUGUIT, la realidad, ayudó a abatir esta tradicional distinción. La explicación de BERTHELÉMY, en cuya virtud los funcionarios que dictan actos de autoridad son nombrados por decisiones unilaterales del poder público y los que dictan actos de gestión están ligados a la Administración por contrato, es insostenible. Tal y como sentencia DUGUIT, cuando la Administración interviene, no lo hace nunca como lo haría un particular porque persigue un fin propio: el funcionamiento legal de un servicio público (pág. 96). Sin embargo, esta teoría tampoco es ajustada a la realidad en todos sus términos porque en ocasiones la voluntad individual de los gobernantes impide la realización del fin propio del acto administrativo, que debe ser el servicio objetivo al interés general, en términos contemporáneos.

El elemento más importante del acto administrativo será el fin, que para DUGUIT no es otro que el servicio público, que es un fin de valor social conforme al Derecho objetivo del país respectivo. Para nuestro autor, el fin es el elemento primordial, que en el caso del acto administrativo es un fin de servicio público. «Esto lo explica todo», escribirá en la página 97, entonando una sentencia que, por paradójico que pueda parecer, tiene obvios tintos metafísicos.

El contencioso-administrativo, desde este punto de vista, no es más que un control jurídico que nos dirá si una determinada actuación administrativa se ha realizado o no de acuerdo con el servicio público. Como señala nuestro autor, «toda contienda administrativa suscitará en el fondo la cuestión de saber si tal acto se ha realizado en vista de un servicio público y conforme a la ley de ese servicio» (pág. 95).

Para DUGUIT, hay actos administrativos unilaterales o bilaterales, que son los que dan lugar a los contratos del Estado, como él los denomina. En ambos casos, la crisis de la idea del poder público como elemento central del Derecho Administrativo conduce, en el pensamiento del maestro francés, al principio de intangibilidad de las situaciones jurídicas creadas por los actos de la Administración. Para DUGUIT, al desaparecer la idea de poder público como vector cardinal del Derecho Administrativo, ya no es posible que la propia Administración pueda desconocer sus decisiones, por lo que no podrá suprimir o modificar el acto administrativo. Sí que podrá «anular, suprimir o modificar los efectos que de él se deriven, simplemente porque ese acto no ha originado una obligación con cargo a la Administración o no ha originado más que una obligación revocable» (pág. 99). El mismo JÈZE, resumiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha afirmado, en este sentido, que un acto jurídico regularmente cumplido no puede ser anulado en el sentido de considerarlo como no realizado y como no habiendo producido ningún efecto. Todo lo que se puede hacer es realizar otros actos jurídicos que tengan por objeto dar fin a las situaciones creadas o provocadas por el primero, lo que no siempre es posible, porque es posible que el acto jurídico haya creado una situación jurídica individual propiamente dicha y, por tanto, una situación intangible (pág. 99).

Es sabido que en la época en que la soberanía era el nudo gordiano que explicaba el sentido del Estado y del Derecho Público era complejo, muy difícil, justificar que el propio Estado pudiera vincularse en virtud de contratos con los particulares. Desde la teoría de los contratos como la única vía de actuación del Estado cuando actúa en el marco de los derechos fundamentales de la persona, pasando por la doctrina de la doble personalidad explicada en Francia por DUCROCQ, hasta la teoría de la autolimitación de IHERING y JELLINEK, se ha buscado

fundamento a la posibilidad de que el Estado pueda celebrar contratos con los particulares. Para DUGUIT, estas construcciones dogmáticas no son más que juegos del espíritu. En su argumentación, el contrato es un acto jurídico que tiene el mismo carácter en el Derecho Público que en el Derecho Privado y el Estado está obligado por los contratos que celebra como un simple particular, tal y como sentenció el mismo Consejo de Estado en 1896 y en 1904.

VII. EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El capítulo VI se dedica a lo contencioso-administrativo. Ya hemos advertido, dada la fundamentación de la que parte nuestro autor, que es contencioso-administrativo cualquier proceso que se plantee en torno al funcionamiento de un servicio, sea a partir de un acto unilateral, contractual o de una operación material que, aunque no participe de la condición de acto jurídico, sí que puede ser impugnada ante los tribunales administrativos. Para DUGUIT, siempre estuvo muy claro que los actos administrativos, sean unilaterales, bilaterales o simples operaciones materiales, debían ser susceptibles de control jurídico, por obvias razones. Que se excluyeran en virtud de la separación de poderes no deja de ser francamente sorprendente en el marco de un Estado llamado de Derecho. En opinión de DUGUIT, la Administración pública es o no demandada en función de un acto que se refiere a un servicio público. Si así lo es, conocerá el Consejo de Estado, y si así no lo es, entonces será un asunto de competencia judicial (pág. 103).

La observación de las resoluciones del Consejo de Estado anima a DUGUIT a teorizar acerca de la existencia de dos recursos. El de anulación se limitaba a la declaración de nulidad del acto administrativo, mientras que en el de exceso de poder, además de la anulación o no del acto administrativo, se condenaba a la Administración o al particular. La pregunta acerca de por qué LAFERRIÈRE distingue entre el recurso de exceso de poder, como paradigma del recurso de anulación, y el de plena jurisdicción, en el que el tribunal puede pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas por el demandante, no deja indiferente a DUGUIT, quien también llama la atención acerca de la admisión del Consejo de Estado de la teoría del interés en hacer cesar los efectos del acto impugnado, lo que amplía notablemente la estrecha perspectiva subjetiva. Para ello formula su teoría del contencioso subjetivo, aquel en el que se ventila si existe o no una situación jurídica subjetiva derivada de un acto administrativo y cuál es su extensión; y del contencioso objetivo, que se produce cuando se decide si una norma, diríamos

hoy, una disposición general materialmente legal, diría nuestro autor, ha sido o no violada por la propia Administración. El primero sería el recurso de anulación, sólo contra actos, y el segundo, el de exceso de poder, sólo contra normas, contra lo que nuestro autor denomina actos reglamentarios que no dan lugar a situaciones jurídicas individualizadas.

Un punto en el que DUGUIT va más allá que sus contemporáneos es el de la posibilidad de someter al recurso por exceso de poder los actos políticos, los actos dictados por el Presidente de la República, en cuanto encarnación o personificación del Gobierno, que sean de naturaleza jurídica. La imposibilidad de impugnación de estos actos en cuanto expresión de la función política que compete al Poder Ejecutivo, en cuanto a la denominada razón de Estado, fue puesta en cuestión por el propio Consejo de Estado y por el Tribunal de Conflictos, que sentaron que no se puede declarar la improcedencia fundada en que el acto impugnado haya sido determinado por razones políticas, pues, como señala acertadamente DUGUIT, contraría los principios de prohibición de la arbitrariedad y del despotismo. A pesar de los pesares, de la claridad de la argumentación de nuestro autor y de la jurisprudencia que cita de estos tribunales administrativos, llama la atención sobre la «tendencia natural en los hombres que ocupan el poder el querer sustraer sus actos a la acción de los tribunales» (pág. 123).

DUGUIT, en esta cuestión, otorga a la desviación de poder la posibilidad de que el juez administrativo pueda apreciar si el agente se ha inspirado o no en un fin de su competencia. No hay, dice, un acto realizado por un agente administrativo, cualquiera que sea, que pueda sustraerse a la fiscalización jurisdiccional del fin (pág. 126), evolución que dio lugar a la institución del recurso por desviación de poder, con el alcance y fundamentos que todavía presenta en nuestros días.

Para terminar el capítulo VI, DUGUIT plantea el espinoso tema de la ejecución de las sentencias que condenan a la Administración. Reconoce que la decisión jurisdiccional se impone a la Administración, pero señala que en la realidad este medio de coacción no existe (pág. 130), salvo que se pueda apreciar una falta o hecho personal del funcionario cuando reflexivamente no cumple la resolución del tribunal administrativo. También afirma que el juez administrativo no puede sustituir la voluntad de la Administración, pronunciándose sobre una materia de palpitante y rabiosa actualidad en nuestros días.

VIII. REFLEXIÓN FINAL

El último capítulo de la obra de DUGUIT se refiere al gran tema de la responsabilidad del Estado, tema que el autor francés plantea desde la primera página y que va comentando tangencialmente con el fin de llamar la atención sobre la necesidad de replantear también esta cuestión. En efecto, a pesar de la Revolución francesa y de que se afirme hasta la saciedad que la persona debe ser protegida, de acuerdo con su derecho a la seguridad frente a la posible arbitrariedad del Estado, en realidad el tema se despachaba a partir de la teoría de la separación de poderes, de la repartición de funciones y, sobre todo, de la responsabilidad de los propios funcionarios. Según el Decano de Burdeos, también en este punto se ha operado una gran transformación, al menos en sus argumentos y explicaciones, en los que se descubre una postura vinculada a una responsabilidad objetiva y universal muy semejante a la que conocemos en este tiempo.

Sorprenderá a más de uno que en la misma Revolución francesa, ni de lejos ni de cerca, escribe DUGUIT, hay la más mínima referencia a la responsabilidad del Estado, probablemente porque para el legislador el Estado no responde nunca, ya que soberanía y responsabilidad son dos nociones que se excluyen (pág. 135). Como el Estado soberano es quien crea el Derecho, no puede ser responsable. En la concepción tradicional, señala el autor francés, la responsabilidad implica una violación del Derecho y quien crea el Derecho por un acto de su voluntad soberana no puede violarlo (pág. 137). Esta afirmación, lógica desde estos postulados, se torna más sorprendente cuando se aplica a los actos administrativos. En efecto, en el caso de la ley no hay mayores problemas porque ésta es la expresión sublime de la misma soberanía. En el supuesto de los actos administrativos, sin embargo, el razonamiento es más endeble: en el caso de que un acto viole la ley la cuestión de la responsabilidad del Estado tampoco se plantea, puesto que una vez que se confecciona la ley se ha creado el Derecho y se ha querido que sea ejecutada. Si no lo es o se hace en violación de la propia ley resulta que el agente, en esta tradicional concepción, pone su propia voluntad en lugar de la del Estado soberano. Sólo hay una voluntad que pueda ser responsable, la del agente público.

Esta argumentación, sin embargo, encuentra algunas quiebras, aquellas que se producen cuando el Estado no obra como poder. Es decir, cuando actúa como poder, cuando es soberano, irresponsabilidad, y cuando lo hace desprovisto de esa condición, cuando no es soberano, entonces sí puede responder el Estado. DUGUIT hace notar que debido

a la inviolabilidad del derecho de propiedad, salvo en los casos de necesidad pública legalmente comprobada, en que procederá, según el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre, la justa y previa indemnización, es posible comprender la institución de la responsabilidad del Estado. En efecto, por esta vía de la indemnización que se concede a todo propietario como consecuencia de una expropiación indirecta se abre la puerta al camino de la jurisprudencia actual, señala DUGUIT.

En el Derecho tradicional, responsabilidad y culpa van de la mano. Suponen la existencia de una persona dotada de voluntad consciente y libre, de manera que toda cuestión de responsabilidad era una cuestión, lisa y llanamente, de imputabilidad. Esta tesis, deudora de la concepción del Código Civil, es refutada por nuestro autor a partir de la siguiente tesis: si el problema de la responsabilidad se plantease en estos términos implicaría que el Estado es una persona titular de una voluntad consciente y libre, que puede ser culpable violando una regla de Derecho y que es responsable cuando le es imputable esa violación. Como sabemos, la teoría del órgano de GIERKE, perfeccionada por JELLINEK, intentó conciliar la responsabilidad del Estado con un sistema jurídico según el cual no puede haber responsabilidad más que allí donde hay personalidad consciente y con libertad (pág. 139). Para DUGUIT, la cuestión central no es la de la culpa o la imputabilidad, sino saber cuál es el patrimonio que soporta el riesgo del daño ocasionado por el servicio público. El tema, tal y como lo formula el autor francés, ha llegado a nuestras ideas y ha servido, de alguna manera, para fundar el actual sistema de responsabilidad objetiva, directa y universal del Estado. El problema, para quien escribe, es que siendo entendible el derecho del particular a ser indemnizado por el Estado de toda lesión que sufra en sus bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, del servicio público, si no es posible exigir al funcionario algún tipo de responsabilidad cuando se demuestre que actuó con dolo o culpa grave, entonces los desembolsos que hará el Estado, hoy es una evidencia creciente, se dará carta de naturaleza a ese gran manto de anonimato que cubre las actuaciones de los funcionarios, que saben bien que el Estado responderá de sus errores sin que se genere responsabilidad personal.

Es interesante la explicación del fundador de la Escuela del Servicio Público en este punto: no es que la responsabilidad por culpa haya desaparecido en la relación de individuos con individuos. El problema se produce en las actuaciones colectivas. En estos casos, dice DUGUIT, si se comete una falta por un agente de la colectividad no es imputable al agente, pues éste la comete con un fin colectivo, y la colectividad

como tal es inimputable, pues no tiene realidad personal. El argumento es intelectualmente sólido. El problema es que en la realidad, como todos sabemos, las cosas no suceden siempre así, por lo que lo determinante será analizar en cada caso cuándo el fin que mueve la actuación del agente es ciertamente colectivo y cuándo es individual. Pretender que por el hecho de estar incardinado en una estructura administrativa el agente público no sea capaz de actuar individualmente, porque su inserción en la organización pública lo determine inexorablemente hacia el fin público, no deja de ser una cierta ingenuidad poco conectada con la realidad.

En cualquier caso, en este punto de la responsabilidad del Estado hemos de conceder, sin ningún género de dudas, que la teoría del servicio público de León DUGUIT ha servido, y mucho, para fundar la responsabilidad objetiva del Estado.

En fin, para DUGUIT, el lugar que tradicionalmente ocupaba el poder público para explicar el sentido y la funcionalidad del Derecho Administrativo, ahora ha de situarse en el servicio público. El fundamento del régimen de Derecho Público ya no está, según nuestro autor, en una sustancia colectiva, personal y soberana que actúa a través de órganos y funcionarios. Más bien, la clave para el Decano de Burdeos se encuentra en la obligación que incumbe a los gobernantes de desempeñar una cierta función social que no es otra que organizar los servicios públicos, asegurar e inspeccionar su gestión. En este sentido, el Derecho Público no es más, para el maestro francés, que el conjunto de reglas establecidas para la organización y gestión de los servicios públicos. La ley ya no es el mandato soberano, sino el estatuto de un servicio público, y el acto administrativo no es ninguna expresión de poder de un funcionario, sino un puro acto de gestión de un servicio público. Los recursos han de fundarse no en la violación de un derecho subjetivo, sino en función de la legalidad violada. Y la responsabilidad, que se reconoce con carácter general, es el seguro sobre el patrimonio colectivo de los riesgos que para los particulares entraña el funcionamiento, aunque sea normal, del servicio público; nunca será una responsabilidad por culpa de un funcionario, salvo que el agente haya actuado fuera del servicio.

He aquí un apretado resumen del pensamiento de nuestro autor, que él mismo sintetiza en la conclusión del libro que hemos tenido el privilegio de comentar. La idea central de la interdependencia o solidaridad social, de la que hace derivar la noción de servicio público como expresión misma del interés general que han de servir los gobernantes, acentúa el papel del Estado como elemento transformador del desarrollo social. Sin embargo, la escasa relevancia que DUGUIT de-

dica a la libertad y a las iniciativas sociales expresa una manera quizás demasiado intervencionista de concebir el sentido de la acción pública. Probablemente, en la época que escribe el maestro de Burdeos los aires de cambio tuvieron que caminar por estos derroteros, pero, en todo caso, el papel que asigna a la libertad y a la dignidad del ser humano es complicado integrarlo en la noción cardinal del servicio público, desde donde construye su teoría.

Por si hubiera dudas, él mismo confiesa en la conclusión, que no conclusiones, de su libro que el Derecho Público descansa por entero en una concepción realista y socialista. Realista porque ignora la centralidad de la sustancia personal detrás de los fenómenos de orden político al prescindir de la voluntad soberana que se impone a todo y a todos de manera absoluta, y porque el concepto clave no será ya una alambicada construcción intelectual, sino la idea de función social que impone a los gobernantes en qué consisten los servicios públicos. En este punto, al menos en lo que se refiere a la constatación de la realidad, que ofrece múltiples argumentos para abandonar esa posición tradicional, al menos en parte, podemos estar de acuerdo con matices con el fundador de la Escuela del Servicio Público. Por lo que se refiere a la concepción socialista, debemos preguntarnos a qué se refería DUGUIT con esta expresión, a veces con demasiados significados. Si se refiere a una concepción más social del Derecho Público, ninguna objeción. DUGUIT, sin embargo, liga esta característica a la nota de la objetividad, lo que, al menos para mí, puede tener algún problema. Que sea un Derecho objetivo significa para DUGUIT que el Derecho Público moderno tiene por objeto regular la existencia de las funciones sociales de los gobernantes, que se concretan a través de los servicios públicos, de manera que el recurso por exceso de poder ya no se debe fundar sobre la lesión del derecho subjetivo del particular, sino en la violación de la ley que establece el régimen y la organización del servicio público. Esta visión, polémica en sí misma, deja en mala posición a las personas que hayan visto lesionado su derecho subjetivo por actuaciones públicas. Para DUGUIT, la clave es la ley que regula el servicio público, que es la principal obligación de los gobernantes.

Por tanto, desde la actualidad, la doctrina de DUGUIT resulta un tanto anacrónica, pues hoy parece que en cualquier aproximación al Derecho Administrativo es imprescindible la dimensión ciudadana, la perspectiva central de la dignidad del ser humano. Para el profesor francés, el Derecho no es más que la armadura que reviste la evolución social. En este sentido, pues, el Derecho Público tal y como es concebido por DUGUIT no es más que un momento de una evolución social que no terminará jamás. Cuando él escribía, finales del XIX y principios del

XX, es verdad que se estaba alumbrando un nuevo orden jurídico ante la crisis del sistema vigente. Ahora bien, mantener que el sistema jurídico realista, socialista y objetivista era el inicio de un nuevo orden jurídico no parece que la historia lo haya reconocido como tal. El gran acierto, la gran intuición de DUGUIT fue entender que el Derecho Público tiene un obvio compromiso con la solidaridad social y que los intereses generales pueden ser atendidos, según modos y tiempos, por servicios públicos de responsabilidad pública.