

LEÓN DUGUIT EN ESPAÑA Y EN ESPAÑOL*

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS LIBROS «ESPAÑOLES» DE DUGUIT.—III. ADOLFO POSADA, INTRODUCIDOR DE DUGUIT.—IV. LA CRÍTICA ADVERSA DE ALBERTO JARDON.—V. PEDRO DORADO MONTERO, EL DUGUIT ESPAÑOL.—VI. LECTURAS CONTEMPORÁNEAS DE DUGUIT.—VII. LA HUELLA DE DUGUIT EN EL DERECHO PÚBLICO ESPAÑOL ACTUAL: 1. *La función social de la propiedad*. 2. *La responsabilidad patrimonial de la Administración en ausencia de culpa*.

RESUMEN

El artículo analiza la influencia, a través de los libros publicados en España y en español, de quien fuera compañero, amigo y constante contrapunto del decano Maurice Hauriou, así como autor de una obra impresionante. Se examina la introducción en España de su pensamiento a través de Adolfo Posada, su crítica adversa, su parecido con Pedro Dorado Montero y su huella en la actualidad, particularmente profunda en dos ámbitos capitales como son la función social de la propiedad y la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Palabras clave: Derecho administrativo español; Derecho administrativo francés; León Duguit; Adolfo Posada; Pedro Dorado Montero; servicio público; función social de la propiedad; responsabilidad patrimonial de la Administración.

ABSTRACT

The article analyses the influence through the books published in Spain and in Spanish, of the Dean Maurice Hauriou comrade, friend and constant counterpoint, and author of an impressive work. It examines the introduction in Spain of Duguit's thought through Adolfo Posada, the criticism that he was object, his resemblance to Pedro Dorado Montero and his mark nowadays, particularly deep in two essential fields like the social function of private property and the public liability.

Key words: Spanish administrative law; French administrative law; León Duguit; Adolfo Posada; Pedro Dorado Montero; public service; social function of private property; public liability.

I. INTRODUCCIÓN

Agradezco muy sinceramente a las autoridades de la Universidad Montesquieu-Bordeaux IV, y en particular a mi colega el profesor Fabrice MELLERAY, su amable invitación para participar en este *Colloque*

* Se recoge aquí el texto completo de mi intervención en el *Colloque commémoratif du 150^{ème} anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit*, que tuvo lugar en la Universidad Montesquieu-Bordeaux IV, en junio de 2009.

commémoratif du 150^{ème} anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit, porque me da la oportunidad de saldar, en una pequeña parte al menos, la deuda que como administrativista tengo contraída con el gran jurista bordelés.

Todos los juristas, en rigor, somos deudores suyos, porque, como acertó a decir quien fue su compañero, amigo y permanente contrapunto, el decano Maurice HAURIOU, la obra de DUGUIT rindió a todos los juristas el grandísimo servicio de sacudir violentamente las ideas recibidas, contribuyendo con las suyas a detener en el Derecho público el desarrollo excesivo del derecho subjetivo y a honrar el Derecho social.

Su obra, realmente impresionante, ha sido, es y será sin duda una referencia y un ejemplo permanente por su radical originalidad, por su inconformismo y su rechazo de lo políticamente correcto, por su empeño denodado en encontrar un fundamento más sólido al Estado, al Derecho objetivo y a la Ley positiva en la propia realidad social, libre, por decirlo con sus propias palabras, de conceptos metafísicos, que son fuente de controversias sin fin, agotadoras y estériles.

Estar aquí, «*autour de Léon DUGUIT*», en el anfiteatro que lleva su nombre, es para mí un honor y una profunda satisfacción.

II. LOS LIBROS «ESPAÑOLES» DE DUGUIT

La obra del decano DUGUIT despertó muy pronto en España un interés extraordinario, como acredita la traducción en las dos primeras décadas del siglo pasado de cinco de sus libros, varios de los cuales fueron reeditados, además. No conozco ningún otro jurista extranjero al que se haya prestado en España tanta atención ni cuya obra haya sido seguida tan de cerca y con tanto éxito editorial.

El primer libro suyo que se tradujo al castellano fue *Le droit social, le droit individual et les transformations de l'État*, que recoge las conferencias pronunciadas en la *École des Hautes Études Sociales* en 1908. Apareció en España justo al año siguiente en un volumen titulado *La transformación del Estado*, que incluyó también un largo estudio preliminar de Adolfo G. POSADA, Catedrático entonces de la Universidad de Oviedo y traductor de la obra, sobre *La nueva orientación del Derecho Político*.

De este volumen llegó a hacerse una tercera edición doce años después, en 1921, fecha en la que también se publicó la primera edición del *Manual de Derecho Constitucional*, en traducción de la tercera edición francesa, aparecida en 1918, realizada por el diplomático y abogado gallego José G. ACUÑA, que también escribió para la ocasión un extenso y

cuidado prólogo. Cinco años después, en 1926, el *Manual* fue objeto de una segunda edición.

Entre 1909 y 1926, fechas inicial y final de las ediciones españolas de las obras del decano de Bordeaux, fueron traducidas otras tres obras suyas. En 1913 vio la luz, en efecto, la primera edición española de *Les transformations générales du Droit Privé depuis le Code de Napoléon*, en traducción de Carlos G. POSADA, que reúne las conferencias pronunciadas por DUGUIT en la Universidad de Buenos Aires durante los meses de agosto y septiembre de 1911. También este libro tuvo una segunda edición en 1921.

En 1915 se publicó la primera edición de *Las transformaciones del Derecho Público*, que había aparecido en Francia el año anterior. Lo tradujeron R. JAÉN y Adolfo G. POSADA, que escribió también un estudio preliminar para la ocasión. De este libro se hizo igualmente una segunda edición en 1921.

La quinta y última de las obras de DUGUIT traducidas al castellano fue *Souveraineté et liberté*, el libro que recoge las lecciones impartidas por él como *Visiting Professor* en la Universidad de Columbia durante el invierno de 1920-1921, cuya traducción corrió a cargo también de José G. ACUÑA y fue publicada en 1924.

Esta escueta reseña es, pese a su brevedad, muy reveladora. Llama, en efecto, la atención la proximidad de las ediciones francesas y españolas, que en varios casos apenas están separadas por un año de diferencia. Sorprende igualmente que tres de los cinco libros fueran reeditados y que uno de ellos alcanzara, incluso, una tercera edición, hecho rigurosamente inusual tratándose de autores extranjeros. Y, más que sorpresa, produce auténtico asombro la concentración de los títulos, que no se suceden, como hubiera sido lo normal, sino que se acumulan. En 1921 se editan al mismo tiempo cuatro: la primera edición del *Manual* y las segundas ediciones de otros tres.

Todos estos libros, salvo el *Manual*, fueron objeto, además, de ediciones muy populares, por lo que cabe asegurar que su difusión no se limitó a los círculos académicos, a los iuspublicistas, sino que se extendió bastante más allá de esos círculos y alcanzó a la generalidad de los juristas y a una parte, incluso, del público culto.

En cualquier caso, está claro que su pensamiento era ampliamente conocido por la comunidad jurídica española cuando en noviembre de 1923 fue invitado por la Universidad de Madrid a pronunciar una serie de conferencias. El título bajo el cual se anunciaron éstas, «Expresión crítica de los diversos conceptos del Derecho y del Estado», sugiere que lo que la invitación perseguía realmente era satisfacer el deseo generalizado de quienes ya conocían la obra de conocer también perso-

nalmente a su autor y de oírle exponer de viva voz, «en vivo y en directo» como ahora se dice, lo que con tanto interés habían leído en sus libros.

El enunciado del ciclo, por general, daba, por otra parte, a DUGUIT una gran libertad a la hora de concretar el tema a tratar en cada una de sus conferencias, libertad de la que hizo uso eligiendo para la primera de ellas el del pragmatismo jurídico, por deferencia sin duda para quien fue su introductor en aquella ocasión, el Catedrático de la Universidad de Madrid, Quintiliano SALDAÑA, ferviente partidario de esa doctrina, entonces muy en boga, sobre la que poco antes había pronunciado también varias conferencias en la Universidad de Hamburgo.

El pragmatismo jurídico fue por eso igualmente el argumento del estudio preliminar que el propio SALDAÑA escribió para el volumen que con ese mismo título recogió las conferencias pronunciadas por DUGUIT en la Universidad madrileña los días 21, 22, 23 y 24 de noviembre de 1923.

El texto de esas cuatro conferencias no fue escrito por DUGUIT, sin embargo. Es el resultado de la reconstrucción de las mismas a partir de las notas tomadas por cuatro estudiantes de doctorado que asistieron a ellas, reconstrucción que DUGUIT revisó y completó, como él mismo explicó en una carta dirigida al editor el 31 de diciembre de 1923, que el volumen incluye: «*J'ai lu avec beaucoup de soin les notes que vous avez prises à mes conférences et j'ai admiré combien elles étaient exactes et complètes. Je vous en remercie bien chaleureusement*». «*Je n'y ai apporté —dice— que quelques très légères modifications. A la fin j'ai ajouté quelques lignes pour resumer les conclusions*».

El librito contiene, pues, una nueva versión resumida, pero también auténtica, de las ideas centrales del pensamiento de DUGUIT, ya que las conferencias segunda, tercera y cuarta se dedicaron por éste a analizar «la doctrina individualista francesa», «la doctrina subjetivista alemana» y su propia «doctrina realista», en cuya exposición hizo explícita referencia a la crítica de GENY, a cuya afirmación de que es imposible fundar una regla de conducta sobre un simple hecho respondió diciendo que la regla de derecho es siempre una regla de costumbre que se eleva a esa condición cuando la costumbre es sancionada de forma organizada, sin necesidad de apelar, por lo tanto, a ningún principio superior.

El *Pragmatismo jurídico*, que aparece en 1924, es, pues, el sexto y último libro «español» de León DUGUIT, ya que después de esa fecha sólo vería la luz la segunda edición del *Manual*, en 1926.

III. ADOLFO POSADA, INTRODUCOR DE DUGUIT

DUGUIT tuvo muchos lectores en España entre sus contemporáneos, porque, como acaba de verse, la difusión que alcanzó su obra en la segunda década del pasado siglo fue realmente extraordinaria. Pero no sólo tuvo lectores. Tuvo también estudiosos y críticos. El primero de ellos y el más importante fue Adolfo G. POSADA, traductor de su primer libro, que, como ya quedó dicho, acompañó la traducción con un extenso estudio preliminar sobre *La nueva orientación del Derecho Político*.

POSADA era entonces, 1909, Catedrático de Derecho Político y Administrativo en la Universidad de Oviedo, en cuya Facultad de Derecho se había formado un grupo excepcional de profesores, vinculados a la Institución Libre de Enseñanza y discípulos, por lo tanto, de Francisco GINER DE LOS RÍOS, especialmente comprometidos todos ellos con la renovación de los estudios universitarios, entre los que figuraba Leopoldo ALAS, *Clarín* en sus trabajos periodísticos y literarios, autor de *La Regenta*, uno de los grandes monumentos de la literatura española de todos los tiempos.

En ese ambiente singular, de una calidad intelectual verdaderamente excepcional, había desarrollado POSADA, estricto contemporáneo, por cierto, de DUGUIT, ya que nació en 1860, una obra importante, de la que destacaban su *Tratado de Derecho Político*, que comenzó a publicarse en 1893-1894, y su *Tratado de Derecho Administrativo*, cuya primera edición apareció en 1897-1898.

Hombre extraordinariamente estudioso, POSADA seguía muy de cerca la evolución del pensamiento jurídico-político y sociológico de la época y estaba siempre muy al tanto de las novedades bibliográficas cuando éstas merecían la pena. Cinco años antes, es decir, en 1904, había escrito un estudio preliminar para la traducción española del libro de W. WILSON *El Estado*, trabajo que publicó también por separado con el título *Un libro sobre el Estado*, en el que expuso ya su preocupación sobre «la crisis aguda por que, en los momentos que corren, atraviesan el *hecho* y la *idea* del Estado».

La obra de DUGUIT *La transformation de l'État* vino a dar, por lo tanto, en el núcleo de sus preocupaciones, por lo que hizo un minucioso y detenido análisis de sus temas centrales, al propio tiempo que razonaba sus discrepancias con él y definía sus propias posiciones.

«Una primera lectura de Duguit —dice— produce la impresión de que todo ese Derecho Político está próximo a deshacerse como castillo de arena, todo él pura metafísica o región de nubes que se disipan», pero

«una nueva lectura —añade— rectifica bastante la opinión primera». «Se trata, no hay inconveniente, de una interpretación de hechos políticos y de ella creemos resulta con vida la idea del Poder político, que es *un hecho* —se dice—, *pero no un derecho*... Pero por fortuna —por fortuna para la ética— el hecho del Poder político no se agota en el puro movimiento exterior del *imperio*, en la acción dominadora de la fuerza material. La reacción social —concluye POSADA— convierte al Poder político en un hecho de valor moral, en el sentido de que su fuerza nace, no del *imperio* —derecho a mandar— sino de la atracción jurídica, la necesidad sentida de una ordenación interna de la vida, según los ideales que elabora la conciencia social».

POSADA podía, sin duda, prescindir sin dificultad de la metafísica y atenerse a la realidad de los hechos, pero, como buen institucionista, no podía prescindir de la ética, de una explicación moral del Poder político, «en virtud de la cual la regla jurídica es, ciertamente, una reacción social, pero elaborada por la conciencia humana». «En cuanto admitamos como un hecho esta relación ética de la política reverdecen lozanos —afirma POSADA— casi todos aquellos conceptos indicados como fundamentales en el Derecho Político, puesto en crisis, sin duda, pero no para acabar con una negación total de los mismos».

Su interpretación de la obra de DUGUIT es, pues, crítica pero extremadamente respetuosa y, por eso, posibilista. Se esfuerza, en efecto, POSADA en aprovechar lo que de positivo ve en el realismo de DUGUIT para esa nueva orientación del Derecho político que juzga necesaria para salir de la crisis en la que el Estado como *hecho* y como *idea* se encuentra, pero se resiste a derribar por completo el edificio, dando así prueba de su propio realismo. «Si ponemos en el fondo de la realidad la voluntad, el impulso, el querer vivir, como la fuerza creadora, ¿sería posible —se pregunta— negar esta cualidad a la sociedad y al Estado? El peligro de la absorción del individuo por el Estado que Duguit ve en la afirmación de la personalidad jurídica de éste se agrava, más que se alivia —dice POSADA, no sin razón—, cuando dicha personalidad se niega y no basta para desvanecerlo la alusión a la regla objetiva de derecho como canon a que debe acomodarse la conducta de los gobernantes, porque ¿en nombre de qué principio ideal, si no queremos decir superior, se puede imponer a los gobernantes, los monopolizadores de la mayor fuerza, el límite que entraña la regla objetiva de derecho?».

En estas ideas insiste POSADA seis años más tarde, en 1915, en el estudio preliminar que escribe para la traducción, que hace él también aunque esta vez en colaboración con Ramón JAÉN, de *Les transformations du Droit Public*. En esos seis años han ocurrido muchas cosas,

sin embargo, que han contribuido a la consolidación del pensamiento de DUGUIT y también, claro está, a la de las ideas del propio POSADA.

Ha estallado la Gran Guerra, por lo pronto, en la que POSADA ve una confirmación trágica de la personalidad jurídica del Estado porque —dice— es una guerra «entre naciones, no entre ejércitos, ni entre gobiernos». Ha aparecido también, en 1911, la primera edición del *Traité de Droit Constitutionnel*, en el que el pensamiento de DUGUIT sobre el Derecho y el Estado se presenta ya definitivamente estructurado, formando un auténtico sistema. La propia vida de Adolfo POSADA ha experimentado también una alteración muy importante, puesto que ha cambiado Oviedo por Madrid y la tranquilidad de la vida universitaria en una pequeña ciudad de provincias por la ajetreada vida de la capital, en la que tiene que simultanear las tareas universitarias, que no quiso abandonar, con el trabajo en el Instituto de Reformas Sociales, que, sin duda, contribuyó a acentuar la proyección de su personalidad, ya inclinada de suyo a lo social, en esa dirección.

Todo ello se refleja en este segundo estudio que POSADA hace de la obra de DUGUIT, de muchas de cuyas ideas dice haberse hecho cargo en la segunda edición de su *Tratado de Derecho Político*, publicada en ese mismo año 1915, en la que, ciertamente, dedica una gran atención al tema de los servicios públicos, que en esta segunda edición tiene una presencia muy destacada. Y es que —dice POSADA en el estudio preliminar al que me refiero— «no hay duda: el Estado se transforma resueltamente en un sistema de servicios públicos, que se prestan por un régimen de gobierno y que se producen como consecuencia de la solicitud que la comunidad ejerce sobre sí misma —interdependencia social, solidaridad social—».

Su aceptación del pensamiento de DUGUIT es, pues, total en este punto capital. Y no sólo en él. A POSADA le parece también «certera» la interpretación que a DUGUIT le inspira la idea de la disolución de la noción de poder de mando en la acción del Estado, acción que «resulta una función social —servicio público— cuyos elementos constitutivos consisten esencialmente en la existencia de una obligación jurídica que se impone a los gobernantes», interpretación que considera equivalente «a aquella otra que nos conduce a la noción intensificada del *Estado de derecho*, que late en el fondo de la doctrina de Krause y desarrollada plenamente por Giner».

Le parece igualmente «perfecta» la doctrina en que DUGUIT recoge las indicaciones reales —de los hechos— incompatibles o inconciliables con la noción de soberanía como poder de mando, porque estima que «la descentralización, el federalismo y el sindicalismo y la variedad positiva de las leyes, obra de la diferenciación intensiva de los núcleos so-

ciales, son fenómenos históricos que integran la vida misma de los Estados reales».

Y considera, en fin, «excelente y sugestiva la interpretación que nos lleva a modificar el alcance de la responsabilidad del Estado, el carácter y concepto del acto administrativo como acto de gestión, etc., etc.».

No ve POSADA tampoco grave inconveniente en admitir que «el derecho público moderno descansa por completo en una concepción realista y socialista», pero se cree obligado a añadir que «tal concepción es también —o aspira a ser— *ética* y por ende *jurídica* y por fin *sociológica*, lo que equivale a reconocer que se ofrece como impregnada de sentido social».

Encuentra, sin embargo, una dificultad muy grande para aceptar la tesis de DUGUIT «en su parte constructiva» porque, a su juicio, deja «la edificación algo en el aire» a consecuencia «de su método y de su posición general filosófica». En opinión de POSADA, una interpretación más amplia de la misma realidad, de los mismos hechos, de los que DUGUIT extrae las nociones de Estado y de Poder público que sirven de base a toda su construcción, «incita a considerar el Estado precisamente en la unidad superior que integra a gobernantes y gobernados». El proceso histórico, interpretado íntegramente, obliga a «recoger —dice POSADA— todo el sentido de rectificación que supone la corriente de los teólogos, de los monarcómacos y de las Revoluciones y que poco a poco se condensa en el concepto de la comunidad Estado en la cual hay, en efecto, un grupo de gobernantes, pero que no *son* el Estado, sino *del* Estado y al fin, bajo la atracción de la democracia orgánica, *para* el Estado».

De ese esfuerzo histórico, considerado en su integridad, resulta que «el Estado es la comunidad misma constituida... que es Estado en cuanto es capaz de desarrollar una vida jurídica suya, con *autonomía*, o sea *en cuanto y hasta donde pueda* —con poder ético— dirigirse a sí misma y por sí misma, sin que ningún otro poder que el suyo la determine en su esfera». Ése es para POSADA el atributo de la soberanía, «la cual no es ya, como M. Duguit sostiene con razón, ni un puro poder de dominación o de mando, ni un derecho subjetivo, privilegiado, propio del soberano —los gobernantes—, sino, a mi ver, una cualidad moral del Estado».

IV. LA CRÍTICA ADVERSA DE ALBERTO JARDON

No todo fueron, sin embargo, reconocimientos y críticas favorables. La obra de DUGUIT fue objeto también en España de una crítica adversa, extremadamente rotunda, además, aunque, por supuesto, muy respetuosa, por parte de Alberto JARDON, que dedicó a ella un pequeño

libro titulado *Las teorías políticas de Duguit*, publicado en 1919 por Editorial Reus, unos meses antes tan sólo de su muerte, que tuvo lugar el 20 de enero de 1920.

JARDON, que había obtenido tres años antes la cátedra de «Derecho Político español comparado con el extranjero» de la Universidad de Sevilla, había cursado sus estudios en la Universidad de Oviedo y en La Sorbonne, y tenía una excelente formación filosófica, de corte clásico, pues había dedicado su tesis doctoral a «La filosofía política del Renacimiento en España».

Cuando escribe su libro sobre DUGUIT conoce y maneja muy bien la obra entera de éste, incluido el *Traité*, cuya primera edición de 1911 utiliza sistemáticamente. Conoce también los comentarios que sobre ella han hecho ya GENY, J. BERTHELEMY, HAURIOU, MICHOD, ESMEIN y otros, cuyos trabajos cita, aunque considera que ninguno de ellos pretende abarcar el sistema total de DUGUIT, ya que se limitan a formular «elogios y reticencias cariñosas y de pasada», a encumbrar los aciertos y a tratar de cuestiones parciales, aunque lo hagan «a veces con gran clarividencia».

No tiene —dice— «la inmodesta pretensión de llenar lagunas críticas», pero lo cierto es que lleva a cabo una valoración completa de lo que llama «la parte general» de la obra de DUGUIT, ya que la segunda, esto es, la que trata del Derecho positivo francés, es, en su opinión, «más elaborada y perfecta». Según JARDON, «Duguit en el estudio y sistematización del derecho vigente, dentro del Derecho Administrativo, supera al Duguit filósofo y político».

La crítica de JARDON se centra, pues, en lo que ya POSADA había advertido que era el punto débil de las tesis de DUGUIT, su fundamento filosófico. Un fundamento que JARDON echa en falta desde el momento en que comienza a analizar el concepto de solidaridad en el primero de los seis capítulos del libro en que desarrolla su crítica, observación que generaliza luego a todos los demás conceptos fundamentales de su doctrina. «Rara vez —dice— satisface Duguit las exigencias del razonamiento». Se limita a jugar con las palabras, sin una explicación previa y sin una definición precisa, lo que dificulta la reducción a esquema de sus teorías. Y —añade— «no es que le falte al culto profesor preparación filosófica suficiente, quizás, es más bien el ansia de erudición, el goce de la documentación insistemática, el afán de tocar con novedad todas las cuestiones, lo que le impide troquelar su doctrina».

Su crítica es, pues, filosófica y se desarrolla con un rigor extraordinario por quien demuestra ser un buen conocedor de los clásicos y también de la bibliografía de su tiempo y estar dotado de una más que notable capacidad dialéctica que utiliza a fondo con ímpetu juvenil

(tiene entonces treinta y cuatro años), como si de un bisturí se tratara, para descubrir las imprecisiones y ahondar en las contradicciones que cree ir encontrando a su paso en la obra del decano de Bordeaux.

No tendría, sin embargo, demasiado sentido exponer aquí con detalle el itinerario crítico que JARDON sigue, porque, aunque su despliegue argumental sea riguroso, resulta innecesario tanto empeño como él pone para demostrar que DUGUIT no era un filósofo profesional y que su construcción teórica se resiente de ello.

Por lo demás, JARDON incurre también en el mismo defecto del que acusa a DUGUIT cuando sale de su propio *hábitat*, la filosofía política, para entrar en un territorio que parece resultarle menos familiar, el del Derecho administrativo. Así sucede, en efecto, cuando reprocha a DUGUIT que no precise a qué tipo de actividad se refiere, hasta dónde se extiende ésta y cuáles son sus límites cuando define el servicio público como una actividad necesaria cuya realización es obligatoria para los gobernantes, reproche injustificado porque esas cuestiones no tenían, ni tienen, otra respuesta que la que DUGUIT les dio.

Qué actividades puedan o deban ser calificadas como servicio público es algo esencialmente evolutivo, cuya dirección y sentido era —y sigue siendo— difícil determinar *a priori*. El proceso de liberalización puesto en marcha por la Comisión Europea a partir del Acta Única de 1986 y el movimiento de sentido contrario que han iniciado las primeras respuestas a la crisis financiera desencadenada en todo el mundo hace sólo unos pocos meses han vuelto a probarlo.

En lo que el tiempo ha dado la razón a JARDON y a todos los demás críticos de la obra de León DUGUIT, evidentemente, es en la permanencia de los supuestos básicos sobre los que descansaba y descansa el Estado y el Derecho público. La personalidad jurídica del Estado, el derecho subjetivo y la propia soberanía, aunque el espacio de ésta haya menguado *de iure* a resultas de los procesos de integración supranacional y *de facto* a consecuencia del fenómeno de la globalización, siguen ahí, ciertamente, no han muerto ni desaparecido y, como diría «Don Juan», gozan todavía de buena salud, pero eso no resta un ápice al interés y a la importancia de la obra de DUGUIT, cuya huella sigue siendo bien visible todavía a pesar del tiempo transcurrido, como más adelante habrá ocasión de precisar.

V. PEDRO DORADO MONTERO, EL DUGUIT ESPAÑOL

Aunque DUGUIT tuvo un número extraordinario de lectores y suscitó una atención que ningún otro jurista de su época consiguió desper-

tar, no tuvo, curiosamente, émulos ni tampoco discípulos propiamente dichos.

Hubo, no obstante, una figura muy próxima a la suya: la del profesor salmantino Pedro DORADO MONTERO, discípulo predilecto de GINER, en quien Marie-Joëlle REDOR (cfr. *De l'État legal a l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Economica, 1992, pág. 328) ha visto una «*sorte de Duguit espagnol par l'analyse très materialiste qu'il fait de droit*» y porque, ciertamente, fue más lejos que sus contemporáneos en su concepción del Estado ideal.

Es, en efecto, muy expresivo en este sentido el pasaje que REDOR cita de un notable artículo publicado por DORADO en la *Revue de Droit Public* (cfr. «*La fonction de la loi et de l'autorité dans l'évolution sociale*», *RPD*, tomo XII, 1899, págs. 1-51 y 219-251), en el que éste se pronuncia en favor de un «*État coopératif dont les fonctions ne sont pas la propriété, pour ainsi dire, du souverain, mais bien des services collectives et dont les organes et les fonctionnaires n'aient pas d'autre caractère que celui d'administrateurs d'intérêts généraux et communs, désignés, par suite, par la communauté et responsables devant elle*».

Como este breve pasaje muestra, DORADO MONTERO estaba, pues, en 1899 en un lugar muy próximo al que DUGUIT vino a ocupar a partir de 1901 con su libro *L'État, le droit objectif et la loi positive*, y hubiera, sin duda, coincidido con éste en su aventura intelectual si el deseo de volver a Salamanca, la ciudad en la que en 1861 había nacido, no le hubiera impulsado a cambiar la cátedra de Derecho Político y Administrativo de la Universidad de Granada, que obtuvo en 1892, por la de Derecho Penal de la Universidad salmantina, en la que trabajó con éxito notable hasta su muerte, en 1919.

Este cambio supuso una pérdida importante para el Derecho administrativo español porque la obra que dentro de él dejó DORADO, muy prometedora, como el trabajo antes citado muestra, aunque temprana, no tuvo ya continuación ni continuadores y cayó sencillamente en el olvido, del que sus discípulos, todos ellos penalistas, no acertaron o no tuvieron interés en sacarla.

VI. LECTURAS CONTEMPORÁNEAS DE DUGUIT

La obra de León DUGUIT ha seguido teniendo en España, después de su desaparición, lectores, estudiosos y críticos.

Hace cuarenta años, justo cuando acababan de transcurrir otros cuarenta desde su muerte, Mariano PESET REIG publicó en el número 157 de la *Revista de Estudios Políticos*, correspondiente a los meses de

enero y febrero de 1968, un excelente estudio modestamente titulado «Notas para una interpretación de León Duguit (1859-1928): Dimensión psicológica y sociológica de su obra jurídica».

Se trata, en efecto, de un intento de interpretación del conjunto de la obra del decano bordelés a partir de las conexiones de ésta con la sociología y la psicología, ciencias en las que DUGUIT pretendió encontrar el basamento de una ciencia jurídica nueva y rigurosa, fundamentada y elaborada, como aquellas con las que pretendió alinearla, en datos observables, de acuerdo con lo que exigía el espíritu positivo característico de la época.

La tesis de PESET, expuesta también por él en el número 2/1971 de la *Revue de Droit Public*, en un trabajo titulado «Philosophie et science dans l'oeuvre de Léon Duguit», es que éste partió, en efecto, de aquellas premisas, aunque sus realizaciones permanecieron ancladas en la forma de trabajar y en la metodología propias de los juristas de su tiempo, retenidas en lo fundamental por las ideas anteriores con las que no consiguió romper del todo, por lo que no pudo llegar a esa ciencia jurídica nueva que se propuso como meta. «Sus radicales posturas —dice PESET— suelen ser unos cambios de terminología», lo que también observó LASKI de su negación de los derechos subjetivos, «otras, preciosas intuiciones de una denodada intención de realismo; otras, reflejos de la sociología o la psicología; escasas veces son cambio decidido». Su indudable valor —concluye— «está en haber planteado una nueva actitud e intención. Su fallo quizá en no llevarlas a últimas consecuencias», aunque probablemente ésta no fuera labor de un solo hombre.

Ésta no es la última interpretación de la obra de León DUGUIT. Hay otra muy reciente de José Luis MONEREO y José CALVO, «León Duguit (1859-1928): Jurista de una sociedad en transformación», publicada en el número 4, julio-diciembre de 2005, de la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, que será con toda probabilidad, por la claridad de su análisis, la que a partir de ahora guíe a los más jóvenes y les ayude a introducirse en la obra de DUGUIT, como los estudios de Adolfo POSADA lo hicieron hace un siglo, ya que esa obra sigue suscitando el interés de los iuspublicistas, como lo prueba la publicación en forma de libro por el Centro de Estudios Constitucionales en 1996 de la traducción del trabajo primerizo de DUGUIT sobre «La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Nationale de 1789» (en la *Revue d'Economie Politique*, tomo VII, 1893, págs. 99-132, 336-372, 567-615).

Su presentador y traductor, Pablo PÉREZ TREMPs, actual Magistrado constitucional, afirma que el motivo principal de la traducción «es básicamente estético... el mismo que explica que a diario escuchemos

una vieja sinfonía o nos recreemos en un clásico de la pintura o de la escultura».

Es ésta una razón adicional, muy poderosa además, que explica el atractivo que la obra de DUGUIT sigue ejerciendo.

VII. LA HUELLA DE DUGUIT EN EL DERECHO PÚBLICO ESPAÑOL ACTUAL

Afirmar que la huella que DUGUIT ha dejado en el Derecho público español, y en particular en el Derecho administrativo, sigue siendo muy visible todavía hoy no es un cumplido propio de la ocasión, sino una realidad, fácilmente verificable además.

Hay, en efecto, una infinidad de temas en los que la referencia a DUGUIT, a sus planteamientos y a sus soluciones sigue siendo hoy absolutamente inexcusable.

Así ocurre, por lo pronto, con su distinción entre las situaciones jurídicas objetivas, que nacen directamente de la ley y que, por lo tanto, son generales y pueden oponerse a todos en los términos de la ley que en cada momento las regula, y las situaciones jurídicas subjetivas, cuya extensión y alcance vienen determinados por la manifestación de voluntad individual a consecuencia de la cual surgen y que, en razón de su origen, sólo pueden ser invocadas por y opuestas a personas individualmente determinadas.

La solución de los problemas que plantea la modificación de las normas y la eventual aplicación retroactiva de las mismas, el espinoso tema de los derechos adquiridos cuya invocación, con razón o sin ella, es tan frecuente y, en fin, la adecuada comprensión de un sinnúmero de regulaciones legales serían sencillamente imposibles al margen de esa capital distinción.

Éste es el caso, muy especialmente, del estatuto jurídico de la función pública, que sigue descansando en lo esencial sobre las bases que él dejó firmemente establecidas en el capítulo IV del tomo tercero de su *Traité*.

La diversidad de los regímenes jurídicos aplicables a los bienes que calificamos de dominio público sigue teniendo también su mejor explicación en la idea de *l'échelle de la dominiabilité*, a la que él tuvo el acierto de apelar.

Su concepto amplio de los servicios públicos no es, ciertamente, mayoritario entre nosotros, aunque no es difícil encontrarlo en los textos legales en vigor. Así, por ejemplo, en el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, que proclama solemnemente que «la Universidad realiza el *servicio público de la*

educación superior mediante la investigación, la docencia y el estudio», declaración que constituye el pórtico de la Ley y que, por lo tanto, comprende también a las Universidades privadas, fruto del ejercicio de la libertad de creación de centros docentes que reconoce y garantiza a todas las personas físicas y jurídicas el artículo 27.6 de la Constitución.

En esa misma línea se sitúa la Ley 2/1985, de 21 de enero, de Protección Civil, cuyo artículo 1.2 define ésta como «un *servicio público* en cuya organización, funcionamiento y ejecución participan las diferentes Administraciones Públicas, así como los ciudadanos mediante el cumplimiento de los correspondientes deberes y la prestación de su colaboración voluntaria».

Son éstos simples ejemplos que acuden a la memoria sin necesidad de ir en su busca. Releyendo el *Traité* salen al paso continuamente otros muchos planteamientos, ideas y soluciones cuya conexión con la realidad cotidiana se establece de inmediato. La modernidad de algunos de ellos resulta en extremo sorprendente. No me resisto a recordar, ahora que todos los países integrantes de la Comunidad Europea nos encontramos en pleno proceso de incorporación de la Directiva de Servicios 2006/123, algunos de los pasajes del tomo tercero del *Traité* (cit., págs. 649 y ss.) en los que DUGUIT explica con su claridad habitual en qué consiste el régimen legal de libertad, que debe ser en principio un régimen de derecho y, excepcionalmente, un régimen de policía.

Un régimen de derecho, dice, es «*celui dans lequel, en principe, l'activité individuelle, physique, intellectuelle, morale, religieuse, peut se manifester librement, sans aucune restriction préventive, sans aucune autorisation préalable*». Éste es «*le droit commun, dans le monde moderne, et constitue la condition essentielle de toute liberté*». El legislador debe, sin embargo, «*établir un regime de police toutes les fois que le regime de droit, fondé sur le système répressif ou réparateur, serait impuissant à effacer le dommage social ou individuel*», aunque ha de tomar «*des précautions sérieuses contre l'arbitraire*».

Un lector actual no advertido de antemano diría, sin duda, que estas frases están sacadas de la citada Directiva y no de una obra escrita por alguien que hizo de la solidaridad y la interdependencia social el eje de su concepción general del Estado y del Derecho. Pero es que ésta es, justamente, la clave de la pervivencia a lo largo de todo un siglo de la obra de DUGUIT y la razón última que explica la actualidad de una buena parte de la misma: haber acertado a encontrar un fundamento nuevo y más sólido en cuanto firmemente anclado en la realidad a muchas instituciones que, antes de él, contaban sólo con el soporte más etéreo de los *a priori*, esto es, de lo que él calificaba de metafísica por estar más allá de lo directamente comprobable.

El repaso de los capítulos en los que es «directamente comprobable» también su influencia podría prolongarse mucho más de lo que aquí y ahora es aconsejable. Hay, sin embargo, dos temas que requieren especial atención porque en ellos la huella de DUGUIT es particularmente profunda. Me refiero a la comprensión de la propiedad como un derecho esencialmente vinculado a su función social y al régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que en el Derecho español tiene connotaciones muy singulares.

1. *La función social de la propiedad*

No hay que rastrear, en efecto, demasiado para encontrar la huella de DUGUIT en los dos temas que acabo de señalar. En lo que respecta al primero de ellos, basta, en efecto, abrir la Constitución de 1978 por una de sus primeras páginas y leer su artículo 33, cuyo apartado 1 reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, declaración ésta a la que el apartado 2 añade que «*la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes*».

La propiedad no es, pues, como DUGUIT decía en su *Traité* (3.^a ed., tome troisième, París, 1930, págs. 664 y ss.), «*un droit intangible et sacré, mais un droit continuellement changeant qui doit se modeler sur les besoins sociaux auxquels il vient répondre*». «*Le propriétaire a, par cela même qu'il est propriétaire, un certain rôle social à remplir; et l'étendue de son droit de propriété doit être déterminé par la loi et par la jurisprudence qui l'applique, d'après le rôle social qu'il doit remplir*».

Se han suavizado, ciertamente, las aristas de la caracterización que DUGUIT hizo de la propiedad, porque se sigue reconociendo en ella un auténtico derecho, pero el contenido de éste queda a expensas de lo que la ley considera compatible en cada caso con la función social concreta que ella misma pueda asignar al bien de que se trate.

Este planteamiento no es de hoy, ni mucho menos. La idea de la función social de la propiedad se introdujo muy pronto en el Derecho español, y en un documento muy solemne, además: la declaración pública que el Gobierno provisional recién constituido hizo el propio 14 de abril de 1931 en que se proclamó la Segunda República. En esa declaración, a la que se dio el nombre y el carácter de Estatuto jurídico del Gobierno provisional, se dice, en efecto, lo siguiente: «El Gobierno provisional declara que la propiedad privada queda garantizada por la ley; en consecuencia, no podrá ser expropiada sino por causa de utilidad pública y previa la indemnización correspondiente. Mas este Gobierno, sensible al abandono absoluto en el que ha vivido

la inmensa masa campesina española, al desinterés del que ha sido objeto la economía agraria del país y a la incongruencia del Derecho que la ordena con los principios que inspiran y deben inspirar las legislaciones actuales, *adopta como norma de su actuación* el reconocimiento de que el Derecho agrario debe responder a *la función social de la tierra*».

La declaración no se quedó en las palabras, por otra parte. Apenas veinte días después, el 7 de mayo de 1931, el Gobierno provisional aprobó un Decreto sobre investigación de fincas sin cultivar, con el que la función social de la propiedad pasó a tener por vez primera *status* positivo. El Preámbulo del Decreto es también explícito al respecto: «Los derechos que el Código Civil otorga a los propietarios de fincas rústicas en orden a las facultades derivadas del dominio no alcanzan la posibilidad de abandonar el laboreo de dichas fincas, porque *la propiedad, como función social que es*, no puede ser sustraída a las aplicaciones y explotaciones que correspondan en lo que sea objeto de la misma».

Por ese mismo camino continuaron luego la Ley de laboreo forzoso de 23 de septiembre de 1931 y la Ley de reforma agraria de 15 de septiembre de 1932, y por él siguió también la legislación posterior a la guerra civil, que, aunque ordenó la devolución de las fincas expropiadas en el periodo republicano, no renunció al concepto de la función social de la propiedad para legitimar la imposición del cultivo forzoso, bajo la amenaza de multas o, incluso, de la desposesión temporal o definitiva de las fincas (Ley de 5 de noviembre de 1940), planteamiento que hizo suyo luego la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973 y que, ya en la etapa constitucional, utilizó igualmente la Ley andaluza de Reforma Agraria, cuya impugnación dio oportunidad al Tribunal Constitucional de declarar en su Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, que la función social de la propiedad no debe ser entendida como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, «sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes».

La propiedad agraria fue el primero de los bienes al que se aplicó esta idea de la función social, pero dejó muy pronto de ser el único porque la Ley de Ordenación de Solares de 15 de mayo de 1945 la extendió, aunque sin citarla expresamente, al ámbito de la propiedad urbana al organizar un Registro público de solares e inmuebles de edificación forzosa para impedir «que, con pretexto de no querer o no poder construir y de sólo vender a precios abusivos, hagan insoluble el arduo problema de la habitabilidad y urbanización de nuestros pueblos, ne-

gando el verdadero concepto de solar como propiedad cuyo destino exclusivo es el de la construcción».

La Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 construyó años después de un modo sistemático todo el ordenamiento urbanístico sobre esta concepción del derecho de propiedad del suelo, que a partir de ella «*cesse d'être un droit, potentiellement illimité d'user, disposer et jouir des choses, selon les termes classiques de la définition du Code civil, pour se transformer en un statut juridique complexe dans lequel les facultés, droits et devoirs apparaissent étroitement imbriqués en fonction des nécessités de l'aménagement urbain établies par la planification*» (cfr. Tomás R. FERNÁNDEZ, «Le droit de l'urbanisme en Espagne», Traduction P. SUBRA DE BIEUSSES, *Annuaire français du droit de l'urbanisme et de l'habitat*, Année 1996, Gridauh, Dalloz, 1997, págs. 469 y ss.).

La legislación urbanística, estatal y autonómica, hoy vigente sigue siendo tributaria de este planteamiento, que está, por lo tanto, plenamente asumido por todos y constituye por lo repetido, en este ámbito al menos, un auténtico lugar común.

La Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, todavía vigente, regula, en fin, con carácter general un procedimiento expropiatorio especial aplicable en todos aquellos casos en los que «se haya declarado específicamente por una Ley la oportunidad de que un bien o una clase de bienes se utilicen en el sentido positivo de una determinada *función social* y el propietario incumpla esta directiva» (art. 71).

La expropiación requiere, naturalmente, la previa declaración por ley de que un determinado bien o categoría de bienes deben sufrir determinadas transformaciones o ser utilizados de manera específica, la fijación de un plazo al propietario para proceder al cumplimiento de la función social asignada a sus bienes y la expresa advertencia de que el incumplimiento dará lugar a la puesta en marcha del procedimiento expropiatorio (art. 72), que en este caso persigue solamente sustituir al propietario incumplidor por otro (el beneficiario de la expropiación) que esté dispuesto a cumplir la función social asignada al bien u objeto expropiado (art. 73).

2. *La responsabilidad patrimonial de la Administración en ausencia de culpa*

Una segunda huella, no menos profunda que la anterior, puede encontrarse en la propia Constitución de 1978 un poco más adelante, en

su artículo 106.2 concretamente, según el cual «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

La norma constitucional no restringe, pues, la responsabilidad patrimonial a los daños producidos por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, expresión ésta, por cierto, que hay que entender así en el amplio sentido en que lo hizo DUGUIT, como la jurisprudencia contencioso-administrativa tiene establecido.

Y es que esa norma no hizo sino elevar de rango la cláusula general de responsabilidad patrimonial de la Administración que introdujo en nuestro Derecho hace ya más de medio siglo el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, más atrás citada, que para que no hubiera la más mínima duda acerca del cambio que pretendía realizar declaró indemnizable toda lesión que «sea consecuencia del funcionamiento *normal o anormal* de los servicios públicos», desplazando así el centro de gravedad de la responsabilidad extracontractual desde la idea de culpa, en la que lo situaron hace dos mil años los juristas romanos, al concepto de lesión, entendido éste como daño objetivamente antijurídico por no tener quien lo sufre el deber jurídico de soportarlo.

Al lado de la responsabilidad por falta o responsabilidad subjetiva se ha establecido, por lo tanto, como DUGUIT postulaba, una responsabilidad por riesgo o responsabilidad objetiva, que no reemplaza a aquélla, sino que la complementa. Complemento ciertamente necesario, porque, en efecto, *«on ne peut édifier la responsabilité de l'État que sur l'idée d'une assurance sociale, supportée par la caisse collective, au profit de ceux qui subissent un préjudice provenant du fonctionnement des services publics, lequel a lieu en faveur de tous»* (cfr. *Traité*, tome 3^{ème}, págs. 468 y 469).

No es éste, como es lógico, el momento apropiado para descender a los detalles, ni, menos aún, para formular objeciones, ni para puntualizar o matizar la genial anticipación del futuro que DUGUIT acertó a expresar, sino para resaltarla y para subrayar como merece el influjo manifiesto que sus ideas sobre este tema capital han tenido en nuestro propio Derecho.

Es curioso notar que la última modificación de la legislación reguladora de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la realizada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, ha venido a dar nuevamente la razón a DUGUIT al poner término a la dualidad de regímenes de responsabilidad patrimonial que hasta esa fecha han coexistido en Espa-

ña, uno, el que acaba de exponerse, para los casos en que la Administración pública actúa como tal, y otro, el establecido con carácter general por los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, para los supuestos en que la Administración entabla relaciones jurídicas con arreglo al Derecho privado (cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 11.^a ed., Madrid 2008, págs. 375 y ss.).

DUGUIT negó, en efecto, que pudiera hacerse «*une pretendue distinction entre les services de puissance publique et les services de gestion*» (cfr. *Traité*, cit., tome 2^{ème}, pág. 69) y nosotros hemos comprobado que hacerla plantea más problemas de los que resuelve, por lo que su eliminación por el legislador el 13 de enero de 1999 ha sido recibida con general aplauso.

Cuando la Administración actúa en relaciones de Derecho privado responde también, exista o no culpa en el agente suyo que materialmente produzca el daño, siempre que la víctima no tenga el deber jurídico de soportar éste, lo mismo, por lo tanto, que cuando actúa en régimen de Derecho público. En ambos casos el procedimiento de reclamación es también idéntico y en ambos casos también la resolución que la Administración adopte es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La nueva redacción dada al artículo 144 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992 por la Ley 4/1999, de 13 de enero, ha dejado todo ello absolutamente claro.

Como ha podido comprobarse con este breve recorrido, León DUGUIT, que fue leído con entusiasmo en España cuando su obra era una novedad, no ha sido olvidado entre nosotros pese al tiempo transcurrido desde entonces. Su recuerdo y sus escritos siguen estando muy presentes.

