

# León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público<sup>1</sup>

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA<sup>2</sup>

## SUMARIO

Introducción: el concepto de servicio público y la idea de sustantividad para el Derecho Administrativo. 1. El gran arquitecto: LEÓN DUGUIT. 2. El reproche absoluto a la fundamentación y análisis metafísico del poder, el Derecho o la ciencia social en general. 3. El imperativo de lo social. El hecho social. La solidaridad. 4. La negación del individualismo. 5. El servicio público como instrumento de la solidaridad e interdependencia social.

## RESUMEN

El presente escrito tiene por objeto estudiar la sutil y atrayente concepción gestada por el célebre jurista francés LEÓN DUGUIT, fundada en consideraciones sociales, que constituyó en su momento, no sólo una construcción teórica consecuente con la consolidación de la ruptura del modelo económico liberal clásico, sino también una de las elaboraciones jurídico-positivas y sociológicas de la mayor trascendencia en la cadena incansable de búsqueda de un criterio consolidador, definidor y justificador de la sustantividad de aquel Derecho primario que los revolucionarios franceses, en clara disidencia con los postulados de los ideólogos clásicos de la revolución, predicaron para su poderosa administración pública.

1 Tomado de nuestra tesis doctoral *El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Universidad Carlos III, Madrid, España.

2 Doctor en Derecho Universidad Carlos III, Madrid, España. Profesor del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Correo electrónico: [jaime.santofimio@uexternado.edu.co].

Fecha de recepción: 24 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 4 de abril de 2011.

## PALABRAS CLAVES

León Duguit, servicios públicos, derecho administrativo continental.

LEÓN DUGUIT AND ITS REALISTIC, OBJECTIVE AND POSITIVE DOCTRINE OF LAW AS THE BASIS OF THE CONCEPT OF PUBLIC SERVICE

## ABSTRACT

This paper studies the subtle and attractive theory conceived by the famous French jurist LEÓN DUGUIT, founded in social considerations, that constituted in its moment, not only a juridical construction consequent with the consolidation of the rupture of the classic liberal economic model, but one of the most influent juridical and sociological theories in the indefatigable quest for a defining and justifying criteria of the substantivity of that Primary law that French revolutionaries, in clear dissent with the classical ideological postulates of the revolution, preached for their powerful public administration.

## KEYWORDS

León Duguit, public services, continental administrative law.

## INTRODUCCIÓN

EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO Y LA IDEA DE SUSTANTIVIDAD PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO

“El derecho público administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos. Todo país civilizado tiene servicios públicos, y para regular el funcionamiento de estos servicios existen necesariamente reglas jurídicas especiales. Se puede, pues, afirmar que en todo país donde se haya alcanzado la noción del servicio público tal como lo expondremos más adelante, es decir, en todo país civilizado, existe derecho administrativo”. Con estas palabras, JÉZE (1948, tomo I, p. 1), profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de París, en 1925 iniciaba el tomo I de la 3.<sup>a</sup> edición francesa de su monumental obra sobre los principios generales del Derecho Administrativo<sup>3</sup>,

3 Para JÉZE, el objeto del Derecho Administrativo no podía ser otro que el de la formulación de reglas especiales para el buen funcionamiento de los servicios públicos, con el propósito de dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, sobre la base de la aceptación de una profunda ruptura con el individualismo jurídico y económico clásico y la recepción del concepto de Estado, entendido y justificado como

en la que desarrolló, en buena parte, los trabajos doctrinales y constitucionales de LEÓN DUGUIT<sup>4</sup> y, principalmente, el pensamiento jurisprudencial francés de la época en torno a los principios constructores del Derecho Administrativo y del papel del concepto de bien público (DUGUIT, ob. cit., p. 73; VILLAR PALASÍ, s.f., p. 685)<sup>5</sup>, reconducido al moderno concepto de interés general<sup>6</sup> que,

un conjunto de servicios públicos, teoría sustentada en los trabajos doctrinales del profesor LEÓN DUGUIT. Véase al respecto, el prefacio del autor a la edición argentina, pp. XL y XXIX, y lo desarrollado en pp. 3 y ss. del tomo II-1 de la obra referida. En torno a la sustentación y el alcance de la obra del profesor GASTÓN JÉZE, véase a ALFONSO PAREJO, 1984, pp. 88-92.

- 4 En relación con la obra de LEÓN DUGUIT, puede consultarse principalmente: *Las transformaciones del derecho público*, 1915, pp. 93-141. Del mismo autor, profundizando aspectos de su teoría, las siguientes obras: *La transformación del Estado*, 1926; *Manual de derecho constitucional*, 1926, pp. 71 y ss. Así mismo, la compilación efectuada bajo el título *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, 1975, pp. 27-45, donde se retoman los dos trabajos clásicos del autor en torno a las transformaciones del derecho público y las generales del derecho privado. En torno a los presupuestos de la teoría del Estado de LEÓN DUGUIT, véanse los análisis efectuados al respecto por el profesor PAREJO ALFONSO, s.f., pp. 83-86); así mismo, en relación con las características y los alcances de la teoría, en esta misma obra, consúltense las pp. 86-88. Resultan de trascendencia las notas en relación con el contexto y contenido de la teoría de LEÓN DUGUIT escritas en el trabajo introductorio a la edición referida de 1915 de la obra *Las transformaciones del derecho*, efectuadas por su traductor, el profesor ADOLFO POSADA. En igual sentido, EVELYNE PISIER-KOUCHNER, 1972; JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ y JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, 2005, pp. 483-547; MARIANO PESET REIG, 1968, pp. 169-208. En relación con el contexto doctrinal y la época de DUGUIT, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, 1980. Resultan de interés bibliográfico las observaciones en torno a los aportes tanto de DUGUIT como de JÉZE y HAURIUO efectuadas por el profesor MIGUEL ÁNGEL SENDÍN GARCÍA, 2003.
- 5 Para efectos de la investigación, resulta trascendente la explicación del autor en torno al concepto propiamente dicho de interés público. Al respecto lo ubica dentro de las finalidades indiscutibles del Estado indicando que "[...] La finalidad abstracta del Estado es la consecución del bien común [...]", en evidente contraposición al bien particular, que es el que "[...] de manera inmediata, concierne a cada individuo o grupo [...]". En cuanto a su caracterización, el profesor VILLAR PALASÍ señala lo siguiente: "[...] el bien público es el que concierne a la masa total de individuos y grupos integrados en el Estado: bien de la 'multitud' (ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS), bien de la 'generalidad' (según la expresión de la Edad Media), bien de la 'nación' (en el lenguaje de la revolución), bien del 'público' (HAURIUO) o finalmente el 'aequum bonum' (VICO, SCIENZA NUOVA, BARI, 1928, II, pp. 70 y 87). Formalmente definido, por su sujeto o beneficiario, el bien público se separa así del bien propio de un individuo determinado, de una clase, de una confesión, de un partido, de una nación (en el sentido étnico), de una región, de una categoría social cualquiera, en suma. El bien público es, de manera inmediata, el bien público en general, en su diversidad y complejidad, sin aceptación de individuos o grupos, comprendiendo en él, además, no sólo a los vivos, sino a las generaciones futuras, pues el bien público y su bien se despliegan a la vez en el espacio y en el tiempo [...]".
- 6 El concepto de interés público general está en la base de las elaboraciones de los teóricos de la escuela de los servicios públicos. GASTÓN JÉZE, 1948, p. 2, lo expresa con precisión al determinar el objeto del servicio público al indicar que no es otro que el de "[...] dar satisfacción a las necesidades de interés general [...]", lo que se reitera prácticamente a

basado en las necesidades públicas<sup>7</sup>, sustentaron toda esta enorme y trascendente construcción jurídica del servicio público<sup>8</sup>, bajo criterios sociológicos

través de toda su obra. GEORGES VEDEL, 1980, pp. 688 y ss.). Para este autor y para la doctrina francesa en general, el concepto de servicio público no fue un criterio precisamente claro siendo permanente su crítica en torno a lo confuso de sus prédicas; sin embargo, en lo que coinciden es en su caracterización permanente en torno al concepto de interés público o general. La gran constante en cuanto a la estructuración de la figura giraba precisamente en la idea de que se trataba de actividades y organización pública destinada a la satisfacción de las necesidades de la comunidad de donde se destaca su existencia bajo condiciones materiales y sustanciales. VEDEL, recogiendo las posteriores evoluciones de la teoría del servicio en la doctrina francesa, destaca que bajo una óptica ajena al fundamentalismo de DUGUIT se puede definir el servicio público en dos direcciones: una formal u orgánica y otra material. La primera, vinculada estrictamente a la organización dispuesta para la prestación del servicio público; la segunda, referida propiamente a la naturaleza de la actividad, independientemente de la organización de la misma; en este sentido, destaca VEDEL, será entonces servicio público “[...] toda actividad que tienda a satisfacer una necesidad de interés general [...]”. En las construcciones clásicas de la teoría del servicio público esta distinción no era muy clara; las conceptualizaciones de DUGUIT y JÉZE giraban sobre una noción muy simple; para VEDEL, conforme a esas elaboraciones doctrinarias originales, los conceptos formal y material prácticamente se confundían; de todas maneras, lo cierto resulta ser que “[...] un servicio público era siempre una actividad de interés general desarrollada por la administración [...]”. En igual sentido puede consultarse WEIL, 1994, pp. 105 y ss.).

- 7 Necesidades públicas son las inherentes a los intereses de la colectividad o comunidad que por sus características, forma y contenido no pueden ser satisfechas de manera individual por el asociado y, por lo tanto, justifican la presencia estatal para su atención, comprometiendo funcionalmente a la administración para su satisfacción. En este sentido, la necesidad trasciende a las estructuras de lo público transmutándose en un elemento material del bien público, por lo tanto objeto del interés general. Ahora bien: como se advierte a partir de los trabajos de la doctrina jurídica, resulta complejo determinar una fórmula cierta y precisa para deducir en qué eventos se podrían calificar las necesidades como públicas. Al respecto, el profesor VILLAR PALASÍ (1981, p. 686) propone una fórmula abierta y subjetiva, que lo lleva a concluir que necesidad pública es toda aquella que involucra una necesidad consolidada, sentida de manera universal y no a título simplemente singular. Por otra parte, particularizando, podrían estar bajo este concepto aquellas necesidades que supone, por ejemplo, una hacienda de guerra y, sobre todo, destaca este autor, una variable que puede ser objeto de profundas discusiones para determinar su alcance, la presencia de situaciones hipotéticas en las cuales se de la “[...] imposibilidad de satisfacer necesidades privadas por los particulares [...]”, lo que, en nuestra opinión, daría pie para incorporar dentro de éstas las que dan razón y motivan la existencia de los servicios públicos. Al respecto, agrega precisamente que dentro de las necesidades públicas se advierten algunas que “[...] se sienten como necesidades individuales, en cuanto individualmente son prestadas, aunque sean colectivamente sentidas, y tal es el caso del servicio público [...]”. De todas maneras, destaca el autor, la calificación depende en últimas del factor sociológico y de la concepción que se tenga del bienestar público.
- 8 Hacemos la distinción entre servicio público y actividades de interés general. El servicio público involucra algunas especiales modalidades de interés general, pero no todas ellas. El servicio público así considerado constituye a todas luces la especie del género actividades de interés general.

y finalísticos<sup>9</sup> y que dieron, por lo tanto, bajo esta creencia, consistencia y sistemática al Derecho Administrativo (JÉZE, 1948, XLV a LI).

El punto de partida de esta concepción está dado por la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado como del Tribunal de Conflictos francés, a través de diversos pronunciamientos<sup>10</sup>, entre los que se destacan el conocido como *Fallo Blanco*, del 8 de febrero de 1873<sup>11</sup>, piedra angular del Derecho Adminis-

- 9 Es menester sostener que compartimos plenamente la tesis de que la finalidad abstracta y general del Estado no es otra que la consecución del bien común y por lo tanto la satisfacción de los intereses generales de la comunidad, lo que condiciona inevitablemente el acervo funcional de la administración pública. En este sentido, aceptamos, sin que esto implique desconocer el principio de legalidad, y tan solo en el entendido de una visión política del asunto, que resulta difícil, por no decir imposible, definir de manera taxativa el fin mismo justificador del Estado y del papel actual de la administración frente al conflicto social, por lo que preferimos retomar de manera abstracta la idea y postularla bajo consideraciones plurales, indicando que al Estado y la administración los mueven fines en la dirección a la consolidación del bien común. Cada país tiene sus propios apremios, de aquí que sea difícil, por no decir imposible, elaborar una lista taxativa de las finalidades propias de cualquier estado. Al respecto, consideramos coherente con este planteamiento la cláusula incorporada en la Constitución colombiana de 1991 en el artículo 2.º de su codificación que de manera general y abstracta postula los fines propios que justifican la existencia de Colombia como Estado. En esta dirección, acogemos para nuestro derecho los argumentos del profesor VILLAR PALASÍ (ob. cit., p. 685): “[...] Una consideración posterior demuestra que todos estos fines caen dentro del radio de acción de la amplia y expresiva fórmula de ARISTÓTELES: el Estado, si bien nace a la vida misma, existe para promover una vida buena. Esta... (la *vita bona* de SANTO TOMÁS) es un fin en blanco, planteado para alcanzarlo, es tarea que tan solo el quehacer continuo del Estado, a través de una visión histórica, puede acometer [...]”.
- 10 Sobre los orígenes jurisprudenciales de la teoría de los servicios públicos, puede consultarse a MARTÍN REBOLLO. *De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*. También resultan ser importantes los aportes de los profesores JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, 2006, pp. 21-30) y DIEGO ZEGARRA VALDIVIA, 2005.
- 11 ARRÊT BLANCO (8 de febrero de 1873. Tribunal de conflictos). El fallo *Blanco*, más que una providencia sobre el fondo del conflicto suscitado a propósito de una actividad de la administración pública francesa, es una resolución de clara estirpe procedimental por medio de la cual se resolvió un conflicto de competencias entre la jurisdicción administrativa y la ordinaria. El carácter del asunto puesto a consideración del tribunal y la profundidad de sus razonamientos le dan a esta providencia un carácter sustancial y definitivo en torno a la autonomía del Derecho Administrativo; la universalidad del fallo le permitió servir de fundamento a gran cantidad de los planteamientos típicos del Derecho público administrativo, incluso a la justificación del criterio de los servicios públicos como determinante de la administración, su derecho, la jurisdicción contenciosa y los servicios públicos como elementos clave de cualquier análisis administrativo. De aquí que sea considerado por algunos la piedra angular del Derecho Administrativo, el punto de partida o nacimiento de un Derecho Administrativo moderno, y por otros, la consolidación de un proceso de formación, cuyo instante estelar, anterior, se produjo con la Revolución francesa. Los hechos que fundamentan esta providencia no tienen nada especial frente a algunos otros, anteriormente resueltos por los tribunales. Lo importante de este fallo es que dio origen a un conflicto de competencias sobre la jurisdicción llamada a pronunciarse sobre el fondo del asunto. Los sucesos ocurrieron en la ciudad de Burdeos en 1872. AGNES BLANCO, una

trativo francés durante muchos años. Sin embargo, a esta providencia no se llegó por acaso. El tema ya había sido abordado con diferentes matices con anterioridad a esta histórica providencia, en los fallos ROTHSCHILD vs. LARCHER et Administration des Postes del 6 de diciembre de 1855<sup>12</sup>; CARCASSONNE del

pequeña de solo cinco años de edad, es atropellada y herida gravemente al atravesar una calle de aquella población, por un carro transportador de tabaco, de propiedad de la fábrica estatal de este producto y conducido por cuatro de sus empleados. El padre de la menor, con fundamento en las normas de los códigos Civil y de Procedimiento Civil de la época, inicia ante el tribunal civil de Burdeos un proceso de responsabilidad contra los cuatro operarios de la tabacalera, como coautores de las heridas producidas a su hija, y contra el Estado francés como responsable civilmente por la imprudencia de sus empleados. La pretensión invocaba la responsabilidad solidaria tanto de empleados como del Estado y solicitaba una indemnización de cuarenta mil francos; el representante del Estado planteó el conflicto de competencia en el que argumentaba la incompetencia del tribunal civil para conocer de un asunto en donde una de las partes era el Estado, al que en razón de la ejecución de un servicio público se le demandaba su responsabilidad con fundamento en los principios del Derecho privado. El tribunal del conflicto que conoció la impugnación se pronunció el 18 de febrero de 1873 en los siguientes términos, en lo pertinente: “[...] La responsabilidad que le puede corresponder al Estado, en razón de los daños proferidos a los particulares por sus empleados, en la prestación de los servicios públicos, no se rige por los principios consagrados en los artículos 1382 y siguientes del Código Civil en lo que respecta a las relaciones entre los particulares. Esta responsabilidad, que no es ni general ni absoluta, tiene reglas especiales que varían según las exigencias del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los de los particulares. Corresponde por lo tanto a la autoridad administrativa conocer y valorar tal responsabilidad, y no a los tribunales ordinarios [...]”.

- 12 Arrêt Rothschild vs. Larcher et Administration des Postes (6 de diciembre de 1855). En este pronunciamiento, el Consejo de Estado francés establece el concepto de servicios públicos como generador de obligaciones para la administración pública, en los siguientes términos: “[...] con la autoridad de la ley, le corresponde reglar las condiciones de los servicios públicos donde le correspondiere su prestación. Determinar igualmente las necesidades que se susciten con su operación, e indicar los nombres de los agentes que actúan en su representación [...]”. También reconoce que en la prestación del servicio público se generan relaciones entre la administración y los particulares. Por esta razón, a aquélla le corresponde “[...] conocer y apreciar las características y la extensión de los derechos y de las obligaciones recíprocas que se susciten entre el Estado y los beneficiarios de los servicios [...]”. El marco de estas relaciones está sujeto a un régimen jurídico de derecho privado: el derecho común, el mismo derecho que regula las relaciones entre los particulares. En esta primera época, si bien los servicios públicos ya eran considerados como fenómenos con repercusiones frente al derecho, aún no se consolidaba un derecho propio de carácter público: “[...] las necesidades, los derechos y las obligaciones que se susciten a propósito de los servicios se rigen por las reglas y según los principios y disposiciones del derecho civil y común, como si se tratara de las relaciones entre particulares [...]”. Por último, en esta providencia se reconoce que, como consecuencia de la ejecución de los servicios públicos, la administración puede quedar sujeta a responsabilidad: “[...] En lo que corresponde con la responsabilidad del Estado en caso de fraude, negligencia o de errores cometidos por sus agentes en la prestación de los servicios, se reconoce la misma, pero sin carácter general ni absoluto. Ella se determina según las características y necesidades de cada servicio, sus condiciones y proporciones [...]”.

20 de febrero de 1858<sup>13</sup> y BANDRY vs. Ministre de la Guerre del 1.º de junio de 1861<sup>14</sup>. Tema retomado en pronunciamientos posteriores, hasta definitivamente consolidar la doctrina, en los fallos TERRIER, del 6 de febrero de 1903<sup>15</sup>,

- 13 Arrêt Carcassonne (20 de febrero de 1858). En las consideraciones de esta providencia se observan sustanciales cambios respecto del fallo anterior: en primer lugar, se insiste en el poder de dirección que le corresponde a la administración pública en la prestación de los servicios públicos, poder que le genera responsabilidades para la organización de éstos y la dirección del personal encargado de su desarrollo. En segundo lugar, se aclara lo relacionado con la competencia de ejecución de la ley y de reglamentación de ésta, en todo lo que concierne a los servicios públicos por parte de la administración: “[...] Que, por otra parte, le corresponde aplicar las leyes y reglamentos que determinan las necesidades y que establecen las oportunidades de los servicios entre los particulares y los agentes que representan al Estado [...]”. En tercer lugar, se introducen dos importantes modificaciones a los anteriores criterios jurisprudenciales en lo referente al régimen jurídico de los servicios públicos: se establece una regla general de competencia en la jurisdicción administrativa, para conocer de todos los conflictos que se generen con ocasión de la aplicación de las leyes y los reglamentos referentes a los servicios públicos, y una regla de excepción, que implicaba la existencia de norma legal expresa que asignara conflictos de esta misma naturaleza en cabeza de las autoridades judiciales; por otra parte, se aclaraba lo relacionado con el régimen aplicable a los asuntos de responsabilidad del Estado a propósito de la prestación de los servicios públicos, que no podía seguir siendo el del Derecho común: “[...] Que esas leyes y reglamentos tienen un carácter especial y que los conflictos respecto de sus aplicaciones hacen aparecer una gran cantidad de asuntos que deben comparecer ante la jurisdicción administrativa, a no ser que una norma expresa otorgue su conocimiento a las autoridades judiciales”; en cuanto a la responsabilidad se expuso: “que entre otras cosas la responsabilidad del Estado, en caso de falta, negligencia o de errores cometidos por los agentes de la administración no se rige por los principios del derecho común; que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, que ella se modifica según la naturaleza y necesidades de cada servicio [...]”.
- 14 Arrêt Bandry vs. Ministre de la Guerre (1.º de junio de 1861). Insiste la jurisdicción administrativa, en este fallo, en la necesidad de abandonar las normas del ordenamiento civil para los casos de responsabilidad del Estado en razón de la ejecución de servicios públicos. El régimen jurídico de esta actividad posee reglas especiales aplicables a todos los servicios públicos: “[...] Considerando que la responsabilidad que le puede corresponder al Estado por los daños causados a los particulares, por el hecho de las personas que el Estado emplee en el servicio público, no puede regirse por los principios establecidos en el Código de Napoleón para las relaciones entre los particulares, que esta responsabilidad y sus reglas especiales son iguales para todos los servicios [...]”.
- 15 Arrêt Terrier (6 de febrero de 1903). El caso se reconduce a las reclamaciones formuladas por el señor TERRIER con ocasión de la destrucción de animales dañosos (víbora) en virtud de recompensa contractual ofrecida para estos efectos por la administración, la cual al ser requerida se negó a pagar la contraprestación ofrecida argumentando carencia de recursos presupuestales. En esta providencia se resuelve un aspecto trascendental para la autonomía del Derecho Administrativo con fundamento en la teoría de los servicios públicos, cual es el del régimen jurídico aplicable a los asuntos en que definitivamente quede involucrado el interés general. Para estos efectos se hacen las siguientes apreciaciones: que el concepto de actos de autoridad y actos de gestión no opera para estos efectos y que tal concepto ya había sido abandonado desde el fallo Blanco de 1873. Al respecto el comisario del gobierno se pronunció en los siguientes términos: “[...] Cuando se trate de intereses nacionales o de

y THÉROND, del 4 de marzo de 1910<sup>16</sup>.

Correspondió, en consecuencia, al Derecho francés, en especial a los trabajos del profesor LEÓN DUGUIT, el papel articulador y formador de la

intereses locales, a partir del momento en que se está en presencia de necesidades colectivas que las personas públicas tienen que satisfacer, la gestión de esos intereses no podrá considerarse como necesariamente gobernada por los principios del derecho civil [...]. Que en los asuntos relativos al interés general, como es de los contratos de las entidades administrativas, el Derecho aplicable es el Administrativo y sus litigios de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa a no ser que se trate de actividades o gestiones típicamente privadas. Para estos efectos, el comisario del gobierno expuso lo siguiente: “[...] Corresponde a la jurisprudencia determinar... en cuáles casos se está en presencia de un servicio público que funciona con sus reglas propias y su carácter administrativo, o, por lo contrario, de actos que, interesando mucho a la comunidad, revisten la forma de la gestión privada y entienden mantenerse exclusivamente en el terreno de las relaciones de particular a particular, en las condiciones del derecho privado [...]. En cuanto se refiere al criterio general que se ha de seguir para efectos de determinar la actividad pública de servicios de la meramente privada, se indicó lo siguiente en la providencia: “[...] Todo lo que concierne a la organización y el funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, generales o locales, constituye una operación administrativa que es, por su naturaleza, de competencia de la jurisdicción administrativa [...]. Todas las acciones entre las personas públicas y los terceros o entre esas personas públicas entre sí, fundadas en la prestación, no prestación o mala prestación de un servicio público, son de competencia de la jurisdicción administrativa [...].”

- 16 Arrêt ThéronD (4 de marzo de 1910). El conflicto resuelto en esta providencia se relaciona con el contrato monopólico y de exclusividad suscrito entre la ciudad de Montpellier y el señor THÉROND para la captura de perros callejeros y de todos aquellos declarados como peligrosos para la ciudadanía y su posterior traslado a la perrera municipal, al igual que para el levantamiento de animales muertos en las estaciones del ferrocarril, el matadero municipal, o en los domicilios particulares de los cuales no se ocuparen sus propietarios, lo mismo que en las vías públicas de aquella ciudad. El contrato comprendía obligaciones para el señor THÉROND relativas al destino final de los desechos orgánicos de origen animal. El precio del contrato dependía del valor que en el mercado obtuviese el contratista por la venta o disposición de los restos mortales de los animales que quedaran en su poder. El contrato no fue cumplido por la administración. El contratista demandó la resolución del contrato y el pago de indemnizaciones. En su decisión, el Consejo de Estado se pronuncia en los siguientes términos: reitera lo expresado en el fallo *Terrier* a propósito de la naturaleza de los contratos de las entidades departamentales y municipales, esto es que por regla general implican una atención a necesidades públicas y por lo tanto involucran la prestación de servicios públicos. Al respecto expone lo siguiente: “[...] Considerando que al contratar en las condiciones arriba mencionadas con el señor THÉROND, la ciudad de Montpellier actuó buscando la higiene y la seguridad de la población y, en consecuencia, tuvo como finalidad la prestación de un servicio público; que ante falta de norma que atribuya el conocimiento a otra jurisdicción, las dificultades que pudieran resultar por el incumplimiento o la mala ejecución de ese servicio son de competencia del Consejo de Estado [...]”. 2. Se insiste, en aras de la consolidación del servicio público como criterio identificador del derecho administrativo y de la jurisdicción contenciosa como su jurisdicción natural, en que “[...] Todo acto realizado con un fin de interés general es de competencia de la jurisdicción administrativa; en especial, todos los contratos suscritos por la administración con tal fin son contratos administrativos [...].”



concepción jurídica de los servicios públicos como columna básica y estelar del concepto de Estado y la soberanía, consecuentemente del papel de la administración pública en función de los servicios públicos y por vía de ella al concepto de concesión como el instrumento idóneo para el cumplimiento y satisfacción de los mismos (JÉZE, 1948, XLV a LI).

Desde la perspectiva propiamente del Derecho Administrativo, el trabajo articulador del servicio público con las reglas especiales del régimen jurídico de la administración pública obedeció al trabajo detallado y armónico del profesor GASTÓN JÉZE, quien desplegó profundamente el pensamiento de DUGUIT en cada rincón de la disciplina, a través de su profunda obra jurídica, correspondiéndole de esta manera, por lo tanto, el diseño coherente y dinámico del fenómeno concesional en las entrañas mismas de la noción de servicio público (JÉZE, 1932).

En su conjunto, las obras de DUGUIT y JÉZE se enmarcan doctrinariamente bajo los parámetros ideológicos de la llamada escuela de Burdeos, que fundamentó, desarrolló y propagó la noción de servicio público (CHEVALLIER, 1991, pp. 3-6)<sup>17</sup> como el centro motor del Estado y, por lo tanto, de todo lo referente al Derecho público en general, circunscribiendo, entonces, bajo este concepto, el contenido material que determinó el Derecho Administrativo continental europeo (GARRIDO FALLA, 1994) en oposición al inglés (CASSESE, 2000, p. 54) y sobre esta base determinar el sentido mismo de la actividad concesional.

Esta sutil y atrayente concepción, fundada en consideraciones sociales, constituyó en su momento, no sólo una construcción teórica consecuente con la consolidación de la ruptura del modelo económico liberal clásico (CHEVALLIER, ob. cit., p. 14), sino también una de las elaboraciones jurídico-positiva y sociológica de la mayor trascendencia en la cadena incansable de búsqueda de un criterio consolidador, definidor y justificador de la sustantividad (RIVERO, 2002, pp. 27 y ss.)<sup>18</sup> de aquel Derecho primario que los revolucionarios fran-

17 Desde sus primeras aproximaciones a la figura, JACQUES CHEVALLIER reconoce la gran complejidad suscitada dentro de la doctrina y la jurisprudencia, en relación con la aproximación a un concepto de servicio público. Históricamente, se tornó en una idea de difícil comprensión y entendimiento, con múltiples significados y aproximaciones. "[...] La notion de service public est difficile á appréhender et á cerner [...]". Puede consultarse sobre el alcance del concepto a SORACE, 2006, pp. 13-30.

18 La búsqueda de un criterio jurídico definidor y delimitador del Derecho Administrativo lo suficientemente sólido como para montar la gran arquitectura de la disciplina ha estado mediado por signos de inestabilidad. La pretendida definición de la disciplina sobre un punto de reflexión cierto no se ha dado. Cuando se cree haber llegado a la pureza conceptual sus sustentaciones prontamente se tornan frente al debate y la dialéctica como inestables e inadecuadas. En fin, el tema sólo llama a una cadena permanente de frustraciones. El profesor RIVERO, al repasar las diversas posturas doctrinales en el Derecho Administrativo francés, encuentra de qué manera la noción de servicio público marcó una época de la disciplina en cuanto se creyó haber llegado al punto culminante de esta

ceses, en clara disidencia con los postulados de los ideólogos clásicos de la revolución, predicaron para su poderosa administración pública (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1998).

La noción de servicio público se tornó, bajo la preceptiva encantadora del discurso realista, positivista, social y antimetafísico de la escuela de Burdeos, en el vértice articulador o piedra angular de la tan esperada concepción iluminadora y razonadora de todo aquello que, paradójicamente, había surgido en su momento, bajo consideraciones individualistas y de profundo Derecho subjetivo, como una necesidad propia de la Revolución francesa: su Derecho Administrativo<sup>19</sup>. Derecho que entonces, a partir de los postulados de DUGUIT

búsqueda incansable. Destaca el autor cómo "[...] La última parada de la caravana, la más larga, la que permitía llevar a lo más alto la construcción de un derecho administrativo organizado, la que durante mucho tiempo permitió al espíritu creer que había terminado el nomadismo y que la tierra prometida finalmente se había encontrado, fue la noción de servicio público [...]". Noción que infortunadamente, y no obstante su prolongada predicación doctrinal, se desmoronó respecto de sus prédicas fundamentalistas originales. A la par de esta construcción doctrinal, el autor identifica otros criterios de importancia y significación, como el de la "utilidad pública" predicado por M. MARCEL WALINE, el del "poder público" que enfrentó históricamente a M. HAURIOLU y LEÓN DUGUIT, entre otros. Sin embargo, esta lista no se agota en la doctrina francesa: la búsqueda de un criterio que permita darle sustantividad al Derecho Administrativo ha comprometido la doctrina en otras latitudes y ordenamientos; al respecto, por ejemplo, el profesor LUCIANO PAREJO destaca en su obra (*El concepto del derecho administrativo.*) los aportes de KELSEN y MERKL sobre la base de la "teoría pura del derecho"; E. FORSTHOFF, en Alemania, con sus trabajos en torno a la "procura existencial", y, en los últimos años, las teorías fundadas en las concepciones del Estado social y democrático de derecho. Así mismo, resulta necio desconocer las explicaciones y elaboraciones que recientemente han sido sustentadas en las concepciones económicas neoindividualistas han impregnado la lectura e interpretación de la disciplina. Puede consultarse, igualmente, MUÑOZ MACHADO, 1977. Una aproximación a la historia del Derecho Administrativo nos muestra la incansable y permanente búsqueda del elemento conceptualizador clave de la administración pública, en consecuencia definidor de su derecho propio, bajo el entendido de que los intereses públicos son diferentes y sustancialmente diversos a los de los particulares; en consecuencia, a los del Derecho privado. Es así como se ha forjado un inmenso campo de criterios jurídicos referidos a la administración pública como objeto del Derecho Administrativo, algunas veces caracterizados por su inmensa variabilidad, que ha dejado una "pequeña historia de pequeñas frustraciones" doctrinales-administrativistas. Se atribuye esta proliferación a la incansable búsqueda de un elemento primario y esencial, de un criterio único que sea capaz de explicar la sustancia de la disciplina. En igual dirección, MARTÍN REBOLLO. *De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*. De este mismo autor, *Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras*, (s.l.), UNAM, Acervo Biblioteca Jurídica Virtual, III, (s.f.).

- 19 En relación con el surgimiento del Derecho Administrativo como un fenómeno propio y particular de la dinámica revolucionaria francesa, pueden consultarse dos importantes obras del profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, 1998 y 1994. En el primero de estos trabajos (*Revolución Francesa...*) destaca el autor que son múltiples los factores que históricamente obraron en el proceso de reconocimiento en el ordenamiento jurídico posrevolucionario de la existencia de un derecho autónomo para la nueva y poderosa administración pública;

entre los determinantes se invocan los siguientes: 1. La sujeción de la misma al principio de legalidad "reino de la ley", postulado de confrontación directa respecto del Estado absoluto. "[...] Frente al poder personal y arbitrario, el ideal del gobierno por, y en virtud de las leyes [...]". La ley pasa a ser la más importante garantía de la libertad. Se agrega al respecto en la segunda de las obras citadas (*La lengua de los derechos...*), al referirse propiamente al derecho que se predica de la administración pública, que el punto inevitable de sustentación de la nascente disciplina lo constituye evidentemente el principio de legalidad, la técnica del "reino de la ley" en donde, mediante la atribución específica de funciones y competencias a las autoridades por vía legal, "[...] hace de quien manda o ejerce cualquier clase de autoridad un simple agente de la ley, y no un hombre superior al ciudadano llamado a la obediencia [...]" (p. 181); 2. La ruptura con los postulados doctrinales prerrevolucionarios. La gran "disidencia histórica" en torno a la división de poderes. El surgimiento de una administración poderosa sin precedentes históricos, a partir de una muy particular idea de la división de poderes fundada en la tesis de la excepción de la aplicabilidad de sus postulados a la administración en asuntos tan sensibles como el control judicial y la potestad reglamentaria, lo cual la colocaba en una posición privilegiada frente a otros poderes de la organización política estatal; 3. El crecimiento y potencialización del poder administrativo como respuesta directa y necesaria de la nueva estructura social. El gran motor de fortalecimiento del poder administrativo del Estado está dado por "[...] la idea misma de la revolución [...]". La revolución en sí misma configuraba una incontenible avalancha de transformación social, postulaba una nueva estructura social para lo cual se requería un poder actuante significativo y poderoso que abanderara este propósito vital. La tarea transformadora no podía depender de meros postulados y discursos retóricos, expedición de actos generales o leyes: implicaba irremediamente una acción directa y efectiva, responsabilidad tan sólo atribuible al aparato administrativo. "[...] Era preciso configurar un extenso poder capaz de asumir esta misión cuya amplitud desbordaba toda la tradición del Estado, y este poder debía ser, sobre todo, un poder gubernamental y activo, constante, general, notas todas que volcaban el peso necesariamente al lado de una administración [...]". A este propósito contribuyó la ingente idea organizativa de NAPOLEÓN, quien en su momento proporcionó a Francia un sistema administrativo consolidador de estas necesidades revolucionarias, una verdadera constitución administrativa a la par de la Constitución política. Como conjugación de todos los anteriores elementos, concluye el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, se produce una transmutación en la naturaleza del poder ejecutivo que va más allá de su simple potencialización: "[...] Es que bajo la etiqueta formal de poder ejecutivo va actuar otra realidad en esencia diversa, la realidad que llamamos administración y a la que no cuadra de ninguna manera la caracterización reservada a ese poder en la teoría de la división de los poderes [...]". Se trata de un poder no simplemente ejecutor: es, ante todo, un sujeto que actúa permanentemente persiguiendo multiplicidad de fines, "[...] no limitados por supuesto, al simple respaldo coactivo de las leyes y de las sentencias [...]". Para esta administración concebida como un sujeto actuante, de por sí abiertamente contraria a la doctrina revolucionaria, es que comenzara a predicarse un régimen jurídico propio y particular que iniciara su trabajo constructivo en busca de sustantivización a lo largo de los años. En el segundo de los textos (*La lengua de los derechos...*) se nos muestra el desarrollo de las principales instituciones de la disciplina en procura de su consolidación sustancial a la luz de los desarrollos jurisprudenciales del Consejo de Estado. De manera concreta, el Derecho Administrativo, en cuanto a su contenido, resulta ser el producto de las elaboraciones pretorianas y de sus análisis e interpretación doctrinal, con principios diferentes a los del Derecho Civil, que supuestamente parten de admitir las desigualdades propias de las relaciones entre administración y los ciudadanos e igualmente del carácter garante y gestor del interés general depositado en la adminis-

y JÉZE se le medía, entendía y justificaba sobre el manto encantador del colectivismo social (MONEREO PÉREZ y CALVO GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 483-547).

Sobre este concepto se construyó la que consideraron en su momento como la gran teoría del Derecho Administrativo para la más grande y fuerte de las administraciones públicas, bajo conceptos de autonomía y especialidad, con reglas y principios particulares (Derecho público exorbitante), constitutivos, por regla general (JÉZE, 1948, p. 3)<sup>20</sup>, de un régimen jurídico propio diverso al del Derecho privado (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 1996, pp. 21 y ss.)<sup>21</sup>, justificada en razones de interés público social (DUGUIT, s.f., pp. 2-14)<sup>22</sup>, que permitía explicar y dar razón jurídica de absolutamente todas las situaciones vinculadas con la actividad pública administrativa y, sobre todo, de manera principal, de aquellas relacionadas con la actividad prestacional y asistencial del Estado frente a la población.

tración, todo lo anterior con sujeción al principio de legalidad "[...] en nombre de la ley [...]" (pp. 194-195). En este sentido, concluye el autor, "[...] El derecho administrativo no se sustrae así a la gran corriente de creación del derecho público posrevolucionario y es una de sus más originales y trascendentes [...] invenciones, sin paralelo posible en el derecho del antiguo régimen [...]" (p. 196). Para este análisis resulta básica la consulta de ALEXIS DE TOCQUEVILLE (1998, libro segundo, capítulos II a IV, pp. 119-143; libro tercero, capítulos III, VII y VIII, pp. 239-250 y 272-293).

- 20 La noción clásica de servicio público aceptaba, de manera absolutamente excepcional, para las cosas menores y accesorias, la presencia del particular en la prestación del servicio público con sujeción a su derecho: el privado.
- 21 Esta postura es profundamente criticada por el autor para quien resulta a todas luces irrefutable desde el punto de vista histórico y jurídico que el Derecho Civil contribuyó a la consolidación de las bases sustentadoras de los que se dio en llamar propiamente por los revolucionarios franceses como "*derecho administrativo*". El "*préstamo*" histórico de la normatividad civil al nuevo Derecho coadyuvó a que en posteriores evoluciones de las mismas bajo las nuevas ópticas interpretativas se le diera sustantividad realmente a la disciplina. "[...] Nos encontramos, por tanto, con la existencia de un verdadero préstamo de instituciones: determinar cuándo éstas, incorporadas ya al tronco del derecho administrativo, son realmente algo distinto, constituye ni más ni menos que la comprobación de su propia sustantividad [...]" Además de lo anterior, el autor nos muestra de qué manera en las evoluciones posteriores de la disciplina se mantienen canales de comunicación permanentes con el derecho civil que hacen que la administración en su actividad cotidiana deba acudir realmente a esta normatividad en aras del cumplimiento de sus propósitos. En este sentido, se reitera en la obra que "[...] No puede, por tanto, aceptarse como correcta la ecuación, fines públicos a alcanzar por la administración-derecho administrativo. A aquellos, a los fines públicos, sirve también el derecho privado [...]" (pp. 31-32).
- 22 De DUGUIT también puede consultarse *Soberanía y libertad*, 1943, pp. 89-105, específicamente en torno a las relaciones entre los conceptos de libertad y solidaridad entendida ésta como un fenómeno de lo social, en lo que DUGUIT llama "el concepto solidarista de la libertad". Sobre el alcance del concepto de derecho social en la obra de LEÓN DUGUIT puede consultarse a GEORGES GURVITCH, 2005, pp. 657-692.

## 1. EL GRAN ARQUITECTO: LEÓN DUGUIT

Desde la perspectiva doctrinal, y no obstante las profundas críticas que sobre sus trabajos se han formulado<sup>23</sup>, el más destacado constructor de esta teoría de los servicios públicos fue el profesor LEÓN DUGUIT (MONEREO PÉREZ y CALVO GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 483-547)<sup>24</sup>, quien a través de su densa obra<sup>25</sup> avanzó cualitativa y cuantitativamente mucho más allá de una simple postulación del servicio público, como objeto exclusivo de atribución y gestión administrativa<sup>26</sup>, desarrollando toda una concepción sociológica (MONEREO PÉREZ

23 Véase a este respecto, entre otros, a GEORGES GURVITCH, Ob. cit., pp. 657 y ss.).

24 LEÓN DUGUIT, uno de los más relevantes publicistas europeos, nació en Libourne (Gironde, Francia) el 4 de febrero de 1859, y murió en Bourdeaux el 18 de diciembre de 1928. Recibido como agregado de facultades de Derecho el 1.º de enero de 1882, se incorporó a la Universidad de Caen, donde permaneció hasta 1886. Toda su dilatada y fecunda carrera académica tendrá sin embargo como escenario la facultad de Derecho bordelense. En ella alcanza la categoría de profesor de Derecho público el 2 de abril de 1892, figura como asesor de su Decanato a partir de 1912 y ocupó este cargo desde el 1.º de mayo de 1919 hasta la fecha de su fallecimiento. Sobre el alcance de la obra de DUGUIT, puede consultarse a MARTÍN REBOLLO. *De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*, cit., quien destaca, entre otras cosas, el carácter algunas veces contradictorio de tal manera que su obra no sólo haya sido tachada de socialista y marxista, invocada por FIDEL CASTRO en su famosa *La historia me absolverá*, sino también de fascista, en cuanto a la influencia que ejerció en la doctrina italiana de aquella oscura época europea.

25 En diferentes textos, LEÓN DUGUIT mantiene su línea expositiva e ideológica sobre el concepto de poder, soberanía y servicios públicos. En diversas ediciones pueden consultarse tanto su manual de Derecho Constitucional, como su tratado de Derecho Constitucional. Ahora bien: en donde se profundiza sobre las razones de sus planteamientos es en los escritos conocidos como las "transformaciones", que constituyen un conjunto de libros sobre las transformaciones del Estado, el Derecho público y el Derecho privado, obras traducidas al español por el tratadista español ADOLFO POSADA y públicas por la famosa librería de FRANCISCO BELTRÁN de Madrid en los inicios de la centuria pasada. Las dos últimas obras fueron recogidas en un solo tomo por la editorial Heliasta de Buenos Aires en 1975 bajo el título de *Las transformaciones del derecho (público y privado)*. También se conoce la reciente compilación de estos trabajos por la editorial Comares de Granada España (2007) bajo la dirección del profesor JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, donde se incluye otro de los trabajos de DUGUIT denominado *Las transformaciones del Estado*.

26 En relación con el contexto doctrinal y la época de DUGUIT, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, ob. cit. Los servicios públicos, como construcción sociológica jurídica, en consecuencia profundamente teleológica y finalística, sus razones provienen de las elaboraciones jurisprudenciales francesas que fueron magníficamente retomadas por el profesor LEÓN DUGUIT, dentro de una novedosa concepción del poder político, la soberanía y el Estado. Esta etapa del Derecho público francés, indica GARCÍA DE ENTERRÍA, constituyó la más brillante de la historia. La época de "[...] madurez de la disciplina en que ésta no sólo supera su legalismo esterilizador y organiza definitivamente, para darle una fuerza sistemática superior, los grandes hallazgos, sobre todo jurisprudenciales del siglo XIX, sino que, segura de operar desde una perspectiva virgen y especialmente fecunda de lo jurídico, se lanza arriesgadamente a proponer verdaderas teorías generales del derecho y del Estado". DUGUIT significa para el Derecho francés el arribo al realismo jurídico, el objetivismo jurídico, el

y CALVO GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 483-547)<sup>27</sup> del Derecho y del Estado con amplias repercusiones en el mundo jurídico de su época; en esencia positivista (GURTVICH, ob. cit., pp. 657 y ss.)<sup>28</sup>, frontera del individualismo y subjetivismo jurídico, la economía clásica, el orden metafísico y, principalmente, en su país, de las ideas inspiradoras de la teoría de las prerrogativas públicas y del concepto "poder público" como determinantes del Estado, la administración y por lo tanto del Derecho público Administrativo por aquellos años. Para DUGUIT (2008, p. 116), el Derecho contenía la fuerza virtual de ser el gran constructor de la vida social, encausando, en consecuencia, su pensamiento, en lo que se dio en llamar como la doctrina realista, objetiva y positiva del

gran giro copernicano y la gran transformación contemporánea del Derecho público que "[...] desaloja el mito tradicional del poder como pieza central del sistema para poner en su lugar la idea de servicio público [...]". En este sentido, el aporte de DUGUIT es amplio y se torna cabeza doctrinal del Derecho público. Tratándose del Derecho Administrativo, es el pensamiento de GASTÓN JÉZE el que consolida la teoría del "servicio público" en cuanto a su concepto y la determinación del contenido de la administración pública.

- 27 También de MONEREO PÉREZ y CALVO GONZÁLEZ puede consultarse el trabajo introductorio a la edición española del libro clásico de LEÓN DUGUIT, 2007, XI a XXXIX). La obra del profesor DUGUIT estuvo profundamente influenciada por los trabajos de ÉMILE DURKHEIM, 1858-1917, de quien fue su discípulo, y del filósofo AUGUSTE COMTE, 1798-1857. Del primero absorbió el pensamiento sociológico y experimental en sus relaciones con el Derecho, el rechazo a las concepciones metafísicas, la idea siempre latente de solidaridad social, esto es de la preeminencia de lo social sobre lo individual, que indudablemente identifican y demarcan con un especial tinte toda su obra. La influencia resulta significativa a partir de ideas básicas del pensamiento de este filósofo, como las del *hecho social*, que lleva a DUGUIT a profundizar en la preeminencia de lo social sobre lo individual, en donde resulta ostensible cómo las reglas del método sociológico de DURKHEIM influyen en las apreciaciones jurídicas de DUGUIT. El mismo concepto de solidaridad social, proviene de los trabajos doctorales de DURKHEIM; y con el segundo (COMTE) reafirmó su profundo sentimiento social y de crítica radical no reaccionaria sumiéndose, según los autores, en el legado comteano del consenso fundamental de la organización social. La razón y la ciencia como las únicas con fuerza suficiente para explicar y alcanzar el orden social por fuera del oscurantismo teológico y metafísico.
- 28 GURVITCH pone en duda el verdadero carácter positivista de la doctrina de DUGUIT, calificándola como simplemente de positivismo sensualista. Sostiene que si bien es cierto que DUGUIT caracterizó su doctrina como un sistema realista, socialista y objetivista, en contra de cualquier tipo de metafísica y en consecuencia de la utilización de la vía conceptual para la sustentación del Derecho, los hechos y la concreción de su pensamiento parecen tomar una dirección diversa o, por lo menos, no auténticamente positivista. Para GURVITCH, el pensamiento de DUGUIT está, también, basado en conceptos e ideas; es más: muchas de ellas sumidas materialmente en conceptos propios del Derecho natural. "[...] Hay un conflicto inextricable entre sus premisas filosóficas, tan simplistas como pasadas de moda, y su clarividente y profunda visión de la realidad jurídica [...]", asunto que ha debilitado sus ideas y mermado importancia a sus planteamientos y enseñanzas. Parodiando a WALINE, sostiene GURVITCH que DUGUIT, más que un positivista puro y radical, fue ante todo un simple moralista y que ésta fue sinceramente la visión del mundo y del Derecho que realmente predicó.

Derecho<sup>29</sup>, profundamente poseída, sobre todo, de análisis social<sup>30</sup>, al igual que de elementos psicológicos (PESET REIG, ob. cit., pp. 169-208), jurídicos y políticos (DUGUIT, ob. cit., pp. 93-141).

La teoría realista pretendía una absoluta sustitución en las bases conceptuales tradicionales del poder y del Derecho, sustentando una nueva doctrina para esta fenomenológica (MONEREO PÉREZ y CALVO GONZÁLEZ, ob. cit., XI y ss.). Proponía sustancialmente una nueva visión del mundo político y jurídico: la teoría del realismo científico y social (POSADA, ob. cit., pp. 7 y ss.). En esencia se sustentaba y explicaba esta audaz construcción a partir de una secuencial y articulada postulación de bases doctrinales que se pueden determinar en los siguientes términos:

## 2. EL REPROCHE ABSOLUTO A LA FUNDAMENTACIÓN Y ANÁLISIS METAFÍSICO DEL PODER, EL DERECHO O LA CIENCIA SOCIAL EN GENERAL

El desconocimiento como factor válido de cualquier metodología basada en un criterio metafísico, criterio este que debería ser eliminado del dominio jurídico, en cuanto desconoce la realidad de las cosas, y sobre todo, por su carácter especulativo y conceptual, ausente absoluto de hipótesis verificables, confrontables o constatables en el mundo de la realidad<sup>31</sup>. Frente a esto,

29 El alcance final de su gran construcción teórica está claramente plasmado en la totalidad de la obra de DUGUIT, en lo que se deduce gran coherencia de sus planteamientos. En palabras de su ideador, la doctrina realista tiene un valor pragmático, “[...] porque sólo ella permite fundar sobre base sólida la limitación jurídica del poder del Estado. Porque sólo ella permite garantizar y proteger situaciones legítimas, tras de las que no se percibe ningún sujeto de derecho; en fin, porque sólo ella puede explicar toda una serie de actos nuevos, por los que se realiza el comercio en la época moderna [...]”.

30 A partir de la influencia de los trabajos de E. DURKHEIM y de COMTE, como se ha expuesto y detallará más adelante.

31 En este aspecto de la doctrina obsérvese la profunda influencia de los trabajos de AUGUSTE COMTE, 1984, pp. 17, 23 y ss. En sus explicaciones en torno a la filosofía positivista, COMTE sostiene que la humanidad presenta un claro tránsito evolutivo por tres estados teóricos diferentes: el teológico, esencialmente provisional y preparatorio; el metafísico, que en la realidad de las cosas no es más que una modificación disolvente del teológico, un simple destino transitorio para llegar al positivo; y el positivo, el estado normal de las cosas, el régimen definitivo de la razón humana. En cuanto se refiere al estado metafísico antológico o abstracto, COMTE profundiza su alcance calificándolo de estado abstracto, especulativo, equívoco, no científico, inconsecuente, vago, vacío y arbitrario que busca explicar la íntima naturaleza de los seres, el origen y el destino de las cosas e incluso el origen y la forma como se producen los fenómenos, pero no sobre bases reales, sino mediante la utilización de categorías abstractas que pueden dar respuestas en diferentes direcciones. La metafísica es fundamentalmente argumentativa y no científica. No observa, verifica ni confirma en la realidad: simplemente especula argumentativamente de manera sutil, acudiendo a principios confusos que no ofrecen prueba absolutamente de nada, que

propuso, en esencia, no obstante las críticas de la doctrina (GURVITCH, ob. cit., pp. 657 y ss.), un método característicamente positivo de constatación fáctica cuyo objeto y propósito no era otro que el de la comprobación de los hechos sociales; método de verificación científica y no meramente conceptual, idealista, especulativo o abstracto<sup>32</sup>.

La doctrina realista, en palabras de su mentor, pretendía ante todo, una lucha frontal contra la simple conceptualización jurídica; el reproche al diseño del Derecho soportado en simples conceptos, a los cuales vinculaba con la esencia misma de la metafísica; las hipótesis comprobadas debían ser la esencia del Derecho, sobre todo, aquellas comprobadas a partir de la verificación de los hechos sociales; el Derecho debía partir sustancialmente de un realismo objetivo, positivo y social que permitiera determinar los fenómenos e identidades reales que se encuentran en sus bases sustentadoras. En consecuencia, no podían considerarse como razones suficientes para la explicación de un hecho social, y sobre todo cuando el mismo tiene trascendencia al mundo de lo jurídico, que se hiciese sobre ideas sustancialmente espirituales, esto es, sobre

en muchos casos suscitan disputas sin salida. En esta dirección resalta COMTE que "[...] Se debe hacer notar, por otra parte, que su parte especulativa se encuentra primero muy exagerada, a causa de aquella pertinaz tendencia a argumentar en vez de observar que, en todos los géneros, caracteriza habitualmente al Espíritu metafísico incluso en sus órganos más eminentes [...]" "[...] Se puede contemplar, finalmente, el estado metafísico como una especie de enfermedad crónica inherente por naturaleza a nuestra evolución mental, individual o colectiva, entre la infancia y la virilidad [...]", esto es, el paso necesario, siempre intermedio entre la teología y el positivismo.

- 32 Véase, igualmente, COMTE, ob. cit., pp. 27 y ss. El estado positivo o real es en COMTE el estado ideal y pleno, normal y adecuado, definitivo, racional y científico en la evolución intelectual de la humanidad. El discurso positivo parte del abandono a las investigaciones absolutas propias de una etapa infantil de la intelectualidad humana para fundarse en un método verdadero y real de observación y verificación, a la que COMTE considera la "[...] única base posible de los conocimientos accesibles en verdad, adaptados sensatamente a nuestras necesidades reales [...]" El método positivista en cuanto estado ideal del pensamiento humano destaca y exige de manera fundamental en todo proceso intelectual resultados reales e inteligibles. En este sentido y para estos propósitos, COMTE plantea que "[...] Desde ahora reconoce, como regla fundamental, que toda proposición que no puede reducirse estrictamente al mero enunciado de un hecho, particular o general, no puede ofrecer ningún sentido real e inteligible [...]" Bajo esta estructura doctrinal, el elemento fáctico desempeña un papel fundamental y el modo racional y experimental de llegar a su conocimiento es el adecuado científicamente. En este sentido, se reitera a la observación como el instrumento con eficacia científica en la concepción positivista, en reproche y rechazo a los criterios subjetivos y abstractos de la metafísica. COMTE resume magníficamente el método positivista, único adecuado y óptimo dentro del estado positivo del pensamiento humano, al indicar que "[...] La pura imaginación pierde entonces irrevocablemente su antigua supremacía mental y se subordina necesariamente a la observación, de manera adecuada para construir un estado lógico plenamente normal, sin dejar de ejercer, sin embargo, en las especulaciones positivas un oficio tan principal como inagotable para crear o perfeccionar los medios de conexión, ya definitiva, ya provisional [...]"



solo conceptos. Lo importante y trascendente para una verdadera ciencia es el hecho y no la especulación conceptual. El verdadero científico del Derecho recurre a hipótesis que deberá comprobar en el análisis de los hechos sociales y no a la conceptualización (DUGUIT, 2008, p. 106).<sup>33</sup>

En este sentido, DUGUIT reacciona en sus diferentes trabajos de manera vehemente y profunda contra la multiplicidad de fenómenos que considera ligados sustancialmente a simples conceptualizaciones metafísicas, reprocha y niega la procedencia del subjetivismo jurídico y de las concepciones sustentadoras de la existencia de los denominados sujetos de Derecho; en este sentido, su obra parte del desconocimiento de las bases metafísicas sustentadoras de los derechos subjetivos. De contera, con fundamento en esta negación, desconoce el carácter de derecho subjetivo a la propiedad privada y la ubica sencillamente en una realidad verificable en su consideración, esto es, la que indica de manera sencilla que propiedad es simplemente una función dentro del contexto de lo colectivo, se explica y existe en razón de ésta y no como un Derecho subjetivo<sup>34</sup>.

En esta misma línea de reproche se rompe con los conceptos clásicos del poder, la soberanía y de contera el de Estado, que se fundaban en criterios metafísicos ligados íntimamente con la temática de los derechos subjetivos en consecuencia abstractos y salidos de toda lógica positiva. Como resultado de esta revisión del tema, la teoría realista abrió las puertas de la doctrina al concepto de servicio público como su sustituto realista y objetivo, tal como se expondrá a propósito del elemento solidarista de la doctrina (DUGUIT, 2007, pp. 93-141).

Para la doctrina realista, la eliminación de estos conceptos, que no son más que esto, sólo conceptos, se rompe la diferencia entre gobernantes y gobernados, dándole paso simplemente al reconocimiento de individuos y grupo social, esto es a dos realidades comprobables y verificables, no producto de la especulación metafísica, sino resultado de la comprobación científica del Derecho como entes con existencia real y efectiva y que en últimas será la base para construcciones posteriores de la teoría en relación con el compromiso colectivo en torno a la prestación de los servicios públicos (DUGUIT, 2008, p. 113)<sup>35</sup>.

33 El concepto en la construcción doctrinal de DUGUIT no era otra cosa que una idea que no podía ser objeto de percepción directa, mientras que la hipótesis que debe preceder a toda metodología científica consistía básicamente en un supuesto fáctico que fácilmente podía ser comprobado por los sentidos.

34 Este reproche constituye una línea de trabajo permanente en la obra de DUGUIT. Pueden consultarse principalmente las obras referidas sobre las transformaciones del Derecho, el pragmatismo jurídico y su *Manual de Derecho Constitucional*.

35 El desconocimiento y negación de los derechos subjetivos y de las elaboraciones en torno a los sujetos de derecho lleva, bajo las premisas y presupuestos de la teoría realista de DUGUIT, al reconocimiento de que los gobernantes no son otra cosa que simples individuos

### 3. EL IMPERATIVO DE LO SOCIAL. EL HECHO SOCIAL. LA SOLIDARIDAD

De manera articulada y complementaria a los anteriores planteamientos, se destaca en la doctrina realista de DUGUIT el imperativo de lo social, que deviene objetivamente del hecho social y desarrolla para la tesis el postulado de la ética de la solidaridad (COMTE, ob. cit., pp. 94 y ss.)<sup>36</sup>. Como anotábamos, el punto indiscutible de partida y construcción de los trabajos del profesor DUGUIT es el de la lucha contra la metafísica especulativa y acientífica, frente a la cual propone la constatación permanente de los hechos sociales, surgiendo en este contexto de la propuesta, en cuanto situación fáctica comprobable para la doctrina realista, la de la interrelación de dos hipótesis claramente determinadas, que se convierten prácticamente en la línea de trabajo e inspiración determinante en relación con el servicio público propiamente dicho y en consecuencia con los mecanismos aceptables y objetivos para su cumplimiento y satisfacción a la comunidad, como lo podía ser la concesión pública; estos hechos sociales evidentes para doctrina eran: la de la existencia de necesidades comunes que era necesario satisfacer en forma común para todos por la administración, y, la necesaria actitud colectiva de los hombres ante las necesidades comunes, que implicaba para los mismos el abandono de posibles actitudes individualistas y la asunción, en conjunto de toda la problemática, prestándose los servicios

iguales a los demás del grupo social. La realidad política es la que hace que ciertos hombres tengan el poder, se les atribuya el mando del grupo, no por razones o ideas divinas producto del devenir de la especulación metafísica, ni mucho menos por una inexplicable investidura popular: lo tienen y ejercen única y exclusivamente en virtud del principio de solidaridad. Ésta se ubica, en consecuencia, en la base del poder. En razón de la fuerza de la solidaridad, "[...] Estos hombres están en una situación particular que les permite obrar; tienen el deber de crear y organizar servicios públicos, funciones públicas, y se les debe obediencia, pero sólo en la medida en que cumplan sus deberes [...]". Puede consultarse igualmente la amplia exposición de DUGUIT en torno al papel de los gobernantes en relación con la interdependencia social en DUGUIT, s.f., pp. 72 y ss.

- 36 El positivismo en la concepción de COMTE es esencial y directamente social como consecuencia de la misma realidad de las cosas, que involucra precisamente el concepto de solidaridad social, el mismo que irradia de manera absoluta el pensamiento de DUGUIT. En la filosofía positiva de COMTE, el hombre propiamente dicho no existe, no puede existir más que en humanidad, en sociedad, y su desarrollo depende de ésta. Resalta COMTE, y es recogido por DUGUIT, que "[...] El conjunto de la nueva filosofía tenderá siempre a hacer resaltar, tanto en la vida activa como en la vida especulativa, el vínculo de cada uno con todos, en una multitud de aspectos diversos, de manera que se haga involuntariamente familiar el sentimiento íntimo de la solidaridad social, extendida convenientemente a todos los tiempos y a todos los lugares [...]". El nuevo pensamiento, el positivista, propugna la búsqueda activa del bien público, la felicidad de los individuos bajo criterios sociales. Este estado de cosas, al que COMTE denomina sutilmente "estado social", está nutrido de sentimientos benévolos que se desarrollan libremente dentro de él, pero reprime los sentimientos propiamente individualistas, esto es, los estrictamente personales.

requeridos por el colectivo de manera solidaria (DUGUIT, s.f., p. 73)<sup>37</sup> y conforme a las reglas de la división del trabajo propuestas por los estudiosos de la problemática social (DUGUIT, 2008, p. 103).

Surge de esta forma, para la teoría realista, el postulado comprobado, según DUGUIT, de la ética de la solidaridad, expresión fundamentalmente sociológica que, como él mismo lo reconoce, se hace desprender, de manera directa y para las bases del ordenamiento jurídico, el de tener que ser, necesariamente, el Derecho, el que atienda y se ocupe de la problemática generada por los hechos sociales; el Derecho, en consecuencia, no puede mirarse más bajo la óptica del individualismo jurídico, productos de la metafísica acientífica, sino bajo el sentido de lo colectivo, pasando en esta dinámica a constituirse en un Derecho en esencia social, objetivo y positivo (GURVITCH, ob. cit., pp. 657 y ss.)<sup>38</sup>, nominado por el mismo DUGUIT, como Derecho Social, situación que da como resultado palpable en el pensamiento de DUGUIT (s.f., p. 7), el que el Derecho es un producto de la vida social, que surge de las necesidades evolutivas de la misma sociedad<sup>39</sup>.

Conforme a los postulados de la teoría realista, en la base del Derecho, tan sólo puede subyacer solidaridad humana en relación con los conflictos propios de la interdependencia social; de aquí la necesidad de que cualquier construcción jurídica se haga a partir del hecho social (DURKHEIM, 1965, pp.

37 Es de advertir que, en sus diferentes obras, LEÓN DUGUIT invoca los conceptos de solidaridad, interdependencia social y solidaridad social como la fuente motora de las obligaciones y prestaciones de servicios públicos a cargo de los gobernantes sobre la base de un Derecho social. Ideas centrales de la obra de DUGUIT que se reconducen doctrinalmente bajo el concepto de interés público, es decir, en cuanto la organización y prestación de los servicios públicos constituye bajo esta construcción teórica un imperativo de solidaridad social a cargo de los gobernantes que se proyecta de manera finalística sobre la colectividad.

38 Me remito en estos aspectos trascendentes de la obra de DUGUIT a las profundas críticas que este autor les formula en esta obra.

39 En relación con la problemática del Derecho social se expone de manera objetiva el alcance de ella, reiterándose el origen social de los contenidos del Derecho y, sobre todo, la consideración de que es a partir del hecho social como se generan las relaciones del Derecho y el individuo, en donde el Derecho objetivo, determinado por lo social, entronca las razones sustentadoras de los verdaderos derechos subjetivos. Así las cosas, para DUGUIT, bajo la denominación de doctrina del Derecho social se califican "[...] todas las doctrinas que parten de la sociedad para llegar al individuo, del derecho objetivo para llegar al derecho subjetivo, de la regla social para llegar al derecho individual; todas las que afirman la existencia de una regla impuesta al hombre que vive en sociedad y que hacen derivar sus derechos subjetivos de sus obligaciones sociales; todas las doctrinas que afirman que el hombre, ser naturalmente social, se haya, por eso mismo, sometido a una regla social, que le impone obligaciones respecto de los demás hombres, y que sus derechos no son otra cosa que derivados de sus obligaciones, los poderes o facultades de que dispone para cumplir libremente y plenamente sus deberes sociales [...]".

24 y ss.)<sup>40</sup>, reconociendo como base sustentadora de esta gran construcción una verdadera ética de la solidaridad, lo que implicaba en la tesis de DUGUIT (ob. cit., p. 659)<sup>41</sup>, retomar la idea de la cooperación permanente de los miembros de la sociedad en procura de propósitos y finalidades comunes, en claro distanciamiento con los postulados y desarrollos conceptuales propiamente individualistas (MONEREO PÉREZ y CALVO GONZÁLEZ, ob. cit., p. 486), ideas estas que, en últimas, no son otra cosa, que matices sociológicos de su doctrina, sustraídos de los trabajos de COMTE (ob. cit., pp. 94 y ss.)<sup>42</sup> y de DURKHEIM (2008, pp. 217-262, capítulos V y VI del libro primero)<sup>43</sup>.

- 40 Son muchas y permanentes las remisiones que DUGUIT hace en sus obras a los trabajos del profesor y sociólogo DURKHEIM, retomando sus exposiciones en relación con el concepto de hecho social. Para DURKHEIM, el hecho social estaba conformado por todo aquel orden de situaciones fácticas externas al hombre y dotadas de poder coactivo sobre éste, que se impone sobre él, lo obligan y someten a partir de su especial caracterización, que además, y para efecto de cualquier análisis sociológico, debe ser tratado como cosas. Este aspecto resulta de mayor significación en la obra de DURKHEIM, quien lo eleva como la primera regla de su propuesta metodológica. Se trata de un simple pero trascendental ejercicio de metodología sociológica consistente en asimilar, según las mismas palabras de DURKHEIM, "[...] las realidades de la vida social a las del mundo exterior [...]". En conclusión, el autor propone como fórmula de su construcción teórica de sociología social la de que "[...] Hecho social es toda manera de hacer, fijada o no, susceptible de ejercer coacción exterior sobre el individuo; o bien, que es general en la extensión de una sociedad dada, conservando una existencia propia, independiente de sus manifestaciones individuales [...]".
- 41 Esta tesis, por lo demás central en los trabajos de DUGUIT, es retomada analíticamente por GURVITCH, prácticamente destrozándola desde la perspectiva del positivismo. Al respecto sostiene que el principio del derecho fundado en el concepto de hecho social se transforma en la obra de DUGUIT más que en un referente objetivo y positivo, realista y verificable, en un simple ideal, absolutamente alejado de las exposiciones que al respecto y sobre este tema se hicieron por sociólogos tan respetables como DURKHEIM y otros más.
- 42 El espíritu de colectividad es inherente a la filosofía positivista, según las palabras de COMTE, lo cual resulta lógico para estimular y consolidar el sentimiento de deber. En este sentido y bajo esta consideración, el espíritu positivista no es ni puede compartir en manera alguna la vieja moral individualista. "[...] Una apreciación más íntima y extensa, a la vez práctica y teórica, representa al espíritu positivo como el único susceptible, por su naturaleza, de desarrollar directamente el sentimiento social, primera base necesaria de toda moral sana [...]". Esta realidad, sostiene COMTE, implica reconocer las falencias profundas del espíritu metafísico, de por sí egoísta y por lo tanto incapaz de desarrollar una moral de lo social, como sí es capaz, en virtud de su misma fuerza, el espíritu positivista. El positivismo es directamente social, y no otra cosa. Lo social resulta inherente al positivismo, en cuanto para esta construcción filosófica el hombre como individualidad no existe, sólo existe la humanidad, en la medida en que los fenómenos que nos involucran son sociales y no estrictamente individuales. El positivismo parte del análisis y entendimiento del "[...] vínculo de cada uno con todos, en una multitud de aspectos diversos, de manera que se haga involuntariamente familiar el sentimiento íntimo de la solidaridad social, extendida convenientemente a todos los tiempos y a todos los lugares [...]".
- 43 Esta obra, por lo demás tesis doctoral defendida por DURKHEIM en 1893, constituyó sin duda una fuente inagotable de inspiración para las extensas exposiciones y elaboraciones de la doctrina de DUGUIT. La influencia y el reflejo de las conclusiones de DURKHEIM

En este sentido resulta claro, entonces, que su propuesta partía de entender al hombre como un fenómeno social (DUGUIT, s.f., p. 8)<sup>44</sup>, vinculado y obligado frente a la comunidad, pero que desde el punto de vista de su realidad subjetiva se conservaba diferente a los demás, siendo un imposible igualarlo objetivamente (ídem, p. 6), conservando su voluntad y personalidad real; lo anterior, en clara contraposición a los fundamentos del individualismo jurídico y a las ideas metafísicas de una voluntad colectiva, general, distinta a la del

resultan evidentes en la teoría social y solidarista de DUGUIT. DURKHEIM pretende en su tesis articular la teoría social y la organización dentro del contexto –para su época– de la creciente problemática de la sociedad industrial. El libro contiene la respuesta a las inquietudes morales de la sociedad, incorporando para la sociología –y por conducto de ésta para el Derecho y la ciencia política– el concepto de solidaridad como el elemento articulador y compactador de los hombres en sociedad. En este sentido, la influencia de DURKHEIM en la obra de DUGUIT no admite duda: está en la base conceptual de ésta; en gran parte, el discurso de DUGUIT no es más que una prolongación de aquél. Una simple aproximación a la estructuración conceptual de DURKHEIM lo demuestra. Si retomamos la obra que nos ocupa, en la edición citada, de las manos de su prologuista el profesor y filósofo ERNESTO FUNES –“Estudio preliminar: un llamado a la solidaridad”–, encontramos que las inquietudes profundas de moral social del autor no distan mucho de las extensamente expuestas por DUGUIT y que hemos desarrollado en el texto principal de este trabajo. Destaca FUNES cómo la tesis de DURKHEIM estaba dirigida básicamente a responder una gran inquietud tanto filosófica como sociológica vinculada a la problemática social, lo que en últimas termina siendo un problema de filosofía moral y que correspondía a una serie articulada de cuestionamientos circunscritos a determinar cuáles debían ser las relaciones entre la personalidad individual y la solidaridad social: ¿Cuál es el ideal moral de la sociedad moderna?, ¿Cómo es que, volviéndose más autónomo, el individuo depende más estrechamente de la sociedad?, ¿Cómo puede ser a la vez más personal y más solidario?, ¿Es el individualismo moderno una tendencia de naturaleza moral o a-moral?, ¿Cuáles son los vínculos que entrelazan a los individuos con la sociedad?, Al desarrollar los hombres cada vez más marcada personalidad individual, ¿se vuelven por ello más egoístas, independientes y autónomos? Las respuestas a estas inquietudes siempre se reconducen por los senderos de la solidaridad social al admitir que no obstante las profundizaciones del individualismo el hombre necesita cada vez más de la sociedad. El desconocimiento de esta fuerza articuladora genera reacciones de la misma sociedad: sanciones de diferente orden, pero que en el ámbito del Derecho se desarrollan en el contenido mismo de los derechos Penal, Civil e incluso Administrativo. En conclusión, el individuo es socializado a partir de la semejanza de conciencias y la división social del trabajo.

44 Retomando los trabajos de COMTE y DURKHEIM, se observa en DUGUIT la marcada idea y el concepto profundo de la sociabilidad y el carácter social del hombre y su necesidad de la sociedad. Al respecto expone de manera insistente en diferentes trabajos, lo que indica en su obra constitucional, como presupuesto y fundamento de sus planteamientos jurídicos y políticos, en el sentido de que “[...] Nuestro punto de partida es el hecho incontestable de que el hombre vive en sociedad, ha vivido siempre en sociedad y no puede vivir más que en sociedad con sus semejantes [...] Pero el hombre comprende, además, que no puede satisfacer estas necesidades y no puede realizar estas tendencias y aspiraciones sino mediante la vida en común con otros hombres [...]. Así, pues, diremos que el hombre está unido a los demás hombres por lazos de la solidaridad social. Para evitar la palabra solidaridad puede decirse la interdependencia social [...]”.

individuo, fundada en criterios de personalidad jurídica del Estado derivada del reconocimiento individualista de los derechos subjetivos (POSADA, ob. cit., p. 15).

De todas formas, sobre la base del reconocimiento a las diferencias de los individuos, DUGUIT admite de todas formas que en algo todos los individuos somos iguales, y este fenómeno igualitario lo funda en los criterios de la comunidad de necesidades (ídem, p. 13)<sup>45</sup>. En este sentido y para estos efectos surge el deber de solidaridad que cohesiona al grupo como tal permitiéndole condiciones de vida comunes. Sin solidaridad, el grupo social desaparecería. En esta dirección, el hombre es por esencia un miembro del grupo social, que para vivir debe respetar la solidaridad obrando siempre de conformidad con ella (DUGUIT, 2008, pp. 103 y ss.).

En este sentido, la doctrina solidifica uno de los presupuestos distanciados frente a las concepciones individualistas del poder y del Derecho, el de la autonomía de la voluntad, como sustento de la coexistencia entre los individuos. Para DUGUIT, no es que el hombre por su propia voluntad se integre a un grupo, sino que son las necesidades las que hacen que el hombre sea siempre parte del grupo social. El poder no deriva de la voluntad del individuo, sino de la sumisión a las necesidades solidarias del grupo en que vive, a los deberes que tal convivencia implica (DUGUIT, s.f., p. 72)<sup>46</sup>. La solidaridad, así vista, no es en sí misma un derecho del individuo: es ante todo un deber. Ideas es-

45 La obra de DUGUIT recoge de manera magnífica la crisis del Estado y de la sociedad; los trastornos y cambios en la vida social y política; las transformaciones económicas del señor al capital y al proletariado; la consecuente complicación de las condiciones de vida; el aumento prodigioso de las necesidades de la comunidad, todo lo cual ha exigido, y así lo advierte DUGUIT, una nueva ideología política y una nueva técnica jurídica.

46 Este profundo sentimiento dentro de la teoría de DUGUIT implica que el poder debía subordinarse a la satisfacción de necesidades mediante la prestación de servicios públicos. Para estos efectos sustenta en consecuencia una concepción positiva, objetiva, social y solidaria del Derecho, que implica una reevaluación absoluta del concepto de poder reconduciéndolo por los senderos exclusivos de la cooperación social. Los gobernantes, insiste DUGUIT, en cuanto seres iguales a cualquier otro, cumplen sus funciones bajo el designio de la interdependencia o solidaridad social. Es más –agrega este autor–: el cumplimiento de sus deberes, los impuestos por las reglas normativas, surgen necesariamente de la solidaridad o interdependencia social, esto como elementos básicos de la disciplina social. Esta disciplina genera en relación con los gobernantes profundos deberes de cumplimiento y acatamiento a la solidaridad, lo que a su vez implica serias prohibiciones en relación con afectación, desconocimiento, inaplicación, discriminación, etc. de la misma. “[...] No pueden actuar en contra de la solidaridad por similitudes, esto es: no pueden en manera alguna hacer nada para que una clase, una minoría, o hasta un solo individuo constituya una traba o entorpecimiento para la satisfacción de las necesidades comunes a todos los hombres [...]”. Por otra parte, la disciplina social de defensa y protección de la solidaridad no puede en manera alguna conllevar perturbación de la libre iniciativa del individuo; la solidaridad social en este aspecto no significa desconocimiento de ella. Existe de todos modos un margen de respeto a todo aquello que no se relacione con lo colectivo.

tas derivadas del pensamiento filosófico de COMTE al que DUGUIT guardaba especial devoción (DUGUIT, 2008, p. 104).

#### 4. LA NEGACIÓN DEL INDIVIDUALISMO

DUGUIT, a partir de lo anterior, niega en absoluto el paso al individualismo en la construcción válida del poder, el Estado y sobre el Derecho (COMTE, ob. cit., pp. 92 y ss.)<sup>47</sup>. Postulando, como lo hizo y expuso sistemáticamente, una ética de la solidaridad y la consolidación de un método sociológico fundado en el hecho social y su constatación realista, negando, en consecuencia, bajo la dinámica de estos planteamientos, cualquier posibilidad de validez a los métodos abstractos e idealistas basados en la metafísica, esto es proponiendo un estricto Derecho objetivo y positivista para la totalidad de sus elaboraciones doctrinales<sup>48</sup>.

En este sentido, desde la perspectiva de su doctrina estructuró las bases sustanciales de negación al individualismo clásico en relación con cualquier análisis o aproximación al entendimiento del poder, su ejercicio, los conceptos de soberanía y del Estado, el papel de los gobernantes y gobernados e, incluso, en la formulación del servicio público como elemento material de la interdependencia y la solidaridad social. Para DUGUIT, las bases sustentadoras del poder y del antiguo régimen jurídico de carácter metafísico e individualista, se sustituyeron por uno de carácter realista y socialista sustancialmente científico (DUGUIT, 1926, pp. 40 y ss.)<sup>49</sup>.

Así las cosas, el individualismo como doctrina, según la teoría realista, carece de la fuerza vinculante del realismo científico y social para ser admitida como una doctrina adecuada en la búsqueda de explicaciones y verificaciones ciertas y reales. El individualismo es apriorístico en cuanto que se fundamenta en simples afirmaciones alejadas de la realidad. Parte para sus elucubraciones de considerar al hombre como un ser aislado, separado de los otros hombres, y sin embargo, titular de ciertas prerrogativas y de ciertos derechos que le pertenecen con fundamento, única y exclusivamente en su dignidad como persona humana, por el solo hecho de su existencia, sin mayor consideración al grupo al cual se está vinculado naturalmente, aspecto materialmente contrario a los designios de la realidad y de la misma naturaleza humana, como es la de su sociabilidad (DUGUIT, 2003, p. 11).

47 Para un mejor entendimiento de los fundamentos de las posiciones nugatorias del individualismo en la doctrina de DUGUIT, puede consultarse el interesante análisis que desde la perspectiva positivista efectúa COMTE en torno al desarrollo del sentimiento social en sus posiciones filosóficas, que fueron indudablemente fuente inspiradora del discurso realista de DUGUIT.

48 Véase las críticas a estas tesis en la obra de GURVITCH, ob. cit., pp. 659 y ss.

49 En el mismo sentido, DUGUIT, 2008, pp. 73 y ss.

El individualismo, inadmisibles bajo los parámetros del positivismo realista y objetivo de la escuela de Burdeos, sólo concebía al hombre como dueño de sí mismo, sumido en la autonomía de su voluntad y, por lo tanto, centro absoluto de la universalidad, este planteamiento, que deviene sin dudas de la filosofía estoica, revivida en los trabajos jurídicos del Derecho romano y luego ampliamente postulada en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789<sup>50</sup> como cabeza heráldica del pensamiento revolucionario, sostiene DUGUIT (1975<sup>a</sup>, pp. 40 y ss.)<sup>51</sup>, no pasa de ser una simple y llana afirmación especulativa, retórica y gratuita, producto de las ideas metafísicas, que carecen de confrontación científica con la realidad social, es más, con la misma realidad de los sentidos (DUGUIT, 2008, pp. 73 y ss.).

La realidad de las cosas nos muestra algo diferente: que el hombre es esencialmente social y sólo en relación con la sociedad puede predicarse de él derechos y deberes, no por el hecho falso y retórico de su simple existencia. El hombre individualmente no puede tener derechos naturales, en la medida en que por su naturaleza es esencialmente sociable; si el hombre tiene derechos, reitera DUGUIT (2007a, p. 46), lo es simplemente en cuanto ser sociable. La noción de derechos del hombre supone vida social, deviene de ésta, del medio social. En este sentido, el individualismo pierde de vista la realidad científica de que el hombre nace siempre miembro de una colectividad, vive siempre en sociedad y sólo puede vivir en ella. Este postulado central en el pensamiento positivista y realista de DUGUIT implica, desde el punto de vista práctico de su teoría, que cualquier tipo de análisis sobre el tema no puede tener otro punto de referencia distinto al de esta realidad verificable, la del hombre natural pero sociable.

No desconoce la doctrina realista la individualidad de cada ser humano, sencillamente lo concibe como persona, pero dentro del marco del colecti-

50 Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789: "Artículo 1. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos; por tanto las distinciones sociales no tienen más fundamento que la utilidad común. Artículo 2. El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; a saber: la libertad, la propiedad, la seguridad, y la resistencia a la opresión [...]".

51 Durante más de cien años, sostiene DUGUIT, haciendo referencia a las bases revolucionarias del individualismo jurídico, el sistema del derecho público descansaba en principios de carácter metafísico e individualista. Al individualismo se le veneraba como artículo de fe religiosa y sus principios que se llegaron a considerar definitivos e inmutables. El individualismo fluía no sólo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, sino también de las constituciones y leyes de la época revolucionaria. En el alma del sistema individualista estaba el subjetivismo jurídico y todo lo que de él se desprendía como efectos directos en la organización del poder, la concepción del Derecho, los derechos individuales, la soberanía, etc. En líneas generales, el individualismo se refleja en dos ideas centrales: "[...] La idea de soberanía del Estado teniendo por titular originario la nación personificada, y la idea del derecho natural, inalienable e imprescriptible del individuo, oponiéndose al derecho soberano del Estado [...]".



vo social. En esto reitera DUGUIT, el hombre natural objeto de la doctrina positiva, realista y objetiva, no es más el ser aislado, tal como fue idealizado de manera abstracta por los filósofos metafísicos, no es cierto que es absolutamente libre, independiente, dueño absoluto de su voluntad y llevado de su parecer por ésta, sin consideración, a los demás hombres y del grupo mismo. El individuo visualizado por el realismo conserva su individualidad, pero está inevitablemente contextualizado en la sociedad, en un grupo determinado, sujeto por las irrompibles de solidaridad e interdependencia social, lo cual, de por sí, significa una transformación sustancial en el entendimiento de los fenómenos ligados al Derecho público y a la misma concepción política de Estado y del Derecho (DUGUIT, 2003, p. 11).

En esta perspectiva para la teoría realista, queda en un plano de relegación absoluta el problema relativo al del nacimiento del hombre, el cual no le genera al mismo ningún tipo de derechos en cuanto no sea referido este hecho al contexto de lo social. La concepción del hombre aislado es una simple entelequia acientífica que no está llamada a producir efectos jurídicos en el ámbito de los derechos del hombre como lo fue propuesto en la declaración francesa. Lo trascendente es que los hombres nazcan como miembros de una colectividad, con todo lo que ello implica desde el punto de vista obligacional y de deberes. En esta línea, el individualismo peca de superficial e ingenuidad, en cuanto que, como lo reitera DUGUIT (s.f., pp. 5-6), el hombre separado de la sociedad nunca ha existido<sup>52</sup>.

Bajo los designios de la concepción individualista, la idea de soberanía del Estado, materializada en el concepto de nación persona jurídica, titular de derechos subjetivos, como tal con una voluntad superior a las voluntades de sus súbditos (superioridad que configura propiamente dicho la soberanía o poder

52 El individualismo es esencialmente metafísico y además se contrapone a la interdependencia y la solidaridad social, en consecuencia contraria al realismo jurídico, el positivismo y toda concepción científica del derecho. "[...] La doctrina individualista no puede admitirse, a nuestro juicio, porque reposa sobre una afirmación a priori e hipotética. Se afirma, en efecto, que el hombre natural, esto es, el hombre considerado como un ser aislado retirado de todos los hombres, se haya investido de ciertas prerrogativas, de ciertos derechos que le pertenecen por el solo hecho de ser hombre, a causa de la eminente dignidad de la persona humana, según la expresión de HENRI MICHEL. Y esta es una afirmación puramente gratuita. El hombre natural, aislado, nacido en condiciones de absoluta libertad e independencia, respecto de los demás hombres, y en posesión de derechos fundados en esta misma libertad, en esta independencia misma, es una abstracción sin realidad alguna. De hecho, el hombre nace ya miembro de una colectividad, ha vivido siempre en sociedad, y no puede vivir más que en sociedad, y el punto de partida de toda doctrina sobre el fundamento del Derecho, aunque sea, como debe ser, el hombre natural, no es el de ser aislado, y libre de los filósofos del siglo XVIII, sino el individuo ligado, desde su nacimiento, con los lazos de solidaridad social. Lo que se debe, pues, afirmar, no es que los hombres nacen libres e iguales en derechos, sino más bien que nacen miembros de una colectividad y sujetos, por este solo hecho, a todas las obligaciones que implican el mantenimiento y el desenvolvimiento de la vida colectiva [...]".

público), se impone, manda, formula las órdenes que sus destinatarios, ciudadanos y súbditos, deben obedecer. Las órdenes que formula el Estado no son otra cosa que el ejercicio de sus derechos subjetivos superiores; complementa este esquema individualista y subjetivo, en clara oposición limitante de los derechos subjetivos superiores del Estado, y amparados en la idea del Derecho natural, los derechos igualmente subjetivos inalienables e imprescriptibles de los individuos propiamente dichos, derechos que debían ser, paradójicamente, garantizados por el Estado en desarrollo de su soberanía; esto, en cuanto la constitución del poder, se hacía básicamente en la dirección y propósito de asegurar al hombre la protección de sus derechos subjetivos, tal como se desprende del artículo segundo de la declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 (DUGUIT, 1926, pp. 41-42).

En la dirección señalada del individualismo clásico, el Derecho subjetivo del individuo se ubica en la base misma de los desarrollos propios del Derecho objetivo. Las normas o reglas de Derecho se imponen con el propósito indiscutible de asegurar siempre y bajo cualquier circunstancia la defensa y protección de los derechos individuales, generando por lo tanto límites naturales a los derechos subjetivos de la colectividad en cabeza del Estado soberano (ídem, p. 44)<sup>53</sup>.

En sus observaciones sobre el tema, DUGUIT sostiene que frente a la teoría realista, positiva y objetiva, el sistema individualista no admite mayor resistencia a un análisis profundo y científico. Es más, parte de calificarlo como un sistema absolutamente descompuesto, que pasados nada más de cien años de su postulación doctrinal las bases sobre las cuales se soportaba, decayeron: la soberanía del Estado y el Derecho natural de los individuos han muerto precipitadamente al no resistir, sus fundamentos metafísicos, los embates del positivismo, que rompió cualquier consideración política y jurídica fundada en meras ficciones. Para el caso, sostiene DUGUIT (ídem, p. 46), los conceptos fundantes del individualismo no eran más que eso, meras ficciones insustentables mediante un método realista tanto científica como socialmente<sup>54</sup>.

53 El sistema individualista así presentado, y generado a partir de los planteamientos teóricos y de las normas implantadas por los revolucionarios de 1789, cuyos seguidores, por lo demás, llegaron a concebirlo como dogma eterno e inmutable, para DUGUIT no fue otra cosa que un sistema subjetivista, metafísico, imperialista o regalista. Subjetivo, en cuanto el sistema fue concebido sobre la base del juego permanente entre derechos subjetivos de órdenes diferentes, limitados unos por otros; metafísico, en cuanto proviene del ámbito especulativo y no propiamente científico de la comprobación del hecho social; imperialista, en cuanto implica de cualquier forma el ejercicio del poder de mando o imperio de la nación organizada como estado en relación con los súbditos.

54 Las cargas de profundidad de DUGUIT contra lo que él denomina los sustentos metafísicos del individualismo y su cadena de ficciones insustentables alcanzan incluso al *Contrato social*, la clásica obra revolucionaria de JUAN JACOBO ROUSSEAU, sustentadora de las ideas de la voluntad nacional. Para DUGUIT, esta obra, "[...] que a tantas generaciones ha entu-

## 5. EL SERVICIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE LA SOLIDARIDAD E INTERDEPENDENCIA SOCIAL

La postulación del servicio público como instrumento de la solidaridad e interdependencia social, es un deber funcional que se impone a los gobernantes en relación con su creación, dirección, organización y funcionamiento interrumpido. En opinión de DUGUIT, tan impotentes resultaron ser las bases metafísicas del individualismo que no resistieron la realidad de las transformaciones económicas de la sociedad. Las bases fundantes del individualismo y del subjetivismo provenientes de los trabajos de la Revolución francesa se rompieron ante hechos sociales y económicos irrefutables: la imposibilidad de subsistencia autónoma del individuo ante la desaparición de la economía doméstica, haciéndose necesario la presencia del colectivo asistiendo las falencias del individuo, atendiendo la gran masa de sus necesidades elementales; además, constituye una realidad irrefutable, según DUGUIT, que la magnitud de los descubrimientos científicos y los progresos industriales hicieron que las relaciones entre los hombres se hiciesen cada más complejas y numerosas, propiciando y ahondando en una más íntima y fructífera interdependencia social, complicando en consecuencia cualquier hipótesis de supervivencia del individualismo.

El crecimiento incontenible de la interdependencia social, aunado a la ética de solidaridad, el hundimiento del individualismo y sus sofismas metafísicos, el desvanecimiento del subjetivismo y de la noción de soberanía, el consecuente cambio material en el contenido mismo del concepto de Estado y, por lo tanto, el sentido del poder público y su ejercicio, volcados ahora de manera cierta en torno al realismo objetivo y el contexto de lo social, comprometieron de manera decisiva a la colectividad frente al individuo; compromiso que se concretó en la atención de sus necesidades primordiales, las que se deben atender ahora mediante la prestación de servicios públicos, no simplemente clásicos ligados al viejo concepto de soberanía subjetivista y metafísica, como los de guerra, policía y justicia, que bajo los designios del realismo objetivo de DUGUIT, también merecen atención de las autoridades, técnicos, como los de correos, ferrocarriles y enseñanza; sino, básicamente de aquellos que tienen relación directa con necesidades primordiales, o sea aquellos que de llegar a fallar o a interrumpirse por un solo instante, ocasionarían una ruptura profunda en la vida social misma: los llamados servicios industriales.

Los servicios públicos industriales, como los denomina DUGUIT, tienen vinculación directa con las necesidades cotidianas y apremiantes de los individuos en sociedad, y su atención no corresponde a los gobernantes bajo designios

siasmado y en nombre del cual se ha hecho la Revolución, no es, aparte del esplendor de su estilo, más que un tejido de sofismas [...]"

metafísicos y de consideraciones subjetivas inspiradores de los conceptos de soberanía, Estado y poder. El servicio público industrial no es el resultado del ejercicio de poder de mando, fundado en la idea metafísica de una voluntad superior que se impone, sino, por el contrario, en la obligación y el deber del gobernante de obrar en relación y respecto de las necesidades objetivas y reales de los individuos en comunidad. Esas actividades vinculantes para los gobernantes, que implican irremediamente la atención en todos sus aspectos de las necesidades, constituyen la esencia y objeto de los servicios públicos. Así las cosas, en la más profunda intimidad de los servicios públicos, no reposa otra cosa distinta a la más pura solidaridad e interdependencia social generadora de deberes funcionales para los gobernantes; en consecuencia, la finalidad de toda actividad de los gobernantes no puede ser otra que la de crear, dirigir, organizar y hacer funcionar ininterrumpidamente los servicios públicos.

Esta concepción objetiva y realista trae como consecuencia una transformación sustancial en el contenido material del Derecho público que podemos asumir conforme a la siguiente postulación de ideas de DUGUIT (1926, pp. 93-141)<sup>55</sup>.

55 Si bien es cierto esta obra fue pública en 1915, el texto aparece firmado por el autor en Burdeos el 31 de enero de 1913. La edición está acompañada de un estudio preliminar del traductor ADOLFO POSADA sobre la idea de Estado y la noción de soberanía en la obra de DUGUIT, al igual que de un acápite introductorio del autor en torno a las transformaciones del Derecho público y la necesidad de su adecuado estudio y conocimiento, introducción que es omitida en la mayoría de las ediciones que en los últimos años se han efectuado de esta obra de LEÓN DUGUIT; omisión desafortunada en la medida en que en este documento se puntualizan los mayores aportes de su trabajo doctrinal en torno de la transformación del Derecho público de su época y que podríamos sintetizar en la formulación de toda una sistemática positivista que partía principalmente de la reafirmación de una ruptura con las concepciones individualistas, el Derecho natural y subjetivo y sobre todo de la idea de soberanía sustentada en estas proscritas bases ideológicas y jurídicas a las que calificaba de metafísicas, agotadas e inadmisibles para una sociedad que cien años después de la revolución que las postuló había evolucionado sustancialmente. Al respecto, sostiene que el sistema clásico derivado de la revolución se ha descompuesto. “[...] Las dos ideas que le servían de fundamento, la soberanía del Estado y el derecho natural del individuo desaparecen. Se advierte que uno y otro son conceptos metafísicos, que no pueden servir de base al sistema jurídico de una sociedad profundamente influida por el positivismo [...]”. sobre estas consideraciones postula la que se considera la consagración sustancial de la doctrina social y jurídica de los servicios públicos como piedra angular de un nuevo concepto de poder y del Estado no fundado en la idea de soberanía individualista y subjetiva, sino más bien en la de organización y funcionamiento de los servicios públicos. Para DUGUIT, los cambios formidables en la economía sucedidos a partir de la segunda mitad del siglo XIX dejaron sin piso las construcciones jurídicas rígidas y metafísicas de la Revolución francesa que se basaban en un sistema de economía doméstica que ha sido sustituida por la gran economía nacional, adicionalmente los descubrimientos científicos y los progresos industriales; todas estas circunstancias suscitaron una impresionante interdependencia social y, si se quiere, un abandono al hombre individualmente considerado, que requiere de la sociedad para la satisfacción de sus múltiples y complejas necesidades. Sobre esta argumentación deposita, pues, su tesis central según la cual “[...] el principio de todo sistema de derecho público

## 5.1. EL PODER Y EN CONSECUENCIA LA SOBERANÍA NO DEVIENE DE DERECHO SUBJETIVO ALGUNO

Bajo esta perspectiva, para DUGUIT, el concepto de poder público reconducido tradicionalmente en torno al postulado absoluto de soberanía, sustentado en las razones de *imperium* y de *dominus*, derechos estos subjetivos por excelencia dentro de las construcciones jurídicas romanas, resultaban, en su criterio, "*artificiales y precarios*" injustificados, sin perspectiva o limitación objetiva, lo que hacía de este concepto de soberanía, en su versión clásica y subjetiva, simple ejercicio del poder derivado de una voluntad superior artificial; por lo tanto, metafísica, en clara contradicción con la realidad social (DUGUIT, 1943, pp. 5 y 45). En la doctrina realista, todas las voluntades son voluntades individuales; el concepto de jerarquía no es predicable en relación con ellas; todas las voluntades valen lo mismo y este valor está vinculado y determinado por el fin que se persigue, la del gobernante, tan solo por el fin mismo de organización y funcionamiento de los servicios públicos. La idea clásica de soberanía, poder, fuerza, imposición, dominación, mando y jerarquía, pierde cualquier valor y validez, siendo lo determinante, a la luz del realismo jurídico y político, el fin de servicio público. "[...] Los que de hecho tienen el poder no tienen un derecho subjetivo de poder público [...]" (DUGUIT, 1926, pp. 47-48).

Para DUGUIT, el concepto de soberanía se había sustituido históricamente por la de servicio público, en cuanto que al hecho objetivo y palpable, comprobable de las necesidades colectivas correspondía una respuesta real y ésta sólo podía provenir de la materialización de la solidaridad que implica el servicio público; la fuerza de una voluntad superior que conlleva el mando e imposición coactiva, se muda objetivamente por deberes prestacionales en relación con las necesidades de los individuos en comunidad (DUGUIT, 1975<sup>a</sup>, p. 26)<sup>56</sup>. "[...] quienes de hecho tienen el poder... tienen el deber de emplear

moderno, se encuentra resumido en la siguiente proposición: los que de hecho tienen el poder no tienen un derecho subjetivo de poder público; pero tienen el deber de emplear su poder en organizar los servicios públicos, en asegurar y realizar su funcionamiento [...] la voluntad del gobernante no tiene ninguna fuerza como tal; no tiene valor y fuerza más que en la medida en que persigue la organización y funcionamiento de un servicio público. De este modo, la noción de servicio público acaba por sustituir a la de soberanía. El Estado no es un poder soberano que manda; es un grupo de individuos que tienen una fuerza que debe emplear en crear y dirigir los servicios públicos. De la noción de servicio público deviene la noción fundamental del derecho público moderno. Los hechos lo van a demostrar [...]"

56 El servicio público engendra obligaciones y deberes inevitables para los gobernantes dentro de la sociedad. En este sentido, el servicio público es ante todo un concepto material que irradia de manera magnífica la totalidad de las actuaciones públicas, las inspira y vincula en aras de su consolidación. "[...] La noción de servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del Derecho público. Seguramente esta noción no es nueva. El día mismo en que mediante la acción de causas muy diversas, cuyo estudio no nos interesa

su poder en organizar los servicios públicos, en asegurar y realizar su funcionamiento [...]” (DUGUIT, 1926, p. 47).

El ejercicio del poder, por lo tanto, todo acto que realicen o ejecuten los gobernantes, deben estar dirigidos sustancialmente a los fines indicados: la materialización del objeto mismo del servicio público. La validez y la fuerza vinculante de los actos de los gobernantes están dadas si buscan las finalidades de servicio público. “[...] quienes de hecho tienen el poder... los actos que realizan no se imponen y no tienen valor jurídico más que cuando tienden a este fin [...]” (ídem).

### 5.1.1. La consecuente reformulación del concepto de Estado en abandono a las ideas metafísicas de la soberanía y la personalidad jurídica

La cooperación del grupo en la esencia del Estado, las ideas son fuerzas determinantes de los conceptos de poder y soberanía bajo preceptos de solidaridad y de hondo contenido finalísticos y sociales, dejan entrever todo el contenido sustancial de los trabajos de DUGUIT, consolidando una línea clara y definida en los mismos: la de que, ante la sustitución de la idea de soberanía, por la de servicio público, el concepto de Estado no es más que la de un poder soberano detentador de la fuerza con poder de mando e imposición. El Estado se entiende ahora a partir del criterio de la solidaridad, como una agrupación de individuos con poder de coacción suficiente para cumplir con las obligaciones y deberes para con la sociedad, creando, dirigiendo actividades que se concretan en los llamados servicios públicos.

En esta misma dirección, los agentes del Estado no son más que poderosos señores superiores con autoridad de mando, amos empotrados, y los gobernados simples subalternos destinados a obedecer; en la doctrina realista, estos roles mudan absolutamente, al transformarse sustancialmente el contenido conceptual del Estado propiamente dicho: los gobernantes son verdaderos servidores de la comunidad y los individuos servidos, los destinatarios de la acción y actividades de aquellos a quienes se les deben las prestaciones serviciales públicas (DUGUIT, 2007, pp. 7-9)<sup>57</sup>.

en este momento, se produjo la distinción entre gobernantes y gobernados, la noción del servicio público nació en el espíritu de los hombres. En efecto, desde ese momento se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponían a los gobernantes para con los gobernados y que la realización de esos deberes era a la vez la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza. Tal es esencialmente la noción de servicio público [...]”.

57 Este concepto se retoma de la insistente línea en el pensamiento de DUGUIT que se recoge en los siguientes términos: “[...] Dos ideas generales se desarrollan en estas conferencias. La primera, que, por lo demás, inspira todo cuanto he escrito relativamente al Derecho público, establece que la creencia en la existencia de un poder soberano ‘etático’ no corresponde a nada real, que esta creencia está en camino a desaparecer, que el Estado deja

Se abandona, por lo tanto, no sólo la clásica definición de la soberanía nacional, sino que se reacciona de manera especial contra la teoría del Estado-poder o del Estado-persona jurídica como titular de la soberanía. El Estado, dentro de la teoría de DUGUIT, es tan solo un concepto con el que se identifica a la sociedad con el poder político indispensable o coacción necesaria para el cumplimiento de sus deberes funcionales de servicio público bajo el esquema de solidaridad social, para la real y efectiva materialización de los servicios públicos a favor de la comunidad. El Estado soberano se justifica sólo si se transforma en un grupo de individuos que poseen la fuerza necesaria para emplearla en los destinos mismos de los servicios públicos; una verdadera cooperación de servicios públicos, dentro de la cual la principal obligación de sus gobernantes es la de asegurar su funcionamiento.

### **5.1.2. La noción de servicio público deviene, en consecuencia, en la noción fundamental del Derecho público**

La noción de servicio público deviene, en consecuencia, en la noción fundamental del Derecho público, lo determina, condiciona y otorga contenido material y, genera, además, deberes funcionales para las autoridades y también, en lo que resulta aún mucho más trascendente, para efectos del presente estudio, genera un particular y especial régimen jurídico. En este sentido, DUGUIT estructuró un amplio concepto de servicio público, al que considera general y predicable de absolutamente toda actividad prestacional a cargo de los gobernantes, en cabeza de las cuales, además, recae el deber de otorgarles el adecuado cumplimiento, debiendo adicionalmente regularlo, asegurarlo y controlarlo. En este sentido, destaca DUGUIT que resulta inherente al concepto, su debido, oportuno, adecuado y continuo cumplimiento por parte de los gobernantes, en cuanto que es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social (DUGUIT, s.f., p. 73)<sup>58</sup>. Agrega,

de ser, más y más cada día, un poder de mando, para convertirse en una cooperación nacional que asegura el cumplimiento de los servicios públicos y sanciona las reglas de derecho [...] el Estado nación reemplaza al Estado poder [...]. Los gobiernos no son más los representantes de un poder social que manda: son los gerentes de los servicios públicos [...] pueden pues, los hombres decirse ahora que los gobernantes son sus servidores y no sus amos [...].”

58 Lo expuesto deviene de la siguiente línea del pensamiento de DUGUIT: “[...] Así aparece claramente determinada la noción de servicio público: toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta 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 [...]. Los gobernantes estarán, por tal virtud, obligados a intervenir para reglamentar, para organizar, para controlar esta actividad, para reprimir todos los actos contrarios a su realización, para sancionar todos los actos conformes a su objeto [...] todo acto del gobernante carece de valor

como elemento así mismo determinante para estos propósitos, el del uso de la fuerza, a la cual concibe dentro del concepto como indispensable para el logro y consolidación de la finalidad que persigue el servicio, y por lo tanto tan sólo en esa dirección debe orientarse la misma (ídem, p. 71)<sup>59</sup>.

### 5.1.3. Los efectos de la noción de servicio público y en general de la construcción jurídica de DUGUIT en relación con el Derecho Administrativo

Tal como se ha expuesto ampliamente, se puede afirmar que DUGUIT explicaba la noción de servicio público como sustituta de la soberanía y del Estado configurando de esta forma el objeto del Derecho público en consecuencia del Derecho sustantivo de la administración, esto es, del Administrativo, bajo preceptos sociológicos finalísticos, objetivos y realistas: lo primero, en cuanto pone como centro para la edificación de conceptos jurídicos a la sociedad y sus necesidades (como demandante de servicios y al Estado como prestatario de los mismos); y lo segundo, como edificante del deber de satisfacción de los servicios en cabeza del Estado, en especial mediante su aparato administrativo. Conforme a esto, el Derecho Administrativo es el producto de las necesidades sociales y de los sentimientos de justicia social, de donde se deduce que el elemento identificador del concepto de servicio público es el de la solidaridad social.

De estos postulados se deducen tres claros principios básicos en el pensamiento de DUGUIT con impacto directo en el Derecho Administrativo: el primero, de ostensible inspiración socio-jurídica, en cuanto legitima a las autoridades administrativas con el propósito de que gobiernen para la sociedad y cumplan con las finalidades que se les asignan, satisfaciendo los servicios públicos, edificando de esta forma el sustento de la legalidad dentro de su teoría. El segundo, de carácter político, reconoce la existencia de un gobierno dentro de la sociedad, que para su ejercicio requiere del apoyo de la fuerza política o el poder de constreñimiento, capaz de impulsar el cumplimiento

cuando persiga un objeto distinto del propio del servicio público. El servicio público es el fundamento y el límite a la vez del poder gubernamental".

59 Complementan el diseño del concepto expuesto las siguientes apreciaciones doctrinales del autor: "[...] En el interior de la nación y dentro de los límites del territorio ocupado por esta nación, los gobernantes, diferenciados de los gobernados y monopolizando la fuerza, deben emplear esta fuerza en organizar y controlar el funcionamiento de los servicios públicos; de esta suerte los servicios públicos vienen a ser uno de los elementos del Estado, y al llegar aquí tocamos ya en cierto modo lo que constituye el punto culminante del concepto de Estado, tal como lo hemos expuesto, y que podemos resumir diciendo: El Estado no es, como se ha pretendido hacerle, 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. [...]".



de los servicios públicos como fines esenciales en toda sociedad (PAREJO ALFONSO, ob. cit., pp. 86 a 90). El tercero, de profunda consistencia social, pero de efectos jurídicos inimaginables, al derivarse de toda la teoría, la necesidad de reconocer la función social (DUGUIT, s.f., pp. 180-181)<sup>60</sup> del Estado y de los asociados que se concreta en la prestación de servicios públicos bajo un contexto inevitable de Derecho social, lo cual implica desconocer el fundamentalismo individualista en los análisis y aproximaciones reales en relación con la sociedad (DUGUIT, 1975a, p. 31)<sup>61</sup>.

Ahora bien, los desarrollos doctrinales de DUGUIT implicaron, por aquella época, que el objeto mismo de los servicios a cargo del Estado no podían determinarse de manera taxativa, ni mucho menos ser simple y llanamente los tradicionales bajo el modelo del clásico Estado liberal identificado a partir de las concepciones jurídicas y económicas individualistas. La carga prestacional del Estado es directamente proporcional al creciente número de necesidades de la comunidad. Lo cual significaba que el marco de los deberes nuevos de los gobernantes para con los gobernados era siempre creciente teniendo en cuenta las profundas transformaciones económicas y sociales del conglomerado humano. En esta dirección, las ideas de DUGUIT se expusieron en abierta contraposición a las directrices ideológicas de los teóricos liberales (ídem, p. 35)<sup>62</sup>.

60 Esta idea, que irradia la totalidad del trabajo doctrinal de DUGUIT, es resumida por el profesor en los siguientes términos: “[...] ¿En qué consiste, pues, esta noción de función social? Se reduce a lo siguiente: el hombre no tiene derechos, la colectividad tampoco los tiene. Hablar de derechos del individuo, de derechos de la sociedad, decir que es preciso conciliar los derechos del individuo con los de la colectividad, es hablar de cosas que no existen. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que llenar, una cierta tarea que ejecutar. No puede dejar de cumplir esta función, de ejecutar esta tarea, porque de su abstención resultaría un desorden o cuando menos un perjuicio social. Por otra parte, todos los actos que realizase contrarios a la función que le incumbe serán socialmente reprimidos. Pero, por el contrario, todos los actos que realice para cumplir la misión que le corresponde en razón del lugar que ocupa en la sociedad serán socialmente protegidos y garantizados [...]”.

61 Complementa lo anterior exponiendo lo siguiente: “[...] 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 [...]”.

62 Resulta claro y evidente que toda la construcción de DUGUIT se hace bajo los designios de un Estado ampliamente interventor en la economía y la problemática social, lo que significa que el ámbito de construcción de su teoría corresponde a estadios propios de la depresión y el decaimiento del capitalismo individualista clásico, lo cual influye de manera significativa en la conceptualización misma del Derecho Administrativo. Para estos efectos, vale la pena recordar lo que ha este propósito exponía en la época el autor: “[...] Algunos economistas rezagados pueden, desde el fondo de su gabinete de estudio, declarar que el Estado no tiene otra cosa que hacer que procurar la seguridad en el exterior, y el orden y la tranquilidad en el interior, debiendo desinteresarse de todo lo demás y dejar libertad entera a la acción y a la concurrencia individuales, cuyo desarrollo natural asegurara normalmente la satisfacción de todas las necesidades sociales. Los hechos son

Esta construcción teórica, de cara al Derecho Administrativo, avanzó en torno a su entendimiento como un Derecho social, edificante de los principios, criterios y mecanismos para satisfacer el interés general mediante la ejecución directa, continua y no interrumpida, y en muchos casos gratuita de los servicios públicos, en la medida en que le correspondería a la administración pública asumir los costos de los mismos, con cargo a los impuestos públicos, en aras de la consolidación de la solidaridad o interdependencia social característica de todas las doctrinas que parten de la sociedad para llegar al individuo. Esta formulación objetiva del Derecho que proponía una administración pública fortificada funcionalmente y por lo tanto un Derecho Administrativo objetivo y fuerte materialmente, que abandona lo puramente formal para tornarse en fuente de derechos subjetivos, fluía de la esencia misma de los trabajos de DUGUIT.

Por otra parte, sobre la base de lo expuesto, la doctrina administrativista de la época recogió estos postulados desarrollándolos y determinando en consecuencia que, admitida la existencia de un servicio público del cual surgían de inmediato reglas jurídicas especiales y procedimientos de Derecho público, tendientes a facilitar su funcionamiento regular, continuo, rápido y completo para de esta manera satisfacer los intereses generales, bajo la premisa de que el interés particular debe ceder ante el interés general.

En consecuencia, el Derecho Administrativo fundado sobre concepciones sociales, se fundamenta en la idea de desigualdad. En reconocer a una comunidad no homogénea con multiplicidad de diferencias y necesidades que requieren de la intervención del aparato administrativo del Estado de manera directa o a través de mecanismos indirectos, como los concesionales.

#### **5.1.4. Los efectos de la noción de servicio público y en general de la construcción jurídica de Duguit en relación con los contratos, los contratos del Estado y, en especial, con la figura de la concesión de servicios públicos**

No obstante sus posiciones ideológicas, DUGUIT no niega la existencia del fenómeno contractual como propio y ligado a la autonomía conformadora de los individuos en sus relaciones jurídicas, de aquí que lo entienda como “[...] un acuerdo sobre un cierto objeto después del contacto de dos voluntades individuales [...]”, en claro desarrollo de la fórmula de la estipulación romana *Spondesne... Spondeo*. En materia civil, es lógico que esta fórmula sea fuente de

más fuertes que todas las teorías, y la conciencia moderna desea otra cosa. Quiere otra cosa en el orden intelectual y moral: no admite, por ejemplo, que el Estado no intervenga en el servicio de enseñanza. En el orden material desea otra cosa: no admite, por ejemplo, que el Estado no organice los servicios de asistencia [...]”.

obligaciones y situaciones en Derecho, al lado de otras, como el cuasi contrato, el delito, el cuasi delito y la ley (DUGUIT, 1975a, pp. 222-223)<sup>63</sup>.

En relación con la existencia y a su vez naturaleza del contrato en el seno de la administración, en cuanto instrumento para el cumplimiento de los servicios públicos, DUGUIT (1975, p. 100) lo acepta como tal<sup>64</sup>, y ubica la misma, en la de los actos administrativos relativos al funcionamiento de lo público (ídem, pp. 97-98), entendiéndolo por éste un concepto genérico que involucra tanto manifestaciones unilaterales de voluntad de la administración creadoras de situaciones jurídicas subjetivas o particulares, como también situaciones bilaterales o contractuales producto del acuerdo de voluntades entre un agente público y otro individuo, siempre en dirección al cumplimiento de los fines del servicio público, y no propiamente en ejercicio de un poder de mando o de imperio, el cual no tiene cabida, ni en los actos individuales, ni mucho menos en los contractuales (ídem, p. 98)<sup>65</sup>.

El acto propiamente dicho, como el contrato, son, ante todo, actos jurídicos intangibles, que no pueden ser abordados unilateralmente por la administración para suprimirlos o modificarlos, salvo en los casos excepcionales que por su naturaleza se hace revocable, esto, en cuanto que el concepto de poder público o de prerrogativas públicas que devenía de las construcciones metafísicas del Derecho han desaparecido. Bajo el dominio de estas concepciones fueron muchas las tesis que se expusieron con el fin de justificar el carácter vinculatorio de los contratos, todas ellas decaídas en la actualidad de frente al criterio del servicio público<sup>66</sup>.

63 Agrega DUGUIT, para mayor claridad, invocando la doctrina privatista de la época, que "[...] Como algunas veces se dice, para que haya contrato es preciso que el acto de voluntad de una de las partes sea determinado por el acto de voluntad de la otra [...]".

64 La aceptación de la figura contractual en la obra de DUGUIT no admite discusión y su respeto a las fuentes privadas tampoco, lo cual a primera vista pudiera aparecer como contradictorio a la luz de sus concepciones ideológicas realistas y de profundo calado positivista que reprochaban todo lo relativo al individualismo y subjetivismo jurídico. La recepción de la institución se hace sin reparos al sostener de manera clara lo siguiente: "[...] El contrato es un acto jurídico que tiene el mismo carácter en derecho público que en derecho privado; o más bien, no hay distinción entre el derecho público y el derecho privado y el Estado está obligado por los contratos que ha celebrado como un simple particular [...]".

65 Según DUGUIT, la gran tendencia es a la disminución paulatina de los actos contractuales y el aumento de los actos unilaterales en virtud de la "[...] socialización del derecho [...]".

66 DUGUIT, 1975, pp. 98-99, reacciona contra las teorías individualistas que, fundadas en razones de soberanía, pretendían hacer obligatorios los contratos, teorías absolutamente débiles y sin fundamento científico. En esta línea, DUGUIT despacha por carentes de razonabilidad los trabajos de DUCROCP en relación con la tesis de la dupla personalidad jurídica del Estado, la personalidad de poder público y la derivada de la concepción del fisco o patrimonial; se opone igualmente a las exposiciones de JELLINEK y MICHOUID en relación con los actos de autoridad y gestión, encuentra contrarias a sus planteamientos los trabajos de IHERING y JELLINEK en relación con la teoría de la autolimitación. A todas estas teorías

Ahora bien, en lo que difiere sustancialmente DUGUIT en sus desarrollos en la materia, es el de que las situaciones en Derecho tan solo puedan provenir del contrato. Resulta manifiesta en las construcciones de DUGUIT con los contratos de la administración, que pueden convivir una variedad de actos jurídicos que no son técnicamente contratos. Es posible, y así se observa en la realidad de las cosas, sostiene DUGUIT, que muchas situaciones jurídicas se originen en el concurso de voluntades, pero que de este concurso no surja necesariamente una situación jurídica que podamos acoger en el Derecho como contractual; entre estas hipótesis se pueden ubicar los mal llamados contratos de adhesión, los actos del particular que usa un servicio público, los contratos colectivos, entre los cuales DUGUIT (1975, pp. 224-228) incluye los contratos colectivos de trabajo y las concesiones de servicio público.

Los trabajos de DUGUIT, en relación con la concesión de servicios públicos, en cuanto instrumento fundamental para el cumplimiento de los propósitos propios del servicio público, resultan absolutamente coherentes con lo expuesto a lo largo de su doctrina, vinculando la institución con la fenomenológica de lo colectivo, esto es, no concibiéndolo como una institución ligada estrictamente al marco del individualismo jurídico.

DUGUIT sostiene que la concesión, a diferencia de los contratos propiamente dichos, por sus características y sobre todo por el tipo de atribuciones que conlleva en aras de la satisfacción de los intereses generales propios del servicio público, es ante todo la negación misma del negocio tradicional, que se caracteriza por su sujeción a la preceptiva del Código Civil. La concesión en la realidad de las cosas, es un todo complejo, en parte no propiamente contrato, algo así como un "convenio-ley" sustentado en la solidaridad social y no en la idea de los derechos subjetivos; en parte también, sumido en una compleja red elaborada a partir del discurso negocial propia del Derecho privado.

En relación con lo anterior, precisa DUGUIT que cualquier referencia al concepto y naturaleza del contrato de concesión debe hacerse por fuera de los marcos tradicionales del individualismo jurídico, esto es, abandonando las viejas fórmulas contractuales, en cuanto que el de concesión configura un problema de características y naturaleza diversa, en la medida en que encarna un fenómeno relativo a la solidaridad social, por lo tanto excluyente de cualquier posibilidad de análisis con referentes individualistas, como lo es el contrato tradicional y clásico de estirpe civilista. En la realidad de las cosas, reitera el profesor de Burdeos, el de concesión no es técnicamente un contrato, es sólo un encargo que se materializa en un "convenio-ley" (MONEREO PÉREZ

se refiere indicando que son meras exposiciones especulativas, "[...] Basta enunciar estas teorías para mostrar que no son más que vanos juegos de espíritus. El carácter obligatorio de los contratos del Estado no es discutible, y esta afirmación constante y unánime del lazo que imponen al Estado demuestra una vez más la eliminación del concepto de poder [...]".

y CALVO GONZÁLEZ, 2007, XVI), derivado de la voluntad colectiva tendiente a asegurar la prestación de los servicios públicos, esto es, la satisfacción de intereses colectivos (DUGUIT, 1975, pp. 226-228)<sup>67</sup>.

No obstante lo radical de la apreciación en torno a la naturaleza de la concesión, en algunos apartes de su escrito el autor repara y aclara lo expuesto, sosteniendo que realmente la actividad concesional es compleja y en la misma se observa un doble proceso integrador, en donde es indiscutible que hacen presencia los intereses de la comunidad, pero también ciertas reglas de indudable carácter contractual en sentido riguroso, para integrar esta relación jurídica (DUGUIT, 1975, p. 227)<sup>68</sup>.

67 La idea concesional en la obra de DUGUIT está estrictamente vinculada a sus construcciones teóricas en relación con la solidaridad social y, sobre todo, con el postulado según el cual quienes de hecho tienen el poder tienen el deber de emplear su poder en organizar los servicios públicos, asegurar y realizar su funcionamiento, para lo cual la concesión se muestra como un importante instrumento. Esta es la razón central que lo lleva, al abordar el tema de su caracterización, a indicar lo siguiente: “[...] La concesión, de manera general, es el acto por el cual una colectividad pública, Estado, provincia, ciudad, encargan a un particular, en general a una compañía, que lo acepta, asegurar conforme a condiciones fijadas, el funcionamiento de un servicio público [...]”.

68 No obstante el pretendido radicalismo de DUGUIT en la materia, la realidad de las cosas lo lleva por los senderos inevitables de tener que aceptar la presencia de los elementos históricos del contrato en la concesión; así lo deja ver a lo largo de su obra cuando se refiere a la estructura de la figura en los siguientes términos: “[...] Las concesiones son ciertamente convenios. Contienen un elemento de carácter contractual en sentido riguroso; es el que regula únicamente las relaciones de la colectividad otorgante y del concesionario, por ejemplo todas las cláusulas financieras. Pero los actos de concesión contienen, además, y este es el elemento más importante, una serie de disposiciones que interesan a terceros, al público, por ejemplo, todas aquellas que determinan las condiciones de explotación, las tarifas, y también las que fijan las condiciones del trabajo de los obreros y empleados del concesionario [...]. ¿Cuál es el carácter de estas cláusulas? Los juristas civilistas se han visto muy apurados para determinarlo. Estas cláusulas afectan directamente, en efecto, a personas extrañas al contrato: el público, los viajeros, los abonados al gas y a la electricidad, los obreros, que evidentemente no son parte del pretendido contrato de concesión [...]”. DUGUIT rechaza de plano las explicaciones civilistas en torno a este problema jurídico. Conflicto que, en su opinión, se engendra en la estructuración de todo contrato de concesión. La tesis civilista, según la cual en estos eventos nos encontramos ante la llamada estipulación por otro, que se derivan de los contenidos de los artículos 1120 y 1121 del Código Civil de Napoleón, según la cual es posible insertar en un contrato una cláusula en beneficio de un tercero, la cual produce efectos si éste la acepta, sostiene que esta hipótesis no es la que realmente se configura en la estructuración de las concesiones y que por lo tanto la respuesta civilista carece de recibo y aceptación. En la realidad de las cosas, lo que se observa en los pliegos y en los contratos de esta naturaleza es una serie de disposiciones generales que regulan por adelantado el régimen, al cual están sometidos los actos que produzca el concesionario en relación con terceros que usen el servicio público. Son en esencia unas reglas de derecho que se aplicarán a los actos individuales que surjan posteriormente con ocasión del servicio. “[...] Pues bien, quiérase o no, se trata simplemente de una disposición legal. Es una disposición por vía general, y eso es lo característico de la ley. Es la ley del servicio público que resulta así establecida convencionalmente. No es

La obra de DUGUIT desarrolla, en consecuencia, para la concesión, bajo las razones expuestas, una concepción del carácter mixto o complejo de la figura, en donde se articulan, por una parte, normas y principios típicamente derivados del contrato individualista, caracterizado por ser fuente directa de situación jurídica subjetiva y, por otra, normas generales organizativas del servicio público concesionado, a las que se les reconoce fuerza normativa legal, convenios-ley y que en muchos casos se encuentran inscritas en los mismos pliegos de condiciones que preceden a la celebración del negocio (DUGUIT, 1926, p. 84), pero que, en virtud de ir más allá de una regulación de intereses de las partes, esto es, no agotarse al abordar las simples relaciones entre contratista y contratante, entrometiéndose propiamente en aspectos relativos a la prestación del servicio, su regulación y la situación de terceros usuarios, al igual con aspectos neurálgicos para el interés general, como las tarifas y las condiciones de prestación del servicio, se les considera por fuera de una clásica relación contractual. Contenidos estos de naturaleza jurídica diversa, pero que en consideración de la complejidad de la figura confluyen para su estructuración (DUGUIT, 1975, pp. 83-85).

En esta dirección, es asumida la institución por la escuela de Burdeos y sus predicadores, entendiéndolo que en ella confluyen un conjunto de actos jurídicos, lo cual, en donde no sólo se definen los contenidos propiamente obligacionales de la relación negocial, sino también otros, los más importantes, según DUGUIT, y por lo demás vinculados al concepto de interés general y de organización del servicio, como son los contenidos regulatorios del servicio, propios del convenio-ley y encomendado al concesionario para su desarrollo.

De todas formas, en relación con los contratos, en especial con la figura de la concesión de servicios públicos, lo que resulta cierto de las explicaciones y análisis del profesor DUGUIT, y que en nuestra opinión es lo esencial para el debido estudio de la figura en función del servicio y la solidaridad social, sobre todo, en relación con el componente relativo a los convenios-ley, es que de toda esta construcción emerge ostensible y palpable la idea de la necesaria estructuración previa de los negocios y actos vinculados al servicio público. Papel estelar y protagónico que, conforme a los parámetros estrictos de la teoría de DUGUIT, le corresponde asumir a la administración y que se traduce en el deber, profundo y determinante de crear, organizar, asegurar y ejecutar los servicios públicos con plena y previa sujeción a una estricta planeación.

Este deber resulta obvio y concluyente en los trabajos de DUGUIT. Si bien es cierto que no aparece traducido como tal en sus escritos, sí se puede concluir su existencia e imperatividad, a partir de la obligación de organización,

la teoría general de los contratos la que es preciso aplicar; se está por fuera de sus límites. Aquélla ha sido hecha para regir relaciones individuales. Ahora bien, nos encontramos aquí ante un acto que regula el funcionamiento de un servicio público y es absolutamente diferente [...].”

dirección, gestión del servicio público, que la doctrina le atribuye a los agentes públicos para la debida y continua prestación del mismo; deberes indudables, que tan solo se pueden materializar en la medida en que se hubiere estructurado, tanto el negocio propiamente dicho, como su régimen de reglas derivadas del concepto de convenio-ley en la dirección lógica, correcta y coherente con el tipo de servicio de que se trate; para estos efectos resultaba significativa la expresión de DUGUIT según la cual "[...] quienes de hecho tienen el poder... tienen el deber de emplear su poder en organizar los servicios públicos, en asegurar y realizar su funcionamiento [...]" (DUGUIT, 1926, p. 47), que llama de manera directa y sencilla a una debida, adecuada y anticipada estructuración de los negocios y demás actos relativos con el servicio público, por parte de los responsables de los servicios, deber que resulta innegable e indudable en especial a propósito de la figura concesional.

Con esta expresión, DUGUIT instituye, sin lugar a dudas, y en este sentido no tenemos otra alternativa que reconocerlo, el principio de planeación como punto de partida vinculante para la administración en todo lo relativo a los servicios públicos, y que tal como está postulado, implica reconocer el carácter de deber imperativo, por lo tanto vinculante, en aras de que el papel finalístico del servicio realmente se materializara, no incurriéndose por esta vía en desmanes a estas supremas aspiraciones de la comunidad, entre otras, a que el servicio fuese realmente una respuesta a las necesidades generales de la comunidad.

La expresión no está dirigida a establecer un simple imperativo de ejecución del servicio público en manos de la administración, al determinar que la realización del servicio es una carga de quienes ejercen el poder. En nuestra opinión va más allá, genera un imperativo de organización previa derivado de la utilización de los verbos "*organizar*" y "*asegurar*" la prestación del servicio público, lo cual no deja de ser trascendente y significativo si tenemos presente que el servicio público configura, bajo la concepción de la escuela de Burdeos, el gran propósito y la finalidad evidente de la organización estatal, por lo que no sería entendible que para su prestación efectiva, la administración acudiera a ligerezas o improvisaciones que malograrán este postulado neurálgico de la teoría.

El solo contenido del verbo "*organizar*" denota profundas acciones preparatorias de diseño, ideación, estructuración detallada del servicio público en todos sus aspectos, lo que involucra disponer y preparar la logística necesaria tanto de bienes, personas, recursos económicos y financieros, y demás medios de carácter jurídico para lograr el fin propuesto. Se trata de una acción de conocimiento y precisión previa del servicio con el propósito de garantizar su realización plena. Lo cual, aunado al sentido gramatical de "*asegurar*" utilizado por DUGUIT, nos lleva por el sendero de que el diseño y caracterización plena y previa del servicio por parte de la administración debe ser de tal magnitud que le de firmeza y seguridad a lo que se pretende desarrollar, es decir, que la

prestación del servicio no se haga de manera improvisada, sino sobre bases ciertas y firmes.

Y es que no puede ser de otra manera, si partimos de la idea central de estos trabajos doctrinales, según las cuales los gobernantes, al monopolizar la fuerza, deben emplear la misma en organizar y controlar el funcionamiento de los servicios públicos, esto es, proyectarlos en beneficio de la comunidad, y además de que el Estado es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes, lo que significa que la organización y planeación debida, coherente, acertada de los servicios públicos y en consecuencia de todos los negocios y actos relativos a los mismos, hace parte integrante del servicio público en cuanto elemento del concepto de Estado, según la definición de DUGUIT. En este sentido, la planeación de los actos y negocios propios del servicio público, deviene del concepto mismo de Estado, constituyéndose, por lo tanto, en una exigencia de la más alta jerarquía.

Pero lo que resulta aún más importante, la doctrina realista de DUGUIT le atribuye a quienes ejercen el poder la creación del servicio público, lo que significa, a la luz de los planteamientos anteriores, que la idea de planeación, como presupuesto fundamental e imperativo en los trabajos de DUGUIT, es más profunda de lo esperado, en cuanto no hay nada más delicado en materia de Derecho público, y por lo tanto sujeto a una adecuada planeación, que la creación de un servicio público, el cual, por simple lógica, debe corresponder a una necesidad general, debidamente identificada y diagnosticada por la administración y retomada por el legislador con el propósito de darle legitimidad. En este sentido, se confirma, pues, el carácter vinculante de la idea motora de la planeación como requerimiento y presupuesto básico, en todo lo que implica la dinámica previa de la actividad prestacional a cargo de la administración, en cuanto principio de orden y en consecuencia de ruptura a la improvisación en los asuntos vinculados con el servicio público.

Bajo estas consideraciones, la figura de la concesión de servicios públicos debe estar mediada entonces, para su existencia, organización, aseguramiento y prestación, por un debido y adecuado proceso previo de planeación, que implica irremediabilmente, el de su estructuración en todos los aspectos, con el claro propósito de que la misma resulte viable y se proyecte de manera positiva en la búsqueda de los fines esperados.

En este sentido, el proceso de planeación de las concesiones bajo los presupuestos doctrinales de la escuela de Burdeos debía corresponder al siguiente proceso lógico:

- a. Creación del servicio: la identificación y determinación rigurosa de la necesidad objeto de la figura en los términos establecidos en la ley o acto general de su creación.
- b. Estructuración del negocio: definición de todos y cada uno de los elemento de carácter contractual que de acuerdo con la necesidad deberán caracterizar la concesión de manera especial, objeto, duración, precio,



- entre las que se deberían incluir necesariamente todas las cláusulas financieras y económicas, debidamente estructuradas por expertos financieros, proporcionales a las actividades y servicios que habría de recibir la colectividad, al igual que las obligaciones y demás cláusulas propiamente contractuales, es decir, las que de acuerdo con los trabajos de DUGUIT pueden fundarse libremente en los contratos conforme a las estructuras civilistas (DUGUIT, 1926, p. 84)<sup>69</sup>.
- c. Organización del servicio: el desarrollo y determinación del contenido del convenio-ley que implicaba el establecimiento, detallado y concreto, de todas y cada una de las reglas llamadas a regular las relaciones de la colectividad otorgante y del concesionario; un componente técnico y social en el cual se debían incorporar todas las reglas y demás aspectos relevantes en las relaciones del concesionario con terceros, con el público en general, con los usuarios de los servicios, las relativas a las condiciones de explotación, las tarifas, y también las que fijaban las condiciones del trabajo de los obreros y empleados del concesionario (ídem, pp. 84-89)<sup>70</sup>.

69 La concesión bajo las estructuras realistas de DUGUIT no pierde su carácter de contrato. Así lo deja entrever este autor, al sostener que en su contenido la figura "[...]" comprende muchas cláusulas que tienen verdaderamente carácter contractual, y originan entre el que hace la concesión y el concesionario una situación jurídica subjetiva, relaciones entre acreedor y deudor. Las exclusivamente relativas a las relaciones del que hace la concesión y del concesionario son las que contienen disposiciones que no se comprenderían si el servicio público en lugar de ser de concesión fuera explotado directamente [...]. Todas estas cláusulas u otras semejantes se regirán por las reglas del código civil relativas a los contratos; no surten efectos más que entre las partes contratantes; no se suscita respecto de ellas el problema de si son leyes-convenciones [...]. Estos contenidos, según DUGUIT, permanecen, son inalterables unilateralmente, "[...]" ligan del mismo modo al que hace la concesión y al concesionario [...]."

70 La concesión comprende claros elementos no contractuales fundados en reglas derivadas del Derecho público que acompaña la prestación de los servicios públicos y que buscan básicamente lo siguiente: regular las condiciones sobre las cuales debe funcionar el servicio público; determinar las condiciones del uso público del servicio; fijar las reglas o condiciones para la determinación o el cobro de tarifas o precios por la prestación del servicio público y a cargo de los usuarios; el régimen jurídico de los trabajadores u obreros vinculados al servicio público. "[...]" Son, pues, leyes perfectas. Pero como se hallan establecidas merced a un acuerdo entre la administración y el concesionario, son verdaderas leyes convenciones [...]. Las cláusulas o contenidos derivados de una convención ley, al no revestir el carácter de cláusulas contractuales, pueden ser retomadas unilateralmente por la administración. En cuanto a las disposiciones relativas al funcionamiento de los servicios públicos, "[...]" la administración puede modificarlas por vía unilateral [...]. En la medida en que no son jurídicamente componentes de naturaleza contractual de la relación concesional no pueden sustraerse completamente de la acción de los gobernantes y de la misma administración ante las cambiantes condiciones que rodeen la prestación del servicio. "[...]" El gobierno no puede abdicar del poder de modificar en interés del público las reglas de una explotación pública ya concedida. Se mantiene en su papel y no hace sino

En fin, todo un marco absolutamente complejo que debía quedar elaborado y absolutamente pulido antes de iniciar cualquier actividad material de servicio público (ídem, p. 84)<sup>71</sup>.

El pliego de condiciones juega un papel determinante en el proceso planificador enunciado. Conforme a los predicados de DUGUIT, el llamado pliego de condiciones es el gran receptor de las resultas planificadoras. El pliego debe contener, en consecuencia, no sólo las estipulaciones propias de todo contrato estructurado conforme los parámetros de la ley civil, sino también las condiciones y regulaciones particulares para la prestación del servicio público que habrá de ser concesionado, en este último componente es depositario de contenidos propiamente de naturaleza pública, convenios-leyes y no de relaciones subjetivas.

En esto, no nos queda la menor duda del papel histórico y protagónico de la escuela de los servicios públicos, en la debida estructuración de los negocios públicos, mediante el reconocimiento y desarrollo de un particular principio de planeación de los mismos a cargo de la administración.

## BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN, FRANCISCO. *La transformación del Estado*, Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, 1926.
- BELTRÁN, FRANCISCO. *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, 1926a.
- BELTRÁN, FRANCISCO. *Las transformaciones del derecho público*, Madrid, Librería Española y Extranjera, 1915.
- CASSESE, SABINO. "La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito", en *Trattato di diritto amministrativo*, tomo I, Milán, Giuffré, 2000.
- COMTE, AUGUSTE. *Discurso sobre el espíritu positivo*, Madrid, Alianza, 1984.
- CHEVALLIER, JACQUES. *Le service public*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991.
- DE TOCQUEVILLE ALEXIS. *El antiguo régimen y la revolución*, libro segundo. México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- DUGUIT, LEÓN. *El pragmatismo jurídico*, México, Coyoacán, 2008.

llenar su misión modificando en interés mismo del servicio las condiciones en las cuales funciona [...]. Todo esto en cuanto no está abordando situaciones jurídicas subjetivas.

71 DUGUIT expone claramente la idea planificadora al señalar lo siguiente: "[...] La concesión es seguramente una convención a la que preceden negociaciones que han determinado una inteligencia entre la administración y el concesionario [...]."

- DUGUIT, LEÓN. *Las transformaciones del Estado*, Granada, España, Editorial Comares, 2007.
- DUGUIT, LEÓN. *Fundamentos do direito*, Campinas, LZN, 2003.
- DUGUIT, LEÓN. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, Buenos Aires, Heliasta, 1975.
- DUGUIT, LEÓN (trad. Adolfo Posada). *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, Buenos Aires, Heliasta, 1975a.
- DUGUIT, LEÓN. *Soberanía y libertad*, Buenos Aires, Tor, 1943.
- DUGUIT, LEÓN. *Manual de derecho constitucional*, (s.f.).
- DUGUIT, LEÓN. *Las transformaciones del derecho público*, Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, 1926.
- DURKHEIM, EMILE. *Las reglas del método sociológico*, Buenos Aires, Schapire, 1965.
- DURKHEIM, EMILE. *La división del trabajo social*, Buenos Aires, Gorla, 2008.
- EVELYNE PISIER-KOUCHNER. *Le service public dans la théorie de l'État de León Duguit*, Paris, LGDJ, 1972.
- GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA. "Cuatro maestros de París, una época del derecho administrativo", en *REDA*, n.º 26, julio-septiembre de 1980.
- GARCÍA DE ENTERRÍA. *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Civitas, 1998.
- GARRIDO FALLA. "El concepto de servicio público en el derecho español", en *RAP*, n.º 135, 1994.
- GURVITCH, GEORGES. *La idea del derecho social. Noción y sistema del derecho social. Historia doctrinal desde del siglo XVII hasta el fin del siglo XIX*, Granada, Comares, 2005.
- JÉZE, GASTÓN. *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, Paris, Marcel Giard, 1932.
- JÉZE, GASTÓN. *Principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, tomos I y II, 1948.
- MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS y JOSÉ CALVO GONZÁLEZ. "León Duguit (1859-1928): jurista de una sociedad en transformación", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 4, julio-diciembre de 2005.
- PESET REIG, MARIANO. "Notas para una interpretación de León Duguit", en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 157, 1968.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Madrid, Civitas, 1996.
- MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS. *Proceso tecnológico y servicio público*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006.
- MONEREO PÉREZ y CALVO GONZÁLEZ. *León Duguit (1859-1928): jurista de una sociedad en transformación*, (s.f.).
- MONEREO PÉREZ y CALVO GONZÁLEZ. *Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en León Duguit*, Granada, España, Comares, 2007.
- MUÑOZ MACHADO. "Las concepciones de derecho administrativo y la idea de participación en la administración", en *RAP*, n.º 84, septiembre-diciembre de 1977.
- PAREJO, ALFONSO. *El concepto del derecho administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, (s.f.).
- POSADA ADOLFO. *Las transformaciones del derecho*, (s.f.).
- REBOLLO, MARTÍN. *De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*, (s.f.).
- REBOLLO, MARTÍN. *Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras*, México, UNAM, Acervo Biblioteca Jurídica Virtual, IJ, (s.f.).
- RIVERO. "¿Existe un criterio de derecho administrativo?", en *Páginas de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2002.
- SENDÍN GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL. *Hacia un servicio público europeo: el nuevo derecho de los servicios públicos*, Granada, Comares, 2003.
- SORACE, DOMENICO. *Estado y servicios públicos*, Lima, Palestra, 2006.
- VEDEL, GEORGES. *Derecho administrativo*, Madrid, Aguilar, 1980.
- VILLAR PALASÍ. "Concesiones administrativas", en *Nueva enciclopedia jurídica*, tomo IV, Barcelona, Seix, (s.f.).
- WEIL. *Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1994.
- ZEGARRA VALDIVIA, DIEGO. *El servicio público. Fundamentos*, Lima, Palestra, 2005.