

Teoría de los servicios públicos

Karlos Navarro
Luis Ferney Moreno

**Teoría de los
servicios públicos**
Lecturas seleccionadas

Universidad Externado de Colombia

Navarro, Karlos

Teoría de los servicios públicos : lecturas seleccionadas / Karlos Navarro, Luis Ferney Moreno - Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2018.

283 páginas ; 21 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587729740

1. Servicios públicos – Historia -- Aspectos jurídicos 2. Servicios públicos – Historia -- Aspectos constitucionales 3. Servicios públicos – Jurisprudencia 4. Derecho administrativo I. Moreno, Luis Ferney II. Universidad Externado de Colombia III. Título

344.35SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.
Septiembre de 2018

ISBN 978-958-772-974-0

© 2018, KARLOS NAVARRO Y LUIS FERNEY MORENO

© 2018, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 02 88

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: octubre de 2018

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Javier Correa Correa

Composición: Precolombi EU-David Reyes

Impresión y encuadernación: Imageprinting Ltda.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CONTENIDO

ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN	13
EL SERVICIO PÚBLICO: UN CONCEPTO EN PERMANENTE DISCUSIÓN <i>Karlos Navarro</i>	17
1. Una noción en evolución constante	17
2. Las circunstancias históricas del nacimiento del servicio público	23
2.1. La Revolución industrial y las ideas de la ilustración	23
2.2. La Revolución francesa y la aparición de los primeros servicios públicos	26
2.3. La ruptura del abstencionismo liberal y los servicios públicos sociales	29
2.4. Los municipios y los servicios públicos locales	31
2.5. La crisis del sistema liberal	35
3. La formación del Derecho administrativo	37
3.1. La creación del Consejo de Estado y la justicia retenida	39
3.2. La justicia delegada y la autonomía del Derecho administrativo	43
4. La doctrina del Derecho público en Francia y la aparición de la noción del servicio público	46

4.1. Las decisiones jurisprudenciales del Tribunal de Conflictos y el servicio público	49
4.2. Origen conceptual del servicio público	56
5. El surgimiento del Estado de bienestar y la empresa de servicio público	68
5.1. La empresa pública	82
6. La primera crisis jurisprudencial del servicio público	87
6.1. Los servicios públicos industriales y comerciales	90
6.2. Servicios públicos virtuales o impropios	91
Bibliografía	97

EL SERVICIO PÚBLICO:

UNA NOCIÓN QUE CAMBIA EN EL ESPACIO

<i>Karlos Navarro</i>	107
1. El servicio público en España	108
1.1. La formación del concepto de servicio público en España	111
1.2. El servicio público en la Constitución española	120
1.3. La Constitución económica	125
2. Distinción del servicio público y otras figuras afines	136
2.1. Servicios esenciales	137
2.2. Servicios mínimos	142
2.3. Servicio público no esencial	143
2.4. Servicios públicos impropios o virtuales	143
3. Principios o reglas del servicio público	144
3.1. Continuidad	145
3.2. Regularidad	147
3.3. Uniformidad o igualdad	147
3.4. Generalidad	149
3.5. Obligatoriedad	149
4. Un punto de partida diferente del servicio público:	
Estados Unidos	153
4.1. La liberalización de la economía	163
4.2. La desregulación y la adaptación del modelo regulador al marco competitivo	164

4.3. Críticas al modelo regulatorio	167
5. El servicio público en la Unión Europea	170
Bibliografía	191
 LA NECESIDAD DE UN CONCEPTO JURÍDICO	 205
1. Teorías o variables interpretativas de la noción de servicio público	209
1.2. El esquema de Dromi y Albi	209
1.3. La teoría del interés general	212
1.4. La teoría de la necesidad colectiva	213
1.5. La teoría de la actividad esencial	213
1.6. La teoría de la obligatoriedad de la prestación	215
1.7. La teoría de los monopolios naturales	216
1.8. La teoría del servicio al público	218
2. Criterios para la definición del servicio público	218
Bibliografía	225
 EL NUEVO SERVICIO PÚBLICO	
<i>Karlos Navarro</i>	229
 1. Ente regulador independiente	 241
Bibliografía	247
 LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y SU PERMANENCIA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA EN COLOMBIA	
<i>Luis Ferney Moreno</i>	249
 Introducción	 249
1. Definición de servicio público en Colombia	252
2. Características del concepto de servicio público	255
2.1. Son actividades	255
2.2. Destinadas a satisfacer necesidades colectivas o de interés general	256

2.3. Se presta en forma permanente, regular, continua y eficiente	257
3. Efectos jurídicos de la declaratoria de servicio público	259
4. Especies de servicios públicos	267
5. Los principios de los servicios públicos	268
6. Régimen jurídico de los servicios públicos	269
6.1. La creación o declaratoria de una actividad como servicio público	270
6.2. Régimen de los prestadores	271
6.3 Régimen contractual	272
6.4 Régimen de los usuarios	274
6.5. Régimen de los precios	276
6.6. Regulación	278
6.7. Vigilancia y control	279
Conclusiones	280
Bibliografía	281

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
BM.	Banco Mundial
BCIE.	Banco Centroamericano de Integración Económica
CE.	Constitución española, de 27 de diciembre de 1978
CEPAL.	Comisión Económica para América Latina
CPSC.	Consumer Product Safety Commission
CC.	Código Civil
DENACAL.	Departamento Nacional de Acueducto y Alcantarillado
CORNAP.	Corporación Nacional de Bienes Públicos
FMI.	Fondo Monetario Internacional
INSS.	Instituto Nicaragüense de Seguridad Social
INSSBI.	Instituto Nicaragüense de Seguridad y Bienestar Social
ED.	Editor
EOC.	Employment Opportunity Commission
EPA.	Environmental Protection Agency
FCE.	Fondo de Cultura Económica
FPC.	Federal Power Commission
FCC.	Federal Communications Commission
LRBRL.	Ley Reguladora de Base de Régimen Local. Ley 7/1985, de 2 de abril

MINSA.	Ministerio de Salud
Núm.	Número
PNUD.	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo
RAP.	Revista de Administración Pública
REDA.	Revista Española de Derecho Administrativo
REP.	Revista de Estudios Políticos
S.	Siglo
SEC.	Securities and Exchange Commission
UCRESEP.	Unidad de Coordinación del Programa de Reforma y Modernización del Sector Público
UNAM.	Universidad Nacional Autónoma de México
UNED.	Universidad Nacional a Distancia
SNUS.	Sistema Nacional Único de Suministro

INTRODUCCIÓN

El objeto de la presente investigación es el estudio de los servicios públicos. Para facilitar esta labor, se ha realizado un detenido análisis del Derecho comparado, especialmente de la regulación de dicha materia en Francia, España, Estados Unidos y la Unión Europea.

Como es sabido, la actividad prestacional de la Administración consiste en el suministro directo o indirecto de prestaciones económicas o sociales a los particulares por parte de los poderes públicos, con el fin de garantizar la existencia humana y un elevado nivel de vida y de bienestar según las concepciones vigentes en cada una de las etapas históricas.

En ese sentido, es importante analizar, desde una perspectiva comparada, las elaboraciones de las escuelas francesa y española del servicio público, y el desarrollo particular de la *public utility* en los Estados Unidos por su alta coherencia y calidad técnica, que han podido desarrollar un cuerpo normativo y un reconocimiento jurisprudencial de muy alto nivel.

Hemos desarrollado esta investigación, primero, analizando las bases histórico-materiales de los servicios públicos y el desarrollo particular de la figura jurídica del servicio público en Francia, España y Estados Unidos. Todos ellos, temas de imprescindible análisis para esbozar un concepto de servicio público, ya que no es posible elaborar una teoría

sobre la actividad prestacional de la Administración sin disponer de una caracterización adecuada del desarrollo de dicha institución.

En primer lugar, por las particularidades que el concepto de servicio público presenta en sus orígenes. Como señala Ariño Ortiz, "la génesis y comprensión de este concepto (servicio público) debe hacerse desde una perspectiva histórica, y más concreto, desde una determinada concepción del dualismo Estado-sociedad que surge con la Revolución Francesa"¹.

Aunque ya lo examinaremos posteriormente con detalle, conviene apuntar desde un primer momento el azaroso advenimiento de esta noción, que en la segunda mitad del siglo XIX fue pasando de la ciencia económica al mundo político y jurídico, gracias, sobre todo, al debate acerca de la municipalización.

Habrá que esperar a los primeros años del siglo XX para que se desarrolle en Francia, gracias a las grandes teorías de Hauriou y de la escuela de Burdeos, la primera construcción teórica de esta institución, que llegó incluso a constituir para Duguit y sus discípulos el fundamento legitimador, no solo de toda la actividad administrativa, sino también de la propia existencia del Estado.

Estas tesis, y su recepción en los países con regímenes de Derecho administrativo de inspiración francesa, marcaron el verdadero comienzo de la reflexión doctrinal sobre el servicio público como institución jurídica.

En segundo lugar, se debe de separar el estudio de las teorías doctrinales sobre el concepto del servicio público, respecto al análisis de los presupuestos históricos del

1 ARIÑO ORTIZ: *Economía y Estado*. Marcial Pons. Madrid, 1992, p. 277.

mismo, por razones de claridad expositiva, dado que un tratamiento conjunto de los dos aspectos podría haber complicado inútilmente la presentación de los resultados de esa parte de la investigación.

Más adelante, se trata de fijar los elementos estructurales del concepto, que lo definen y determinan su sentido.

EL SERVICIO PÚBLICO: UN CONCEPTO EN PERMANENTE DISCUSIÓN

KARLOS NAVARRO*

1. UNA NOCIÓN EN EVOLUCIÓN CONSTANTE

A pesar de ser la idea del servicio público una de las instituciones básicas del Derecho administrativo, no existe una definición estable de la misma¹. Históricamente, es

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Máster en Historia y Ciencias Políticas, y licenciado en Derecho por la Universidad Centroamericana, Managua, Nicaragua. Licenciado en Historia por la Universidad de San Petersburgo. Ha realizado una estancia postdoctoral en la Universidad de Castilla-La Mancha, España; igualmente, pasantías de investigación en la Universidad de Berkeley, San Francisco, California, y, en la Universidad de Heidelberg, Alemania. Director del Instituto Iberoamericano de Estudio e Investigación (IBESI). Ha sido consultor de la Asamblea Nacional, la OIT y el Banco Mundial. Catedrático universitario de Derecho Administrativo. Correo-e: karlosn@hotmail.es

1 J. L. VILLAR EZCURRA señala que “una de las cosas que más sorprende, uno de los extremos más curiosos del servicio público, en cuanto técnica administrativa y en cuanto una de las instituciones básicas del Derecho Administrativo, es que pese a ser uno de los núcleos alrededor del cual se ha construido la especialidad del Derecho Administrativo carezca de una definición total, pacífica, consentida por todos y que sea aplicable a cuantos supuestos aparecen en la dispersa legislación definidos como servicio público... Prácticamente, cada autor y a veces incluso cada editor en distintas épocas o en distintos libros, tiene su propia definición. Definiciones que son en gran parte incompatible en cuanto no son omnicomprendibles y sirven a

una técnica relativamente reciente, aunque no es su modernidad lo que produce su falta de categorización, sino más bien su estrecha relación con la realidad histórica y política², que explica tanto su falta de precisión, como su constante evolución³.

Por tal razón, el servicio público, al igual que la Administración, es fácil de describir, pero difícil de definir⁴ porque,

los efectos que ‘a priori’ se fija cada jurista, por lo que siendo congruente con este intento responden a una finalidad preconstituida... El servicio público, es, así, objeto de construcciones científicas “ ‘a priori. No se trata, por tanto, de una institución o de una técnica administrativa construida, sino por el contrario de una construcción permanente, inacabable nunca pacífica”. *Servicio público y técnicas de conexión*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980, pp. 71-73. Véase también un formidable libro: MONTAÑA PLATA, ALBERTO: *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2005.

- 2 M. A. SENDÍN GARCÍA apunta que el servicio público “está sujeto a una continua reinterpretación que trata de adaptarlo a las circunstancias propias de cada momento histórico. Esto no podía dejar de perjudicar a su validez científica, abocando irremisiblemente al fracaso de los denodados intentos doctrinales por llegar a una concepción unitaria del mismo, que han chocado siempre con ese pesado lastre. La segunda causa que dificulta la delimitación conceptual del servicio público es su estrecha relación con lo político, pues determinar que debe ser considerado en una sociedad concreta como tal es una decisión que posee una alta dosis de contenido político. El servicio público es, y probablemente será siempre, una figura polémica, ya que se encuentra a medio camino entre dos elementos de difícil convivencia: lo jurídico y lo político”. *Hacia un servicio público europeo*. Editorial Comares. Granada, España. 2003, p. 5.
- 3 En opinión de J. C. CASSAGNE, “si bien la institución ha subsistido, sobreviviendo a las distintas crisis que la acecharon, la técnica que, en definitiva, configura un régimen jurídico ha ido adaptándose a los sistemas y realidades prevalentes en cada época histórica”. “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en Argentina”, en *RAP* 54 (2001), p. 446.
- 4 Como afirma T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ citando a ALESSI, “del servicio público hay tantas definiciones como autores”. “Del servicio Público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”. En *RAP* 150 (sep-dic 1999). J. M. DE LA CUÉTARA señala que “hay tantos enfoques del servicio público, como conceptos tiene cada uno de quienes se han ocupado de él”. *La actividad de la administración*. Tecnos. Madrid, España. 1983, p. 120.

al igual que esta y que el ordenamiento jurídico que la rige, el Derecho administrativo es un producto histórico que depende en buena parte de la idea que en cada momento se tenga del Estado, que es, a su vez, un elemento sometido a un continuo proceso de cambio y transformación⁵. Todo ello provoca que el servicio público sea un elemento que va a variar al modificarse los fines que el Estado vaya asumiendo⁶.

Esta falta de consenso en la definición de este instrumento del Derecho administrativo también se debe, en parte, a que a través del tiempo el concepto ha tenido que adaptarse al rol que en cada momento asumía el Estado en la economía⁷.

Desde este punto de vista, podemos enmarcar la evolución del término servicio público, en las siguientes etapas⁸:

-
- 5 RIVERO ORTEGA señala que “la historia nos muestra cómo las transformaciones en el modelo de Estado afectan sustancial y formalmente a la Administración Pública. Variables sociales, políticas y económicas inciden sobre la organización y la actividad administrativas, estimulando al mismo tiempo la evolución de su ordenamiento regulador. Esta constante metamorfosis de la Administración pública y del Derecho Administrativo es consecuencia de los nuevos fines que el Estado se propone y de las nuevas técnicas que utiliza para su consecución. *Administraciones Públicas y Derecho Privado*. Marcial Pons. Madrid, España. 1998, p. 14. Véase, también GARRIDO FALLA: *Las transformaciones del régimen administrativo*. Madrid. IEP. 1954; PAREJO ALFONSO: *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Madrid. CEC. 1991; MARTÍNEZ, R. B.: *Derecho económico*. UNAN, México. 1996, pp. 20 y ss.
 - 6 Como señala ARIÑO ORTIZ, “el concepto de servicio público hay que plantearlo en el marco de un esquema más general: el de los fines del Estado”. *Principio de Derecho público económico*. 2.^a ed. Editorial Comares. Granada, 2001, p. 488.
 - 7 En tal sentido, SENDÍN GARCÍA ha conectado las distintas crisis del servicio público, con las crisis del modelo de Estado existente en cada momento, y, con ello, del papel que le correspondía desarrollar en cada momento en el ámbito económico. *Hacia un servicio...*, pp. 83-86.
 - 8 Siguiendo a F. GARRIDO FALLA, podemos dividir o agrupar en cuatro grandes etapas el desarrollo del servicio público: a) el abstencionismo administrativo del Estado-Gendarme; b) la expansión de los servicios públicos; c) la finalidad social y económica de la Administración y la aparición del Estado

Primera etapa: inicialmente, fue un concepto sociopolítico, algo así como la transposición liberal del “servicio al rey”, que surge justamente bajo una determinada concepción del dualismo Estado-sociedad, propio de la revolución francesa⁹, pero carece de un significado jurídico preciso¹⁰.

La ideología liberal reducía las funciones del Estado a las tradicionales de defensa, hacienda, justicia, y a funciones de fomento y de intervención en las actividades de los particulares, pero, en estos últimos casos, limitadamente y dejando al libre juego del mercado y a la iniciativa privada el desarrollo del orden económico-social. Sin embargo, desde mediados del siglo XIX, como consecuencia de la desamortización, la Administración tiene que hacerse cargo de los hoy denominados servicios sociales (educación y beneficencia, fundamentalmente), que antes eran asumidos por los gremios, la iglesia, las universidades, las fundaciones, las corporaciones y otros entes representativos del cuerpo social.

En este periodo, los dogmas liberales eran un obstáculo para que el Estado asumiese directamente tales responsabilidades, ya que su función era garantizar la libre y el espontáneo desenvolvimiento de la iniciativa privada. Sin

del bienestar; d) el neoliberalismo y crisis del servicio público económico y social. “¿Réquiem por el servicio público?”, en *Cuenta y Razón* Núm. 116 (junio-julio del 2000), pp. 8-9

- 9 DE LA CUÉTARA señala que antes de la Revolución Francesa, el término servicio público nace, simplemente, para evitar utilizar la referencia “servicio del rey”. Es claro que los partidarios de la soberanía nacional, los precursores de la revolución y los filósofos opuestos al derecho divino de la Monarquía han de preferir utilizar este término; por el contrario, los realistas, absolutistas y conservadores preferirían la idea del servicio del rey. *La actividad de la...*, p. 120.
- 10 MARTÍNEZ MARÍN: “La evolución de la teoría del servicio público en la doctrina española”, en *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX II. Homenaje al Profesor Garrido Falla*. Madrid. Editorial Complutense, 1992, p. 1.380.

embargo, este problema será resuelto mediante un mecanismo especialmente idóneo para dicho fin: la concesión administrativa¹¹.

En cualquier caso, durante este período, el Estado se limita a asumir la responsabilidad en la prestación de estos servicios, pero sin llevar a cabo reflexión alguna acerca del encuadramiento dogmático de esas actividades¹². Se trata, en definitiva, de la simple configuración de determinados sectores, como lo que hoy denominaríamos servicios públicos, pero sin que esa actuación de hecho suponga la construcción de una categoría o institución jurídica: el “servicio público”, término que asume un sentido técnico solo a partir de la construcción científica de la teoría del servicio público en la Francia de principios del siglo XX¹³.

Segunda etapa: la consolidación de la jurisdicción contencioso-administrativa, y la necesidad de delimitar el ámbito a la que esta se extiende, conduce a que se utilice el concepto servicio público como criterio delimitador de dicha jurisdicción. Por esta vía, la noción de servicio público acabará con el tiempo convirtiéndose, sobre todo gracias a la teoría de la Escuela de Burdeos, en el elemento sobre el que se pretende sustentar la propia autonomía del Derecho administrativo, dando lugar a la tesis amplia del servicio

-
- 11 DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN señala que la concesión de un servicio significa, en definitiva, sin entrar en más profundidades, gestión de un servicio público por un particular ajeno a la Administración concedente. *El incumplimiento en la concesión de servicio público*. Editorial Montecorvo. Madrid, España. 1981, p. 69.
 - 12 ROLDÁN MARTÍN: “Los nuevos contornos del servicio público”, en: *Derecho administrativo económico*. Director: E. ORTEGA MARTÍN. CGPJ. Madrid, 2000, pp. 20-21.
 - 13 SENDÍN GARCÍA: “Los servicios públicos en el siglo XIX”, en *Anuario del Derecho Español*. 2005.

público, que identifica a esta institución con la totalidad de la actuación administrativa.

Tercera etapa: (mediados del siglo XX) el Estado presta directamente la actividad, bajo la premisa de la búsqueda del bienestar. Como consecuencia de la revolución industrial y el proceso técnico, los poderes públicos tienen que desarrollar una acción cada vez más intensa en la vida social¹⁴, lo que les lleva a asumir la prestación de servicios económicos (ferrocarriles, transporte, carretera, electricidad, gas teléfono, etc.). Este tipo de actividad exigía una positiva intervención estatal asumiendo la dirección de las mismas, proyectando y planificando su establecimiento y su prestación.

Cuarta etapa: (fines del siglo XX) la insatisfacción por la calidad de los servicios públicos y la imposibilidad de que el Estado soporte los elevados gastos de su prestación hacen que se gire la vista hacia el mercado y la competencia como posible solución¹⁵. Aunque no es una peculiaridad de los servicios públicos, pues en todos los ámbitos se está manifestando una tendencia a la reducción de la intervención pública¹⁶, es en este campo donde dicho fenómeno está manifestando una mayor intensidad, provocando que disminuya la prestación directa por los poderes públicos,

14 MARTÍN RETORTILLO: "Sentido y forma de la privatización de la Administración pública", en: *Revista Española de Administración Pública* Núm. 39, julio-agosto-septiembre de 2000, p. 16.

15 ARIÑO ORTIZ: "Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones", en *Derecho de las Telecomunicaciones*. Coordinador: J. CREMADES. La Ley, 1997, p. 758.

16 Indica J. MARTÍNEZ DE PISÓN que el "todopoderoso Estado social lleva tiempo echando lastre por la borda, cediendo buena parte de lo que tradicionalmente era objeto de su responsabilidad en los ámbitos políticos, sociales y económicos". *El Derecho a la educación y la libertad de enseñanza*. Dykinson. Madrid, 2003, p. 49.

y que estos adopten preferentemente el rol de programadores de la vida social, ordenadores y reguladores de los servicios públicos.

2. LAS CIRCUNSTANCIAS HISTÓRICAS DEL NACIMIENTO DEL SERVICIO PÚBLICO

2.1. La Revolución industrial y las ideas de la ilustración

Durante el siglo XVIII, en Estados Unidos, Inglaterra y otras zonas del continente europeo, la Revolución industrial trajo consigo la transformación de los modos de producción industrial, marcando el inicio de una serie de avances científicos y tecnológicos, de los que deben destacarse, especialmente, la neumática, que crea virtualmente una química nueva y racional, y la máquina del vapor, que provocará profundas transformaciones económicas y sociales, sobre todo en el continente europeo.

Los conflictos religiosos dieron origen al Estado moderno de los siglos XVI y XVIII y, como es conocido, creó una iglesia nacional que rechazaba tanto la supeditación a Roma como el puritanismo calvinista, pero sin que esto significase, en lo político, el triunfo del absolutismo monárquico. Por el contrario, no se rompió con la tradición representativa medieval y fue el parlamento el que asumió la soberanía y llegó a arraigar el propio concepto de “Estado”.

En el terreno filosófico, que influye de manera directa sobre el desarrollo científico, la evolución inglesa se separa de la continental. El racionalismo (empirismo) que se impuso en Inglaterra durante el siglo XVIII es menos abstracto y ahistórico que el adoptado por los ilustrados del continente europeo, y conecta en muchos puntos con el nominalismo medieval.

Del empirismo proceden las ideas que han influido tal vez más intensamente en la transformación de la sociedad europea: la actitud empirista asegura la apertura del dominio de la ciencia a la crítica de la razón, ya que el empirismo pretende “que toda verdad pueda y deba ser puesta a prueba, y por lo tanto eventualmente modificada, corregida o abandonada”. El empirismo es punto de partida y supuesto de las ideas de Voltaire, Diderot, D’Alambert, Montesquieu y de la ilustración alemana. Al mismo tiempo, es el requisito del avance científico de aquella época; progreso alucinante que impulsa a los iluministas a reconocer en la física de Newton a la ciencia madre y a la verdadera filosofía, que aquella –según la concepción de entonces– que procede científicamente y por inducción: parte de los hechos y no admite ninguna conclusión que no proceda directamente de la experiencia.

El empirismo puso de relieve el valor de la experiencia; más aún, afirmó que ella y solo ella decide lo que es verdad, lo que es valor, ideal, derecho, religión. El espíritu de la ilustración puso de relieve al sujeto, en contraposición con la filosofía medieval, con el pensamiento metafísico. Los grandes temas de Dios, el alma y la libertad ya no son objeto de estudio en la medida que avanza el estudio del conocimiento, caracterizado con más proximidad a la condición del ser. Por eso, la metafísica, tal como es entendida en los sistemas de la tradición, tiene aquí un papel restringido. La filosofía abandona “a la ignorante sutileza de los siglos bárbaros, los objetos imaginarios de especulaciones y disputas”, como escribe D’Alambert, y se dedica a problemas cuya solución sea útil al progreso de nuestro conocimiento.

En este siglo también se dan dos ideas estrechamente ligadas a la filosofía racionalista y nacionalista: el estado de naturaleza y el contrato social. Estas ideas plantean un

nuevo principio de legitimidad democrática, en contraposición con la legitimidad monárquica. La idea de que el único poder legítimo es el fundado sobre la voluntad libre del pueblo mediante un contrato con el rey da nacimiento, a la vez, tanto a la sociedad política como al poder por el contrato entre los individuos nacidos libres en un estado presocial, llamado estado de naturaleza. En el estado de naturaleza, los hombres nacen libres, son iguales, no pueden ser sustraídos de esta situación sino mediante un contrato voluntario. Esta hipótesis liga lo natural, lo racional y lo legítimo.

El estado de naturaleza es la hipótesis de un estado presocial libre de toda contingencia humana, que expresa tanto el estado primitivo como el estado civil, pero en el cual no existe todavía coacción. Su fin es el de definir el medio en el cual pueden afirmarse los derechos naturales del hombre para preparar mejor el advenimiento del contrato social. El hombre, en el estado de naturaleza, vive aislado. La sociedad no puede ser fundada sino por un encuentro voluntario de los individuos y no puede tener otro fin que la felicidad individual en la medida en que esta sea compatible con la felicidad de todos.

Aunque algunos autores, como Ernst Cassirer, reconocen que estas ideas son antiguas, es con Hobbes y Rousseau cuando la teoría voluntarista del Estado adquiere una fuerza tal que prepara el advenimiento de la soberanía nacional en 1789.

Un nuevo tipo de legitimidad triunfa en la historia después de cerca de dos siglos de esfuerzos, de luchas políticas e intelectuales. Dicha legitimidad, como advirtió Max Weber en su investigación sobre el origen protestante del capitalismo moderno, conducirá a sostener que el individuo es capaz, porque está dotado de razón, de calcular él mismo su estrategia económica y política y, de estimarlo

útil, admitir la sumisión de su conducta a reglas emitidas por el Estado y aceptados por él.

2.2. La Revolución francesa y la aparición de los primeros servicios públicos

En lo político y jurídico, el Estado liberal de Derecho es la forma constitucional que refleja los ideales de la burguesía emergente. La revolución en las colonias norteamericanas y en Francia fue el instrumento por medio del cual la burguesía consiguió en los años finales del siglo XVIII remover los obstáculos que se oponían a su expansión política, económica y social, y abolir, en parte, el Antiguo Régimen.

Las revoluciones liberales buscaban la ruptura del orden social orgánico y corporativo propio del Antiguo Régimen y su sustitución por una concepción de la sociedad y del Derecho esencialmente individualista.

El principio de igualdad formal se convirtió en la base jurídica sobre la cual se construyó el nuevo orden: todo el poder público se concentró en las manos del Estado, y el resto de los sujetos de Derecho quedaron reducidos a la idéntica condición jurídica de simples particulares, culminándose el proceso continuado de acumulación de títulos de potestad y legitimación para la injerencia en la esfera vital de las personas que ha caracterizado el desarrollo del poder público en Occidente.

Desaparecieron los estamentos o corporaciones, que brindaban privilegios jurídicos, y, asimismo, quedaron eliminados los poderes territoriales del Antiguo Régimen, lo que dio paso a una organización territorial centralizada y uniforme, a la liberación de la Administración respecto al poder judicial, igualdad de derechos de los particulares, medidas que van a contribuir a la configuración del régimen administrativo.

El resultado final de este proceso fue la separación entre el ámbito público representado de manera exclusiva por el Estado, y el ámbito privado, del mercado, en el que vive y actúa la sociedad civil, formada exclusivamente por individuos, liberados de los vínculos que nacían de los cuerpos intermedios del Antiguo Régimen, cuya inmediata desarticulación fue en todas partes una de las primeras medidas de los revolucionarios.

Este nuevo orden de cosas queda garantizado por una Constitución fundada en los principios de legalidad y de división de poderes respecto de la propiedad, y en la libertad de comercio e industria¹⁷, sistema que respondía a la idea de los filósofos ilustrados y liberales de que toda limitación de la libertad o de la propiedad solo es legítima si es consentida por aquellos que la van a sufrir.

La ley se convirtió en la fuente suprema del Derecho como manifestación de la voluntad general, hallada en los parlamentos mediante la discusión pública, libre y racional de los representantes de la Nación. Sin embargo, en este primer liberalismo, se restringía el derecho de sufragio por motivos económicos y de educación.

17 Algunos preceptos de la Declaración de Derechos del hombre y el ciudadano de 1791 muestran que la Revolución hace de la propiedad uno de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. El artículo segundo menciona a la propiedad entre esos derechos. Y el famoso artículo 17 sacraliza la propiedad de un modo más explícito: "la propiedad es un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada lo exija evidentemente y bajo la condición de una justa y previa indemnización". Sin embargo, con la Declaración de Derecho de 1793, añadirá algunos matices a la orientación del derecho de propiedad. El artículo 16 dice: "El derecho de propiedad es el que pertenece a todo ciudadano de disfrutar y disponer a su conveniencia de sus bienes, de sus ingresos, del fruto de su trabajo y de su industria". De esta forma, la propiedad no se preserva de un modo tan absoluto como habían querido los revolucionarios del 89. Se pone ahora el acento en la propiedad que procede de las obras, del trabajo. MUÑOZ MACHADO: *Servicio Público y Mercado...*, p. 46.

Las funciones que asume el Estado en este modelo se reducían a la defensa nacional, el orden y la seguridad pública, la administración de la justicia y, en general, la formulación de aquellas reglas jurídicas mínimas que hacen posible el libre juego de los actores económicos en el mercado. La tarea de esta Administración está orientada hacia la fuerza pública (ejército, policía) lo que es plenamente coherente con la concepción del Estado como garante de los derechos privados, y asegurar la preservación de la libertad.

Pero también, de manera excepcional, el Estado se hace cargo de la educación¹⁸ y la asistencia social, ya que, por una parte, la Constitución cambia las relaciones del Estado con la iglesia y la priva de sus inmuebles y de la posibilidad de los sacerdotes de enseñar y, por lo tanto, la carga de la enseñanza recayó en el Estado. La Convención instauro por primera vez en Francia la gratuidad y la obligatoriedad de la enseñanza primaria mediante la Ley de frimario del año III (diciembre de 1793), y la Ley de brumario del año III la declara obligatoria durante tres años.

Con respecto a la asistencia social, el artículo 21 de la Declaración de Derechos del 24 de junio de 1793 recuerda que los *secours publics* son una deuda sagrada y que la sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos desafortunados.

El nuevo régimen político conservó el servicio de correos públicos que habían creado las monarquías absolutas para atender las necesidades de seguridad en las comunicacio-

18 La enseñanza había sido monopolizada por la Iglesia en el Antiguo Régimen. En el siglo XVIII, la enseñanza primaria estaba en gran parte asegurada por los hermanos de las escuelas cristianas. La enseñanza secundaria, casi toda desarrollada en internados, se repartía entre los jesuitas y los oratorianos. Y la enseñanza superior también está en manos de la Iglesia, puesto que las universidades solo podían ser fundadas mediante una bula papal y numerosos eclesiásticos practicaban la enseñanza. MUÑOZ MACHADO: *Servicio público y Mercado...*, pp. 51-54.