

nes francesas, á partir del Consulado, consideran el poder *executif* como una función particular del Gobierno (1). Los *actes du gouvernement* se distinguen, incluso formalmente, de los *actes administratifs*, pues para aquellos no hay responsabilidad jurídica (2). La relación entre esta actividad libre y la concepción del poder ejecutivo, provenía en los franceses de la idea de que aquella descansa completamente en un poder general, según la Constitución (3); lo cual va íntimamente unido al círculo de pensamientos de que hubo de nacer el concepto de *pouvoir constituant*.

Mas, aun dentro del círculo de actividad administrativa cuyo contenido está determinado por la ley, existe un elemento de actividad libre junto á la actividad jurídicamente reglada. Las

(1) La Constitución consular sólo habla del gobierno de los cónsules, y atribuye á los ministros la ejecución de las leyes y de los reglamentos (art. 54). La carta, en el capítulo sobre las *formes du gouvernement du roi* (art. 13), reserva al rey el poder ejecutivo. La Constitución del segundo imperio habla en primer lugar sólo del *gouvernement*, y después (arts. 31, 57) del *pouvoir executif*. La ley constitucional de 25 de Febrero de 1875 sobre la organización de los poderes públicos, no define la situación del presidente, pero los conceptos que maneja son los de *gouvernement* y *pouvoir executif* (arts. 6 y 7). Sólo la Constitución de la segunda república atribuye exclusivamente al presidente, de un modo expreso (art. 43), el poder ejecutivo. Pero habla también (art. 68) de los *actes du gouvernement*.

(2) Véase sobre estos actos Hauriou, ob. cit., pág. 274 y siguientes. Véase también la literatura citada por este autor en la nota dos de la página 274. Son actos contra los que no cabe el *recours pour excès de pouvoir*. Modernamente, ha sido muy combatido el concepto de *actes du gouvernement*. Berthelemy, ob. cit., pág. 101 y sig. Este autor, como Michoud, lo rechaza por completo.

(3) Véase O. Mayer, *Theorie des franz. Verwaltungsrechts*, pág. 8.

acciones, en el primer caso, no tienen otra norma que el deber que corresponde á los órganos del Estado, pero no puede ser constreñida por ninguna clase de principios jurídicos especiales. La administración jamás es mera ejecución ó aplicación mecánica de reglas generales á casos particulares, precisamente porque no es exclusivamente actividad autoritaria, sino que lleva en sí actividad social. La administración posee, por tanto, un campo de libre iniciativa, que puede ser limitado por reglas jurídicas, pero cuyo contenido no es determinable por estas reglas.

La administración, en sentido material, contiene, pues, en sí dos elementos: el de *gobierno* y el de *ejecución*. Aquél contiene la iniciativa y la reglamentación; éste la aplicación de lo ordenado. El acto administrativo divídese, pues, en acto de gobierno y acto de ejecución; pero ambos pueden encontrarse unidos. Uno y otro se hallan unidos en el círculo de las actividades extraordinarias del Estado.

El gobierno, en el sentido de que se trata aquí ahora, tiene un carácter material, objetivo, y puede, por tanto, ser ejercido por los órganos de la legislación. Incluso el poder supremo de gobierno, el que da la dirección, puede ser atribuído á estos órganos cuando á ellos corresponde el poder supremo. En las monarquías compete al monarca el gobierno supremo, y la dirección suma del gobierno es siempre el signo distintivo del órgano más alto del Estado.

Mediante la localización en un órgano determinado, adquiere el concepto de gobierno una significación subjetiva. Los órganos del Estado que cuidan especialmente de los asuntos de gobierno, son llamados gobierno en sentido formal ó subjetivo. En este sentido subjetivo, ejercen los gobiernos, los monarcas y los jefes de Estado republicano, así como las autoridades subordinadas á ellos. El reconocimiento de la significación del gobierno como el rector de la actividad del Estado, se expresa—casi diría que de un modo instintivo—en que, en todo Esta-

do, se designa como jefe á su órgano supremo, incluso en las repúblicas democráticas, á pesar de que ellas jamás concedan al *chef de l'exécutif* la situación preeminente entre los órganos del Estado. En Francia se le llama al presidente oficialmente *chef de l'État*, pero ya en el propio nombre de «presidente» va implícita la idea de una situación preeminente. La propia Suiza, con su Consejo federal colegial, no ha negado al presidente de este Consejo el título de «Presidente de la Confederación», aun cuando jurídicamente su situación sea inferior á la de presidente de una república.

Á primera vista parece que la actividad libre no podría atribuirse al juez, cuyo problema esencial consiste en concretar el Derecho mediante la decisión de un caso particular. Pero esta concepción equivaldría á desconocer la naturaleza de la actividad espiritual. Si la decisión judicial fuera la aplicación mecánica del Derecho, se podría predecir con toda certeza cuál habría de ser la solución de toda contienda jurídica, y no se podría concebir una contradicción en las decisiones judiciales. Mas existe en la decisión judicial un elemento creador que no se puede determinar por reglas, pues un principio de Derecho sólo puede ser plenamente desenvuelto mediante las decisiones judiciales, y sólo mediante ellas puede ser conocido todo el alcance de su significación. Si, pues, el juez mismo contribuye á la evolución del Derecho, es indispensable al juez moderno un círculo de actividad libre, determinado por la ley, análogo, desde el punto de vista del contenido, al que hemos observado en la administración, quedando, por tanto, obligado á obrar conforme á las reglas del deber. En cambio falta á la actividad judicial el momento de la iniciativa, que es tan propio del gobierno. El juez sólo puede declarar el derecho en vista de una solicitud exterior á él.

La naturaleza de la actividad libre encuentra también su expresión jurídica en que los principios más importantes sobre la

competencia del Estado sólo pueden ser definidos en forma de facultades del poder y no de deberes. El más amplio margen de libre actividad es el que se otorga á los órganos inmediatos, en los cuales descansa toda la iniciativa del Estado. Las Constituciones hablan de derechos de las Cámaras, del presidente de la república, del pueblo. En todos estos derechos se ocultan deberes que nadie podría hacer valer, á no ser el mismo obligado por el sentimiento de su responsabilidad (1). Este es uno de los puntos en que se tocan de un modo manifiesto la moralidad y el Derecho y en que se pone de relieve cómo éste aparecería enteramente moviéndose en el aire, si no pudiese apoyarse en el fundamento firme de las convicciones éticas de los titulares del poder.

El complemento de la actividad libre es la actividad reglada; su significación no es importante cuando se trata de fijar el Derecho mismo, si bien no puede afirmarse, como á menudo se hace, que incluso en este momento sea su alcance nulo. Las normas del Derecho Internacional limitan á los Estados, y los principios constitucionales logran otro tanto con respecto á la legislación común. Que estas limitaciones puedan ser rebasadas sin que el acto legislativo quede invalidado jurídicamente por ello, no quiere decir nada, pues también dentro de la actividad administrativa reglada y de la judicaria pueden alcanzar fuerza jurídica acuerdos y decisiones contrarios á las normas. Pero en estos casos siempre es posible juzgar jurídicamente el acto como contrario á la norma, cosa que no ocurre cuando se trata de un acto libre. Es posible la determinación del contenido de un principio jurídico, siempre que una fuente de derecho supe-

---

(1) Incluso un jefe de Estado republicano sólo puede ser jurídicamente responsable, á causa de la violación de deberes expresamente establecidos, pero no por el uso que haga de los derechos que la Constitución le concede.

rior obliga á otra subordinada á crear ciertas normas, lo cual puede acontecer cuando se trata de la relación del Estado federal con un Estado miembro, ó de la ley con respecto al reglamento.

Con más amplitud que en la creación del Derecho, muéstrase la actividad reglada en la administración, donde adquiere el carácter de ejecución. Cuanto más se amplía el círculo de la legislación, tanto más se restringe el de la administración libre (*administration pure ou discretionnaire* de los franceses), si bien es completamente imposible someterla á la legislación, porque es necesario un cierto campo de actividad libre, á causa de la relación del gobierno con la actividad administrativa. Una administración que sólo procediese en vista de la ley, no podría hallarse sino en un Estado sin gobierno, lo cual es una creación de una metafísica política á la que no corresponde la realidad.

La actividad reglada muéstrase especialmente en la jurisdicción, cuya forma específica, el juicio, necesita ser representada como la aplicación de la regla jurídica á un caso particular, de suerte que ningún acto judicial que decida un litigio puede tomar, sea la que fuese la actividad libre del juez, el carácter de una medida puramente arbitraria. Por grande que sea la libertad que muestre el juez en sus procedimientos, siempre hay un momento jurídicamente reglado que se encuentra contenido en relación con el fin último del proceso.

La ejecución de la voluntad del Estado sólo es, en parte, problema de los órganos de éste y de las autoridades, pues, en primer lugar, la voluntad del Estado es ejecutada por sus súbditos. En la mayor parte de los casos las órdenes del Estado se transforman en actos, gracias á la obediencia de los individuos y de las asociaciones, que no son titulares de los órganos del Estado, y esta ejecución no es función del Estado, sino que es un hecho individual ó corporativo. Es equivocarse en sus fundamentos la teoría de las funciones del Estado, considerar que el

cumplimiento de la mayor parte de los deberes del ciudadano son actos del Estado mismo (1).

3. Una oposición más importante es la que existe entre la actividad de la autoridad y la actividad social, la cual, aunque aparentemente es análoga á la que existe entre la actividad libre y la reglada, en realidad es muy distinta, pues la actividad de la autoridad puede ser libre y la social jurídicamente reglada.

De las anteriores investigaciones se deduce que la esencia y justificación del Estado radica en la tenencia y posesión del *imperium*, pero que no está exclusivamente limitada á esto. Por el sometimiento de la comunidad al *imperium* se establece un lazo ente sus súbditos. La exigencia de fines corporativos mediante medios sociales ha llegado á ser, cada vez de un modo más acentuado, el problema del Estado.

Mas lo que teóricamente aparece distinto, está indisolublemente unido en la unidad de la vida del Estado. Las funciones de autoridad producen de un modo necesario efectos sociales, aun sin proponérselo. Cada nuevo principio de Derecho produce una modificación en el Estado social mayor ó menor, y el legislador piensa en esta modificación, en la medida en que esto es susceptible de prever, y trata, mediante su actividad, de producir efectos sociales. Con principios de Derecho y con la coacción jurídica, se intenta excitar el poder y el sentimiento de la independencia de un pueblo, su vida económica y espiritual; esto es, mediante un poder de autoridad se desea producir resultados sociales, y, de otra parte, necesita de la actividad social, la cual se muestra en la administración del poder de la autoridad, sin la que no podría lograr sus fines en muchas ocasiones.

Esta separación entre la actividad *autoritaria* y la *social* del Estado tiene una significación, tal vez no sólo jurídica, pues,

(1) Véanse las observaciones acertadísimas de Bernatzik, *Kritischen Studien*, pág. 278.

según el predominio en cada círculo de la actividad del Estado de uno ú otro elemento, así tendrá un determinado carácter. Mientras más predomine el carácter social, menos independiente vivirá el poder del Estado de sus súbditos y tanto más actuará en servicio del individuo. Esto se revela especialmente en la formación de las asociaciones jurídicas que crea el Estado, partiendo de tales supuestos. En los establecimientos públicos que ofrece al disfrute general, descende el Estado de su altura y se acerca al individuo. Siempre puede, aun en tal situación, rodearse de privilegios y sustraerse al derecho privado, pero en tanto que no lo hace así expresamente, ó no resulta con claridad de la naturaleza de las instituciones, es uno entre varios.

La significación esencial del conocimiento de estas distinciones que hemos hecho, se pone de manifiesto de dos modos: el aspecto jurídico nos muestra al Estado, no sólo como un poder superior á los demás, sino también como una asociación que administra con los medios que están á la disposición de todas las personas. Administrar no es un privilegio exclusivo del Estado. El concepto «administración del Estado» es mucho más restringido que el de administración en general. Administrar indica precisamente satisfacer los intereses espirituales y económicos en bien de todos, ó al menos de un modo no exclusivamente egoísta. Por esto puede también el individuo administrar su propiedad, si al hacerlo tiene en cuenta los intereses sociales. El agricultor, el fabricante que despliega su actividad individual de un modo conveniente á todos, hacen una obra de administración no menor que la de cualquiera otra asociación, y aun la del Estado mismo.

Esta actividad del Estado para el bien común es análoga á la actividad privada, y está ejercida individual ó colectivamente. Promover la cultura, explotar los caminos de hierro, fundar escuelas, propagar la enseñanza, cuidar de los indigentes, construir vías urbanas, son en sí actividades privadas que

sólo socialmente poseen un carácter público, pero no de un modo jurídico. El Estado puede ejercer actividades análogas por sí ó por otro, en virtud de su poder, poder que le hace posible transformar el Derecho Privado en Derecho Público, y por tanto, elevar aquellas actividades á este rango, en un sentido jurídico. Además el Estado posee, para llevar á cabo su administración social, el *imperium*. Este es el punto más importante, por el cual la administración ejercida por el Estado, ó por corporaciones dotadas por él de *imperium*, se distingue en principios de toda administración privada. Precisamente porque el ejercicio del *imperium* es un medio para la administración del Estado, es por lo que el Estado ha advenido el más poderoso factor social, el más fuerte guardián y promovedor de los intereses comunes. Merced al *imperium* pueden el Estado y las asociaciones á quienes él conceda tal poder, adquirir las fuerzas personales y los medios reales para la administración, y aun limitar, en interés de ésta, la libertad individual. Alcanza, por consiguiente, el Estado sus fines administrativos con más facilidad y seguridad que los individuos y las asociaciones libres, siempre que el resultado de tales actividades no dependa completamente de un modo predominante de cualidades individuales que no pueden menos de desplegarse libremente, y no es dable, por tanto, que sean puestas al servicio de la comunidad por obra de la coacción.

Las actividades sociales del Estado, designadas á menudo con el nombre, no muy acertado, de *gestión (Pflege)*, no se limitan á la administración en un sentido material. Aquella actividad divide la legislación material en órdenes para el ejercicio del *imperium* y para las acciones sociales del Estado. Las primeras dan á la administración poder sobre los individuos, y las últimas limitan el poder de la administración en favor del individuo. En la declaración del Derecho se muestra exclusivamente la función de autoridad.