

# LA TEORIA DEL SERVICIO PUBLICO COMO PUNTO DE ENCUENTRO PARA EL DIALOGO EN MATERIA DE ENSEÑANZA

## SUMARIO:

### I. LA TEORIA DEL SERVICIO PUBLICO.

#### Proemio.

#### 1) *El Estado, ordenamiento jurídico territorial soberano.*

Ordenamiento jurídico originario, n. 1.—Caracteres: libertad e independencia y limitación, n. 2.—Los fines del ordenamiento jurídico: ¿es posible su determinación concreta *a priori*?, n. 3.—Los llamados entes políticos, n. 4.—Universalidad, no ilimitación, n. 5.—Intereses: sus clases, n. 6.—Funciones: legislativa, jurisdiccional, ejecutiva, administrativa, nn. 7-8.—Extensión de la potestad administrativa, n. 9.

#### 2) *La formación de los servicios públicos: criterios.*

Policía, fomento y servicio público, n. 10.—Servicio dirigido al público, n. 11. Necesidad, interés y fin públicos, n. 12.—Caracteres: indivisibilidad, consolidación, n. 13.—Continuidad, n. 14.—Los fines extraeconómicos y los servicios públicos: intereses interferentes con la soberanía, necesidad de evitar el fraude y el monopolio, n. 15.—La igualdad de la justicia distributiva, norma inspiradora de servicios públicos; gratuidad, n. 16.

#### 3) *El servicio público en sentido jurídico.*

Proceso formativo, n. 17.—Definición técnico-jurídica; elementos del servicio público, nn. 18-19.—Régimen jurídico especial, n. 20.—Modalidades que adopta, n. 21.—Servicio público y establecimiento de utilidad pública, n. 22.—Servicio público y servicio administrativo. La enseñanza, servicio público: aplicación de criterios, n. 23.

### II. RELACION DE LOS ORDENAMIENTOS CANONICO Y CIVIL EN EL TERCER RENO DE LA ENSEÑANZA.

#### 1) *Distinción y separación de los ordenamientos jurídicos.*

Distinción y separación, n. 24.—Limitación y conexión: sus formas, n. 25.

A) EDUCACIÓN RELIGIOSA Y MORAL: Sus elementos, n. 26.—La educación religiosa y moral, función que monopoliza la Iglesia; ejercicio de la potestad de magisterio y de jurisdicción, n. 27.—Incorporación de la norma canónica al ordenamiento civil, n. 28.

B) EDUCACIÓN FÍSICA Y CIVIL: Canon 1.375: derecho de la Iglesia a fundar escuelas propias, n. 29.—Canon 1.376: erección canónica de Universidades y Facultades católicas; la Constitución *Deus scientiarum*: organización de servicio público, n. 30.—El canon 1.375 no contiene organización de servicio público, n. 31.

2) *Conexión de los ordenamientos canónico y civil.*

El problema de la conexión en materia de enseñanza, n. 32.—Autonomía de los individuos y de los grupos contra monopolio, n. 33.—Servicios públicos y autonomía o libertad, n. 34.—El ordenamiento civil regula los efectos civiles de los estudios; el ordenamiento canónico regula los efectos canónicos, n. 35.—Cánones 1.375 y 1.376: distinción entre efectos civiles y efectos canónicos, n. 36. El ordenamiento canónico y las escuelas erigidas por la Iglesia, n. 37.—Conclusión, n. 38.

Durante el presente año se han producido dos hechos de singular trascendencia en relación con la enseñanza y la educación; el primero de ellos, al comienzo casi del año, fué la ley de Ordenación de la Enseñanza Media, que ha venido a reformar la Ley anterior, de 1938, y el segundo, que tuvo lugar algunos meses después, ha sido la firma del Concordato entre la Santa Sede y España.

La reforma de la ley de Enseñanza Media ha sido todo menos cosa fácil; desde que se entrevió la posibilidad de su reforma y durante el período de gestación de la nueva Ley, posiciones completamente divergentes a las que se pretendía haber llegado invocando los mismos principios y opiniones, no ya distintas, sino absolutamente encontradas y contrapuestas, no siempre exentas de acrimonia, brotando en el mismo campo y a veces salidas de las mismas filas, constituyen un panorama a primera vista desconcertante y propicio a suscitar en los que lo contemplan confusión y desaliento. De esperar es que el Concordato, con su autoridad, producirá, entre otros efectos saludables, el de acallar las diferencias.

El fenómeno apuntado, si bien por fortuna no se da todos los días, pero no es tampoco completamente nuevo. Sabemos bien que la doctrina concordataria pasó no hace tanto tiempo por un período de no menor confusión, y en torno al sistema de relaciones entre la Iglesia y el Estado, y más en particular sobre la separación, tampoco han faltado contradicciones y discrepancias.

Por ello nos ha parecido que sería tarea útil y provechosa buscar un terreno común de coincidencia, y con este deseo hemos dirigido nuestros pasos hacia un terreno estrictamente jurídico: la teoría del servicio público, en la esperanza de encontrar alrededor de ella una base común de diálogo y de coincidencia. En la segunda parte del trabajo tratamos de poner

en relación los dos ordenamientos, el canónico y el civil, aplicando a escala reducida al problema de la educación y de la enseñanza los mismos principios estricta y rigurosamente jurídicos que a escala mayor rigen las relaciones entre la Iglesia y el Estado, determinando la competencia real específica de una y otro.

Puesto que el problema que abordamos es el mismo, lo diremos también con las mismas expresiones de S. LENER (1) al tratar recientemente de las relaciones entre la Iglesia y el Estado: "Es nuestra intención, colocándonos en un terreno absolutamente objetivo e imparcial, ofrecer al lector los argumentos más idóneos para resolver en justicia la cuestión sometida a examen. Ahora bien, el primer orden de consideraciones que se presenta en el terreno propio de la justicia—la cual distingue entre mío y tuyo para dar "a cada uno lo suyo"—, nos trasporta ya de por sí fuera del piélago de las ideologías sobre la tierra firme de la ciencia jurídica".

## I. LA TEORIA DEL SERVICIO PUBLICO

En una u otra forma y con planteamientos diversos, la noción y el tema del servicio público aparecen esencialmente ligados al concepto de ente político, idea ésta que se halla a su vez contenida implícitamente en cualquiera formulación correcta de la noción de Estado. Descubrir y analizar por orden de mayor a menor jerarquía la trabazón que liga entre sí los conceptos de ordenamiento jurídico originario, de ente político y de servicio público, he aquí el objetivo de la primera parte del presente estudio.

### 1) *El Estado, ordenamiento jurídico territorial soberano*

I. Partimos aquí de la noción institucional del Estado como "ordenamiento jurídico territorial originario o soberano", y siendo lo propio y característico de todo ordenamiento jurídico originario el no derivar su vigencia de otra voluntad o autoridad humana superior, o, lo que es lo mismo, de otro ordenamiento jurídico positivo, es claro que cualquiera ordenamiento jurídico que se proclame a sí mismo originario tiene que afirmarse y modificarse por sí mismo; es decir, que determina por sí mismo con plena libertad e independencia el contenido material de su actividad, tanto por lo que atañe a los fines concretos que se propone realizar, como en lo

(1) *Lo Stato moderno e la molteplicità degli ordinamenti giuridici*, en "La Civiltà Cattolica" (1946), vol. IV, p. 247.

que toca a los medios que se han de emplear para el logro y consecución de aquéllos.

Pero sentar, como lo hacemos, la libertad e independencia del ordenamiento jurídico originario, en cuanto éste se afirma y se modifica por sí mismo, no equivale a afirmar la ilimitación o la arbitrariedad. Así como la libertad propia de la persona humana consiste en la facultad propia del hombre de determinarse a sí mismo racionalmente, en orden a los bienes e intereses que caen dentro de los fines de la vida humana, de la misma manera la libertad e independencia propias del ordenamiento jurídico originario consisten en la facultad inherente al mismo de determinarse por sí, no de cualquier manera, sino racionalmente, objetivamente, en conformidad con su propia naturaleza; es decir, con pleno acatamiento a las exigencias objetivas, tal como vienen determinadas por la adecuación y proporción, tanto física como moral, entre los intereses que constituyen el fin a conseguir y los medios de que se dispone para el logro y realización de aquél.

Todo esto se halla implícitamente afirmado y, por eso mismo, contenido de modo real y positivo en el concepto y en la estructura del Estado como ordenamiento jurídico. "Ordenamiento jurídico", expresión profunda y reveladora de que el simple hecho asociativo se convierte en un hecho plenamente humano en el sentido más alto, o sea en un hecho plenamente racional y voluntario, aunque no siempre rigurosamente libre. Ordenamiento, como ordenación de un grupo humano, comprende y abarca estas dos cosas: lo primero, dar vida a una serie o sistema de normas conteniendo los criterios necesarios para resolver los problemas concretos que plantea la actividad social, y eso de modo tal que quede plenamente salvaguardada una doble exigencia sustancial: de una parte, la mutua solidaridad de los miembros en orden al fin social y a la actividad y cooperación de los miembros del grupo, y de otra, la inviolabilidad de la libertad y la autonomía de los mismos dentro del grupo.

Pero no es eso sólo; en segundo lugar, el ordenamiento envuelve la obediencia de los individuos y la sujeción de los elementos integrantes del grupo a las normas establecidas, sujeción que, aun siendo absolutamente necesaria, puede actuarse espontáneamente en algunos casos, pero que la mayoría de las veces necesita del oportuno aparato coactivo, dando así lugar a tipos diversos de ordenamiento.

2. El concepto y la estructura del Estado moderno, en cuanto ordenamiento jurídico, especifican la naturaleza del poder y determinan sus mis-

mos límites. El poder entrañado en todo ordenamiento jurídico originario se define como la competencia en la elección o selección del criterio ordenador del grupo y de los medios adecuados para su realización, mas no una competencia cualquiera, sino competencia suprema, en cuanto que determinándose a sí misma excluye cualquiera otra voluntad exterior determinante, pero de ninguna manera quiere decir competencia incondicionada o ilimitada. Y la razón por la cual no puede ser ilimitada la voluntad determinante del ordenamiento jurídico es porque la autonomía de los individuos y de los grupos sociales inferiores integrados en la unidad superior del Estado no puede ser desconocida o suprimida por éste sin destruir su misma esencia moral y sin renegar la propia naturaleza de ordenamiento jurídico. Lo que distingue al Estado de un campo de concentración, por más que éste pueda alcanzar dimensiones y organización de un Estado, es el carácter esencialmente moral de aquél, que se constituye necesariamente como ordenamiento jurídico, mientras que el campo de concentración, aun el mejor organizado y el más férreamente disciplinado, no será nunca un ordenamiento jurídico, sino negación antinatural de la personalidad humana y violación y atropello de su dignidad, así en sus manifestaciones individuales como en las sociales.

De esta manera el carácter esencialmente moral entrañado en la idea de ordenamiento jurídico, a la vez que especifica y determina la naturaleza del Estado, constituye el verdadero límite de su poder y actúa a un tiempo como límite formal de la libertad e independencia, cualidades en que se resuelve la soberanía, y como límite material de la potestad suprema. En este punto están de acuerdo todas las escuelas, desde las posiciones iusnaturalistas hasta la más moderna doctrina general del Derecho, pasando por las mismas escuelas positivistas en sus varias formulaciones del Estado de derecho.

Una vez sentado lo que precede sobre la naturaleza y los límites propios del ordenamiento jurídico, según los cuales no le es posible a éste, ni siquiera en cuanto ordenamiento originario, evadirse de aquella esfera esencialmente moral que le contiene y le limita, a no ser dándose muerte a sí mismo en una especie de suicidio moral; ahora volvamos la atención sobre el campo de acción y los movimientos que dentro de aquella esfera alcanzan la libertad e independencia del ordenamiento jurídico.

3. He aquí la primera conclusión: cualquier ordenamiento jurídico autónomo, al determinar por sí mismo la materia o materias que forman el contenido de su actividad, lo hace tomando como base los intereses íntima-

mente relacionados con los fines que se propone y habida cuenta de los medios que tendrá a su alcance para el logro del fin propuesto. Pero falta en cualquier ordenamiento jurídico positivo un principio absoluto capaz de contener los criterios materiales universalmente válidos para determinar en cada caso los intereses en que se concreta y especifica *hic et nunc* el bienestar social, así como los medios a mano en cada coyuntura para colmar el vacío o desproporción existente entre las necesidades públicas y el fin social.

No es nuevo, sino muy viejo, el empeño de determinar los bienes e intereses que constituyen el fin o fines del Estado. En la portada misma de su libro *La Política*, ARISTÓTELES escribe ya: "la asociación de muchos pueblos forma un Estado completo, que llega, si puede decirse así, a bastarse absolutamente a sí mismo, teniendo por origen las necesidades de la vida, y debiendo su subsistencia al hecho de ser éstas satisfechas... bastarse a sí mismo es a la vez un fin y una felicidad" (2). Desde entonces la clásica expresión aristotélica ha tentado siempre al ingenio humano y de tiempo en tiempo le ha llevado a tratar de determinar y sistematizar los fines y los objetivos del Estado (3).

(2) Libro I, c. I.

(3) SANTO TOMÁS, siguiendo al Estagirita, nos dice que el hombre, como animal naturalmente social y político, se congrega en sociedad con otros hombres "para vivir bien", cosa imposible de lograr si los hombres vivieran aislados unos de otros. Distingue luego el Angélico tres grados o escalones en la comunidad: la casa o familia, la ciudad y el reino. "La comunidad formada por la ciudad contiene las cosas que son necesarias para la vida del hombre: de manera que es comunidad perfecta en cuanto a las cosas absolutamente necesarias." "El segundo requisito de la ciudad—escribe—es que tenga suficiencia por sí misma, o sea que se baste a sí misma. Porque en la aldea no se encuentran todas las cosas necesarias para la vida de los sanos y de los enfermos; pero en la ciudad sí que se encuentran todas las cosas necesarias para la vida.

La tercera comunidad es el reino, que es la comunidad consumada, pues donde y mientras existe temor a los enemigos, una ciudad sola no puede subsistir por sí; por consiguiente, por razón del temor a los enemigos es necesaria la comunidad de muchas ciudades, que forman un reino."

Para SANTO TOMÁS, pues, la vida social se escalona según estos pasos: 1) la tendencia final que impulsa al hombre a vivir en sociedad es la aspiración de "vivir bien", "es decir, según la virtud"; 2) entonces puede decirse que los hombres viven bien cuando se bastan a sí mismos: bastarse a sí mismo es un fin y una felicidad; 3) solamente en la paz y en la seguridad social se torna perfecta la suficiencia que consiste en la posesión de las cosas necesarias para la vida humana.

He aquí ahora cómo sistematiza uno de nuestros escritores actuales el contenido del bien común temporal.

El bien común, dice, se resume en una *conditio* tálta y en cuatro valores principales y específicos.

Consiste la *conditio* tálta en el respeto al fin último del hombre y a su congruente actividad religiosa, ya que si en el fin de la comunidad temporal y natural no puede estar inserta la procuración a los hombres de su último y sobrenatural destino, pero sí tiene que estarlo como *conditio* tálta el respeto a ese último y sobrenatural destino y a la congruente actividad religiosa.

Los valores que integran el bien común, enumerados por orden de primacía, son los siguientes: 1.º La justicia, valor determinante de los derechos naturales permanentes e inmutables de las personas de toda índole, así como de su coordinación objetiva y de sus derivaciones directas e inmediatas. 2.º La seguridad del orden comunal. La seguridad comunal, como un *affiditio* y un *quid posterius* a la justicia, rebasa el orden público y la legítima defensa comunal, y se dirige a enmarcar en un adecuado acondicionamiento institucional las garantías de los Jus-

La doctrina generalmente sostenida hoy en los tratados de Filosofía moral repone el fin del Estado en la prosperidad pública temporal, subordinada al fin último de los miembros de la comunidad; y según la misma, la tutela del orden jurídico constituye el elemento primario de la prosperidad pública, al paso que la procuración y abundancia relativa de los bienes, tanto espirituales como corporales, es considerada como elemento secundario de la prosperidad o felicidad temporal pública.

Según se echa de ver, la tesis anterior, al igual que otras semejantes que distinguen entre fines permanentes y fines históricos, o entre fines exclusivos y fines concurrentes del Estado, constituyen tipos más o menos afortunados de clasificación formal de los fines y de la actividad del Estado, pero no atacan el problema de su determinación material, de la objetivación individual y cuantitativa de los fines e intereses que el Estado deba proponerse y realizar en cada momento.

El único principio abstracto que cabe formular en esta materia consiste precisamente en la falta o negación de tales criterios materiales capaces de determinar *a priori* los intereses concretos, así como tampoco los medios que hayan de constituir el objeto de la actividad social. Más aún, es precisamente esa imposibilidad de determinación material lo que especifica y califica al ordenamiento jurídico autónomo entre los entes denominados políticos.

4. Se denominan entes políticos, según escribe S. ROMANO, los entes de fines generales, esto es, aquellos entes que, proponiéndose bienes o fines que en un momento determinado tienen que ser precisos y circunscritos, pero son tales que pueden en un momento posterior proponerse fines distintos sin cambiar por eso de naturaleza. A diferencia de los entes especiales que se constituyen con una finalidad específicamente determinada y perfectamente individualizada, por ejemplo, una sociedad comercial, una institución de beneficencia, y para los que un cambio del fin social significaría la trans-

---

los derechos de los miembros de la comunidad, la eficiencia de las justas diferencias atribucionales y funcionales que deban subsistir y la estabilidad y permanencia del orden jerárquico establecido. 3.º La utilidad económica comunitaria. Con esta expresión se pretende denotar la virtud potenciadora de la comunidad no solamente *in actu primo*, sino también *in actu secundo*, es decir, realizada en la mejor cobertura de las necesidades económicas de la comunidad, no simplemente como saeta que apunta al blanco, sino como diana efectivamente alcanzada, resultado logrado por la actuación de la virtud potenciadora de la comunidad. 4.º La eficiencia moral comunitaria. Trátase de orientar la virtud potenciadora de la comunidad hacia un resultado ético, hacia un propósito de mejoramiento moral de los hombres por vía comunitaria.

La justicia, como valor radical y básico del bien común, antecede jerárquicamente a los otros tres; la seguridad comunal, servidora de la justicia, precede a su vez a la utilidad económica y a la eficiencia moral comunitaria. Y entre los valores fructuales, la utilidad económica, si bien anterior en el tiempo, pero debe aparecer subordinada a la eficiencia moral. De este modo la paz queda subsumida bajo los cuatro valores como obra conjunta de todos y no de uno solo. Véase J. LARRAZ: *La meta de dos revoluciones* (Madrid, 1946), pp. 137-140.

formación de su naturaleza, los entes de fines generales se caracterizan por el hecho de que la esfera de su actividad se extiende en potencia a una serie indefinida de intereses, no en el sentido de que los abarque todos a la vez colectivamente, lo que no sería posible, pues el carácter limitado de la acción y de la cooperación sociales imponen necesariamente la limitación concreta de sus objetivos, sino en cuanto que el ordenamiento jurídico puede en un momento dado sustituir otros intereses a los anteriormente escogidos y procurados por el mismo ordenamiento jurídico.

Ejemplo típico, típico decimos, no único entre los entes de fines generales es el Estado, el cual, en expresión del mismo escritor, "puede proponerse cualquier fin, pero sin que haya un fin que deba proponerse necesariamente, por lo que no resulta posible conocer cuáles son los que se propone y cuáles los que excluye en un momento dado si no es trayendo a colación todo el conjunto del ordenamiento jurídico" (4).

No es posible, pues, formular un principio abstracto que contenga los criterios materiales determinativos de la voluntad del ordenamiento jurídico en relación con esos fines e intereses particulares; y no lo es, de una parte porque el Estado, como sociedad completa—en otros términos, como ente político—bajo la denominación de bien común comprende y abarca la totalidad genérica del bien humano, sin excluir de antemano ninguna entre las clases o especies de bienes naturalmente convenientes al hombre, a diferencia de las sociedades incompletas, entes de fines especiales, que contraen su fin y, por consiguiente, el objeto de su actividad, a una clase particular de bienes, con exclusión de las demás especies que integran la totalidad del bien humano en su consideración genérica o global. De otra parte, es claro que esa misma totalidad genérica o universalidad del bien verdaderamente humano no puede ser asequible toda entera simultáneamente, del mismo modo y por la misma razón que la limitación de las necesidades de alimentación y la consiguiente capacidad limitada del estómago impone al hombre una cantidad limitada de alimentos y, además, por razón de aquella limitación cuantitativa, le obliga a escoger o elegir un número reducido de ellos entre la variedad indefinida de manjares: aquellos que pueda procurarse en cada momento, los que prefiera o los que mejor le sienten en cada caso.

5. No hay, por tanto, que confundir la universalidad o totalidad de los fines concretos del Estado con su ilimitación; y viceversa, al combatir la ilimitación de los fines del Estado no se niega por eso la universalidad o

(4) S. ROMANO: *Principii di Diritto costituzionale generale* (Milano, 1947), p. 53, n. 9; p. 73, n. 1.



generalidad de aquellos con su consiguiente indeterminación. Consiguientemente, la generalidad o universalidad del fin del Estado, como distinta y opuesta a la ilimitación, no quiere decir que sea misión del Estado regular todas las relaciones sociales, ni siquiera bajo el pretexto de actuar la justicia abstracta o ideal. Muy al contrario, la realidad nos muestra que existe una parte considerable de vínculos o relaciones sociales que escapan al ordenamiento jurídico; son las materias jurídicamente irrelevantes, que el Estado se abstiene de regular, no las toma en consideración, y por ello el ordenamiento jurídico respecto de ellas no establece poderes, ni derechos, ni obligaciones.

6. Si consideramos ahora las materias que entran en la esfera del ordenamiento jurídico, se dividen en tres grandes grupos o categorías. Constituyen el primer grupo los llamados fines inmediatos del Estado, o sea aquella serie de intereses que el ordenamiento jurídico se propone satisfacer por sí mismo, bien con su propia actividad o por medio de otros entes que revisten el carácter de auxiliares suyos. Ejemplos de estos fines e intereses son, entre otros, las relaciones internacionales, la defensa incluso militar del territorio, la seguridad pública, la administración financiera, la satisfacción de múltiples necesidades físicas, económicas, morales e intelectuales de la población; en una palabra, todos aquellos intereses que el Estado se propone satisfacer por sí mismo o por medio de entes especialmente destinados a ese objeto y cuya actividad, según veremos, puede ser organizada en concurrencia con otros entes y personas o también monopolísticamente.

Pertencen al segundo grupo o categoría aquellos intereses que el ordenamiento jurídico no los considera como directamente suyos porque son objeto directo de la actividad de otros sujetos o entes distintos del Estado y de sus auxiliares. Su procuración o satisfacción no constituye un interés directo del Estado, por lo mismo que es objeto directo de la actividad de otros; pero esto no quiere decir que el Estado no tenga en ellos ningún interés directo distinto del de su procuración o satisfacción. El Estado tiene en ellos y sobre ellos, como interés directo primordial suyo, el de regularlos con normas objetivas y el de tutelar su ejercicio en los límites que el ordenamiento los considera lícitos y les otorga su protección. Esta amplia zona o categoría de intereses que el Estado, por no considerarlos como intereses propios suyos, confía o abandona a la autonomía de los individuos y de los grupos, forma el campo de la actividad privada, en contraposición a la actividad pública; y en ella el ordenamiento jurídico tiene como misión suya la de determinar la esfera y el contenido de la autonomía, trazando sus lí-

mites, y la de asegurar y proteger el ejercicio de la misma en el ámbito reconocido por el ordenamiento jurídico.

Junto a los dos anteriores existe otro tercer grupo o categoría de materias jurídicamente relevantes que, de un lado, no constituyen fines inmediatos del Estado, y de otro, tampoco representan intereses directos de la autonomía privada; se trata de intereses, por así decirlo, meramente objetivos e impersonales, en cuanto que al no emanar de una actividad perfectamente individualizada y dirigida a un fin concreto y específico, son simple creación del ordenamiento jurídico, el cual confía su tutela al poder público, de regla general al poder judicial. Pertenecen a este grupo de intereses ciertos poderes punitivos del Estado, al igual que una gran parte del Derecho procesal, y su tutela se ejerce en nombre de la ley o de la justicia, ya que lo que directamente pretende el ordenamiento jurídico al tutelarlos no es la satisfacción de un interés particular y concreto del Estado o de la autonomía, sino simplemente la observancia de la ley y el cumplimiento del Derecho como requisito previo y condición general del interés colectivo.

7. Veamos ahora cómo desarrolla el ordenamiento jurídico sus funciones sobre los expresados grupos de intereses o materias jurídicamente relevantes.

Empleándose el término "función" para designar los poderes que se ejercen para la tutela de un interés de otro o de un interés objetivo, la función *pública*, como forma superior de la actividad del Estado, denota la manifestación o el ejercicio de una potestad pública en cuanto expresión de la plena capacidad jurídica del Estado, o sea de la soberanía.

Entre los poderes o funciones del Estado ocupa lógicamente el primer lugar la función legislativa, la cual tiene por objeto la constitución de aquella parte del ordenamiento jurídico que halla su expresión en disposiciones preventivas, en normas o preceptos de observancia obligatoria, tanto para el Estado como para los demás sujetos en el desarrollo de su actividad. No se pierda de vista, sin embargo, que, cuando la ley regula previamente, ordena o dispone, permite o prohíbe una actividad cualquiera, el Poder público no trata inmediatamente de satisfacer un interés concreto o un grupo de intereses, sino que la regulación preventiva de ciertas relaciones, según viene establecida por la ley, constituye un *quid prius* a aquella satisfacción, y tiende directamente a hacer jurídicamente posible o necesaria su satisfacción por los sujetos a los cuales ella confía la procuración directa del interés protegido.

La función jurisdiccional, expresión técnica para designar la potestad

judicial, en cierto modo no es más que el desarrollo de la función legislativa, concretada y circunscrita a un caso singular, o sea la aplicación de la ley a un caso particular entre personas determinadas. Fin esencial y primario de la función jurisdiccional es la defensa del derecho objetivo; por eso se ejerce siempre en interés de la ley, y así como a la función legislativa corresponde la constitución del ordenamiento jurídico, su tutela en los casos particulares es lo que constituye el objeto de la potestad judicial, incluso cuando la potestad jurisdiccional actúa para la protección de los derechos subjetivos.

Frente al carácter en cierto modo abstracto y general que es propio de las funciones legislativa y jurisdiccional, la función ejecutiva se caracteriza por el desarrollo de una actividad concreta e individualizada que se ordena directamente a la obtención de los fines e intereses inmediatos del Estado. Llámase función ejecutiva no sólo porque se desenvuelve siempre dentro de los límites trazados por el ordenamiento jurídico—límites que circunscriben igualmente la autonomía privada—, sino porque correspondiendo de regla general al ordenamiento jurídico señalar, por lo menos en abstracto y de manera genérica, los bienes y los fines que el Estado debe proponerse obligatoriamente, es natural que la potestad directamente encaminada a la realización inmediata de aquellos fines se distinga por su carácter predominantemente práctico y ejecutivo.

Sin embargo, la naturaleza ejecutiva de esta función no incluye, ni mucho menos, que sea la suya una actividad constantemente vinculada; al contrario, el mayor número y las más importantes de sus actividades se caracterizan por la libertad de determinación de los órganos a los que corresponde el poder ejecutivo.

Son actos propios de la función ejecutiva: *a)* determinar en particular los bienes que constituyen intereses inmediatos del Estado; *b)* ordenar la actividad y disponer los medios adecuados y proporcionados para la satisfacción de aquellos intereses; *c)* realizar y desempeñar por sí o por sus órganos auxiliares las más diversas actividades materiales, de cualquiera índole que sea, técnica o no, y de cualquiera naturaleza, solamente con que se trate de actividades sancionadas por el ordenamiento jurídico y que sean aptas para la procuración y satisfacción de los intereses en relación con los fines inmediatos del Estado.

8. Según una opinión bastante difundida, la función ejecutiva se identificaría con la función administrativa, y así no sólo se usa frecuentemente esta última expresión para definir simplemente la potestad ejecutiva, sino

que se llega hasta definir la Administración como la función pública que ocupa el tercer lugar junto a las funciones legislativa y jurisdiccional.

Sin embargo, esto no es exacto; la Administración es parte de la función ejecutiva, pero no es toda la función ejecutiva, sino parte sólo de ella.

Además de la Administración, la potestad ejecutiva comprende la actividad denominada política o de gobierno, es decir, aquella actividad de orden superior que se refiere a la dirección suprema y general del Estado como un todo complejo y unitario. La Administración, por el contrario, como lo indica su mismo nombre, derivado de "minister", se desenvuelve en una esfera subordinada al poder político o de gobierno, y objeto o materia suya son los negocios de interés general o de utilidad pública en cierto sentido usuales y corrientes, en contraposición a los actos políticos o de gobierno, que se refieren a los asuntos de interés político. La Administración, pues, o la función administrativa, es aquella parte de la función ejecutiva que se refiere a intereses públicos especiales o a grupos de tales intereses; es decir, a intereses particularmente circunscritos y determinados.

De las actividades anteriormente señaladas a la función ejecutiva, la función administrativa se concentra principalmente en el punto tercero, o sea en el desenvolvimiento y ejecución de actividades materiales diversas en relación inmediata con los fines e intereses del Estado. Pero el predominio no arguye exclusividad, ni mucho menos, pues las manifestaciones de la potestad ejecutiva resultan extraordinariamente variadas, tanto desde el punto de vista de las formas que adoptan sus actos como en relación con el contenido de los mismos.

Amplísima facultad de iniciativa política y de gobierno—potestad política y de gobierno—, poder de emanar disposiciones normativas más o menos generales de carácter práctico y ejecutivo —instrucciones y órdenes comunicadas—, de hacer concesiones y de efectuar denegaciones y prohibiciones particulares—órdenes y resoluciones—, de determinar eficazmente a los demás tanto a realizar actividades concretas preceptivas como a abstenerse de aquellas otras que resulten individualmente prohibidas —ejercicio del poder de imperio y de la potestad coercitiva—y, finalmente, de realizar por sí mismo el Estado o por sus órganos auxiliares toda clase de actividades de naturaleza diversísima en orden a la satisfacción de los intereses directos del Estado para sus fines inmediatos; todo ese conjunto de actividades; de funciones y de poderes tan diversos y variados que se entrecruzan y que en parte se compenetran integran la potestad ejecutiva.

9. A diferencia de lo que acontece con la potestad legislativa y jurisdiccional, que generalmente se exteriorizan en actos típicos y perfectamente determinados, la potestad ejecutiva, por el contrario, se manifiesta en alto grado rebelde a cualquier intento de clasificación completa, resistencia que se debe en gran parte al hecho de que mientras aquellas funciones se expresan siempre en actos jurídicos perfectamente definidos, el poder ejecutivo, sobre todo en lo que a la función administrativa se refiere, al lado de la actividad jurídica propiamente dicha desenvuelve y desarrolla una serie variadísima de actividades materiales de naturaleza semejante a la actividad privada, y estas actividades, solamente por razón del sujeto y de la forma en que emanan, pero no por su contenido, es posible reducirlas al orden de actividades jurídicas. De aquí se deriva otra consecuencia no menos importante, a saber: que mientras la constitución y la tutela o defensa del ordenamiento jurídico constituyen, respectivamente, el fin y el objeto inmediato de las funciones legislativa y jurisdiccional, para la potestad ejecutiva, en cambio, el ordenamiento jurídico, más que un fin, constituye el límite que circunscribe el campo de sus fines, y si la actividad jurídica es ciertamente una forma o *modus operandi* universal, pero en sí mismo considerado el Derecho, como actividad jurídica propiamente dicha, no es sino un medio, importantísimo, sí, pero uno más al lado de otros medios técnicos, físicos, económicos, intelectuales y morales para la obtención de los fines inmediatos del Estado.

Sirviéndonos de una semejanza o analogía podemos decir que, así como existen en la Iglesia tres potestades distintas entre sí, que contienen otros tantos medios adecuados, aunque parciales, para la obtención de los fines propios de aquélla: la potestad de magisterio, encaminada a salvaguardar la unidad de fe y de doctrina; la potestad de santificación, que por los sacramentos se dirige a producir la gracia y las virtudes, y la potestad de régimen y de gobierno, esencial a la Iglesia en cuanto instituída por Jesucristo como sociedad jurídicamente perfecta de orden sobrenatural; y así como las cosas y los actos propios de la potestad de magisterio y de santificación, sin perder su propia naturaleza específica, vienen ordenados y reglamentados por la potestad de jurisdicción, en su condición de medios aptos para el fin de la Iglesia—canon 726—, de la misma manera que lo son otras cosas o actividades, cual los lugares y los tiempos sagrados y los bienes temporales; así también, en el orden temporal y terreno, actividades materiales de toda índole, sin perder su propia naturaleza física, técnica, económica, intelectual y moral, son a su vez ordenadas y disciplinadas por la potestad ejecutiva, y más concretamente por la potestad administrativa, en su condición

de medios aptos para la obtención de los fines y de los intereses inmediatos del Estado. Nos encontramos ante un caso de aplicación de la doctrina de la justicia legal, que se denomina también general porque objeto de la misma pueden ser los actos de cualesquiera virtudes, siempre que sean necesarios y, como tales, exigibles en orden al bien común de la sociedad. Así, también, objeto propio de la potestad administrativa son no sólo los actos directamente jurídicos, sino todo el conjunto de medios y de actividades adecuadas para la procuración y mantenimiento de la paz, de la seguridad y del orden público interior y exterior, así como cualesquiera actividades físicas, económicas, técnicas, intelectuales y morales aptas y adecuadas para la satisfacción y procuración de los respectivos bienes e intereses. En consecuencia, la distinción y la consiguiente separación entre actividad de tutela jurídica y actividad social o de fomento no parece de mayor trascendencia, puesto que, como dejamos dicho más arriba, la defensa o tutela del ordenamiento jurídico, tomado éste en su acepción estricta, es función peculiar que realiza la potestad jurisdiccional de manera casi exclusiva; pero si el ordenamiento jurídico se entiende en sentido amplio, como forma universal de la actividad racional del Estado, entonces la actuación o el *modus operandi* es siempre y necesariamente actividad jurídica, cualquiera que sea el objeto material o contenido de su actividad y, por consiguiente, la defensa o tutela de la actividad jurídica, así entendida, se identifica con la realización completa del ordenamiento jurídico como actividad total del Estado.

## 2) *La formación de los servicios públicos: criterios*

10. Hemos afirmado reiteradamente que no es posible hacer una enumeración *a priori* de las finalidades específicas del Estado que determinen de manera exclusiva su actuación. Sin necesidad de acudir a la Historia para comprobar la variación en los bienes e intereses concretos que, según las épocas, han constituido los fines particulares del Estado y del Derecho, sería menester cerrar los ojos a la evidencia para no advertir cómo crece de día en día el número de bienes cuya procuración los ciudadanos demandan y reclaman del Estado, y cómo éste, en consecuencia, tiene que enfrentarse cada vez con más fines que cumplir, tanto que el fin del Estado se nos aparece como un fin en blanco, y la felicidad temporal o el bienestar social, como expresión de aquel fin, se nos ha convertido en simple concepto formal de contenido grandemente indeterminado y variable.

Rellenar de contenido ese concepto y determinar los bienes concretos y los intereses específicos determinativos del fin en blanco es tarea histó-

rica que el Estado tiene que acometer en cada período y en cada país en función de la extensión e intensidad de las necesidades públicas y de los medios sociales que la comunidad puede movilizar *hic et nunc* para la satisfacción de aquellas necesidades y el logro de los respectivos fines, bien entendido que, cuando por virtud de la acción reflexiva del Estado se produce la armonía profunda y duradera entre los medios realmente existentes en el dominio de la actividad jurídico administrativa y los fines u objetivos que a sí mismo se traza el Estado, tal como se concretan en la formación y en la efectiva satisfacción de las necesidades públicas, entonces y solamente entonces puede decirse que la proporción de los medios con el fin engendra aquella armonía íntima entre bienes e intereses que se traduce en el bienestar social.

Según una división hasta ahora tradicional, en la actividad administrativa se distinguen tres especies o categorías: policía, fomento y servicio público. Inicialmente la policía abarcaba la actividad completa y total del poder público; pero desde la formación y expansión del Estado absoluto se distinguen ya dos clases de actividad: la policía y el fomento. La policía, según la máxima "*ius polítiae dicitur cura avertendi mala futura*", se define como la actividad pública encaminada al apartamiento de los males y peligros contra el buen orden y la seguridad pública, en tanto que al fomento administrativo pertenece—"*promovendae salutis cura*"—la actividad encaminada directa e inmediatamente a procurar los bienes que integran el bienestar social o el bien común temporal, caracterizándose la actividad de policía frente al fomento por la nota de discrecionalidad y de coerción.

Posteriormente el auge incesante de los fines estatales propulsado por el desarrollo enorme de las necesidades públicas (5) hizo surgir una tercera categoría con la noción de servicio público. En efecto, si es cierto que la alteración positiva de las necesidades públicas, en el sentido de su crecimiento indeclinable en extensión e intensidad, constituye la causa más profunda de la expansión de los fines del Estado y del aumento de su activi-

(5) Las necesidades, expresión ésta que se usa para designar la sensación o deseo de un fin, se satisfacen con bienes, o sea con cosas que por razón de su conveniencia con la naturaleza del ser en cuestión, resultan aptas para colmar o llenar una determinada necesidad o un grupo de necesidades. La necesidad, pues, no es tanto el fin en sí cuanto su materialización u objetivación concreta, el objetivo particular y específico al cual se dirige la actividad administrativa con el empleo de medios adecuados a su satisfacción, alcanzando así con ello un fin de interés público. Mientras el bien expresa simplemente la aptitud o utilidad de una cosa para un fin, el interés denota la particular relación de la persona que experimenta una necesidad con el bien que la satisface, o sea la utilidad particular y específica de un bien concreto para la persona que siente la necesidad que puede ser efectivamente satisfecha con el expresado bien. La necesidad, pues, no se confunde con el fin, y el servicio tampoco se confunde con la necesidad; el servicio se refiere siempre a la organización y al desarrollo de los medios adecuados para la satisfacción de las necesidades, y esta satisfacción conduce a su vez a la obtención de ellas.

dad, no lo es menos que una despersonalización y homogeneidad progresiva de necesidades en otro tiempo individuales parecen determinar fatalmente su transformación en necesidades generales y públicas, produciendo con ritmo igualmente acelerado el aumento y expansión de los servicios hasta un grado tal que el Estado simple productor de seguridad está a punto de ser reemplazado y absorbido por el Estado productor de servicios públicos, e incluso por el Estado productor de bienes económicos.

II. *El servicio dirigido al público.*—En la práctica, siempre que se habla de servicios públicos se hace referencia a una serie de actividades sobre las cuales no cabe duda: ferrocarriles, correos y telégrafos, alumbrado, etc., y, en cambio, raramente se incluye entre los servicios públicos la justicia civil y nunca la penal. Partiendo, pues, de estas nociones usuales y seguras observamos que en ellas nunca se hace mención de las cualidades y atributos especiales de la persona o ente del cual emana la actividad productora del servicio, y que es únicamente el hecho de estar siempre dirigido al público como tal lo que califica al servicio como público. El adjetivo “público”, como calificativo del servicio, se refiere no al sujeto que realiza la actividad constitutiva del servicio, sino al destinatario de la expresada actividad; y por público se entiende no una persona o un grupo determinado de personas, sino la colectividad toda entera, considerada en su aspecto fluctuante e indeterminado de individuos.

El servicio dirigido al público, tal como lo venimos esbozando, comprende tanto los servicios que están en manos de entes públicos, como otros que son prestados por los particulares. Es evidente, sin embargo, que el simple hecho de dirigirse al público no puede ser bastante para caracterizar una prestación cualquiera como servicio público en sentido técnico-jurídico, ya que tanto las actividades de producción como de distribución organizadas en la empresa privada, que constituye la forma típica organizativa de la Economía, proveen al mercado y, por tanto, se dirigen al público como tal.

Antes de seguir adelante, digamos que tampoco es posible aplicar la idea de servicio público a la entera actividad del Estado; al contrario, el servicio público se refiere solamente a la actividad administrativa, con exclusión de las otras funciones anteriormente descritas—legislativa, jurisdiccional y ejecutiva, en su aspecto político—; más aún, no abarca siquiera toda la actividad administrativa, sino que se contrae sólo a algunos aspectos parciales de la misma. Generalmente, la doctrina distingue el ejercicio de las funciones públicas de la actividad propia de los servicios públicos. Mien-



tras que la función pública, según hemos dicho, constituye siempre ejercicio de soberanía, o sea de la potestad pública o política—legislativa, jurisdiccional, ejecutivo-administrativa—, el *contenido* de los servicios públicos, por el contrario, se refiere a actividades materiales de índole variadísima, bien sean físicas, económicas, técnicas, o intelectuales y morales, actividades que se ponen a disposición de los particulares—unas veces *uti universi* y otras *uti singuli*—, para ayudarles a conseguir sus propios fines.

De esta manera, fuera de los servicios públicos, quedan no solamente las funciones legislativa y jurisdiccional, sino una porción grandísima de la función ejecutiva, es decir, todo lo que no es actividad administrativa, e incluso una parte considerable de esta última. En efecto, la actividad administrativa puede proponerse los siguientes objetivos: a) la organización jurídica objetivo-subjetiva del ente administrativo; b) ordenar y disponer los medios necesarios para el funcionamiento de la estructura administrativa; c) asegurar el orden jurídico y la seguridad social en las relaciones internas y la seguridad en las externas; d) proporcionar utilidad a los particulares, bien de orden jurídico o bien de orden económico-social, en relación con la satisfacción de las necesidades múltiples de índole física, económica, intelectual y moral, mediante los servicios de transporte, verbigracia, de alumbrado, de telecomunicación, o por los servicios de educación y de sanidad, etc. Pues bien, de todo este cúmulo de actividades, si bien es cierto que, en un sentido amplio, se incluyen a veces en la noción de servicio público las actividades de tutela y de seguridad jurídicas; pero en su sentido técnico-jurídico la expresión “servicio público” se reserva exclusivamente para designar la actividad dirigida a *procurar utilidad a los particulares*, tanto la utilidad de orden jurídico como la de orden económico-social.

Tomada, pues, en el sentido de utilidad, tanto jurídica como económica, la expresión “servicio público” comprende dos categorías de actividad: la primera actividad, dirigida a procurar utilidad a los individuos en general y considerados *uti universi*, en cuanto que no hay posibilidad de distinguir la cantidad de utilidad particular que cada ciudadano recibe del servicio en cuestión, mientras que la segunda se dirige a procurar una utilidad individualizada y específica a los ciudadanos considerados *uti singuli* y, como tal, individualmente mensurable. Pero esto no obstante, en uno y otro caso el servicio público, como tal, tiene que proponerse siempre la

*tutela de los intereses públicos*, es decir, que la prestación objeto del servicio tiene que dirigirse a un fin de utilidad pública colectiva (6).

12. *Necesidad, interés y fin públicos*.—Vienen así a enlazarse íntimamente los conceptos de necesidad pública, de interés público y de fin de utilidad pública. El problema está en **saber** qué es lo que diferencia los fines e intereses públicos de los privados y en **discriminar** cuándo una necesidad es simplemente privada y cuándo reviste carácter público.

No pretendemos trazar aquí el esquema completo de los caracteres que confieren categoría de pública a una necesidad, sino suministrar algunos criterios de orientación para descubrir la naturaleza pública de las necesidades y, por consiguiente, también de los fines e intereses.

13. a) *La indivisibilidad*.—La indivisibilidad de un fin, interés o necesidad es cualidad que denota carácter público. Las necesidades sentidas generalmente por los particulares *uti universi* y no simplemente *uti singuli* deben calificarse como públicas, en cuanto que el fin, bien o interés al cual se dirigen lo es de todos en conjunto—*uti universi*—, y, de otra parte, no pueden ser satisfechas por los particulares en partes alícuotas mensurables y determinadas, como lo son, v. gr., las necesidades económicas, generalmente sentidas por todos, y en las cuales cada uno obtiene una parte alícuota determinable del fin, bien o interés.

En efecto, existe todo un conjunto de servicios, v. gr., los de defensa y de policía, que por su misma naturaleza e índole técnica no pueden ser prestados solamente a algunos ciudadanos aislados, sino que tienen que ser prestados a todos indistintamente; son los servicios técnicamente indivisibles, en los cuales resulta imposible determinar la cuantía o proporción en que cada uno en particular se beneficia del servicio. Estos servicios técnicamente indivisibles son completamente distintos de aquellos otros servicios que satisfacen necesidades generales, experimentadas universalmente por todos o por la mayoría de los miembros de la comunidad, v. gr., la necesidad de pan, de agua, de vestidos, etc., pero en los cuales resulta posible determinar la cuantía que corresponde a cada uno en el reparto del bien o servicio en cuestión. La concurrencia en una misma prestación de un fin indivisible o de un servicio público indivisible con bienes privados da lugar a combinaciones diversas (7).

(6) F. GARRIDO FALLA: *Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales*, en "Revista de Administración Pública", 3 (1952), pp. 42-44.

(7) Cuando en una relación jurídica concreta tiene preponderancia el interés privado, se produce el precto cuasi privado que se forma con arreglo a las reglas del mercado. Tal es el

b) *La consolidación.*—Los economistas señalan la consolidación como la otra característica que, junto con la indivisibilidad, discriminan y especifican los servicios públicos en sentido propio o técnico, de los que lo son por razones más o menos fortuitas y accidentales. Entendemos aquí por servicios públicos propios o técnicos aquellos bienes que, sin constituir estrictamente funciones públicas y, como tales, reservadas por naturaleza a la soberanía, su organización está confiada al Estado y no puede ser desempeñada exclusivamente por los particulares en simple régimen de empresa privada.

Si la necesidad denota siempre una privación sentida por el hombre, consiguientemente a la sensación de necesidad se desencadena un proceso tendente a procurarse un bien apto para satisfacer la necesidad experimentada, y este proceso es lo que recibe el nombre de servicio. Tal es el mecanismo ordinario de las necesidades y de los servicios encaminados a su satisfacción. Pero existen necesidades que por su misma naturaleza deben ser satisfechas preventivamente, es decir, antes de que los ciudadanos experimenten la sensación dolorosa de su privación; y esto porque si para satisfacerlas hubiera que esperar a que los ciudadanos sintieran la ausencia de los bienes en cuestión y reclamasen su prestación, sería ya demasiado tarde para satisfacer aquella necesidad. Si los ciudadanos tuvieran que experimentar la falta de seguridad pública para demandarla, sería señal de que no pueden salir a la calle sin peligro de la vida, porque antes se habrían apoderado de aquélla los malhechores, y entonces la demanda de seguridad llegaría demasiado tarde, cuando la sociedad sería ya víctima de la anarquía, y el Estado resultaría impotente para asegurar la paz pública.

Cuando un Estado se encuentra bien organizado y cumple sus fines, los ciudadanos no sienten la necesidad de demandar los bienes o servicios

---

caso de los productos de los montes públicos que se venden a precio de mercado. Sin embargo, el objeto primordial de la posesión de montes públicos no es, no debe ser, tanto un fin de lucro cuanto el fin de interés público que radica en su conservación, con objeto de evitar los daños gravísimos de carácter colectivo que acarrea la destrucción de los montes. En otros casos prevalece el fin o interés general, de carácter indivisible, aunque concurriendo con él en una relación particular exista también un fin privado y, como tal, individualizable y divisible. Es lo que sucede, v. gr., en los ferrocarriles que, además de la necesidad o demanda particular de viajar y de remitir mercancías, proveen a la finalidad común e indivisible de facilitar la defensa nacional por el fomento de las comunicaciones en una zona estratégica del territorio. La parte del costo que atiende al fin indivisible se cubre con los ingresos de la colectividad como tal, o sea con impuestos, en tanto que los usuarios del servicio satisfacen por su parte divisible precios inferiores al costo total, que reciben el nombre de precios políticos.

Semejante, aunque no idéntico, es el caso de las contribuciones especiales, que tienen lugar cuando la satisfacción de una necesidad general, común a todos, e indivisible, como es, verbi-gracia, la apertura de calles en una población, la construcción de carreteras, de puentes, etc., proporciona simultáneamente una ventaja, mejora o incluso una *plus value* individualizable y mensurable a cosas y a personas determinadas, y por razón de esas particulares ventajas divisibles se les impone la carga de sufragar parcial o totalmente la obra o mejora de utilidad pública.

que satisfacen las necesidades consolidadas, precisamente porque están satisfechas y atendidas de un modo preventivo. Tal es el caso, además de la seguridad pública, de la sanidad y de la higiene, pues en muchos casos las enfermedades no podrían combatirse o, por lo menos, se combatirían con mucha mayor dificultad después que el mal ha surgido. De ahí que se deba prevenir su aparición implantando los servicios de sanidad y de higiene, para impedirla. En términos generales se puede decir que si para un determinado servicio falta la demanda activa por parte de los ciudadanos, resultando, por tanto, ilusorio pensar que el servicio en cuestión pueda ser prestado por la empresa privada, y, sin embargo, la necesidad de tal bien o servicio es universalmente admitida, de tal manera que la no satisfacción acarrearía un descontento serio y sería considerada como gravemente dañosa para los ciudadanos, habituados a considerar la prestación del expresado bien o servicio como un derecho adquirido o como algo conatural con una vida humana digna y decorosa, tal como hoy se concibe, no cabe duda que en este caso nos encontramos ante un servicio público propio o técnico.

El número de estas necesidades nuevas o, por lo menos, sentidas de una manera nueva, y que llevan consigo la indivisibilidad y la consolidación, crece de día en día, por lo que mucho más interesante que hacer una enumeración taxativa de los servicios públicos dotados de los caracteres de la indivisibilidad y de la consolidación—cosa, por otra parte, bastante difícil—, resulta interesante suministrar la norma o criterio válido para discriminar cuándo un servicio determinado entra a formar en el grupo de los servicios públicos propios o técnicos y cuándo se trata de servicios públicos no técnicos, llamados también políticos, en cuanto que su calificación depende de los fines que al organizarlos se proponen los gobernantes, o sea la facultad de imperio del Estado.

Enumeremos ahora algunos de los criterios considerados generalmente como justificativos de la constitución de los diversos servicios públicos no técnicos o políticos.

14. c) *La continuidad*.—También la continuidad es considerada como cualidad que confiere a un bien o interés el rango de fin o interés de utilidad pública. Existen, en efecto, multitud de necesidades que por los bienes e intereses que procuran no admiten interrupción en su satisfacción, y hay bienes que sin constituir fines directos del Estado, sino simples intereses de los ciudadanos, no pueden, sin embargo, sufrir interrupción si no es con grave daño de la colectividad y con detrimento del bien común o del orden

público. Tales son, por ejemplo, los servicios de comunicaciones postales, telegráficas, etc. Pero hay, además, otros bienes o servicios en los cuales la continuidad se manifiesta bajo una forma diferente; son aquellas prestaciones de bienes o servicios que, aun pudiendo estar normalmente confiada su producción a la actividad económica privada, pero que tampoco pueden sufrir interrupción por no ser acumulables ni sustituibles sus productos. Un gran número de industrias, acaso la mayoría, producen objetos acumulables; pero hay otros productos que no son acumulables; así, por ejemplo, la energía eléctrica o el servicio de ferrocarriles no son acumulables; por eso la interrupción de la producción de la fuerza motriz o del funcionamiento del servicio ferroviario puede producir trastornos gravísimos e insuperables.

La indivisibilidad y la continuidad suelen concurrir también en la prestación de aquellos bienes y servicios que, por su carácter oneroso, los particulares por sí mismos no se decidirían nunca a establecerlos, a pesar de su necesidad; y esto porque la iniciativa privada, que se mueve por el estímulo del lucro, normalmente sólo acomete aquellas obras de las que espera obtener una ganancia, de manera que a no ser en circunstancias extraordinarias no se puede exigir a los particulares que tomen a su cargo aquellas prestaciones o servicios—cualquiera que sea su naturaleza—en los cuales no haya una esperanza fundada de que en plazo más o menos largo los ingresos serán suficientes para compensar los gastos de manera permanente.

15. *Los fines extraeconómicos y los servicios públicos.*—Si, como decimos, no se puede pedir a los particulares la prestación permanente de bienes o servicios onerosos, que no resulten compensados económicamente, el Estado, por el contrario, sí que debe tomar a su cargo la prestación de esos bienes o servicios onerosos. Pero, ¿de cuáles y en qué medida?

En relación con el carácter oneroso de ciertos servicios está la obtención de fines extraeconómicos, los cuales casi siempre son por su naturaleza bienes o intereses públicos. Fuera del cuadro de las funciones públicas no resulta fácil determinar los bienes e intereses públicos por su objeto o contenido concretos; al contrario, es más bien la noción que se forme del bien o interés público como aquello que es conveniente al Estado o a la colectividad lo que califica el objeto o materia de un bien o interés como público o no público.

Ahora bien, teniendo el Estado moderna subsistencia y sustantividad propias en el orden moral y jurídico, es evidente que tiene que haber toda

una serie de bienes e intereses que le convienen al Estado, como hay otra serie de cosas que no le convienen, y entre los que le convienen, unos que son más necesarios y otros que son menos necesarios. Pero es claro que necesidad o conveniencia, en orden al Estado, se han de entender siempre con relación al fin político del mismo, o sea de los fines así particulares como generales, en función del fin total del Estado, tal como viene determinado concretamente por la conciencia colectiva como resultante de las aspiraciones e ideales de los ciudadanos y del tenor de vida material y espiritual de los individuos y de los grupos sociales. No es necesario añadir que integrando esos fines extraeconómicos están los fines de cultura, de defensa o seguridad, de sanidad, de unidad de la nación y otros muchos más.

*Intereses interferentes con la soberanía.*—Hay algunos, sin embargo, que merecen mención propia y especial; y entre ellos, en primer término, los intereses que se interfieren en el campo de la soberanía. Existen industrias o actividades, por ejemplo, las industrias de armamentos y navales, que técnica y económicamente pueden desarrollarse sin inconveniente en régimen de empresa privada; pero que por su misma naturaleza tienden a constituir enormes intereses privados, con peligro constante de contraposición con el interés nacional y público, así como de mediatización de los órganos de gobierno y de la soberanía misma del Estado. Entregadas a la iniciativa privada, las grandes factorías de armamentos terrestres, navales y aéreos, por su extraordinaria complejidad técnica y por el enorme volumen de capitales que movilizan, tienen necesidad de encargos permanentes para subsistir económicamente. Pero como los únicos clientes posibles de tales industrias son los Estados, el aumento de la fuerza de unos cambia automáticamente la proporción de fuerzas en relación con los otros; de ahí que un aumento en los encargos de armamento de un Estado determine casi fatalmente el aumento en los encargos de otros Estados para restablecer la proporción. De donde resulta que algo tan fundamental como la política militar y los gastos de armamentos de los Estados no serían determinados libremente por la soberanía del Estado, sino que se verían influidos en la sombra por la iniciativa irresponsable e interesada de poderosas industrias privadas, atentas a incrementar sus ganancias o, por lo menos, a no sufrir pérdidas (8).

(8) Esta interferencia de los intereses económicos en la órbita propia de la soberanía del Estado, llevada a términos de extrema gravedad y amplitud por el novísimo capitalismo, ha sido denunciada como un peligro máximo para el Estado por el Papa Pío XI en la Encíclica *Quadragesimo anno* en los siguientes términos: "Salta a la vista que en nuestros tiempos no se acumulan solamente riquezas, sino se crean enormes poderes y una prepotencia económica despótica en manos de muy pocos... A su vez esta concentración de riquezas y de fuerzas produce tres clases de conflictos: la lucha, primero, se encamina a alcanzar ese potentado económico;

*Necesidad de evitar el fraude y el monopolio.*—Vemos todos los días que la concurrencia entre las diversas empresas productoras de bienes o servicios tiende a rebajar el precio de un bien o producto a expensas de su calidad, por medio de adulteraciones o de falsificaciones. Se trata, como es notorio, de un fraude que ha existido en todos los tiempos y del que en muchos casos puede defenderse por sí mismo el público. Pero cuando el fraude constituye un peligro para los consumidores, entonces el Poder público tiene el deber de intervenir, y lo hace, generalmente, por simples medidas de policía, sin necesidad de suprimir la empresa privada. Hay, sin embargo, casos en los que, de una parte, el público es incapaz de defenderse por sí mismo y las medidas de policía resultan insuficientes, y, de otra parte, el fraude reviste tal peligrosidad social que la única manera de evitar sus funestas consecuencias consiste en la instauración de la empresa o del servicio público. Es el caso, por ejemplo, de la acuñación de moneda, confiada en otro tiempo a los particulares y que, para evitar los inconvenientes gravísimos que para la vida económica se derivaban de las falsificaciones, modernamente se ha reservado al Estado en todas partes.

Semejante a la necesidad de evitar el fraude es el caso del monopolio. Toda empresa privada que se ejerce en régimen de monopolio de hecho en el proceso de formación de los precios se aparta necesariamente del precio de libre concurrencia, que se determina, como es sabido, por el costo más bajo. La empresa monopolística, por el contrario, se orienta indefectiblemente hacia un precio típico, llamado de monopolio, y que consiste no en el precio máximo o mínimo, sino en el precio de máximo rendimiento, es decir, en el nivel al cual la empresa obtenga la máxima ganancia. Por eso, en la hipótesis de que no sea posible acabar con el monopolio de hecho, la única solución consiste en transformar la empresa privada en empresa pública, con precios también públicos y, por tanto, distintos del precio de monopolio.

---

luego se inicia una fiera batalla a fin de obtener el predominio sobre el poder público y, consiguientemente, de poder abusar de sus fuerzas e influencia en los conflictos económicos; finalmente se entabla el combate en el campo internacional." Y entre las consecuencias funestas de esta dictadura económica señala el Pontífice "los daños gravísimos que han nacido de la confusión y mezcla lamentable de las atribuciones de la autoridad pública y de la economía, y valga como ejemplo uno de los más graves, la caída del prestigio del Estado, el cual, libre de todo partidismo y teniendo como único fin el bien común y la justicia, debería estar erigido en soberano y supremo árbitro de las ambiciones y concupiscencias de los hombres... Es imprescindible—termina diciendo el Papa—que la libre concurrencia, contenida dentro de límites razonables y justos y, sobre todo, el poder económico, estén sometidos efectivamente a la autoridad pública en todo aquello que le está peculiarmente encomendado" (*Colección de Encíclicas*, pp. 487-488).

16. *La igualdad de la justicia distributiva, norma inspiradora de servicios públicos.*—A la justicia distributiva pertenece hacer el reparto de los bienes comunes entre los ciudadanos. Por tanto, la prestación de bienes y servicios encaminados a la satisfacción de necesidades sentidas universalmente por todos los ciudadanos y que ellos no podrían satisfacer individualmente por sí mismos tiene que atemperarse necesariamente a las reglas de la justicia distributiva, la cual ordena atender en primer lugar a la utilidad pública, y en segundo término observar una justa proporción o igualdad entre los ciudadanos como miembros de la comunidad, en lo que atañe a la prestación de bienes o servicios públicos.

Ahora bien, estas dos reglas de la justicia distributiva: la utilidad pública y la debida igualdad entre las partes que integran la sociedad, pueden obligar y de hecho obligan al Estado a organizar como servicio público unitario la prestación o distribución de ciertos bienes que los particulares prestarían sólo parcialmente allí donde obtuvieran un lucro o ganancia, sin atender a la utilidad pública y con olvido de la justa proporción o igualdad entre los ciudadanos (9).

(9) Tal es el caso, por ejemplo, del servicio postal. Ninguna dificultad técnica o económica impide que el servicio de correos, de telégrafos y de teléfonos esté confiado a empresas privadas, e incluso es muy probable que éstas lo desempeñaran mejor que la empresa pública. Así, por ejemplo, la distribución de correspondencia en el interior de las grandes ciudades podría verificarse por las empresas con mayor rapidez y quizá a precios más reducidos que los actuales. Pero es evidente que las empresas privadas prestarían el servicio allí donde produjera una ganancia, pero no entre una ciudad y un pueblo de montaña o entre núcleos pequeños de población, en los cuales la correspondencia que se recibe y se expide es muy reducida, con lo que sucedería que mientras en unos sitios el servicio postal sería perfecto y baratísimo, una parte considerable del país se quedaría sin el servicio de correos y no habría un servicio uniforme organizado en todo el territorio.

En cambio, el Estado puede tomar a su cargo el servicio de correos, organizándolo con carácter unitario para todo el país, incluso allí donde el servicio se hace con pérdidas, las cuales son ampliamente compensadas con las ganancias que produce el servicio en otros sitios donde con gastos muy reducidos se obtienen grandes ingresos por el volumen de la correspondencia que se distribuye. Caso es éste, como vemos, en el que el Estado viene obligado a organizar el servicio en régimen de monopolio para atender convenientemente a la utilidad pública, que exige la unidad y la uniformidad del servicio, y a la justa proporción o igualdad entre las diversas partes del territorio nacional, proporcionando servicio tan importante lo mismo a los núcleos pequeños y remotos que a los grandes centros urbanos.

En otros casos el Estado asume la prestación de un servicio determinado al público, pero en lugar de hacerlo en régimen de monopolio, como en el ejemplo anterior, monta el servicio en régimen de simple empresa pública en concurrencia con las empresas privadas. Tiene esto lugar, principalmente, en aquellos servicios que, satisfaciendo necesidades divisibles y sentidas universalmente por todos los ciudadanos, técnica y económicamente pueden ser atendidas por empresas privadas; pero que, bien sea por insuficiencia o incapacidad de éstas, bien por lo limitado de la concurrencia entre ellas, de hecho el servicio resulta insuficientemente atendido y no se presta en las necesarias condiciones de eficacia y de economía, por resultar a costes demasiado altos. Es el caso de los puestos reguladores de mercaderías establecidos por el Poder público para evitar la especulación y rebajar los precios.

Obsérvese, sin embargo, que la intervención de la Administración en una esfera de actividades como ésta, que puede llenar igualmente o mejor la iniciativa particular de los ciudadanos, solamente está justificada por razones transitorias, las cuales, además, tanto por su naturaleza como por la eficacia misma del servicio público, tienden a desaparecer. Así, cuando el establecimiento de una empresa pública en concurrencia con las empresas privadas pretende poner



*La gratuidad.*—Algunos escritores, como HAURIUO y otros, consideran incompatible con la noción de servicio público, cualquiera que sea la actividad por el mismo regulada, la intención de lucro; el servicio público, dicen, se establece sin ánimo de lucro, o lo que es lo mismo, no se organiza ni desempeña para obtener una ganancia, sino para la satisfacción de necesidades públicas. Y, en efecto, si los llamados servicios públicos técnicos o propios, por los caracteres de indivisibilidad y consolidación de las necesidades que satisfacen, son generalmente gratuitos—la gratuidad y la generalidad son dos propiedades de los servicios técnicos o propios—, en los demás servicios públicos, y de manera especial en los que procuran la satisfacción de necesidades divisibles de los ciudadanos, nada impide que se perciban tasas o precios que pueden variar, según los casos, desde el precio cuasi privado hasta el precio político, pasando por el precio público.

### 3) *El servicio público en sentido jurídico*

17. Tratemos ya de determinar la noción concreta y las acepciones del servicio público, a la vez que formulamos su definición estrictamente jurídica.

En la formación de cualquier servicio público es conveniente distinguir tres momentos: 1) El primer momento, que es como el punto de arranque de todo el proceso, tiene lugar cuando una determinada necesidad pública o una necesidad de interés general es sentida con tal intensidad y de tal manera por la colectividad, que su satisfacción es considerada como una exigencia, y suficiente, por tanto, para provocar la acción del Estado estableciendo el servicio adecuado a su satisfacción.

2) Después viene el segundo momento, en el cual el ordenamiento jurídico reconoce y declara el carácter público de la necesidad en cuestión, haciendo objeto o contenido de su actividad la satisfacción adecuada de la misma; semejante decisión constituye la creación del servicio público.

3) En el tercer momento el ordenamiento jurídico formula las reglas generales según las cuales se desenvolverá la prestación del servicio por la

---

oto a una elevación de precios, debida a la incapacidad técnica o a la limitación de la concurrencia entre los particulares, la eficacia del servicio consiste precisamente en que la empresa pública concurrente consiga forzar a las empresas privadas a su renovación técnica para producir más barato, o, de lo contrario, quedarán automáticamente eliminadas del mercado.

Digamos, finalmente, que juristas y economistas están concordes en admitir que la simple posibilidad de obtener ingresos o de desempeñar una industria no es motivo que justifique el establecimiento de la empresa pública con el consiguiente servicio público. Aunque esto tampoco equivale a desconocer las enormes posibilidades de actividad industrial que las técnicas modernas imponen a la actividad administrativa del Estado en orden a procurar el progreso económico de la nación.

aplicación conjunta o separada de la actividad de ciertas personas y la utilización de ciertos bienes o recursos bajo el control del poder administrativo; es lo que constituye la organización del servicio.

Según esto, el servicio público en sentido *material*, o sea en cuanto materia, objeto o contenido de la actividad del ordenamiento jurídico, expresa los fines concretos del ente público, es decir, el conjunto de bienes e intereses, así jurídicos como sociales, que el ordenamiento jurídico se propone satisfacer por sí mismo o por órganos auxiliares suyos.

El servicio público en sentido *formal* se contrae a significar el organismo u órganos concretos que constituyen el medio idóneo dependiente de la Administración para la prestación de los servicios públicos en sentido material.

El servicio público, pues, tomado en su acepción formal; es *público*:

a) Por razón del bien o interés que procura; b) en cuanto la prestación del servicio va dirigida *al público*, o, lo que es lo mismo, se dirige por igual e indistintamente a todos los que lo soliciten con derecho, y c) es también público por razón del sujeto que efectúa la prestación, en cuanto éste o forma parte de la Administración como órgano suyo o actúa como auxiliar suyo para la prestación del servicio; en la primera hipótesis le cuadraría mejor la denominación de servicio administrativo que no la de servicio público simplemente.

18. *Definición técnico-jurídica.*—HAURIOU define el servicio público como “organización pública de poderes, de competencias y de costumbres que asume la función de prestar al público en forma regular y continua un servicio determinado dentro de un sentido de policía en su acepción elevada”.

a) La organización pública de poderes denota el organismo compuesto de personas que se hallan ligadas entre sí por leyes, reglamentos y costumbres en orden a la gestión o prestación concreta del servicio; b) servicio dirigido al público, es decir, a todos por igual con igualdad de proporción, sin que pueda ser excluido de la prestación del servicio nadie que tenga derecho o que reúna las condiciones previstas en la norma organizadora del servicio; c) en forma regular y continua; la regularidad significa que el órgano gestor del servicio no es libre de prestarlo o no prestarlo, sino, al contrario, es obligatoria su prestación en las condiciones de regularidad o de continuidad establecidas en la ley organizadora del servicio; d) servicio público, es decir, de interés o de utilidad pública, en oposición a interés privado. El interés público designa aquella parte de los intereses comunes de los mien-

bro de una colectividad que toca a la policía del Estado y reviste un carácter político, aun en el caso mismo en que se satisface favoreciendo la prosperidad económica.

Que el servicio sea gratuito o retribuido no hace al caso; para subvenir a los servicios gratuitos se acude al impuesto, que constituye su contrapartida; por el contrario, a la remuneración de los servicios no gratuitos se atiende generalmente por medio de tasas o de precios públicos; pero en ambos casos queda descartado el ánimo de lucro o de ganancia, pues a diferencia de los intereses privados, que son de orden económico, los intereses públicos son de orden político, pertenecen a la policía del Estado en su acepción no técnica.

19. *Elementos del servicio público.*—El servicio público, en concreto, contiene estos tres elementos, señalados por DUGUIT: una función considerada como obligatoria para el Estado; un cierto número de agentes jerarquizados o disciplinados, instituidos para realizar esta función, y, finalmente, una cierta cantidad de recursos afectos al cumplimiento de la misma.

a) En cuanto al primer elemento, o sea la materia objeto del servicio, ha sido extensamente tratado; baste decir aquí otra vez que, mientras las funciones públicas en sentido propio connotan siempre la soberanía, en cuanto se refieren al ejercicio de la potestad pública o política en sus varios aspectos de potestad legislativa, jurisdiccional o ejecutiva, el contenido material de los servicios públicos, por el contrario, se refiere a actividades de índole variadísima, así físicas o económicas como intelectuales y morales, y de manera especial los servicios públicos se refieren al ejercicio de actividades técnicas, en cuanto la técnica constituye precisamente el objeto o contenido de la mayoría de los servicios públicos.

b) Ese carácter técnico de las prestaciones propias de los servicios públicos determina el establecimiento de reglas especiales para la formación y selección del personal especialmente capacitado para la gestión del servicio, que reciben la denominación de funcionarios o empleados del servicio.

c) Los bienes o recursos afectos al servicio expresan los medios económicos y, en general, el conjunto de bienes o cosas materiales que son necesarias para la satisfacción adecuada de una determinada necesidad pública.

Algunas definiciones distintas del servicio público lo son únicamente en apariencia, según que otorguen preferencia a uno u otro de los elemen-

tos señalados. Así, por ejemplo, A. POSADA define el servicio público como la organización adecuada de personal técnico capaz de aplicar con la máxima eficacia al fin del servicio público los medios de que al efecto dispone, empleando los procedimientos administrativos del caso, en tanto que para G. JEZÉ servicio público equivale a conjunto de reglas jurídicas especiales que tienen por objeto facilitar el funcionamiento regular y continuo del mismo, de dar lo más rápida y completamente posible satisfacción a las necesidades de interés general, siendo posible en todo momento modificar el régimen jurídico especial.

20. *Régimen jurídico especial.*—El régimen del servicio público, lo que JEZÉ denomina el procedimiento del servicio público, viene influido y determinado por el hecho de que desde el instante de su creación, a través de su organización y funcionamiento hasta el momento de su supresión o extinción el servicio público está dependiendo constantemente de la potestad pública.

1) La creación del servicio público es obra del ordenamiento jurídico; a la estimación social y a la conciencia colectiva solamente corresponde brindar y ofrecer el fin público, el bien o interés general que la potestad pública se decide a tomar y adoptar como objeto o materia de su actividad.

2) Después, el ordenamiento jurídico, al establecer las reglas generales organizativas del servicio:

a) Otorga y confiere al organismo gestor del servicio facultades de imperio más o menos extensas, que van desde la imposición de tasas a los usuarios y la utilización del procedimiento de apremio hasta la atribución de poderes de policía que imponen restricciones importantes en lo tocante a la libertad personal y a la propiedad y, de manera general, en lo relativo al ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

b) Determina las bases por las que se ha de regir el nombramiento, la disciplina y gradación, la competencia y la separación de los agentes del servicio, acentuándose su intervención en lo tocante a la formación, capacidad y selección del personal técnico.

c) En cuanto a los bienes o recursos afectos al servicio, el ordenamiento jurídico establece igualmente las reglas que determinan, además de su gestión y administración, el estatuto jurídico del patrimonio afecto al servicio público.

3) Por lo que se refiere al funcionamiento o prestación del servicio, el ordenamiento jurídico determina la forma y las condiciones en que aquélla deberá verificarse: desde la gestión directa por la Administración—ser-

vicio público puro y simple—, pasando por el establecimiento público y por la concesión administrativa, hasta el simple establecimiento de utilidad privada e incluso hasta el fomento de la simple actividad privada, con tal que el desarrollo de la prestación tenga lugar bajo el control y la vigilancia de la potestad pública, que retiene siempre el poder jurídico de modificar las condiciones del servicio.

21. Hay servicio puro y simple cuando la gestión del servicio corre directamente a cargo del ente público, imputando al patrimonio general del mismo tanto los gastos como los ingresos que el servicio acarrea; por el contrario, cuando ciertos recursos del ente público quedan especialmente afectos a los gastos de un servicio público, se dice que hay servicio público con afección de recursos. Pero si la afección de determinados recursos al conjunto de los gastos del servicio público, además de revestir carácter general y permanente, constituye un patrimonio especial con personalidad propia y distinta dentro del patrimonio general del ente público, entonces existe el establecimiento público o servicio público personificado.

Si el conjunto de las prestaciones que integran un servicio público no corren a cargo de los agentes públicos, sino que son los particulares—individuos o empresas—los que asumen la misión de prestar un servicio público mediante una retribución—que generalmente consiste en tasas o precios públicos o políticos—, entonces tiene lugar la concesión de servicio. En la concesión hay siempre algo más que una empresa privada sometida al control y vigilancia del ente público; la concesión constituye una forma del servicio público, porque únicamente la autoridad pública goza de atribuciones para organizar y regular el funcionamiento del servicio público concedido, el cual puede ser modificado en todo instante según lo reclamen las exigencias sociales, es decir, según las exigencias del bien o interés público.

Existe cierta tendencia a identificar el servicio público con el monopolio o, por lo menos, a considerar el monopolio como una característica inherente al servicio público; pero, como advierte HAURIU, aunque generalmente el servicio público tiene una propensión marcada al monopolio, pero no es ésta una condición esencial. El servicio público, escribe DUGUIT, no implica el monopolio a favor del Estado o de sus agentes; ciertas actividades que pueden ser libremente ejercidas por los ciudadanos constituyen servicio público en la medida en que son ejercidas por los gobernantes y por sus agentes, siendo ejemplos muy claros de esto la enseñanza y la asistencia. Al lado de la asistencia pública y de los estableci-

mientos benéficos—asilos, hospicios, hospitales, clínicas y sanatorios—constituídos en servicios públicos y aun en establecimientos públicos, llamamos fundaciones privadas; igualmente, junto a los establecimientos de instrucción pública constituídos en servicios públicos—universidades, escuelas, institutos, etc.—, existen también establecimientos privados fundados y dirigidos por particulares. Más aún: a veces la satisfacción de una necesidad de interés social se abandona por entero a la iniciativa de los particulares, como ocurre, por ejemplo, con los Montes de Piedad, faltando en este caso el servicio público paralelo.

22. *Servicio público y establecimiento de utilidad pública.*—Cuando el ordenamiento jurídico provee a la satisfacción de una necesidad de interés público por medio del establecimiento de utilidad pública, considerado como auxiliar del ente público para la prestación del servicio, ¿hay en este caso servicio público?

Generalmente, los escritores, siguiendo a los franceses, opinan que no hay en el caso servicio público; pero vale la pena de detenerse a examinar la cuestión.

Partimos de la noción dada por JEZÉ del establecimiento de utilidad pública como institución particular, es decir, no administrativa, que persigue la realización de un fin de interés general y por razón de esta función se considera como auxiliar de la Administración pública. El establecimiento de utilidad pública tiene los caracteres siguientes:

1) Es una institución particular, no administrativa; 2) se propone un fin de interés general y no un fin lucrativo; 3) posee un patrimonio propio para la realización de esta misión; 4) la autoridad pública ha reconocido expresamente la utilidad pública de la institución y por ello le ha conferido el carácter de auxiliar de la Administración pública para la obtención de un fin de interés público. Se ha de distinguir, por tanto, muy bien el establecimiento de utilidad pública, así del establecimiento público o administrativo como de otras instituciones particulares que no han sido oficialmente reconocidas por las autoridades como auxiliares de la Administración y que no han obtenido la declaración de utilidad pública (10).

(10) G. JEZÉ: *Los principios generales del Derecho administrativo* (Madrid, 1928), pp. 402-403. "El establecimiento de utilidad pública es una institución particular. De lo que se desprende que la organización de esta obra no entra en el terreno de la competencia de las autoridades públicas. Son los fundadores de la institución o los individuos que cuidan de ella quienes, según los estatutos del establecimiento, determinan su organización y la modifican si lo creen oportuno. Sin embargo, antes de que los agentes públicos declaren la obra de utilidad pública, examinarán sus estatutos. Y al negarse a hacer dicha declaración hasta que tal o cual cláusula se inserte, se modifique o suprima, tienen dichos agentes un medio indirecto, pero eficaz, de colaborar en la organización del establecimiento de utilidad pública" (p. 410).

Según nos parece, no hay incompatibilidad del establecimiento de utilidad pública con el servicio público en sentido técnico-jurídico. Más que a la creación y organización del servicio público, la incompatibilidad afectaría al funcionamiento o ejecución del servicio; pero si resulta posible, como todos admiten, delegar en otros—individuos o empresas—distintos del ente público la ejecución o prestación del servicio mediante la concesión o el arriendo de explotación, con tal que el ente público, conservando el control y la vigilancia del servicio, esté en todo momento en condiciones de obligar al concesionario a la ejecución y cumplimiento de las prestaciones, no vemos por qué no sea igualmente posible y hacedero asegurar la prestación del servicio a través del establecimiento de utilidad pública (11).

En ambos casos nos parece igualmente necesario no ya que la creación y organización del servicio procedan del ente público, con potestad de modificar y cambiar el servicio, sino que la autoridad pública conserve su poder de intervención para autorizar las tasas, para fijar los precios públicos y para ejercer la vigilancia que tienda a asegurar el desarrollo normal del servicio establecido en beneficio del público.

23. *Servicio público y servicio administrativo.*—Desde este punto de vista es perfectamente posible en un servicio público concreto, v. gr., el de asistencia o beneficencia, su desarrollo en dos órdenes de actividades paralelas, por así decirlo: a) de una parte, el ente público presta su propia actividad asistencial en los establecimientos propios; b) de otra parte, los establecimientos de utilidad pública prestan también su asistencia con sujeción a las reglas y módulos establecidos en la norma organizadora del servicio. La diferencia entre unos y otros no consiste en que la primera

(11) I. N. GUENECHEA: *Principia iuris politici*, t. 2 (Romae, 1939), n. 349, p. 252: "In his servitutis, quae utilitatem publicam afferunt civibus qui illis uti et frui peroptant, servitium utique subiectum est vigilantiae Status quoad determinata puncta et limitationes ob bonum commune impositas; quoad reliquam dispositionem internam, liberae spontaneitatis omnino est commissum. At vero quoad ipsam rationem servitii praestandi, non opus est ut omne servitium ab ipso Statu vel entitate publica semper sit immediate praestitum. Nam bene concipitur quod Status, certis regulis praevalens definitis et neutiquam vigilantia suprema neglecta, possit servitia personis particularibus vel societatibus concedere ut illa sub suis oculis gerenda curent.

Quaenam autem servitia immediate sint ab auctoritate praestanda, quaenam possint aliis personis ad concretam administrationem delegari, res est quae a priori haud facile determinari valet.

In ordine doctrinali illud principium satis rationale est: servitia in quibus coactio et auctoritas praevalent, Status et entitates locales ipsae per se melius et maiori cum efficacia perficiunt. Contra vero, si servitia admixta sunt cum foenore et lucro, generatim, salvo exceptionibus iusti monopolii prae oculis habendis, optandum videtur, ut eadem a personis vel societatibus privatis, certa quadam auctoritate et imperio ornatis, satius et consultius executioni mandantur...

Ratio potissima in toto hoc negotio illa est, nempe, munus Status primarius est custodia ordinis iuridici. Quoad autem res sociales, eius actio solum suppletoria est. Unde cum vires et facultates privatae sufficiunt, non est ulla ratio ut illas Status cohibeat, et minus ut supplantet."

sea prestación de servicio público y la segunda no, sino únicamente en que mientras la asistencia ejercida en y por el establecimiento propio es un servicio administrativo u oficial, la que presta el establecimiento de utilidad pública, en cambio, no es servicio oficial o administrativo, pero sí que es servicio público. Juzgamos acertada a este respecto la observación de A. POSADA cuando dice que en la realización práctica del servicio público, o sea en el funcionamiento de los mismos, hay que distinguir dos relaciones: primera, la prestación del servicio, o sea, la satisfacción positiva y eficaz de la necesidad general objeto del servicio; y segunda, la de constitución, obtención, conservación y perfeccionamiento del medio adecuado para prestar el servicio público y satisfacer la necesidad general, mediante el ejercicio de la propia actividad sistemática del Estado, que genera y produce sus servicios administrativos. La íntima compenetración que existe entre las dos relaciones indicadas, de prestación del servicio al público y de prestación del medio por obra del esfuerzo administrativo, así como la interdependencia que prácticamente existe entre ambas prestaciones, hace que especialmente desde el punto de vista jurídico no se las separe, aunque son distintas, y que se conceptúen ambas como contenido propio de una misma rama del Derecho, el administrativo (II bis).

*La enseñanza, servicio público: aplicación de criterios.* — Aplicando ahora a la enseñanza los criterios arriba descritos como característicos de los servicios públicos, no parece dudoso que el llamado fin de cultura del Estado, que comprende la enseñanza y la educación, constituya un bien, interés y necesidad verdaderamente públicos.

En efecto, según decíamos allí, la consolidación y la indivisibilidad son las cualidades que mejor caracterizan las necesidades que originan los servicios públicos en sentido propio o técnico. Si para un bien o servicio determinado falta la demanda activa de los ciudadanos, resultando, por tanto, ilusorio pensar que el servicio pueda ser prestado por la empresa privada, y, sin embargo, la prestación de tal bien o servicio no sólo es universalmente admitida, sino que se considera como un derecho adquirido y como una exigencia de la vida en sociedad y hasta de la misma vida humana digna y decorosa, nos encontramos, evidentemente, ante una necesidad pública en grado eminente y, por consiguiente, ante un servicio público propio o técnico.

Cualquiera comprende que tal es el caso en la sociedad moderna, sobre todo por lo que hace a la enseñanza elemental o primaria, puesto que es

(11 Bis) A. POSADA: *Servicio público*, en "Enciclopedia Jurídica Española" (Selx, Barcelona), t. 24, p. 622.



opinión unánime que la instrucción elemental debe ser, en primer lugar, obligatoria para todos los ciudadanos, y luego, gratuita, ya que cualquier precio o tasa, aun moderada, que se exigiera obligatoriamente sería un obstáculo precisamente para los que mayor necesidad tienen de aquélla. Y aunque no en igual proporción, la consolidación y la indivisibilidad se dan también en los otros grados de la enseñanza, o sea en la enseñanza media y superior. Basta esta sencilla observación para comprobarlo: el Estado dedica actualmente a los servicios de educación un nueve por ciento de su presupuesto total de gastos, y a pesar de ello todos reconocen que esa cantidad resulta insuficiente para atender adecuadamente los fines de enseñanza y de cultura en sus diversos grados, y ello principalmente porque el fin de cultura es una de las necesidades que, a medida que más y mejor se satisfacen, crecen y se desarrollan más y más por la multiplicación de sus exigencias (12).

Es cierto que en la actualidad el Estado percibe de los usuarios del servicio de enseñanza media y superior derechos o tasas; pero no lo es menos que las tasas no guardan proporción con el coste efectivo de la enseñanza y no llenan sino una parte mínima del mismo; la diferencia se satisface con el impuesto, porque la instrucción media proporciona utilidad no solamente a los que la reciben, sino directamente a la sociedad en conjunto, en cuanto es para ella una necesidad la existencia de una clase dirigente extensa y bien dotada de una sólida instrucción y de una educación verdaderamente humanas.

La enseñanza superior, igualmente, beneficia no sólo a los que la reciben, sino a los miembros de la comunidad indistintamente, en cuanto han de valerse después del auxilio de los profesionales. Así, los alumnos salidos de las aulas de la Universidad y de los demás centros de enseñanza superior rinden beneficios a la colectividad, en forma de justicia rectamente administrada, de vidas salvadas; en una palabra, de un mayor progreso material, intelectual y moral de la sociedad, todo lo cual constituye una ventaja directa de la comunidad.

La continuidad del fin docente es por sí misma manifiesta, pues sería incalculable el daño que padecería la sociedad no ya con la interrupción o supresión, simplemente con un atraso y decadencia notables de la enseñanza en cualquiera de sus grados, y más especialmente todavía del grado superior. Por todo ello, pues, aparte la insuficiencia de la acción particular

(12) Por algo SAN GREGORIO MAGNO escribe: "*Spirituales deliciae cum non habentur in fastidio sunt; cum vero habentur in desiderio: tantoque a comedente amplius esuriuntur quanto et ab osuriente amplius comeduntur..., appetitus vilis est et experientia magis placet..., appetitus saturitatem, saturitas appetitum parit*" (de la homilía del Domingo en la Infraoctava del Corpus).

para llenar las exigencias de la enseñanza, el Estado no puede desentenderse del cumplimiento del fin docente; al contrario, debe primero promover y ayudar la obra de la sociedad y luego prestar la mayor solicitud a su desarrollo, tanto por el peculiar interés del Estado mismo en orden a la formación y preparación de los elementos que han de intervenir en la vida social y administrativa, como por las ventajas que para la sociedad produce la difusión de la enseñanza y la elevación de la cultura.

Es más: el Estado moderno no podría, aunque quisiera, desentenderse de la instrucción y de la educación, puesto que si, como hemos dicho, la justicia distributiva es norma inspiradora de servicios públicos, el Estado el primero de todos viene obligado a observar las dos reglas de la justicia en relación con el fin docente, a saber: la utilidad pública y la igualdad, una igualdad de proporción entre los ciudadanos como miembros de la comunidad. Ahora bien, si, como dejan entrever las estadísticas más recientes en relación con esta materia de la enseñanza, las instituciones privadas de educación y de cultura tienden—y ello es natural, en cuanto obedece a una ley económica—a concentrarse en las capitales y en las provincias florecientes, corresponde al Estado corregir aquella desproporción por el incremento de los servicios en las provincias peor dotadas y por la creación de servicios nuevos, v. gr., multiplicando los centros de formación profesional allí donde la iniciativa particular no concurre o no lo hace en la proporción exigida por la igualdad de la justicia distributiva.

## II. RELACION DE LOS ORDENAMIENTOS CANONICO Y CIVIL EN EL TERRENO DE LA ENSEÑANZA

### 1) *Distinción y separación de los ordenamientos jurídicos*

24. Cuanto hemos dicho hasta ahora sobre el servicio público se refiere, claro es, a un solo ordenamiento jurídico y es válido dentro del ordenamiento jurídico que crea, organiza y ejecuta el servicio público en cuestión. Pero ahora surge la necesidad de poner en relación sobre un terreno particular, el de la enseñanza y la educación, a dos ordenamientos jurídicos primarios, el canónico y el civil, puesto que la enseñanza y la educación es obra que depende, a la vez, de la Iglesia y del Estado.

Plantear, escribe S. LENER (13), la cuestión en estos términos: coexis-

(13) *Relazioni e rapporti formali fra Chiesa e Stato moderno*, en "La Civiltà Cattolica" (1947), vol. I, p. 393; *Sovranità della Chiesa e sovranità dello Stato nella dottrina generale del Diritto*, *ibid.*, p. 467.

tencia de dos ordenamientos jurídicos soberanos para los mismos súbditos y sobre una misma materia, significa, en primer lugar, reconocer de grado e imparcialmente al Estado y a la Iglesia lo que ellos son según su común naturaleza genérica y lo que ellos quieren ser según su propio derecho; pero significa, además, tomar como guía del análisis un criterio ontológico netísimo, de cuya aplicación resultará fácil descubrir la presencia y determinar la competencia de cada una de las dos instituciones, tanto en la íntima e indivisible unidad del sujeto humano, como en la misma zona gris de las *materias mixtas* donde se interfieren mutuamente ambas sociedades.

Cuando decimos que el ordenamiento civil y el ordenamiento canónico son, ambos a dos, soberanos, afirmamos, en primer término, su mutua independencia; es decir, que no derivan el uno del otro, sino que cada uno tiene en sí su propia fuente, se pone y se modifica por sí mismo en el sentido de que su eficacia y validez no le viene al uno del otro, ni siquiera de fuera, sino que es interna y propia; por eso el ordenamiento jurídico soberano se denomina también *originario*, para contraponerlo a los ordenamientos derivados y, como tales, dependientes de un ordenamiento superior, que es el que los pone, los modifica y los abroga. Ordenamiento soberano, originario o primario constituyen términos sinónimos que se usan indistintamente para expresar la soberanía o la perfección jurídica de la sociedad.

Aplicando lo que acabamos de decir al elemento personal y al elemento real de entrambos ordenamientos, el canónico y el civil, vemos que súbditos del Estado son los hombres *en cuanto ciudadanos*, al paso que la Iglesia tiene por súbditos a los hombres *en cuanto cristianos*. En el terreno jurídico, que es el orden que comprende adecuadamente al Estado y a la Iglesia, el hombre bautizado tiene una doble entidad o subjetividad jurídica: en virtud de una pertenece a la Iglesia, y en virtud de la otra pertenece al Estado; pero el Estado debe reconocer que la pertenencia de sus súbditos a la Iglesia es una cosa que no emana ni depende del ordenamiento civil, sino del ordenamiento canónico, y, viceversa, la Iglesia debe reconocer que la pertenencia de sus súbditos al Estado no deriva tampoco del ordenamiento canónico, sino del civil. Esta aclaración no es inútil, porque con bastante frecuencia se confunden o no se distinguen siempre rigurosamente el orden físico y el orden jurídico; y la unidad física de los súbditos impide a veces el apreciar con claridad y para todos sus efectos la doble entidad jurídica de los mismos; así como la unidad de hecho de la sociedad hace que no siempre se distinga bien la dualidad de los ordenamientos jurídicos, que, con una sola y misma base física, son en sus elementos—súbditos, derecho, organizaciones, autoridad y fin social—completa y realmente distintos; más

aún, separados. Y de tal manera separados, que el dualismo de los respectivos ordenamientos jurídicos, como el dualismo de Iglesia y de Estado, es absoluto; es decir, una verdadera duplicidad de entes jurídicos completamente distintos y absolutamente irreductibles el uno al otro.

La multiplicidad numérica de los ordenamientos civiles, así como la variedad específica que existe entre los ordenamientos civil, internacional y canónico, son datos de observación inmediata y evidente que demuestran por sí solos que se trata de ordenamientos distintos y separados, en cuanto que cada uno se traza libremente sus propios fines y desarrolla con autonomía las actividades encaminadas a la consecución de los mismos.

Por tanto, entonces se podrá decir en verdad que dos ordenamientos son, respectivamente, independientes y que están separados en cuanto al elemento real de la competencia, cuando cada uno tiene su propia competencia real específica, o sea necesariamente distinta de la competencia real que es propia del otro ordenamiento, entendiéndose por competencia real la capacidad jurídica de un ordenamiento dado para reglamentar una determinada materia por medio de actos legislativos, judiciales y administrativos con eficacia y validez por sí mismos, o sea no derivadas de otro ordenamiento distinto; validez y eficacia que se han de entender dentro del ordenamiento y para el ordenamiento que los produce y del cual emanan; mas sin que esos actos sean capaces de producir por sí mismos, y sin más, efectos reflejos en el interior de otro ordenamiento distinto. Y esto porque, desde el punto de vista de un ordenamiento particular cualquiera, todo ordenamiento soberano constituye siempre en sí mismo un orden cerrado, único y exclusivo, en cuanto que ninguna voluntad que no sea la del propio ordenamiento es capaz de poner y producir por sí misma actos jurídicos relevantes, o sea dotados de eficacia dentro del mismo.

Pero si nos colocamos fuera de un ordenamiento particular cualquiera, contemplándolos, por así decirlo, todos en conjunto y desde arriba, entonces echaremos de ver que la multiplicidad de los ordenamientos determina necesariamente su limitación, en cuanto que cada uno en particular está contenido en los límites de una forma o posición de la experiencia jurídica, precisamente en la forma que comprende, dejando fuera de sí las formas o la experiencia que no comprende. Ahora bien, desde el momento que cada ordenamiento particular abarca solamente una parte y no toda la experiencia jurídica, está ya por eso sólo pidiendo y reclamando la existencia junto a sí de otros ordenamientos jurídicos; o, lo que es lo mismo, que la multiplicidad de los ordenamientos jurídicos determina su limitación, y ésta, a su vez, conduce necesariamente a la mutua relación o conexión de unos con

otros, de idéntica manera a como la coexistencia y la limitación de los individuos los conducen a la convivencia por la mutua cooperación en la sociedad.

Y así como no hay posibilidad de ordenamiento jurídico donde éste pretenda sofocar o desconocer la autonomía y la solidaridad, tanto de los individuos como de los grupos inferiores que constituyen los elementos del ordenamiento jurídico, así tampoco puede un ordenamiento soberano desconocer la validez de los otros en la esfera propia de cada uno, so pena de destruir la misma base o fundamento sobre el que descansa y se asienta su propia subsistencia jurídica; es decir, que un ordenamiento particular cualquiera, al afirmarse y ponerse en el orden jurídico, se afirma y se pone no como el único ordenamiento jurídico existente, sino como uno de los varios ordenamientos que integran el mundo jurídico y que tienen, por eso mismo, que convivir y entrar en relaciones de conexión entre sí.

25. Según hemos dicho, la separación de los ordenamientos jurídicos soberanos consiste en la distinción de sus respectivas organizaciones, de manera que cada una de ellas se trace sus propios fines y desarrolle la actividad encaminada a su consecución con plena libertad e independencia de la otra. En particular, la separación de dos ordenamientos excluye que los órganos de uno de ellos sean órganos del otro y que la voluntad de uno pueda producir por sí misma directa e inmediatamente efectos jurídicos en la esfera del otro sin el concurso o contra la voluntad de éste. Así, todos los ordenamientos civiles juntos y el ordenamiento internacional no tienen capacidad para proclamar o definir un artículo de fe, para erigir o suprimir un solo ente canónico, para emitir leyes, sentencias o decretos que obliguen a los católicos como tales, ni para disponer sobre la administración de los sacramentos, como tampoco para erigir y conferir cargos o dignidades eclesiásticas. La adquisición y la pérdida de la cualidad de sujeto del ordenamiento canónico, la atribución o el ejercicio de funciones públicas y de cargos eclesiásticos son cosas que dependen exclusivamente del ordenamiento canónico; por consiguiente, cualquier actividad de ese género que se haya ejercido en ningún tiempo por otros poderes contra la voluntad del mismo ordenamiento canónico, así como los decretos de los gobiernos que vemos actualmente en los países sojuzgados por el comunismo deponiendo de sus cargos a las personas nombradas por la autoridad eclesiástica y constituyendo vicarios para sustituirlos, resultan completamente inoperantes; más aún, son absolutamente inexistentes en el ámbito del ordenamiento canónico.

Tenemos, por tanto, que el ordenamiento canónico constituye por sí mismo, como lo constituye también el ordenamiento internacional, un límite del ordenamiento civil, y viceversa; de manera semejante a como los varios ordenamientos civiles se limitan unos a otros y como se limitan también mutuamente el Estado federal y los Estados miembros. Y esto porque una cosa es que uno o varios ordenamientos constituyan y actúen como límite de otro u otros ordenamientos, y otra cosa enteramente distinta que sean causa o fuente suya. Solamente esto último, y no lo primero, es lo que niega y excluye la soberanía, pues en tanto que un ordenamiento no puede ser causa o fuente de otro sin que este último sea, por eso mismo, derivado y dependiente del primero; pero sí pueden muy bien uno o varios ordenamientos limitarse mutuamente, porque la limitación se opone únicamente a la omnipotencia o arbitrariedad del ordenamiento, pero no a su independencia, y en ésta precisamente, y de ningún modo en aquella otra, consiste la soberanía.

Pues bien, con la distinción y con la autonomía de los ordenamientos, que excluye las interferencias de unos ordenamientos en otros, es como se hace posible y como mejor se realiza su conexión; de manera que, lejos de suponer ausencia de relaciones y de conexión entre ellos, la separación de los ordenamientos las connota necesariamente, pero con esta particularidad: que la conexión se produce desde fuera, o sea que es obra de derecho externo. Veámoslo:

Se dice que hay conexión de dos o más ordenamientos soberanos cuando un ordenamiento jurídico atribuye eficacia por su propia voluntad y en orden a los efectos reflejos que tienen lugar dentro de su esfera a los actos legislativos, jurisdiccionales y administrativos de otro ordenamiento distinto, los cuales, como tales, se generan y desenvuelven inscritos en el ámbito de este último, y no del primero. Ahora bien, cuando un Estado, al igual que sus súbditos, profesa la religión católica, por esa su adhesión se obliga no sólo a inspirar total o parcialmente su legislación y su actividad política y administrativa en el contenido dogmático y ético de la Iglesia, sino a hacer de la doctrina y de los principios de ésta los elementos informadores de sus instituciones. Y luego, para ser consecuente en el orden jurídico con aquella profesión, debe reconocer a la Iglesia, en su unidad y universalidad, como una organización que, trascendiendo fuera del ordenamiento civil, está dotada de un ordenamiento jurídico originario y de propia potestad de imperio sobre personas y cosas que están, a la vez, sometidas a la potestad del Estado, pero que, ejerciéndose aquélla sobre un conjunto de relaciones

que caen fuera de la esfera de actuación del ordenamiento estatal, son por ello perfectamente compatibles entre sí.

Por este procedimiento, el Estado, que reconoce a la Iglesia una capacidad normativa sustancialmente igual a la que él posee, se abstiene de intervenir en ciertas materias o para ciertas relaciones con una reglamentación propia, en virtud de la especial naturaleza que el ordenamiento canónico les atribuye, y el ordenamiento civil establece que aquellas materias o relaciones estén regidas dentro del ámbito del ordenamiento civil por la norma canónica, la cual obtiene así valor de derecho vigente en el ordenamiento estatal. Igualmente, el reconocimiento que hace el ordenamiento civil de un acto administrativo canónico significa que el primero asume el acto administrativo del ordenamiento canónico como productivo de efectos jurídicos en la misma esfera del ordenamiento civil.

Así, por ejemplo, para el reconocimiento de la personalidad de los entes canónicos erigidos por un Decreto del Ordinario, el ordenamiento civil prescribe, v. gr., que sea la norma canónica la que rija dentro del ordenamiento civil tanto la constitución como la capacidad de los entes o personas canónicas expresadas, en orden a los efectos civiles que se producen dentro del ordenamiento jurídico del Estado, y, a la vez, puede establecer, v. gr., que en lo relativo a la forma o solemnidad de los negocios jurídicos rija la norma propia del ordenamiento civil.

Según vemos, pues, el efecto propio de la conexión entre dos ordenamientos jurídicos consiste en que tiene la virtud de hacer que los actos legislativos, jurisdiccionales o administrativos del ordenamiento canónico adquieran, en virtud de la voluntad del ordenamiento estatal, valor y eficacia para producir efectos jurídicos en el ordenamiento civil.

La actuación de esta conexión puede tener lugar parcialmente con simples normas de derecho interno—del Estado o de la Iglesia—; mas su actuación completa en forma orgánica y total solamente se logra a través del Concordato, el cual, como ordenamiento jurídico externo de la Iglesia con un Estado particular, contiene y constituye en sí mismo formalmente—o, por lo menos, impone a ambas partes el deber de emanarlo—un sistema de normas que realiza la conexión conveniente y deseada de ambos ordenamientos jurídicos. Esta conexión jurídica que se obtiene a través del Concordato ha sido definida como “régimen de separación en cuanto a los respectivos derechos internos, separación que por virtud del Concordato se transforma en unión de derecho externo” (14).

(14) S. LENER: *Definizione razionale dei rapporti fra Chiesa Cattolica e Stato moderno*, ibid., vol. II, p. 35, nota 1.

Intentemos ya la aplicación *per summa capita* y en simple esbozo de lo que dejamos expuesto al problema de la enseñanza y de la educación, siguiendo para ello el hilo del *Codex Iuris Canonici* y de la Encíclica *Divini Illius Magistri*, de Pío XI.

26. A) EDUCACIÓN RELIGIOSA Y MORAL.—Advierte el Papa al comienzo de la Encíclica que “es de suma importancia no errar en la educación, como no errar en la dirección hacia el fin último, con el cual está íntima y necesariamente ligada la obra toda de la educación”, y a continuación dice que “la educación esencialmente consiste en la formación del hombre tal cual debe ser y como debe portarse en esta vida terrena para conseguir el fin sublime para el cual fué creado”, por lo que “así como no puede existir educación verdadera que no esté totalmente ordenada al fin último, así en el orden actual de la Providencia, o sea después que Dios se nos ha revelado en su Unigénito Hijo, único *camino, verdad y vida*, no puede existir educación completa y perfecta si la educación no es cristiana”. De modo que el objeto de la educación cristiana no es, no puede ser, otro que formar al hombre; es decir, hacer del hombre en potencia que hay en el niño un verdadero y cumplido hombre de carácter, o, como dice el Papa, que “piense, juzgue y obre constante y coherentemente según la recta razón iluminada por la luz sobrenatural de los ejemplos y de la doctrina de Cristo” (15).

El *Codex Iuris Canonici* sanciona en el ordenamiento canónico la educación cristiana así definida como un derecho y un deber gravísimo de los padres y de los que hacen sus veces. El canon 1.372, § 2, dice: “No solamente los padres, sino también cuantos hacen sus veces, tienen derecho y deber gravísimo de procurar la educación cristiana de los hijos” (16); y anteriormente, en el canon 1.113, había establecido: “Los padres tienen obligación gravísima de procurar con todo empeño la educación de sus hijos, tanto la religiosa y moral como la física y civil.”

*Elementos de la educación cristiana.*—Los elementos de la educación cristiana como tal los especifica y determina el *Codex* de la siguiente manera:

a) *Instrucción religiosa y moral.*—El canon 1.113, como vemos, hace distinción entre la educación religiosa y moral, de una parte, y la educación física y civil, de la otra. Y el canon 1.372, § 1, especifica ya la relación que debe existir entre esas dos partes del todo único que es la obra de la edu-

(15) *Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias* 2 (Madrid, 1942), n. 5, p. 641; n. 59, p. 637. En adelante las citas se harán por n. p.

(16) Damos la versión castellana según se contiene en *Código de Derecho Canónico* de MIGUELZ-ALONSO-CABREROS (B. A. C., Madrid).



cación: “Todos los fieles han de ser educados desde su infancia de tal suerte, que no sólo no se les enseñe ninguna cosa contraria a la religión católica y a la honestidad de costumbres, sino que ha de ocupar el primer lugar la instrucción religiosa y moral.” Tenemos, pues, que el primero y más esencial elemento de la educación cristiana, según el ordenamiento canónico, es la instrucción religiosa y moral: “la instrucción religiosa y moral ha de ocupar el primer lugar”.

Y a continuación, el canon 1.373 determina preceptivamente: § 1. “En toda escuela elemental se ha de dar a los niños una instrucción religiosa proporcionada a su edad.” § 2. “A los jóvenes que frecuentan las escuelas medias y las superiores se les debe dar una instrucción religiosa más completa.” La instrucción religiosa y moral, por tanto, debe extenderse a todos los grados de la enseñanza.

b) *Autoridad de la Iglesia.*—El segundo elemento de la educación cristiana consiste en la perfecta autoridad de la Iglesia sobre la instrucción religiosa y moral, con una sujeción plena a la dirección e inspección de la Jerarquía eclesiástica.

El canon 1.381 dice: § 1. “La formación religiosa de la juventud en cualesquiera escuelas está sujeta a la autoridad e inspección de la Iglesia.” § 3. “Igualmente compete a los Ordinarios locales el derecho de aprobar los profesores y los libros de religión, y también el de exigir que, por motivos de religión y costumbres, sean retirados tanto los profesores como los libros.” Y anteriormente, el canon 1.373, § 2, había establecido que “los Ordinarios de lugar procurarán que la instrucción religiosa en las escuelas medias y superiores se verifique por sacerdotes muy celosos y sabios.”

c) *Vigilancia moral y religiosa.*—Finalmente, un tercer elemento completa la educación cristiana en cuanto tal, a saber: el derecho de inspección y vigilancia de la Iglesia sobre toda la obra de la enseñanza y la educación.

La instrucción religiosa y moral no lo es todo en la educación cristiana como tal, pues, siendo absolutamente necesaria e indispensable, no basta por sí sola para calificar como cristiana la educación; se requiere, además, según la fórmula sintética del canon 1.372, “que no se les enseñe ninguna cosa contraria a la religión católica y a la honestidad de costumbres”. Y esto requiere, claro es, un derecho efectivo de inspección y de vigilancia que materialmente se extiende a toda la enseñanza y a toda la obra de la educación, pero que se ejerce solamente por razón de y en orden a la educación religiosa y moral; derecho que el canon 1.381, § 2, expresa así: “Los Ordinarios locales tienen el derecho y el deber de vigilar para que

en ninguna escuela de su territorio se enseñe o se haga nada contra la fe o las buenas costumbres." Y el canon 1.382 insiste en estos términos: "Los Ordinarios de lugar pueden también visitar, por sí mismos o por medio de otros, cualesquiera escuelas, oratorios, recreatorios, patronatos, etc., en lo concerniente a la formación religiosa y moral."

Resumiendo Pío XI las condiciones de la educación cristiana escribe: "No basta el solo hecho de que en ella se dé instrucción religiosa—frecuentemente, con excesiva parsimonia—para que una escuela resulte conforme a los derechos de la Iglesia y de la familia cristiana, y digna de ser frecuentada por alumnos católicos. Para ello es necesario que toda la enseñanza y toda la organización de la escuela: maestros, programas y libros, en cada disciplina, estén imbuidos de espíritu cristiano, bajo la dirección y vigilancia materna de la Iglesia, de suerte que la religión sea verdaderamente fundamento y corona de toda la instrucción, en todos los grados, no solamente en el elemental, sino también en el medio y superior" (17).

27. *La educación religiosa y moral, función que monopoliza la Iglesia.*—La educación cristiana, tal como queda definida en sus elementos y caracteres esenciales, constituye el objeto sobre el cual recae una doble potestad de la Iglesia; en otros términos, la Iglesia despliega y ejerce sobre la educación religiosa y moral dos funciones o potestades propias suyas: la potestad de magisterio y la potestad de régimen o de gobierno.

El término *potestad* aplicado a la Iglesia tiene dos sentidos: uno más amplio, que comprende, junto a la potestad de jurisdicción o de régimen, la potestad de magisterio y de santificación, y otro más restringido, según el cual la potestad se circunscribe solamente al poder de mandar, de emitir órdenes, o sea el poder de régimen o de jurisdicción. Cuando una sociedad cualquiera no puede obtener su fin mediante la sola facultad de imponer órdenes o mandatos y le son, además, necesarias otra u otras funciones distintas de aquélla, también estas funciones deben entrar y entran en el concepto de potestad.

Ahora bien, en la Iglesia la potestad de santificación no se ejerce por medio de órdenes o mandatos, sino que consiste en la facultad de poner los medios de santificación, como son la confección y administración de los sacramentos y de los otros medios con ellos relacionados. Por tanto, el término *potestad* en su aplicación a la Iglesia designa cualquiera facultad necesaria a la autoridad eclesiástica para el ejercicio de su misión, o sea para la obtención del fin social: la santificación y salvación de las almas.

(17) N. 39, p. 669

De la misma manera, no es necesario tampoco que la potestad de magisterio, en cuanto distinta de la potestad de régimen o de jurisdicción, se ejerza siempre y en todos los casos mediante la emanación de órdenes y mandatos, sino que muy bien puede haber ejercicio de la potestad de magisterio—como facultad que tiene la Iglesia de enseñar auténticamente la doctrina de fe y de costumbres—sin que medie orden o mandato de creer en todos los casos. Así sucede, por ejemplo, con los maestros de Religión, e igualmente con los profesores de Seminarios y Universidades o Facultades de estudios eclesiásticos, que necesitan mandato o *missio canonica* para el desempeño de su magisterio, y, sin embargo, su enseñanza no va acompañada de ninguna orden o mandato que obligue a creer lo que enseñan, como no va tampoco acompañado de mandato el ejercicio ordinario del ministerio de la predicación, aun por parte de los predicadores que están en posesión de la correspondiente *missio canonica*. De otra parte, tanto el mandato positivo de creer como la prohibición de un comportamiento exterior o manifestación contraria a la doctrina de la Iglesia constituyen ejercicio de la potestad de régimen o de jurisdicción, la cual, si debe referirse siempre a un objeto o materia necesario para la obtención del fin social, es por eso mismo evidente que puede y debe tomar también como objeto principalísimo suyo, aunque no único ni exclusivo, el ejercicio de la potestad de santificación y de la potestad de magisterio, productivas una y otra de los medios directamente proporcionados y adecuados para el fin de la Iglesia.

Esto supuesto, decimos que la Iglesia ejerce sobre la educación religiosa y moral una doble *función*, a saber: en primer lugar, ella y sólo ella puede definir auténticamente lo que es y en lo que consiste la educación cristiana, así como determinar sus condiciones, y esta definición constituye por sí misma ejercicio de la potestad de magisterio; y en segundo lugar, pertenece a la Iglesia, en el ejercicio de la potestad de régimen o de jurisdicción, emanar las órdenes y mandatos que hacen obligatoria para los fieles la educación religiosa y moral dentro del ámbito del ordenamiento canónico.

Por tanto, cuando el *Codex Iuris Canonici* establece preceptos positivos o negativos en estos o parecidos términos: “todos los fieles”, “los niños católicos”, “en cualquiera o cualesquiera escuelas”—cánones 1.372, 1.374, 1.381—, ejerce una función pública de poder que desde el punto de vista del ordenamiento canónico es obligatoria y universal, en el sentido de que nadie puede sustraerse a su cumplimiento si no es violando la norma canónica y haciéndose por ello responsable de las sanciones establecidas por el ordenamiento cuya es la norma.

Pero hay más: a la Iglesia corresponde no sólo definir y legislar sobre la educación religiosa y moral, sino que ella monopoliza la prestación o ejecución de la educación religiosa y moral; en otros términos, que no hay ni puede haber educación religiosa y moral sin la autoridad e intervención de la Iglesia. De manera que solamente ella puede:

a) Autorizar expresa o tácitamente los maestros y los libros de religión, y cuando ellos dan enseñanza religiosa lo hacen en representación de la Iglesia y con mandato suyo, que recibe el nombre de *missio canonica*;

b) Pertenece exclusivamente a la Jerarquía eclesiástica ejercer la dirección e inspección de la enseñanza religiosa y moral dondequiera que se dé; es decir, tanto en las escuelas públicas como privadas;

c) Finalmente, está igualmente reservado a la Jerarquía eclesiástica ejercer por sí misma o por representantes suyos la inspección y vigilancia de toda la enseñanza y de la obra entera de la educación en orden a la enseñanza religiosa y moral y a la educación plenamente cristiana.

Véase, pues, con cuánta razón dice Pío XI que “es derecho inalienable de la Iglesia, y a la vez deber suyo indispensable, vigilar sobre todo la educación de sus hijos, los fieles, en cualquier institución, pública o privada, no sólo en lo referente a la enseñanza religiosa allí dada, sino también en toda otra disciplina y disposición en cuanto se refieren a la religión y moral” (18).

La razón del monopolio de la Iglesia sobre la enseñanza moral y religiosa se encuentra en que la educación religiosa y moral constituye ejercicio de *función o potestad pública* de la Iglesia en sentido propio. En efecto, en la enseñanza de las verdades religiosas y morales que propone la Iglesia hay, a la vez, ejercicio de la potestad de magisterio y de la potestad de régimen o de jurisdicción; ejercicio de la primera cuando se enseñan las verdades religiosas y morales que propone la Iglesia, impóngase o no se imponga por el maestro la obligación de creer lo que él enseña, y ejercicio de la segunda, de una parte, porque se ejerce la dirección de esa misma enseñanza religiosa y moral, y, de otra parte, en la actividad de inspección y de vigilancia moral y religiosa, la cual se extiende a toda la enseñanza y educación, aunque por razón y en orden solamente a la formación religiosa y moral. Ahora bien, es de sobra conocido que en cualquiera sociedad el ejercicio de potestad o de funciones públicas en sentido propio está siempre reservado a los órganos del Poder público y a sus agentes.

(18) N. 13, p. 647.

28. *Incorporación de la norma canónica al ordenamiento civil.*—En relación, pues, con la enseñanza y la educación religiosa y moral, tal como la define y regula el ordenamiento canónico y tal como se halla su prestación plenamente sometida a la Iglesia, que la realiza y ejecuta por sus órganos o agentes suyos, el Estado y el ordenamiento civil, cualesquiera que ellos sean, cristianos o no, carecen en absoluto de poder, son completamente incapaces de alterar y modificar la definición canónica de la enseñanza religiosa y moral o de la educación cristiana, así como de derogar ninguno de los elementos o condiciones establecidos por la norma canónica. El Estado y el ordenamiento civil tienen, sí, el *poder de facto* de aceptar o de no aceptar dentro del ordenamiento civil la norma canónica, colocándose en este último caso en oposición abierta con aquélla e incurriendo en violación de la misma; pero cuando el Estado y el ordenamiento civil realizan una profesión siquiera parcial e imperfecta de confesionalidad, y aun sin hacer profesión de confesionalidad, cuando el ordenamiento jurídico garantiza la libertad y asegura la autonomía de la persona humana como corresponde al Estado de derecho, entonces el ordenamiento civil establece que la enseñanza religiosa y la educación cristiana estarán regidas por la norma canónica en el ordenamiento civil mismo, y de esta manera la norma canónica obtiene dentro del ordenamiento civil la fuerza y eficacia jurídica que por sí misma tiene solamente en el ordenamiento canónico.

Así como, en lo tocante al matrimonio, el Código Civil, artículo 42, no reconoce para los católicos más matrimonio que el canónico, el cual se halla regulado por las normas jurídicas del ordenamiento canónico, normas que son por eso reconocidas por el Estado como normas jurídicas dentro del ordenamiento civil y para sus efectos; así también en este punto de la enseñanza religiosa y moral, con el reconocimiento que hace el Estado de las normas canónicas sobre la enseñanza y la educación cristiana, esas normas adquieren el carácter de tales en la esfera civil y para los efectos reflejos que tienen lugar dentro del ordenamiento civil. En ambos casos, el de la enseñanza y el del matrimonio, es la norma canónica como tal, o sea en cuanto emanada del ordenamiento canónico, la que adquiere valor y eficacia de norma en el mismo ordenamiento civil, y, por tanto, no sólo sigue dependiendo en su vida y eficacia del ordenamiento canónico, sino que, además, debe ser interpretada según los principios y el espíritu del ordenamiento originario que la produce y al cual sigue vinculada.

B) EDUCACIÓN FÍSICA Y CIVIL.—Examinada la naturaleza de la norma canónica sobre la enseñanza y la educación religiosa y moral con los

consiguientes derechos de la Iglesia sobre la misma, réstanos tratar ahora de la mutua posición del ordenamiento canónico y del ordenamiento civil en relación con la educación física y civil y con la enseñanza en general, ya que, como prescribe el canon 1.113, los padres tienen el deber gravísimo de procurar con todo empeño la educación de sus hijos, tanto la religiosa y moral como la física y civil.

29. *Canon 1.375: derecho de la Iglesia a fundar escuelas propias.*— Comenzando por el ordenamiento canónico, el canon 1.375 establece lo siguiente: “La Iglesia tiene derecho a fundar escuelas de cualquier disciplina, no sólo elementales, sino también medias y superiores.”

Veamos cómo desarrolla Pío XI en la Encíclica este principio fundamental de derecho público eclesiástico:

“En el objeto propio de su misión educativa, es decir, en la fe e institución de las costumbres, el mismo Dios ha hecho a la Iglesia partícipe del divino magisterio y, por beneficio divino, inmune de error; por lo cual es maestra de los hombres suprema y segurísima, y en sí lleva arraigado el derecho inviolable a la libertad de magisterio. Así, por necesaria consecuencia, la Iglesia es independiente de cualquiera potestad terrena, tanto en el origen como en el ejercicio de su misión educativa, no sólo respecto a su objeto propio, sino también respecto a los medios necesarios y convenientes para cumplirla. Por esto, con relación a toda otra disciplina y enseñanza humana, que en sí considerada es patrimonio de todos, individuos y sociedades, la Iglesia tiene derecho independiente de emplearla y, principalmente, de juzgar en ella de cuanto pueda ser provechoso o contrario a la educación cristiana. Y esto, sea porque la Iglesia, como sociedad perfecta, tiene derecho independiente a los medios que emplea para su fin, sea porque la enseñanza, lo mismo que toda acción humana, tiene necesaria conexión de dependencia del fin último del hombre, y, por tanto, no puede sustraerse a las normas de la ley divina, de la cual es custodio, intérprete y maestra infalible la Iglesia... Así, pues, con pleno derecho la Iglesia promueve las letras, las ciencias y las artes en cuanto son necesarias o útiles para la educación cristiana y, además, para toda su obra de la salvación de las almas, aun fundando y manteniendo escuelas e instituciones propias en toda disciplina y en todo grado de cultura” (19).

Resumiendo el hilo del raciocinio, tal como aparece nítidamente en la doctrina del Papa, podemos formularlo así:

1) En el objeto propio de su misión, o sea en la fe e institución de las costumbres, la Iglesia tiene derecho nativo e inviolable a la libertad de ma-

(19) N.º. 11-12, pp. 645-647.

gisterio (verdadera potestad de magisterio con la prerrogativa de la infalibilidad).

2) La Iglesia es independiente de cualquiera potestad humana en los medios necesarios y convenientes para cumplir su misión educativa, porque como sociedad perfecta tiene derecho independiente a los medios que emplea para su fin.

3) Por tanto, la Iglesia tiene derecho independiente de emplear para su fin cualquiera disciplina y enseñanza humana que en sí considerada es patrimonio de todos, individuos y sociedades.

4) Consiguientemente ella funda y mantiene con pleno derecho escuelas e instituciones propias en toda disciplina y en todo grado de cultura, en cuanto son necesarias o útiles para la educación cristiana y, además, para toda su obra de salvación.

30. *Canon 1.376: erección canónica de Universidades y Facultades católicas.*—A continuación, el canon 1.376, relativo a las Universidades y Facultades católicas, dice así: § 1. “Está reservada a la Sede Apostólica la constitución canónica de las Universidades o Facultades católicas de estudios”.

§. 2. “Las Universidades o Facultades católicas, aun las encomendadas a cualesquiera familias religiosas, deben tener sus estatutos aprobados por la Sede Apostólica”.

Comparando los cánones 1.375 y 1.376 adviértese entre ambos una diferencia muy notable que, a nuestro juicio, no ha sido convenientemente observada y destacada. El canon 1.375 contiene simplemente la enunciación de un principio doctrinal de derecho público eclesiástico; no formula precepto o prohibición propiamente tales, no establece tampoco requisitos o condiciones canónicas y, finalmente, no determina ni especifica los efectos jurídicos que en el ordenamiento canónico produce la erección o constitución de las escuelas elementales, medias y superiores. El canon 1.376, por el contrario, sí que formula precepto y prohibición propiamente dichos, a saber: solamente la Sede Apostólica puede hacer la erección canónica de Universidades o Facultades católicas; determina que toda Universidad o Facultad católica habrá de tener sus estatutos aprobados por la Sede Apostólica, y el canon siguiente añade igualmente que sólo la Sede Apostólica puede conceder autorización para conferir grados académicos que surtan efectos en el ordenamiento canónico de la Iglesia.

A concretar y desarrollar estas normas del *Codex Iuris Canonici* para las Universidades y Facultades de estudios eclesiásticos vino poco años des-

pués la Constitución apostólica *Deus, scientiarum Dominus*, con las Ordenaciones anejas de la Sagrada Congregación de Seminarios y Universidades de estudios. Es la Constitución una ley especial en la que, según manifiesta su preámbulo, "se propone con mayor claridad el fin que se pretende obtener, se reglamenta con mayor exactitud el método de enseñanza y se define la organización de una forma única, sin mengua de los peculiares métodos acomodados a las materias y a los lugares, pero de manera que respondan plenamente a las necesidades actuales" (20).

Las Ordenaciones de la Sagrada Congregación constituyen una especie de reglamento, en 49 artículos y tres apéndices, que vienen a desarrollar la ley pontificia sobre Universidades y Facultades de estudios eclesiásticos.

El simple esbozo apuntado nos parece más que suficiente para comprobar que, en la ley pontificia, juntamente con las ordenanzas anejas se contienen la creación y organización de un servicio público cuya prestación o ejecución es conferida u otorgada en cada caso por el legislador mismo

(20) He aquí un brevísimo y somero esquema de la Constitución:

El título I sienta los principios o normas generales. Se inicia (art. 1.º) con la definición de Universidad y de Facultad de estudios eclesiásticos, para trazar en el artículo 2.º el fin que ellas se proponen y determinar en el 3.º las Facultades que están comprendidas en la Ley. La Sagrada Congregación de Seminarios y Universidades ejerce la dirección suprema y concede la aprobación de los Estatutos y del plan de estudios (arts. 4.º-5.º). Solamente las Universidades y Facultades pueden conferir grados académicos, que son tres: bachillerato, licenciatura y doctorado, cuyos efectos jurídicos se determinan en la Ley; así, mientras la licenciatura habilita para enseñar en las escuelas que no confieren grados, solamente el doctorado otorga capacidad para enseñar en Universidad o Facultad canónicamente erigida (arts. 6.º-10). La Ley se extiende en su vigencia a las Facultades de estudios eclesiásticos constituidas en las mismas Universidades civiles (arts. 11-12).

El título II, que trata del régimen y del personal, determina primero las autoridades académicas y los oficiales o funcionarios. Entre las primeras se enumeran el Gran Canciller, el Rector, los Decanos de Facultad, con las respectivas Juntas o Consejos. Pertenecen a la Sagrada Congregación el nombramiento del Rector o, por lo menos, su confirmación (arts. 13-18). En cuanto a los profesores, distingue la Constitución tres clases, a saber: profesores ordinarios con plenitud de derechos y estabilidad, profesores extraordinarios y profesores temporales o especiales. Déjase a los Estatutos la fijación del número de profesores en cada Facultad, así como su clasificación y los requisitos o condiciones para su promoción, además de las condiciones exigidas por la Ley para todos, como el grado de doctor y la *missio canonica*, y determina también la Ley las causas y la forma de la remoción de los profesores (arts. 19-22). En orden a los alumnos, la Ley prescribe los estudios previos que deben tener cursados y aprobados antes de matricularse en Universidad o Facultad y establece la incompatibilidad para simultanear estudios en diversas Facultades (arts. 23-28).

El título III, que trató del plan de estudios, establece el método general de enseñanza, así como los años o cursos de que constan los estudios en cada Facultad y la clasificación de asignaturas con sus exámenes (arts. 29-34).

En el título IV, sobre la colación de grados académicos, se prescribe con rigor la escolaridad para todas y cada una de las asignaturas necesarias en cada Facultad (art. 37) y se determinan las condiciones académicas, así como las pruebas o exámenes para aspirar a los diversos grados (arts. 35-40).

El título V contiene normas genéricas sobre los edificios, bibliotecas, seminarios, laboratorios, etc., y, finalmente, sobre los sueldos y honorarios de los profesores, así como sobre los derechos y tasas que deben satisfacer los alumnos. En los Estatutos que se someten a la aprobación de la Santa Sede se deberán especificar "los derechos de ingreso, los de matrícula anual, los de exámenes y los de expedición de diplomas" (arts. 47-52).



mediante la aprobación de los estatutos de la respectiva Universidad o Facultad.

Es cierto que la ley especial se refiere solamente a las Universidades y Facultades de estudios eclesiásticos, y que no se extiende a las Universidades y Facultades católicas de estudios civiles o profanos; pero ello no es precisamente porque el ordenamiento canónico no se estime competente para reglamentar los estudios en las expresadas Universidades o Facultades; al contrario, ya hemos visto que el *Codex Iuris Canonici* reserva la erección, la organización y la aprobación de los estatutos de Universidades y Facultades católicas a la Sede Apostólica, y mal podría hacerlo si no fuera competente para ello.

31. Volviendo de nuevo al canon 1.375, es evidente que este canon no contiene nada que se parezca a la erección, organización y prestación del servicio público de enseñanza tal como se contiene en el canon 1.376 y en la legislación canónica que ha venido a desarrollarlo. Se ha pretendido encontrar la aprobación y la organización del servicio en cuestión en el acto por el cual la Sede Apostólica aprueba las constituciones de los Institutos religiosos que se dedican a la enseñanza de la juventud en sus diversos grados (sic); pero aparte de que *facta non praesumuntur sed probari debent*, ¿cómo explicar entonces la cláusula del canon 1.376 cuando dice que "las Universidades o Facultades católicas, aun las encomendadas a cualesquiera familias religiosas, deben tener sus estatutos aprobados por la Sede Apostólica"? Y si en la simple aprobación de un Instituto religioso de enseñanza se contiene ya la aprobación y aun la apropiación de su enseñanza por la Iglesia, ¿por qué eso no se extiende a las Universidades y Facultades católicas eclesiásticas o profanas? Y si la aprobación no alcanza a esta clase de escuelas, ¿por qué y con qué derecho se afirma de las otras escuelas, precisamente de aquellas que el *Codex Iuris Canonici* se abstiene de reglamentar?

De otro lado, nos parece que, aprobación por aprobación, lo mismo es y el mismo valor tiene la aprobación de un Instituto religioso, cuyos miembros tienen obligación de tender a la perfección con el trabajo manual—cultivo de los campos u otros trabajos—y con el ejercicio de obras de caridad corporal—asistencia de enfermos, ancianos, etc.—, que por el ejercicio de la enseñanza y de la educación—obra de caridad espiritual—. La diferencia no radica en la aprobación del Instituto religioso; está en la índole y naturaleza de la obra que se toma como instrumento de santificación—el trabajo manual, las obras de caridad corporal o de caridad espi-

ritual—, siendo estos instrumentos, y no aquéllas—las instituciones—, los que pueden constituir o no constituir servicios públicos para un ordenamiento jurídico dado.

2) *Conexión de los ordenamientos canónico y civil*

Vengamos ahora a considerar la posición del ordenamiento civil en relación con la enseñanza en general y con la que el *Codex Iuris Canonici* y la Encíclica denominan educación física y civil.

Hemos aducido un poco más arriba las palabras de Pío XI, afirmando que la Iglesia, como sociedad perfecta, tiene derecho independiente de emplear para su fin cualquiera disciplina y enseñanza humana que en sí considerada es patrimonio de todos, individuos y sociedades. El argumento concluyente para el ordenamiento canónico, según hemos visto, lo es igualmente a favor del ordenamiento civil, puesto que ambos a dos son ordenamientos originarios y soberanos.

En efecto, así lo reconoce la misma Encíclica al tratar de los derechos educativos del Estado. Dice así:

“Principalmente pertenece al Estado, en orden al bien común, promover de muchas maneras la misma educación e instrucción de la juventud. Ante todo y directamente, favoreciendo y ayudando a la iniciativa y acción de la Iglesia y de las familias, cuya grande eficacia demuestran la Historia y la experiencia. Luego, complementando esta obra donde ella no alcanza o no basta, aun por medio de escuelas e instituciones propias, porque el Estado, más que ningún otro, está provisto de medios, puestos a su disposición para las necesidades de todos, y es justo que los emplee para provecho de aquellos mismos de quienes proceden. Además, el Estado puede exigir y, por tanto, procurar que todos los ciudadanos tengan el conocimiento necesario de sus deberes civiles y nacionales, y cierto grado de cultura intelectual, moral y física que el bien común, atendidas las condiciones de nuestros tiempos, verdaderamente exija” (21).

32. *El problema de la conexión en materia de enseñanza.*—Plantéase luego la Encíclica el problema de las relaciones entre ambos ordenamientos y lo resuelve acudiendo al texto clásico de la *Immortale Dei* para determinar la respectiva competencia de la Iglesia y el Estado en materia de enseñanza:

(21) N. 24, p. 656.

“Dios ha dividido entre dos potestades el gobierno del género humano, la eclesiástica y la civil, poniendo a la una al frente de las cosas divinas, y a la otra, al frente de las humanas. Ambas supremas, cada una en su orden; la una y la otra tienen límites fijos que las incluyen. inmediatamente determinados por la naturaleza y por el fin de cada una; de modo que viene a trazarse una como esfera dentro de la cual se desenvuelve con exclusivo derecho la acción de cada una... Ahora bien, la educación de la juventud es precisamente una de esas cosas que pertenecen a la Iglesia y al Estado, aunque de diversa manera... Cuanto por algún concepto hay de sagrado en las cosas humanas, cuanto se refiere a la salud de las almas y al culto de Dios, sea así por su misma naturaleza, o como tal se considere en razón del fin a que tiende, todo ello cae bajo el poder y la dirección de la Iglesia; lo demás, que queda en el orden civil y político, justo es que dependa de la autoridad civil, habiendo Jesucristo mandado dar al César lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios” (22).

La aplicación concreta de la doctrina de León XIII la hace Pío XI en la Encíclica cuando a continuación de haber afirmado el derecho independiente de la Iglesia a fundar y mantener escuelas e instituciones propias en toda disciplina y en todo grado de cultura, en cuanto son necesarias o útiles para la educación cristiana y, además, para toda su obra de la salvación de las almas, añade:

“Esta obra, así como cede en inmenso provecho de las familias y las naciones, que sin Cristo se pierden..., así no trae el menor inconveniente a las ordenaciones civiles, porque la Iglesia, con su maternal prudencia, no se opone a que sus escuelas e instituciones educativas para los seculares se conformen en cada nación con las legítimas disposiciones de la autoridad civil, y aun está en todo caso dispuesta a ponerse de acuerdo con ésta y a resolver amistosamente las dificultades que pudieran surgir” (23).

33. *Autonomía de los individuos y de los grupos contra monopolio.*— Si el Estado se define, como hemos dicho, el ordenamiento jurídico territorial soberano, y ordenamiento jurídico significa no simplemente conjunto de normas, sino grupo social organizado que actúa ordenadamente para la obtención de un fin común o para la realización de una idea común, dicho se está que no habrá ordenamiento jurídico y, por consiguiente, tampoco habrá Estado si falta la realidad común del grupo, o sea su organi-

(22) N.º 27-28, pp. 658-659.

(23) N.º 12, p. 647.

zación en una comunión, de idea y de aspiración, en un juicio y un querer común objetivados.

Lo que verdaderamente transforma el grupo en ordenamiento es la general aceptación por parte de sus componentes de un principio de verdad inherente a su propia actividad, y según el cual todos los miembros del grupo tienen el deber: a) de permanecer fieles a la idea o bien común en el desarrollo de su actividad; b) de procurar realizarla cada cual con su acción; c) de procurar que alcance a todos los miembros del grupo la participación en la realidad común, tanto en los esfuerzos como en las ventajas que de ella se derivan. Hay que decir, por consiguiente, que cuando cada uno de los miembros se siente unido a los demás para la idea u obra común por un verdadero imperativo moral, y cuando cada uno contribuye con su esfuerzo a crear la realidad común de la que todos y cada uno se sienten artífices, partícipes o destinatarios a un tiempo, entonces y solamente entonces puede decirse que el grupo se transforma en ordenamiento, transformación que se verifica por la actuación del principio de solidaridad en la idea y en la tarea común y del principio de autonomía de los individuos, originando así un sistema de obligaciones y de derechos

Aplicando lo dicho al Estado, tenemos que la realidad social de éste no debe aspirar a suprimir la autonomía de los individuos, según se manifiesta en la igualdad de todos ante la ley, en la seguridad jurídica, en la dignidad de la persona y en el derecho legítimo al desarrollo de una honesta actividad y libertad. De idéntica manera la unidad del Estado tampoco puede conducir a sofocar la realidad social de los grupos inferiores que viven dentro del mismo, sino más bien a disciplinarlos e incorporarlos por la asimilación, la corrección y la integración de sus fines hasta ponerlos en armonía con los propios fines del Estado.

Concretamente el moderno Estado de derecho, como simple ordenamiento o realidad común de todos los súbditos, no puede en modo alguno negar la autonomía de los individuos, sino que dentro de ciertos límites, más o menos extensos, tiene que reconocer la autonomía de la voluntad en orden a la producción de efectos jurídicos; y como ordenamiento jurídico soberano, no puede tampoco ahogar o sofocar la autonomía de los grupos que viven dentro de su esfera. Pero si la autonomía de los individuos y de los grupos sociales no puede ser suprimida sin renunciar a los principios de solidaridad y de autonomía que constituyen originariamente al Estado en ordenamiento jurídico; lo que sí pertenece en exclusiva al Estado en cuanto ordenamiento soberano es el poder de dirigir y orde-

nar la acción de los individuos y de los grupos al fin común, y en esta misión la voluntad del ordenamiento soberano no depende de ninguna otra voluntad humana superior, exterior ni interiormente. De esta manera, la autonomía de los individuos y de los grupos sociales integrados en un ordenamiento jurídico determinado constituye por sí misma un límite que tiende a contener la soberanía dentro de su objeto: la idea y el fin común; pero en la determinación de los bienes e intereses concretos de cada momento —lo que se denomina el criterio ordenador del grupo—, así como en la selección de los medios conducentes al fin, en eso el ordenamiento soberano es independiente de cualquiera otra voluntad humana, se pone y se modifica libremente, o sea que se determina por sí mismo, y no en virtud de una orden exterior o de un mandato superior, pues dentro de un ordenamiento dado y en el ámbito de eficacia del mismo ordenamiento no está sometido a ningún sujeto superior.

Además de la limitación genérica que la Encíclica expresa con la frase de que el Estado debe “favorecer y ayudar a la iniciativa y a la acción de la Iglesia y de las familias”, Pío XI señala otras dos limitaciones concretas que vienen impuestas al Estado por la autonomía de los individuos y de los grupos inferiores que viven dentro del mismo. Refiérese la primera al monopolio de la enseñanza:

“Es injusto e ilícito todo monopolio educativo o escolar, que fuerce física o moralmente a las familias a acudir a las escuelas del Estado contra los deberes de la conciencia cristiana, o aun contra sus legítimas preferencias”, y esto porque “el Estado debe respetar los derechos nativos de la Iglesia y de la familia a la educación cristiana, además de observar la justicia distributiva”.

Consiste la otra limitación en que, aun sin monopolio, el Estado no puede imponer a sus súbditos un tipo absolutamente uniforme de educación:

“Este derecho incontrastable de la familia—a la educación, tanto religiosa y moral como física y civil—ha sido varias veces jurídicamente reconocido por naciones en que hay cuidado de respetar el derecho natural en las disposiciones civiles. Así, para citar un caso de los más recientes, la Corte Suprema de la República Federal de los Estados Unidos de la América del Norte, al resolver una importantísima controversia, declaró “que no competía al Estado ninguna potestad general de establecer un tipo uniforme de educación en la juventud, obligándola a recibir la instrucción de las escuelas públicas solamente”, y añadió la razón de derecho natural: “El niño no es una mera criatura del Estado; quienes lo alimentan y lo dirigen tienen el derecho, junto con el alto deber, de educarlo y prepararlo para el cumplimiento de sus deberes” (24).

(24) N. 24, p. 656; n. 18, p. 654.

Supuestas las anteriores limitaciones, parece claro que el ordenamiento civil debe, en el uso de su potestad, proponerse como uno de los fines e intereses concretos del ordenamiento jurídico la difusión, junto a la enseñanza y educación religiosa y moral, de la educación física y civil, de manera que en el bien de la educación y de la cultura participen según sus grados el mayor número de miembros de la comunidad que sea posible.

34. *Servicios públicos y autonomía o libertad.*—Como es natural, no viene en cuestión la potestad del ordenamiento civil para regular jurídicamente el fin docente, legislando sobre la organización y distribución de la enseñanza en grados diversos, con la determinación de los efectos jurídicos propios de cada grado, ni tampoco la organización y distribución de los estudios en distintas carreras que capaciten para el ejercicio de profesiones diversas, ni siquiera la potestad de crear y organizar el servicio público de la enseñanza, con tal que el Estado no pretenda monopolizar directa o indirectamente su prestación, puesto que, como dice Pío XI: “El Estado, más que ningún otro, está provisto de medios, puestos a su disposición para las necesidades de todos, y es justo que los emplee para provecho de aquellos mismos de quienes proceden”.

Concretamente, dada la indudable naturaleza científica y técnica, al par que el marcado carácter de especialización que actualmente reviste la enseñanza no solamente en los estudios superiores de Universidad o Facultad, sino en la misma Enseñanza media, así como la preparación técnica que se requiere para el ejercicio de la docencia en la Enseñanza primaria, no parece dudoso que la posesión del correspondiente título profesional deba considerarse como una exigencia mínima de la organización eficiente del servicio público; y parece igualmente claro que esa exigencia no constituye por sí misma una forma solapada de monopolio, ya que el determinar por medio de la ley y en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos los requisitos con que son admitidos al ejercicio de una función técnica con pleno e igual derecho, no destruye en sí la libertad profesional, ni atenta contra la autonomía de la persona humana (25).

(25) I. MONTI: *La libertad de enseñanza* (Madrid, 1930), pp. 63-64; KENNET E. BOULDING: *Analisis económico* (Madrid, 1951), p. 367: “Como principio general se puede decir que una restricción es legítima si tiene por objeto proteger al público contra su propia ignorancia o contra el fraude de aquellos que desean venderle algo. En esta categoría pueden incluirse los requisitos de ingreso para los profesionales, los requisitos de aprendizaje de los sindicatos, y quizá la colegiación de los agentes comerciales. Por el contrario, cuando la entrada en una industria, profesión u ocupación está restringida para mantener las ganancias de los poco favorecidos que se hallan dentro, impidiendo el acceso de los que tienen un derecho razonable a ser admitidos, la restricción puede considerarse como ilegítima. En la práctica es difícil establecer con claridad la divisoria entre lo que es legítimo y lo que no lo es.”

Sabido es cómo los distintos ordenamientos jurídicos se inspiran en criterios que son cualquier cosa menos uniformes en materia de tanta transcendencia como es la constitución de las personas jurídicas, pues, mientras en algunos ordenamientos jurídicos la obtención de personalidad requiere en cada caso una emanación singular del acto de concesión por parte del poder público, otros ordenamientos, en cambio, se limitan a trazar formas típicas, esquemas tradicionales y naturales de formación jurídica, que tienden a facilitar la constitución de las personas jurídicas por la simple voluntad de los particulares. Que un sistema sea más o menos liberal que otro, y que pueda por eso resultar más o menos conveniente en un país, es cosa que no tiene nada que ver con su legitimidad jurídica, la cual depende de que respete o no el principio de autonomía de la persona humana.

Ahora bien, al concepto negativo de la libertad y de la autonomía individuales como simple ausencia de limitación, o, lo que es lo mismo, como negación que se opone al desarrollo del Poder público y a la intervención administrativa en el amplio sector acotado por la iniciativa individual y la actividad de los grupos, ha sucedido en parte un concepto distinto de la libertad vinculado íntimamente a las ideas de ayuda y protección, según el cual, a cambio de limitar el ámbito primitivo de aquella libertad por la expansión de la actividad administrativa, se les ofrece a los individuos y a los grupos sociales la posibilidad de satisfacer mejor las necesidades humanas mediante la creación y la prestación de servicios públicos diversos. El estrechamiento y la reducción de la libertad es el precio que se paga por los derechos efectivos a la utilización de servicios públicos en sentido amplio; de manera que la proliferación de éstos, lejos de mermar las libertades, hace posible su uso llenándolas de contenido. Solamente la cesión de porciones concretas de aquella libertad absoluta y abstracta formulada en los textos constitucionales puede hacer efectivo un derecho menos ambicioso y más modesto, cual es el derecho al uso de los servicios públicos, por medio de los cuales el Estado abre tanto a los individuos como a los grupos posibilidades de hacer que antes no tenían. Así, la simple creación de un centro docente, v. gr., de una escuela, de un Instituto laboral, de un Colegio, por no salirnos de la materia que tratamos, eleva de plano, potencia enormemente las posibilidades de actuación de las familias en orden a la enseñanza y al porvenir de sus hijos (26).

Cuando León XIII, en la *Immortale Dei*, y con él Pío XI proclaman que las potestades eclesiástica y civil, siendo "ambas soberanas cada una en su

(26) M. FRANCISCO CLAVERO: *Libertad política y libertad administrativa*, en "Arbor" (1953), t. 26, pp. 244-248.

orden", son, sin embargo, limitadas, en cuanto que "la una y la otra tienen límites fijos que las incluyen", y, como tales, perfectamente distintas y autónomas, "de modo que viene a trazarse como una esfera dentro de la cual se desenvuelve con exclusivo derecho la acción de cada una", no hacen otra cosa que afirmar netamente la separación de los respectivos ordenamientos jurídicos canónico y civil, en cuanto ordenamientos internos soberanos, cada uno de los cuales se forma y se modifica por sí mismo sin ingerencias del uno en la esfera del otro y, por consiguiente, sin que la voluntad de uno cualquiera de ellos, manifestada por sus órganos o agentes, sea capaz de producir por sí misma efectos jurídicos en el ámbito del otro ordenamiento, ni adquirir eficacia jurídica para los súbditos del otro ordenamiento distinto.

35. *El ordenamiento civil regula los efectos civiles de los estudios; el ordenamiento canónico regula los efectos canónicos.*—Lo que dejamos dicho no significa que no haya o no deba haber relación de conexión entre el ordenamiento canónico y el ordenamiento civil, sino que esa conexión, cuando existe, tiene que ser necesariamente obra de derecho externo.

Por eso en la doctrina de Pío XI, según la cual "la Iglesia, con su maternal prudencia, no se opone a que sus escuelas e instituciones educativas para los seglares se conformen en cada nación con las legítimas disposiciones de la autoridad civil", según creemos, se contienen implícitamente estas dos cosas: una, que las disposiciones del ordenamiento civil no surten efectos por sí mismas en el ordenamiento canónico, y viceversa; y la segunda, que cuando una institución originaria de un ordenamiento—v. gr., el canónico—, aspira a obtener efectos jurídicos en la esfera de otro ordenamiento distinto—v. gr., efectos civiles—, no los obtiene sino con sujeción a las normas del ordenamiento que regula los efectos de cuya obtención se trata (con sujeción a las normas del ordenamiento civil, que es el que regula los efectos civiles con sus condiciones) (27).

De idéntica manera las Facultades de estudios eclesiásticos dependen exclusivamente del ordenamiento canónico, y en ellas el ordenamiento civil es radicalmente incompetente; su competencia comienza únicamente y se limita a reconocer efectos civiles más o menos extensos a sus grados, siendo únicamente éstos—los efectos civiles—y no aquéllas los que depen-

(27) S. LENER: *Definizione razionale dei rapporti fra Chiesa Cattolica e Stato moderno*, en "La Civiltà Cattolica" (1947), vol. II, p. 32: "En orden a los efectos reflejos de los actos canónicos en el ámbito del ordenamiento estatal, o sea aquellos aspectos de los mismos que interesan al *orden público*—v. gr., una procesión—, a la *economía*—por ejemplo, la propiedad eclesiástica—y al *derecho* del Estado—como el reconocimiento de la personalidad civil de los entes canónicos—, la competencia del Estado está fuera de discusión."



den del ordenamiento civil. Otra cosa distinta sucede en una Facultad de estudios civiles en Universidad católica canónicamente erigida, v. gr., la Facultad de Derecho o de Filosofía y Letras. Aquí, por tratarse de estudios civiles, es decir, de estudios que se pretende que capaciten para el ejercicio de determinadas profesiones civiles, es el ordenamiento civil el que regula jurídicamente los estudios, en cuanto a los cursos y al plan de estudios, etc.; y por tratarse de Facultad canónicamente erigida rígesese también por el ordenamiento canónico, o sea que sus estatutos tienen que ser aprobados por la Santa Sede, y sus grados podrían producir determinados efectos jurídicos canónicos, v. gr., podría el ordenamiento canónico prescribir que en los Tribunales eclesiásticos, junto a los graduados en Derecho canónico, pudieran actuar los graduados en Derecho civil por una Facultad canónicamente erigida, o que el grado en Filosofía y Letras por una Facultad canónicamente erigida capacitara para la enseñanza, por ejemplo, de Filosofía en un Seminario o en otro centro canónico.

Pero si la institución originaria de un ordenamiento jurídico no pretendiese salir para ningún efecto del ordenamiento originario, en ese caso es manifiesta su completa independencia de cualquiera otro ordenamiento que no sea el originario suyo. Supongamos, por ejemplo, que el ordenamiento canónico se propusiera la fundación de un centro de pura investigación de Ciencias Físicas sin la aspiración de que sus miembros obtuvieran determinados efectos civiles, sino simplemente para demostrar con sus trabajos la perfecta armonía de la ciencia con la fe (28); es evidente que, tratándose, como dice Pío XI, de "una enseñanza que en sí considerada es patrimonio de todos, individuos y sociedades", el ordenamiento canónico resulta perfectamente independiente de constituirlo y organizarlo como mejor le plazca en orden a sus propios fines y efectos.

36. *Cánones 1.375 y 1.376: distinción entre efectos civiles y efectos canónicos.*—Según observamos más arriba, el canon 1.376 reserva a la Sede Apostólica la constitución canónica, así como la aprobación de los Estatutos para cualquiera Universidad o Facultad católica, trátase de estudios civiles o de estudios eclesiásticos. Sin embargo, la Constitución *Deus, scientiarum Dominus*, como observamos también, es ley especial solamente para las Universidades y Facultades de estudios eclesiásticos, incluso para las constituidas en Universidades civiles a tenor de ciertos Concordatos; en cambio,

(28) "La permanente actualité d'Instituts ou Universités catholiques réside dans l'utilité, le besoin de constituer un corps de doctrine, ordonné, solide, de créer toute une ambiance de culture spécifiquement catholique." Pío XII. A. A. S., t. 82 (1960), p. 736.

no se promulga para las Facultades de estudios civiles de las Universidades católicas.

La cosa aparece ahora perfectamente clara; pues en tanto que las Facultades de estudios eclesiásticos, por ser canónicas *ex toto*—tanto por la autoridad que las erige como por la materia y por los efectos de los estudios—, son totalmente independientes del ordenamiento civil; en cambio, las Facultades de estudios civiles en Universidad católica canónicamente erigida, como se proponen capacitar para el ejercicio de profesiones civiles—efectos dependientes del ordenamiento civil—, vienen sometidas a la regulación jurídica o civil de los estudios para obtener los expresados efectos; pero en todo lo demás dependen únicamente del ordenamiento canónico que las crea y da vida; es decir, que son erigidas por la Sede Apostólica y están sometidas en la aprobación de sus Estatutos a la misma Sede Apostólica.

37. Algo análogo sucede con las escuelas elementales y medias cuya constitución prescribe a los Ordinarios el canon 1.379 para los sitios donde no haya escuelas plenamente católicas a tenor del canon 1.373. En estos casos las escuelas erigidas por la autoridad eclesiástica deberán estar asimismo sometidas al ordenamiento civil en la regulación jurídica de los estudios—sometidas a “las legítimas disposiciones de la autoridad civil”, dice Pío XI—, si aspiran a obtener los efectos civiles propios de su grado; pero en todo lo demás, es decir, en su constitución y gobierno—personal directivo—, en la organización misma de los estudios en orden al mejor cumplimiento y a la superación de lo prescrito universalmente por la ley, en la formación religiosa y moral, en lo relativo a la disciplina y a los subsidios y recursos materiales para su subsistencia y, finalmente, en la determinación de las relaciones recíprocas—deberes y derechos—de las escuelas con las familias, y viceversa; en todo esto, decimos, las escuelas erigidas por la Iglesia dependen exclusivamente del ordenamiento canónico.

Ahora bien, la autoridad que instituye un ente para la prestación de un servicio o para la realización de un fin público religioso o caritativo contrae la responsabilidad de tutelar los intereses de la sociedad asegurando de manera conveniente la prestación del servicio o la realización del fin público regular y continuamente. La Santa Sede se había reservado anteriormente y se reserva en la actualidad hacer todo esto respecto de las Universidades y Facultades católicas; pero respecto de las otras escuelas, así profesionales como medias y elementales, que sean verdaderamente propias de la Iglesia o por ella erigidas, pertenece a los Obispos su erección, así

como el otorgamiento de su verdadero estatuto, según lo tiene manifestado en diversas ocasiones la Santa Sede.

Así, León XIII, en la *Quod multum*, dirigida a los Obispos de Hungría, les dice: "Procurad que no falten escuelas recomendables por la excelencia de la educación y la probidad de los maestros, que estén gobernadas por vuestra autoridad y estén colocadas bajo la vigilancia del clero. Y queremos que esto se entienda no sólo de las escuelas elementales, sino también de aquellas en que se estudian las bellas letras y las altas ciencias". y en la *Affari Vos*, de fecha 8 de diciembre de 1897, a los Obispos del Canadá, dice:

"Hay otro punto que requiere vuestra común solicitud, y es que por vuestra autoridad y con el concurso de los que dirigen los establecimientos de educación se elabore con cuidado y sabiduría todo el programa de los estudios y que se procure, sobre todo, no admitir a las funciones de la enseñanza más que a hombres abundantemente provistos de todas las cualidades que aquéllas necesitan, naturales y adquiridas. Conviene, en efecto, que las escuelas católicas estén en condiciones de rivalizar con las más florecientes por la bondad de sus métodos de formación y por el esplendor de la enseñanza. Desde el punto de vista de la cultura intelectual y del progreso de la civilización, no se puede por menos de encontrar bello y noble el designio concebido por las provincias canadienses de desarrollar la instrucción pública, de elevar más y más su nivel y realizar así una cosa cada vez más alta y perfecta" (29).

38. *Conclusión.*—El Concordato, un concordato particular se entiende, constituye actualmente el sistema preferido para lograr la conexión orgánica y completa del ordenamiento canónico y un ordenamiento civil particular, sin mengua de su mutua independencia o soberanía; pero el Concordato ni se levanta sobre el vacío ni trabaja en el aire; el supuesto previo de aquél consiste en la determinación de la competencia real específica que es propia de cada ordenamiento, según principios estricta y rigurosamente jurídicos; y sobre esa base firme y segura luego el Concordato puede y hasta debe, tomando en consideración las condiciones particulares de cada época y las circunstancias de lugar y de personas, permitirse en lo que afecta al ejercicio de los respectivos derechos ligeras oscilaciones y desviaciones de aquella línea, por si misma un tanto rígida y necesitada de flexibilidad.

(29) *Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias*, p. 679, nota; p. 678, nota.

Por eso nos ha parecido que al esclarecimiento de aquella competencia real específica en materia de tanta trascendencia como la enseñanza y la educación podría contribuir la teoría jurídica del servicio público, concepto de por sí dotado de suficiente plasticidad y que no excluye la posibilidad de retoques importantes si se juzga conveniente su trasplante al ordenamiento canónico, lo que acaso no sea imprescindible. Instrumento de conexión particularmente interesante en el terreno del servicio público aplicado a la enseñanza podría resultar el establecimiento de utilidad pública, el cual, a la vez que conserva su propia *autonomía* constitutiva frente a un ordenamiento jurídico dado, admite perfectamente su vinculación al mismo ordenamiento, como organismo auxiliar suyo en orden a la prestación de un servicio público determinado.

LAUREANO PEREZ MIER

Canónigo Doctoral de Palencia