TEORÍA GENERAL DEL ESTADO

ENCICLOPEDIA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

SECCIÓN

CIENCIAS JURÍDICAS

EDITORIAL LABOR, S. A.
BARCELONA - MADRID - BUENOS AIRES
1934

DR. HANS KELSEN
Antiguo Profesor de las Universidades
de Viena y Colonia

TEORÍA GENERAL DEL ESTADO

TRADUCCIÓN DIRECTA DEL ALEMÁN

POR

LUIS LEGAZ LACAMBRA
Profesor de la Universidad de Zaragoza



EDITORIAL LABOR, S. A.
BARCELONA - MADRID - BUENOS AIRES
1934

ES PROPIEDAD

TALLERES GRÁFICOS IBERO-AMERICANOS, S. A. : PROVENZA, 86. BARCELONA

A LA MEMORIA
DE MI PADRE

PRÓLOGO

En el arte y en la ciencia, como en los actos humanos, lo que más importa es percibir los objetos *puramente*, y tratarlos de acuerdo con su naturaleza.

GOETHE

Mi primera idea al escribir este libro fué la de redactarlo en forma de compendio esquemático, en el cual, con criterio puramente sistemático y prescindiendo de todo aderezo histórico-doctrinal y bibliográfico, trataría los problemas de la Teoría general del Estado desde el punto de vista de la pureza metódica, que informa todos mis trabajos científicos. La causa de que me haya decidido a redactar una obra relativamente amplia, es que a medida que avanzaba en mi labor, íbame dando cuenta de que no me hallaba autorizado a sustentar mis propias doctrinas sin formular en sus rasgos fundamentales las opiniones ajenas, tan divergentes entre sí: tanto más cuanto que el libro había de tener también una finalidad docente. Por otra parte, entendí que el mejor modo de comprender mi doctrina era, de seguro, el confrontarla con toda la Teoría general del Estado, tal como hasta ahora se la ha venido cultivando.

Pero en esta confrontación no me guiaba el propósito de acentuar tenazmente las particularidades de mi pensamiento (ya que son indudables las diferencias entre los resultados a los que yo llego y los conseguidos hasta ahora por la investigación), sino al contrario: el de poner de relieve la línea evolutiva que (a pesar de todas las fundamentales discrepancias) existe entre las afirmaciones de mi teoría y las de aquella autoridad científica que se designa de ordinario, algo incorrecta y sintéticamente, con el nombre de « doctrina dominante ». Ahora, al resumir y completar los resultados de mis anteriores trabajos monográficos en un sistema de Teoría general del Estado, veo con más claridad que antes hasta que punto descansa mi labor en la de los grandes predecesores; ahora me siento más unido que nunca a aquella dirección científica que tuvo en Alemania como sus representantes más ilustres a Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek. Esta dirección, apartándose de la nebulosa metafísica del Estado, pretendía ser una Teoría del Estado positivo, esto es, una Teoría del Estado estrictamente jurídica, sin matiz político alguno. Esa teoría era una parte del gran movimiento científico-social que

— paralelamente a una evolución análoga en el dominio de las ciencias naturales — se dirigía contra la especulación jusnaturalista del siglo XVIII, y aspiraba, apoyada en la escuela histórica del primer tercio del siglo XIX, a constituir una teoría de la sociedad real (Sociología) y del Derecho positivo. Su método estaba influído, más o menos consciente y consecuentemente, por la crítica kantiana de la razón: dualismo de ser y deber ser; sustitución de hipóstasis y postulados metafísicos por categorías trascendentales como condiciones de la experiencia; transformación de antítesis absolutas (por cualitativas y transistemáticas) en diferencias relativas, cuantitativas, intransistemáticas; paso de la esfera subjetivista del psicologismo al ámbito de la validez lógico-objetiva: he aquí algunos momentos esenciales de este método, y las directrices de mi labor teórica. Cuando yo reconozco el orden jurídico como sistema de normas y el Estado como orden jurídico (por lo cual sustituyo la orientación causalista de la ciencia del Derecho y del Estado por el punto de vista normativo); cuando en lugar de la idea metafísica del Estado pongo su concepto trascendental y recalco los límites entre el contenido posible o real (positivo) del Estado y su contenido «verdadero» o «justo»; cuando suprimo las distinciones — que por representar antítesis absolutas destruyen toda unidad — entre Derecho público y privado, subjetivo y objetivo, entre norma jurídica y sujeto de derecho, entre creación y aplicación de Derecho, etc., para no reconocerlas más que como diferencias de contenido dentro de un sistema cuya unidad es indestructible; en fin, cuando sólo pregunto por la significación objetiva del acto jurídico y no por su sentido subjetivo, sé que me pongo en contradicción con muchos autores de renombre. Y sin embargo, no hago más que desarrollar un germen que por doquiera se hallaba en estado de latencia. Yo creo haber acelerado el ritmo de la inevitable evolución de mi disciplina, poniendo en estrecho contacto la provincia algo lejana de la ciencia jurídica con el fructífero centro de todo conocimiento: la Filosofía; lo cual permite la posibilidad de mostrar la conexión que media entre los problemas de la Teoría del Derecho y del Estado y las grandes cuestiones de otras ciencias.

Aun allí donde mi exposición parece más alejada de los esquemas usuales: en el sistema, tengo la convicción de que no he hecho sino seguir una tendencia inmanente de la ciencia. Considero que mi misión consiste en desenvolver los objetos tratados hasta ahora bajo el nombre de «Teoría general del Estado» partiendo de un principio fundamental único: la idea del Estado como orden coactivo de la conducta humana. En tanto que he logrado este propósito, paréceme que he establecido un sistema natural en lugar de uno artificial, y que en lugar de un complejo de cuestiones sólo exteriormente enlazadas entre sí, he creado una conexión real interior y, por tanto, verdaderamente sistemática. Pero, al mismo tiempo, el descubrimiento de esta conexión confirma la verdad del mencionado principio fundamental: la idea normativa se comprueba en su virtualidad sistemática.

Puesto que el problema de la Teoría general del Estado se plantea como problema en torno a la validez y creación de un orden jurídico, esto es, como problema jurídico, la distinción entre Estática y Dinámica es la idea que informa todo el sistema. Allí donde el momento estático se junta con el dinámico — por referencia a un hecho históricamente dado —, como en la doctrina de la centralización y la descentralización, nuestra exposición ha renunciado a separar exteriormente ambos puntos de vista, aun corriendo el peligro — al que ningún sistema puede escapar — de tener que dar por supuestos ciertos razonamientos que habían de ser desarrollados más tarde. El nuevo sistema arranca muchos objetos de la conexión en que corrientemente se hallaban engarzados, y expone lo esencial de los mismos desde puntos de vista que no son los ordinarios. Esto impone la necesidad de repeticiones. Pero ello no me ha detenido en mi plan, con objeto de facilitar el manejo de la obra, que ha de servir también para fines didácticos. El deseo de ilustrar en la medida más intensa posible, mediante ciertos ejemplos, algunas relaciones descubiertas por la peculiaridad de mi sistema, deberá disculpar el que, a veces, un mismo objeto sea tratado repetidamente desde distintos puntos de vista.

En principio, he cumplido mi primitivo propósito de no recargar la exposición de la Teoría del Estado con alusiones histórico-doctrinales y bibliográficas. Me creí tanto más autorizado a hacerlo así, cuanto que la gran obra de Georg Jellinek, continuada de mano maestra por Walter Jellinek, satisface íntegramente en ese aspecto las necesidades científicas. Al exponer la doctrina dominante, me he atenido a los autores de más nota, especialmente Gerber, Bluntschli, Laband, Rehm, Otto Mayer, Gierke, Fleiner, Hatschek, Richard Schmidt y otros. Compréndese que de modo especial me haya referido a la Teoría general del Estado de Georg Jellinek, cuyo mérito más duradero es el de haber sintetizado de modo perfecto y magistral la Teoría del Estado de la última centuria; en la mayoría de los casos, sus concepciones representan lo que podríamos llamar el patrimonio científico del universitario medio. Por eso, cuantas veces necesitaba referirme a esto, encontré un apoyo esencial en el *standard work* de mi inolvidable maestro.

Por lo que respecta al modo y manera como yo contrapongo mi teoría a la concepción dominante, he procurado reproducir a la letra las fórmulas del autor a quien me interesaba referirme. Pero como yo no pretendía contradecir ciertas particularidades de opinión y, al mismo tiempo, quería eludir la polémica personal, me he limitado a destacar lo típico y característico de una doctrina general o muy ampliamente extendida, renunciando a exponer los matices concretos de opinión del edificio doctrinal del autor. En el texto he citado los nombres de los autores elegidos, y en un apéndice he reproducido textualmente los pasajes de referencia; de ese modo, el lector atento puede juzgar por sí mismo hasta que punto coincide la actitud concreta del autor por mí seleccionado como típico, con lo que en mi

opinión constituye el patrimonio científico del medio universitario. En los apéndices he reproducido también, siguiendo el orden de la obra, algunos pasajes de autores de categoría no aludidos en el texto, pero que me han parecido necesarios para acabar de perfilar esa doctrina dominante. Me he referido particularmente a aquellos escritos que más hondo influjo han ejercido sobre mí. Al mismo tiempo, he creído que podía remitirme a publicaciones mías anteriores, en las que menciono cuáles son las fuentes — amigas o adversarias — de mi pensamiento, con más detalle del que precisaba en esta obra, en la que en buena parte me limito a repetir cosas ya dichas.

Ésta es la primera vez en la que mi doctrina aparece expuesta en forma acabada y sistemática; de ella, hay mucho que ha sido expresamente reconocido, y mucho más que ha sido aceptado tácitamente. Pero también ha sufrido violentos ataques, como no era menos de esperar. No he creído preciso aprovechar esta ocasión para rechazarlos. Por lo general, se me ha concedido que mi teoría ha prestado buenos servicios en la parte crítica; pero se ha puesto en duda que constituyese un fundamento suficiente para un sistema positivo. Yo necesitaba responder a esto; y la respuesta es este libro.

Hans Kelsen

ÍNDICE DE MATERIAS

LIBRO PRIMERO

La esencia del Estado

CAPÍTULO PRIMERO

Estado y Sociedad

La Teoría del Estado como Sociología

Págs.

1. Significación de la palabra Estado 3

2. Sociología del Estado y Teoría del Derecho político 7

3. El Estado como realidad social 9

A. Acción recíproca 9
B. Paralelismo de procesos psíquicos (voluntad colectiva, alma de las masas) 11
C. Motivación (dominio) 12
D. La teoría organicista 13

4. El Estado como sistema ideal 17

A. Acto psíquico y contenido espiritual (naturaleza y espíritu) 17
B. El carácter normativo del Estado 18
C. Estado e individuo 19
D. Estado y Sociedad 20

5. El Estado como orden jurídico 21

A. La unidad de Estado y Derecho 21
B. El Estado como «aparato coactivo» y como «poder» 22
C. Normatividad y efectividad (positividad) 23
D. El Estado sociológico y el Estado jurídico 24

6. La teoría acerca del origen del Estado 27

A. Sentido del problema 27
B. La familia como origen del Estado 31
C. Teoría de la lucha de clases 32

CAPÍTULO SEGUNDO

Estado y moral

La Teoría del Estado como Política

7. La doctrina sobre la justificación del Estado 35

A. La Política como Ética y como Técnica 35
B. El anarquismo 36
C. El estatismo 40
1. Liberalismo, conservatismo y socialismo de Estado 40
2. La «teoría del poder» 44
3. Teorías pactista y del reconocimiento 46
4. Las teorías metafísicas 49
D. Justificación absoluta y relativa 50

Págs.

8. La doctrina del fin del Estado 52
A. El Estado como fin en sí (fin del Estado y contenido jurídico).... 52
B. Limitación o extensión de la competencia estatal (fin limitado y fin expansivo del Estado) 53
C. Fin jurídico y fin cultural 55
D. Fin jurídico y fin de poder 57
E. Fin jurídico y fin de libertad 57

9. Política y Teoría general del Estado 58
A. El Estado justo, el Estado posible y el Estado real 58
B. La posición de la Teoría del Estado dentro de la Teoría del Derecho. 59

CAPÍTULO TERCERO

Estado y Derecho

La Teoría del Estado como Teoría del Derecho político

10. El Derecho objetivo 61
A. La proposición jurídica como ley jurídica 61
B. El acto coactivo condicionado (pena y ejecución) 62
C. La imputación 63
D. El hecho condicionante 66
1. Norma primaria y secundaria 66
2. La antijuridicidad 67
3. Derecho y Estado 68
E. La proposición jurídica como juicio hipotético o como imperativo. 70

11. El Derecho subjetivo 72
A. Derecho objetivo y subjetivo 72
B. La teoría del interés 72
C. Teoría de la voluntad 73
D. Derecho subjetivo y Derecho natural 77

12. El deber jurídico 78
A. Deber jurídico y facultad 78
B. Deber jurídico y deber moral 79
C. Deber jurídico y vinculación psíquica 80

13. El sujeto de Derecho 81
A. Sujeto y predicado 81
B. Hombre y persona 82
C. El hombre como sujeto de Derecho (la persona física) 82
D. Imputación y voluntad 85

14. La persona «jurídica» 87
A. La persona jurídica como personificación normativa 87
B. La personificación de comunidades jurídicas 89
C. La persona jurídica como limitación de la responsabilidad 91
D. La persona jurídica y el hombre en relación con el orden jurídico. 92

15. El Estado como persona jurídica 93
A. La persona del Estado como punto último de imputación 93
B. Soberanía de la persona del Estado y libertad de la voluntad 94
C. La posibilidad de facultades y deberes jurídicos del Estado (el hombre y el Estado) 96
D. El Estado como supuesto del Derecho 97
E. La teoría de la autolimitación del Estado 97
F. Cómo se resuelve epistemológicamente el dualismo de Estado y Derecho 99

Págs.

16. **Estado y Dios** ... 100

A. La autolimitación del Estado y la encarnación de Dios ... 100
B. Ilegalidad del Estado y Teodicea ... 103
C. El Estado como principio anulador del Derecho; Dios como principio anulador de la naturaleza ... 104

17. **Derecho público y privado** ... 105

A. La antítesis ... 105
B. La teoría del interés ... 106
C. La teoría del mayor valor del Derecho público ... 108
1. Relación jurídica y relación de poder ... 108
2. El concepto de relación jurídica ... 109
3. El fundamento jurídico de la obligación ... 110
4. Derecho público y privado ... 112
D. La tendencia política de la antítesis ... 114
1. La presunción de juridicidad a favor de los actos públicos ... 114
2. Derecho público y administración ... 115
3. La teoría del acto administrativo ... 117
E. Origen de la antítesis ... 118
1. La recepción del Derecho romano ... 118
2. La «ragione di Stato» ... 118
F. La superación de la antítesis en el concepto de Estado de Derecho. 119

LIBRO SEGUNDO

La validez del orden estatal (Estática)

CAPÍTULO CUARTO

La validez del orden jurídico

Teoría del poder del Estado y sus propiedades

18. **Los llamados elementos del Estado** ... 123

19. **El poder del Estado** ... 125

A. El poder del Estado como validez del orden jurídico ... 125
B. El poder del Estado como fuerza natural ... 126
C. El poder del Estado como dominación ... 128
D. El poder del Estado como coacción ... 129
E. El poder del Estado como poder «irresistible» ... 130
F. El poder del Estado como poder coactivo «propio» ... 132

20. **La soberanía** ... 133

A. La soberanía como propiedad natural o como supuesto del conocimiento normativo ... 133
B. La soberanía como exclusividad de la validez de un sistema normativo ... 134
C. La soberanía como expresión de la unidad de un orden ... 137
D. La soberanía en Derecho interno y en Derecho internacional ... 138
E. Soberanía y supremacía de competencia ... 139
F. La soberanía como ilimitabilidad del poder del Estado ... 139
G. Doctrina de la soberanía del Derecho ... 141
H. Concepto jurídico material de la soberanía ... 142
I. La soberanía y los tratados internacionales ... 146
K. Abuso político del concepto de soberanía ... 148

Págs.

21. La soberanía como característica esencial del Estado 150
A. El problema 150
B. La soberanía de los Estados miembros del Estado federal 151
C. El Estado no soberano 153
D. Estado y municipio. (El criterio del Estado) 154

22. El Estado y el Derecho internacional 156
A. El Estado propio y el Estado extranjero 156
B. El reconocimiento del Derecho internacional por el Estado propio (primado del orden jurídico estatal) 158
C. El Derecho internacional como Derecho político externo 160
D. El primado del orden jurídico internacional 161
E. La naturaleza jurídica del Derecho internacional 163
F. El Estado como «situación» del Derecho internacional 165

23. La mutua relación de ambas hipótesis jurídicas fundamentales: significación de cada una de ellas 168
A. La equivalencia jurídica de ambas hipótesis 168
B. La confusión de las dos hipótesis 169
C. La construcción dualista 170
D. La significación epistemológica de las dos hipótesis 171

APÉNDICE

Estado e Iglesia 174

CAPÍTULO QUINTO

El ámbito de validez del orden estatal
La teoría del territorio y el pueblo del Estado

24. El ámbito espacial de validez del orden estatal. (Territorio del Estado) .. 180
A. El espacio y el tiempo como contenidos de la norma jurídica 180
B. El territorio del Estado como ámbito espacial de la validez de un orden jurídico 181
C. El territorio del Estado como superficie o espacio tridimensional; fronteras; territorio en sentido estricto y en sentido amplio 182
D. Validez de un orden estatal (jurídico) extranjero dentro del territorio propio 183
E. El Derecho internacional y el territorio del Estado 185
F. La «impenetrabilidad» del Estado 187
G. Las llamadas corporaciones territoriales 188
H. La relación del Estado con su territorio como relación jurídica 189
I. Tendencias jusnaturalistas de la teoría del territorio estatal 192
K. La sedentariedad y el territorio del Estado 193

25. El ámbito temporal de la validez del orden estatal 194

26. El ámbito personal de validez del orden estatal 196
A. El concepto de «pueblo del Estado» 196
B. La relación activa, pasiva y negativa del pueblo estatal con el orden jurídico (deber, derecho subjetivo, libertad) 197
C. Los derechos «públicos» subjetivos, especialmente los derechos políticos 199
D. Los llamados derechos de libertad 202
E. Los derechos «bien adquiridos» y el llamado «estado de necesidad política» (derecho de legítima defensa del Estado) 205
F. Carácter esencial de la relación pasiva 207
G. La ciudadanía 208
H. Tendencias jusnaturalistas de la teoría del pueblo estatal 210
1. El pueblo estatal como elemento del Estado-sujeto 210
2. Pueblo estatal y pueblo colonial 212
3. El pueblo estatal como límite del poder del Estado 212

CAPÍTULO SEXTO

La estructura espacial del Estado

La teoría de la centralización y la descentralización, y de las uniones de Estados

Págs.

27. **Centralización y descentralización** ... 214
A. Concepto y naturaleza de la centralización y la descentralización .. 214
B. Descentralización plena y parcial (centralización) ... 217
C. El criterio estático y el criterio dinámico ... 219
1. En la centralización total ... 220
2. En la descentralización total ... 221
3. En la centralización parcial (descentralización); el órgano «propio» de un orden parcial ... 224
D. El grado de descentralización de la comunidad jurídica internacional. 229
E. La relación entre los órganos centrales y locales ... 231
F. Descentralización perfecta e imperfecta ... 234
1. En el dominio de la legislación ... 234
2. En el dominio de la ejecución ... 235

28. **Los llamados «cuerpos autónomos»** ... 237
A. Concepto de la autonomía ... 237
B. Autonomía y autocracia ... 239
C. La antítesis entre la administración autónoma y la administración estatal ... 240
D. Los cuerpos autónomos como personas jurídicas ... 241
E. Funcionarios honoríficos y funcionarios profesionales ... 242
F. La antítesis entre la organización autocrática y la democrática ... 244
G. El derecho «propio» y el radio «autónomo» de acción del municipio . 245
H. El radio «cedido» de acción ... 247
I. Los cuerpos autónomos superiores (provincias, regiones) ... 248

29. **Los fragmentos del Estado o «países»** ... 249
A. Territorios protegidos; colonias ... 249
B. Los «países» en sentido estricto ... 250
C. Cuerpos autónomos, países, Estados miembros ... 253

30. **Las uniones de Estados** ... 254
A. Concepto jurídico y división de las uniones de Estados ... 254
B. Uniones de Estados de Derecho interno y de Derecho internacional. 256
1. Nacimiento de la unión de Estados ... 256
2. La teoría del tratado constitutivo ... 258
3. Significación de la antítesis entre las uniones de Estados de Derecho interno y de Derecho internacional ... 260
C. La relación del orden total con los órdenes parciales en las uniones de Estados (la soberanía) ... 261
D. Teoría de la corporación ... 263
E. División de las uniones de Estados según el contenido jurídico ... 266
1. Alianzas, uniones administrativas ... 267
2. Uniones paritarias y no paritarias de Estados ... 268
3. Las uniones ... 269

31. **Confederación de Estados y Estado federal** ... 272
A. Extensión de la competencia central ... 272
B. Autonomía constitucional; supremacía de competencia ... 273
C. La legislación y la ejecución en el Estado federal y en la confederación de Estados ... 275
1. Legislación indirecta ... 275
2. Ejecución mediata; consideración especial de la «ejecución confederal» ... 277
3. Territorio y pueblo (ciudadanía) ... 281
4. Hacienda, Ejército y Negocios extranjeros ... 283
D. Órganos y métodos de la creación normativa ... 284
1. Los órganos legislativos ... 284
2. Los órganos ejecutivos ... 288

Págs.

E. Relaciones entre el Derecho de la unión y el de los miembros. («El Derecho del Reich prevalece sobre el de los países»; derecho de anulación) ... 290
F. Disolución de la unión (derecho de secesión) ... 292

LIBRO TERCERO

La creación del orden estatal (Dinámica)

CAPÍTULO SÉPTIMO

Las etapas de la creación
Teoría de los poderes o funciones del Estado

32. Unidad del poder estatal y pluralidad de los poderes o funciones del Estado ... 299
A. La doctrina de los tres poderes del poder unitario estatal ... 299
B. Articulación lógica de las funciones del Estado; consideración especial de las antiguas teorías ... 300

33. La legislación y la jurisdicción como creación y como aplicación de Derecho ... 301
A. «Legis latio» y «legis executio» ... 301
B. El concepto de ley: la norma general (abstracta) ... 302
C. Derecho escrito y consuetudinario ... 303
D. El Derecho individualizado ... 303
E. La individualización (concreción) de las normas generales (abstractas). 304
F. La legislación y la jurisdicción como etapas diferentes del proceso de creación jurídica ... 305
G. La constitución como grado supremo ... 306
H. Jurisdicción y protección jurídica ... 306

34. Ley y reglamento ... 307
A. La ley en sentido formal ... 307
B. El concepto de reglamento ... 308

35. La administración ... 309
A. Administración y Derecho ... 309
B. La ley y el reglamento como fundamentos de la administración ... 310
C. La administración como jurisdicción (administración estatal indirecta) ... 311
D. Administración directa por el «Estado» (concepto jurídico material del Estado) ... 312
E. El fisco ... 314
F. La distinción entre administración y jurisdicción (justicia) ... 316
G. La administración como «libre» actividad del Estado. El problema de las facultades «discrecionales» ... 317
H. Administración y gobierno ... 319
I. Judicialidad de la administración ... 322
K. Tendencias políticas de la teoría dominante de la administración ... 322
L. Las llamadas funciones «extraordinarias» del Estado: la guerra como acto jurídico ... 324

36. La constitución. (La constitución en sentido lógico-jurídico y jurídico-positivo) ... 325
A. Subordinación, no coordinación, de las funciones del Estado. Teoría de la pirámide jurídica ... 325
B. La teoría positivista de la norma fundamental y la doctrina jusnaturalista del contrato social ... 327

Págs.

C. La constitución en sentido formal y en sentido material (« pouvoir constituant ») ... 329
D. Documento constitucional y constitución « eterna » ... 331
E. Examen de la constitucionalidad de las leyes ... 332

37. La teoría de la separación de poderes ... 333
A. El punto de vista teórico y el postulado político ... 333
B. Separación de poderes y partición del poder ... 335
C. Separación de la legislación de la ejecución. Ventajas técnicas y límites ... 336
D. Función política de la teoría; fundación de la Monarquía constitucional ... 337
E. Separación de la administración y la jurisdicción ... 339

CAPÍTULO OCTAVO

Los órganos de creación
Teoría de los órganos del Estado

38. Concepto jurídico-formal del órgano del Estado ... 341
A. El órgano del Estado como creador y ejecutor del orden estatal ... 341
B. Sujeto del órgano y función orgánica ... 345
C. Voluntad del Estado y voluntad del órgano (imputación) ... 348
D. El órgano como « facto » natural ... 349

39 Concepto jurídico-material del órgano del Estado ... 351
A. El concepto formal y el concepto material del órgano ... 351
B. La obligatoriedad de la función ... 352
C. Carácter profesional y remunerativo de la función ... 353
D. La condición jurídica especial del empleado ... 355
1. La colocación ... 355
2. El estatuto de funcionarios ... 356
3. Los funcionarios contractuales del Estado ... 356
4. El deber de fidelidad del empleado público ... 357
E. Concepto jurídico-material del Estado ... 357
F. Las autoridades ... 358

40. Distintas clases de órganos estatales ... 361
A. La designación del órgano estatal: órganos creados y órganos directos. 361
B. Órganos simples y órganos compuestos ... 363
1. Órganos compuestos de dos funciones parciales de contenido idéntico ... 363
2. Composición de varias funciones parciales de contenido idéntico. 366
3. Composición de varias funciones parciales de contenido diferente. 367
4. El proceso ... 368
5. Órganos autónomos y no autónomos ... 368
6. Identidad del titular del órgano a través de la diversidad de funciones ... 369

41. Posición del órgano del Estado en la jerarquía del orden estatal (jurídico) ... 370
A. La regularidad de la función orgánica y sus garantías ... 370
B. Examen de la regularidad de la norma que se ejecuta ... 372
C. Derecho ilimitado de examen y decisión del ejecutor de la norma, por silencio de la ley ... 374
D. Carácter provisional (en primera instancia) del examen y decisión por el ejecutor de la norma ... 376
E. Derecho de examen, pero no de decisión, del órgano ejecutivo ... 377
F. Derecho limitado de examen, y negación del derecho de decisión al órgano ejecutivo ... 379
G. La teoría de la autolegitimación del acto de autoridad ... 381
H. Consideraciones de política jurídica ... 383
I. El problema de la fuerza del Derecho ... 385

Págs.

42. La relación de los órganos estatales entre sí 387
A. La subordinación 387
B. Subordinación y responsabilidad 388
C. Subordinación y designación 390
D. El concepto de órgano «supremo» (jefe del Estado, ministro, etc.) . 390
E. Necesidad de un órgano supremo 393

43. El órgano representativo. (Órganos estatales primarios y secundarios) .. 397
A. Órganos y representantes 397
B. La representación 398
C. La ficción de la representación del pueblo por el parlamento 400
1. La ficción de la soberanía popular 401
2. El «mandato libre» 401
D. Finalidad política de la ficción 402
E. Construcción jurídica de la relación entre parlamento y pueblo ... 404
F. La representación del monarca por el juez 405

CAPÍTULO NOVENO

Los métodos de creación
Teoría de las formas del Estado

44. Autocracia y democracia 408
A. El concepto jurídico de «forma del Estado» 408
B. La idea de libertad como fundamento de clasificación 409
1. Cambio de significación del concepto de libertad 409
2. El principio de mayorías 410
3. El Estado liberal 413
C. Formación jurídica y natural de voluntad 415
D. «Integración dinámica» y «estática» como criterio clasificador de las formas de Estado 415
E. Tipos ideales y reales 416

45. Monarquía y República 418
A. División tripartita o bipartita de las formas de Estado 418
B. Órgano simple y órgano compuesto, como titular del «poder supremo» 419
C. «Libre» disposición del monarca sobre ciertas competencias 420
D. El derecho «propio» del monarca a su posición 421
E. La teoría teocrática del Estado 421
F. Teorías patriarcal y patrimonial del Estado 422
G. El «derecho dividido» entre el monarca y el Estado 423
H. Carácter hereditario e inviolable de la función monárquica 424

46. La Monarquía 425
A. Despotismo y Monarquía absoluta 425
B. Monarquía feudal y estamentaria 427
C. La Monarquía constitucional 428
1. El elemento autocrático 428
2. El elemento democrático: el parlamento 433

47. La República 434
A. La aristocracia 434
B. La democracia 435
1. La democracia directa 435
2. Democracia indirecta o representativa 435
C. El sistema electoral 436
1. Sufragio general y limitado 436
2. Sufragio igual y desigual 437
3. Sufragio público y secreto, directo o indirecto; elección personal y por listas 438
4. Sistema de mayorías y de proporcionalidad 438

Págs.

5. Circunscripciones electorales 439
6. Esencia del régimen proporcional 440
7. Técnica del sistema de representación proporcional .. 443

48. Democracia de la legislación 445
A. Sistemas unicameral y bicameral 445
B. Organización y procedimiento parlamentarios: obstrucción . 446
C. Situación personal de los parlamentarios (inmunidad) 448
D. Iniciativa popular y referéndum 449
E. La reforma del parlamentarismo y el problema de la representación corporativa. (Consideraciones políticas) 451

49. Democracia de la ejecución 456
A. Legislación democrática y ejecución autocrática 456
B. La llamada República presidencialista y el dominio del parlamento . 458
C. Democratización de la administración 459
D. Relaciones entre la democracia de la legislación y la democracia de la ejecución 461

50. La dictadura de partido (bolchevismo, fascismo, nacionalsocialismo) ... 464

51. Forma del Estado y concepción del mundo 470

NOTAS Y APÉNDICES 475

ÍNDICE ALFABÉTICO 529

LIBRO PRIMERO

La esencia del Estado

CAPÍTULO PRIMERO

Estado y Sociedad

La Teoría del Estado como Sociología

§ 1. Significación de la palabra Estado

La palabra que designa el objeto de la Teoría general del Estado ha servido de ejemplo a un ingenioso escritor para poner de relieve el hecho de que el nombre substantivo de una ciencia es siempre una palabra a la que previamente se ha extraído todo contenido propio; un substantivo resulta tanto más aprovechable cuanto más vacío es; de una calabaza puede hacerse una botella vaciándola de su contenido natural (MAUTHNER). No hace falta incurrir en contradicción con esta paradoja al afirmar (desde el punto de vista de la propia especialidad) que, en lugar de que la escasez de significaciones facilite el lenguaje, ocurra más bien que la superabundancia de sentidos dificulte y haga poco menos que imposible el uso de la palabra *Estado*. Si la situación de la Teoría científica del Estado dista mucho de ser satisfactoria, débese, sin duda, entre otras razones, a la multiplicidad de significaciones que ofrece dicho substantivo, pues lo de menos es contraponer, como se hace frecuentemente, la formación científica de conceptos a una noción insegura, vacilante y vulgar, con ánimo de superarla. Lo que hace tan problemática toda Teoría del Estado es más bien la inaudita discordancia íntima de la propia terminología científica. Y la razón capitalísima de que ni aun dentro del ámbito científico haya podido ser fijada, siquiera aproximadamente, la significación de la palabra *Estado*, radica en que su objeto roza los intereses políticos del investigador más que ningún otro objeto propio de las ciencias sociales; hasta el punto de que el conocimiento de la esencia de dicho objeto tiene el peligro de convertirse en un juicio de valor. Y como es fácil que una investigación acerca del Estado aspire a lograr un resultado previamente querido, la palabra con que designamos lo que es objeto de nuestra investigación adopta de improviso la significación coincidente con el resultado anhelado, con lo cual resulta que esta última significación contradice a la que sirvió originariamente de punto de partida, puesto que adopta una posición común con la concepción valorativa contrapuesta. Un conflicto de valoraciones no tiene sentido más que si recae acerca de un mismo objeto valioso. Por todo esto,

no tiene nada de extraño que tamizando, aun cuando sea a la ligera, el lenguaje científico, nos encontremos con más de una docena de acepciones de la palabra *Estado*, enteramente diferentes entre sí. Una de las más corrientes es aquella en virtud de la cual designamos como « Estado » el conjunto de todos los fenómenos sociales, identificándolo con la Sociedad (en el sentido de una totalidad orgánica y en consciente contraposición a cualquiera de sus manifestaciones parciales). Una variedad de esta aplicación intensiva del concepto es el reciente intento de identificar el « Estado » pura y simplemente con la totalidad del acaecer histórico, designando al Estado como la historia en reposo, y a la historia como el Estado que fluye (SPENGLER); frase ingeniosa, pero falta de exactitud científica.

En contraposición a estos puntos de vista, hallamos a veces un concepto de « Estado » que considera a éste como uno de tantos hechos que constituye con los restantes el reino de lo social, de modo que la Sociedad es el concepto genérico y el Estado el concepto específico. Pero no deja de ser frecuente separar de modo absoluto ambos conceptos y mostrar la antítesis de Estado y Sociedad. Mas, a su vez, el sentido de esta antítesis no es unívoco. Lo corriente es contraponerlos como se contraponen coacción y libertad. Pero también es frecuente que estas últimas cambien los papeles.

A veces se contrapone el Estado como ordenamiento coactivo, y, por tanto, como un mal (aunque sea un mal necesario), a la sociedad como libre juego de todas las actividades, y en consecuencia como ideal, quizá prácticamente inasequible, de la plena armonía. Otras veces, en cambio, se suele oponer el Estado (como expresión de la « verdadera » libertad ética, de la libertad dentro de la ley, como ideal) a la libertad aparente de la anarquía (que en verdad es la esclavitud, el mal social). En cuanto principio de libertad, el Estado es también objeto de interpretaciones diversas, pues o bien se declara que en él radica la necesaria protección de la libertad de los particulares — en cuanto que sin él caerían bajo el dominio de los más fuertes —, o bien no se admite otra libertad que la libertad en y por el Estado, entendiendo por libertad la participación en la formación de voluntad política.

El « Estado » es aquí el símbolo del principio altruísta-universalista, mientras que la « Sociedad » es expresión del principio egoístico-individualista. De este modo, uno y otro juegan alternativamente el papel de la *civitas dei* y de la *civitas diaboli* de San Agustín, y adoptan ya el carácter de la realidad, ya el de la idealidad.

Pero no sólo en su relación con el concepto de Sociedad muéstrase el Estado en tan varias significaciones. Aun dentro de la misma Teoría del Estado, como disciplina especial limitada a un fenómeno parcial de las ciencias sociales, la significación de la palabra oscila de un extremo a otro. Ora se quiere expresar por « Estado » la totalidad del objeto — del que impropiamente se dice que está compuesto de « elementos » — en contraposición a sus partes, y al mismo tiempo se identifica la

palabra con cada uno de estos tres elementos: se designan como «Estado» el poder específico que poseen determinadas colectividades; o se habla de Estado y se piensa en un pueblo; y aun se le confunde con un determinado territorio.

Y así como, por una parte, el Estado significa el conjunto de todos sus órganos, por otro lado se aplica la misma expresión solamente para determinados órganos (por ejemplo, sólo para designar el llamado Gobierno).

Cuando se representa el objeto de la Teoría del Estado como una relación de *imperium*, se caracteriza como Estado tanto la relación misma como cada uno de sus miembros; tanto el sujeto del *imperium* como el objeto; con la misma facilidad se afirma que el Estado domina, como que es dominado.

Lo mismo se admite que el Estado es, por naturaleza, una persona, que se le imagina como cosa, es decir, lo mismo se le considera como sujeto que como objeto de una función. Y aun cuando se le considera como sujeto, limítase la acepción a determinadas funciones; así, por ejemplo, cuando se habla del Estado en el sentido del fisco, llegándose a afirmar a veces que sólo en este sentido se le puede considerar persona. La palabra con la cual se le designa en francés, *État*, no significa otra cosa que el presupuesto, las finanzas del Estado. O bien, según que se acentúe el momento dinámico o el momento estático, se considera al Estado específicamente como función o como substancia. Aquellos para quienes el Estado es la colectividad superior, la soberanía es su característica más esencial. Pero otros reconocen también como «Estado» aquellas colectividades subordinadas a corporaciones más amplias y de rango superior, tratando, sin embargo, de diferenciar las primeras de las instituciones administrativas con régimen de *self-government*, como las provincias o regiones autónomas; puesto que, con frecuencia, especialmente en el antiguo lenguaje, la expresión «Estado» se aplicaba incluso a las provincias sometidas a un régimen férreamente autocrático y centralista. Los mismos estamentos llevaron accidentalmente el título de «Estado» o Estados generales. Y es muy corriente hablar de «Estado áulico» para designar la servidumbre del monarca, en la cual existe también una determinada y variada gradación.

El concepto de Estado no es menos inseguro en su relación con el de Derecho que en relación con el de Sociedad. Tan pronto aparece el Estado como supuesto y garantizador del Derecho, como a la inversa; el Estado es, frente al Derecho, ora el concepto más amplio, ora el más restringido.

Lo más frecuente es contraponer el Estado como realidad, como ser, al Derecho como norma, como deber ser; pero también a veces aparece el Derecho como un ser social, y el Estado como norma: ya como norma positiva (por antítesis a un Derecho natural), o como expresión de un postulado ético-político (frente al Derecho positivo). Con la palabra *Estado* se puede designar tanto la totalidad

del orden jurídico como la unidad personificada de este orden (es decir, un principio lógico); pero también es posible que aquella expresión se reserve para caracterizar el fundamento jurídico positivo del Derecho, esto es, la constitución.

Y aquí hay que señalar la tendencia a no considerar como «Estado» más que una determinada constitución, ya sea sólo la democrática, o sólo la autocrática. De modo especial en la contraposición de Estado y Derecho, éste expresa un orden más bien democrático, así como el «Estado» designa una ordenación más bien autocrática. Y la subordinación del «Estado» al «Derecho» no significa en el fondo otra cosa, en la mayoría de los casos, que la transformación en sentido democrático de los métodos autocráticos de creación del Derecho. Es de gran importancia advertir que la palabra *Estado* es usada en un caso en sentido enteramente formal, y en otro en sentido enteramente material, con lo cual viene a representar tanto un concepto jurídico *esencial* como un concepto jurídico *material* (SOMLÓ).

Atendidas estas circunstancias, compréndese que no puede haber Teoría alguna del Estado, sea cual fuere el punto de vista con arreglo al cual se la desenvuelva, cuyos resultados afecten al Estado en cuanto tal, ni puedan considerarse totalmente satisfactorios. Es forzoso que hayan de quedar intactos algunos de los muchos «Estados», o, mejor, alguno de los muchos objetos considerados como «Estado» que cada autor tiene presente. Y como quiera que la multiplicidad de sentidos de la palabra *Estado* es casi ilimitada, hay que considerar también totalmente estéril emprender la lucha por tal concepto, con la finalidad de mostrar cuál sea la significación justa, única admisible de entre las muchas indicadas, y que fácilmente podrían aumentarse.

En la exposición de la Teoría general del Estado, lo que interesa es más bien establecer, mediante el análisis de los problemas corrientemente tratados en esta disciplina, aquel concepto de Estado en torno al cual giran todos o algunos, los más importantes, de aquellos problemas, es decir, el concepto de Estado que presuponen la doctrina del poder, del territorio, del pueblo, de la constitución, de la forma, de los órganos, de las uniones entre Estados, etc. Se trata de establecer el concepto de Estado propio de la *Teoría general del Estado;* y esto no es posible más que a condición de aceptar el hecho de esta ciencia en cuanto tal, de considerar esta ciencia como la unidad de un determinado complejo de problemas, tal como históricamente ha venido desarrollándose; dando como resultado el que tan sólo se eleva a concepto aquella significación verbal más adecuada precisamente a este complejo de problemas históricamente dado. Cabe esperar, sin incurrir en ciego dogmatismo, que tal ensayo no sea totalmente estéril. De otro modo habría que confesar que, por falta de un objeto unitario, no era posible una Teoría general del Estado como disciplina unitaria. Y para esto no es un inconveniente el que, en definitiva, no resulte precisamente un concepto único del Estado, sino varios, los cuales, sin embargo, hállanse íntimamente enlazados unos con otros.

§ 2. Sociología del Estado y Teoría del Derecho político

La cuestión acerca de la naturaleza del Estado va indisolublemente enlazada a la cuestión en torno a las relaciones conceptuales entre Estado y Sociedad, de una parte, y entre Estado y Derecho, de otra. Como a continuación se demuestra, ambas relaciones no pueden aislarse una de otra.

Es un principio generalmente admitido por cuantas ciencias se ocupan de estos objetos, que el Estado y el Derecho constituyen dos entes distintos. Por mucho que difieran en los detalles las concepciones sobre la naturaleza de ambos objetos del conocimiento y sus mutuas relaciones, todas las teorías actuales de alguna importancia hállanse de acuerdo en la cuestión substancial, que puede formularse de modo semejante a éste : el Estado, considerado como una asociación de hombres, cae bajo la categoría de la Sociedad ; y en tanto que a la Sociedad se la considera como una conexión de causas y efectos, al estilo de la Naturaleza, o como una sección de la Naturaleza, se atribuye al Estado una realidad psíquica y aun física, en el sentido de la realidad que se dice poseen las cosas del reino naturalista ; mientras que del Derecho, en cuanto conjunto de normas, es decir, de proposiciones que expresan un deber ser, se predica tan sólo una cierta idealidad que, en el caso del Derecho positivo, no es más que relativa.

Si se plantea la antítesis de Estado y Derecho como una antítesis de ser y deber ser (la cual es, a su vez, una antítesis de puntos de vista, una contraposición de métodos y, por tanto, de objetos del conocimiento), es una consecuencia natural distinguir, como es frecuente, entre la teoría sociológica del Estado (metódicamente orientada en las ciencias naturales) y la teoría jurídica del Derecho — si se permite el pleonasmo — (orientada en sentido normativo). La primera se pregunta cómo se comportan de hecho los hombres, cuáles son las causas que han determinado ese comportamiento, con arreglo a qué leyes naturales se regula, creyendo de este modo poder llegar a la entraña de ese objeto específico llamado « Estado ». La otra doctrina se pregunta, en cambio, cómo se deben comportar los hombres, qué conducta les prescribe el Derecho, el Derecho positivo, por qué razones deben comportarse así y no de otro modo ; y de esta suerte va ascendiendo a leyes jurídicas cada vez más generales y, en consecuencia, llega a poder determinar su objeto específico, el Derecho, como un complejo sistemático sometido a leyes propias, diferente de la conexión causal de la naturaleza (o de la sociedad considerada como estructura naturalista). Aceptado, pues, que Estado y Derecho constituyen dos objetos diferentes entre los cuales existe una distinción esencial, resulta necesariamente una separación entre la teoría sociológica del Estado y la teoría jurídica del Derecho, de la cual, sin embargo, se prescinde, con notoria contradicción, desde el momento en que se hace del Estado — es decir, del mismo objeto para el cual se siente la obligación de crear una teoría orientada en las ciencias de

causalidad distinta de la Teoría del Derecho, por afirmarse que el Derecho es distinto del Estado — un objeto de la misma teoría normativa del Derecho, es decir, de una teoría orientada hacia las normas jurídicas. En lugar de la Sociología del Estado, en lugar de la doctrina social que estudia el Estado a través del punto de vista de las ciencias de causalidad, aparece la teoría normativa del Derecho político. Frente a la imposibilidad metodológica de someter uno y el mismo objeto a la consideración de dos ciencias distintas, cuyas orientaciones gnoseológicas tienen supuestos esencialmente divergentes, cuyos objetos de conocimiento no pueden ser los mismos, en consecuencia, se suele oponer una idea harto superficial, con la que en vano pretende engañarse uno a sí propio ; es que el Estado, se dice, es un ser con dos caras : una, la de la naturaleza, accesible al conocimiento de las ciencias de causalidad ; otra, la jurídica, orientada al conocimiento jurídico-normativo ; con lo cual, al hacerse consistir el ser del Estado en el nexo causal de la naturaleza, solía quedar identificado con el Estado como factor de poder, y la antítesis de naturaleza y Derecho alcanzaba el sentido de una contraposición entre Derecho y poder. Esta « teoría de las dos naturalezas » del Estado debe ser considerada como la doctrina dominante en la actualidad. Pero es impotente para salvar una objeción suscitada por la Teoría del conocimiento ; a saber : que la identidad del objeto del conocimiento no está garantizada más que por la identidad del proceso cognoscitivo, es decir, por la identidad de la dirección, de los caminos del conocimiento.

A una consideración detenida no puede pasar tampoco inadvertido el hecho de que dentro de esa ciencia (tan discutible desde el punto de vista metodológico) : la Teoría general del Estado, constituída por la unión de la Teoría del Derecho político con la Sociología del Estado, y tan contradictoria que destruye su objeto y acaba por destruirse a sí misma al postular conscientemente la dualidad de sus métodos, la diversidad fundamental de finalidades y planteamientos de las cuestiones ; dentro de esa ciencia, decimos, la parte más importante, la más rica de contenido es precisamente la Teoría jurídica. Puesto que el objeto de una Teoría jurídica no puede ser más que el Derecho, el Estado no podría ser otra cosa que Derecho para poder llegar a ser objeto de una Teoría del Derecho. Aquí no interesa mayormente si el Estado es la totalidad del orden jurídico, o si no es más que un orden jurídico parcial. Aquí no se habla en modo alguno de aquella antítesis de Estado y Derecho que domina en la doctrina actual.

No vale resucitarla capciosamente acudiendo a la conocida fórmula según la cual la Teoría del Derecho político trata de aquellas normas que tienen por contenido al Estado, que regulan la organización y la conducta del Estado, del mismo modo que, por ejemplo, la Teoría del Derecho privado tiene por objeto aquellas normas jurídicas que regulan la conducta de los particulares, sin que por eso se discuta por nadie que el hombre es objeto de esas ciencias naturales que son la Biología y la Psicología. Prescindiendo de que querer completar la

Teoría del Derecho político con la Sociología del Estado no tendría más sentido que pretender constituir una ciencia unitaria con el enlace de la doctrina jusprivatista y la biología y la psicología del hombre, no hay derecho a ignorar que el «hombre» constituído por la Psicología y la Biología no es el mismo cuyas funciones constituyen el contenido de las normas jurídicas, consideradas como juicios de la ciencia del Derecho. Cuando ya la Jurisprudencia tradicional sabía que lo que caía en el ángulo visual de los juristas no era el «hombre» sino la «persona», quedaba ahí expresado el conocimiento de que el «hombre» biológico-psicológico y el «hombre jurídico», la «persona», eran unidades diversas, cuya diversidad no podía ser oscurecida más que por error. La conducta del Estado no puede ser contenido de normas jurídicas, más que si aquél constituye una específica persona jurídica. Y puesto que la persona jurídica (la llamada persona «física» no es más que un caso especial de la «jurídica», porque jurídicamente no puede haber más que personas «jurídicas») sólo puede representarse como personificación de complejos de normas de Derecho (cfs. págs. 81 y ss.), la fórmula últimamente indicada se reduce a la afirmación de que el Estado, como objeto de la ciencia del Derecho, tiene que ser o la totalidad del orden jurídico o un orden jurídico parcial.

§ 3. El Estado como realidad social

A. Acción recíproca

Pero en esta idea, según la cual la conducta del Estado, de modo análogo a la conducta del hombre, puede ser objeto de normas jurídicas, va implicada tácitamente la creencia de que el Estado es a manera de un hombre, es decir, posee la misma realidad natural que los objetos de la Biología y la Psicología. Hemos de examinar críticamente los puntos decisivos de esta doctrina, que se ha inspirado directamente en la moderna sociología de tipo biológico y, especialmente, psicológico.

Para probar que el Estado es una realidad natural, se acude a la explicación de la unidad de los elementos en la cual consiste el Estado como un caso de acción recíproca, como una interacción psíquica. Una multitud de hombres llega a constituir una unidad si estos hombres mantienen relaciones espirituales recíprocas, es decir, si el alma de uno ejerce un determinado efecto sobre la de otro, siendo a su vez influenciada por ésta (SIMMEL). Es claro que no sólo los hombres entre sí, sino que todo — si se prescinde de lo específicamente psíquico — está en esa conexión mutua, porque este principio de la acción recíproca es el principio sintético con arreglo al cual puede ser comprendido el mundo como una unidad, desde el punto de vista de la ciencia de la naturaleza. Luego si el Estado ha de poseer alguna característica especial que lo distinga de los restantes objetos constituídos en unidad por la interacción psíquica, es preciso que se añada alguna nota a la

de acción recíproca. En esta nueva nota se piensa cuando se lanza esta afirmación : hay grados diversos de interacción psíquica y, en correspondencia, grupos sociales humanos más o menos sólidos. El Estado es aquella especie de la interacción psíquica cuyos elementos mantienen entre sí relaciones espirituales mutuas más intensas ; el Estado constituye, pues, el grado más potente de la acción recíproca. Dejemos a un lado lo que haya de entenderse propiamente por «grados» de la acción recíproca. Demos por establecido únicamente que semejante determinación psicológica (o si se prefiere, psicológico-social) del Estado está en abierta contradicción con los hechos. Los hombres que forman y pertenecen al mismo Estado no necesitan en modo alguno hallarse perpetuamente entre sí en la relación de acción recíproca intensa, es decir, no tienen por qué mantener entre sí un intercambio de sus energías espirituales más intenso que con cualesquiera individuos no pertenecientes al mismo Estado.

La pertenencia a una comunidad nacional, religiosa, profesional o meramente ideológica — la cual no suele coincidir con la comunidad estatal — crea de ordinario vínculos espirituales mucho más estrechos, y sin embargo no se piensa que con esto peligre la unidad del Estado. Quien contemple con criterio realista la interacción psíquica, verá que los hombres pertenecientes a uno y el mismo Estado, más bien se hallan separados en innumerables grupos, y enlazados por los más varios elementos a los hombres de otros Estados.

Si a pesar de esto se sigue admitiendo la unidad del Estado, la razón tiene que ser, evidentemente, otra que el criterio de la interacción psíquica real, pues todo el planteamiento del problema sociológico va a parar a lo siguiente : ¿están también los que jurídicamente pertenecen a un Estado — y se presupone tácitamente que ésta es la unidad decisiva — en aquella acción recíproca en virtud de la cual el Estado es considerado necesariamente como una unidad psíquica real o sociológica? Ya este modo de plantear el problema denuncia claramente la tendencia a la ficción, es decir, a afirmar como *ser* lo que sólo puede ser fundamentado como *deber ser.*

Pero una teoría de la acción recíproca no es adecuada para aclarar la esencia de esa unidad social que llamamos Estado, porque la esencia de toda unidad social es la «unión», y la «acción recíproca» sólo puede interesar en tanto que en virtud de ella se crea una «unión». No hay duda, sin embargo, que bajo la categoría de la acción recíproca deben comprenderse también ciertas relaciones que, desde el punto de vista sociológico, no constituyen unión, sino «separación», como el odio, la competencia, la lucha, etc ; pero si nos limitamos al problema de la «unión», es muy digno de tenerse en cuenta el doble significado de este término. Desde un punto de vista psicológico, significa que hay unión entre dos hombres ; es la expresión sensible del hecho de que la representación de uno radica, en cierto modo, en el alma del otro con un acento afectivo. Y este afecto, cuya existencia nos hace hablar de «unión» entre dos individuos, transcurre por entero dentro del

alma de cada uno, y posee de este modo un carácter estrictamente intraindividual. Toda Psicología es justamente psicología individual, porque no hay más que almas individuales. Por esta razón, y desde el punto de vista psicológico, la «unión» no puede significar nunca aquella síntesis supraindividual que constituye la esencia de todas las estructuras sociales, especialmente el Estado. Esta significación — a la que notoriamente aspira toda teoría social — corresponde a aquel género de «unión» que se constituye por una norma o sistema de normas y que «une» a los individuos en el mismo sentido en que une una multitud de conductas humanas en una totalidad superior, el sistema de la comunidad, es decir, en el sentido de «obligar» a aquéllos; y precisamente en este sentido la comunidad, como sistema de normas referentes a la conducta humana, como orden, está sobre los individuos, constituye una esencia superindividual, cuya esfera específica de existencia no es el reino de la realidad psíquica (es decir, psíquico-individual), sino el reino de la idealidad normativa, y, por tanto, sólo en este sentido, supraindividual; y precisamente en este sentido no hay diferencia entre «asociación» y «norma» u «orden», sino que la asociación es el orden, porque sólo en éste, en las normas que lo constituyen, existe la unión en la cual se hace consistir todo lo social.

B. Paralelismo de procesos psíquicos (voluntad colectiva, alma de las masas)

Cuando se declara que una pluralidad de individuos, que representan una forma de la unión social, una unidad social real, constituye una comunidad (porque se constata que hay una cierta coincidencia material en su querer, su sentir o su pensar), se piensa no haber salido del dominio psicológico y, sin embargo, se cree al mismo tiempo haber llegado a comprender la esencia de lo supraindividual social. Podría hablarse aquí de un paralelismo de los procesos psíquicos, el cual existe cuantas veces se hace referencia a una «voluntad colectiva», a un «sentimiento común», a una conciencia o interés común o colectivo. Precisamente se acostumbra a caracterizar en este sentido al Estado como una realidad psicológico-social, como una específica «voluntad colectiva», con la cual se le representa como un ser distinto de las voluntades y personalidades de sus componentes, situado en un plano superior al en que se sitúan los individuos que le están sometidos; pero es notorio que aquí existe una ficción. ¿Cuál debe ser el contenido de voluntad acerca del cual han de coincidir todos los hombres que pertenecen a uno y el mismo Estado? Tales coincidencias no podrían constatarse más que en grupos relativamente pequeños y sólo en extensión aproximada. Una investigación psicológica realista sólo podría admitir que formaban una voluntad colectiva aquellos hombres que, durante el tiempo del cual se afirma la existencia del fenómeno de la voluntad colectiva, muestran de hecho y actualmente una volición dirigida en todos a la misma finalidad concreta.

Pero aquí se trata justamente de fenómenos que por su carácter efímero, con intermitencias continuas, y de dudosa extensión están en abierta contradicción con la constancia y firmeza de extensión propias de la específica existencia del Estado. Añádase a esto el hecho de que aquello que se denomina «voluntad colectiva» no es más que una expresión abreviada para designar el contenido coincidente de una pluralidad de voluntades individuales, pero no es en modo alguno una voluntad supraindividual distinta de éstas. La afirmación opuesta —a la que se inclina fácilmente tanto la teoría jurídica como la sociológica — es la hipóstasis ilegítima de una abstracción conceptual, de la misma especie que la hipótesis inadmisible de un alma de las masas, que se basa en el siguiente sofisma: Puesto que los individuos se comportan en masa, es decir, bajo el supuesto de una mutua motivación, de modo distinto que en situación de aislamiento, la misma masa o el «alma de las masas» tiene que ser el sujeto de este comportamiento distinto y coincidente de los individuos en masa, y esa «alma colectiva» tiene que ser distinta de las almas individuales. De lo que es condición de una conducta específica de los individuos, se hace un ser autónomo; lo que es una función específica se convierte en substancia. Si de modo especial se considera al Estado como una voluntad colectiva superior a las voluntades de los individuos, se le piensa, utilizando una imagen muy corriente — según la cual el deber ser de la norma es representado como un querer distinto del acto psíquico subjetivo, como una voluntad no objetivada, por así decirlo —, como un sistema de normas que tienen por contenido una pluralidad de conductas humanas, las cuales son unificadas de este modo — y sólo de este modo — en la unidad de un sistema de proposiciones normativas constante y de contornos precisos y bien delimitadas en su esfera de validez. Pero sobre las voluntades individuales está la voluntad del orden estatal, que de hecho difiere esencialmente de aquéllas; siempre que con la imagen sensible del «sobre» y el «bajo» no se indique otra cosa que el hecho de estar «vinculados» u «obligados por la norma».

C. Motivación (dominio)

Para fundamentar la realidad sociológica del Estado, se suele poner a contribución el tipo de la «motivación» psíquica junto al de la analogía o paralelismo de los procesos psíquicos. El Estado es una relación de dominio, es decir, una relación en la cual la voluntad de uno se convierte en motivo de la conducta de otro, a la cual se dirige la primera voluntad; o bien el Estado es el mismo titular del «imperium», cualificado de algún modo, cuya voluntad vincula a los individuos que le están sometidos (¿podría decirse también que «forman» esa voluntad?) en el sentido de que los «motiva». Para una consideración realista, no existe más que una multitud de tales motivaciones; pero ni la unidad del imperante ni la de los dominados es dada *realiter* en modo alguno. Si a esta unidad se la convierte en Estado, se da

por supuesto lo que debía ser psicológicamente investigado y probado de antemano, con lo cual resulta que la supuesta unidad del Estado es de carácter extrapsicológico y, como puede demostrarse, jurídico. Esto se revela con toda nitidez en la noción del Estado como dominador omnipotente. Aquí, en lugar de la validez del orden estatal — que por ser incondicionada es la única que crea la unidad en la multitud —, aparece la eficacia — efímera, intermitente, en modo alguno incondicionada — de la representación de este orden en los individuos; y con esta eficacia se fabrica la hipótesis de una «fuerza» o «poder» del Estado al cual se imagina, con criterio antropomórfico, como un «soberano» o «poder soberano».

Por lo demás, debe llamarse ya la atención acerca del hecho de que el sentido específico en el cual se habla aquí del «dominio» de una persona sobre otra, no puede ser logrado por medio de la relación causal en la que se hace consistir la esencia de la relación de motivación. Cuando se piensa en aquello con lo cual se quiere significar la auténtica relación de «dominio», no se piensa, fundamentalmente, en que una causa produce un efecto y, particularmente, en que la manifestación de voluntad de uno influya causalmente en una determinada conducta de otro. De no ser así, podría decirse que la llama «domina» a la columna de mercurio que se eleva, en el mismo sentido que se afirma del príncipe que domina sobre sus súbditos. Pero con la idea de «dominio» va unida la representación de uno que debe mandar, que posee capacidad y derecho de mandar, y de otro que está obligado a obedecer. Lo que busca su expresión en el concepto de dominio no son los hechos escuetos, integrantes del nexo causal de la manifestación de una orden o mandato y de una conducta conforme a dicha orden. Ante un análisis refinado, el sentido enteramente normativo de este concepto no puede quedar oculto durante mucho tiempo (cfs. pág. 129).

D. La teoría organicista

Si con objeto de exponer los conceptos de manera fácilmente asequible se toma a la letra la metáfora según la cual el Estado es una «voluntad», es decir, una realidad específica psíquico-social, situada, naturalmente, en una esfera distinta de la de las psiques individuales, entonces, quiérase o no, hay que admitir que posee, además de un «querer», un sentir y un pensar; pues esa alma colectiva creada a imagen y semejanza del alma individual no puede subsistir como un fragmento dotado solamente de poder volitivo. Además, el alma del Estado ha de habitar un cuerpo, como toda alma; y, en fin, las almas individuales que, por manera mística, integran el alma del Estado, «pertenecen al Estado», «constituyen el Estado» con sus respectivos cuerpos. El Estado, como cuerpo animado o como alma corpórea, a la manera de otros organismos animados: tal es el fruto de la Teoría orgánica del Estado, tal es la hipóstasis convertida en mitología. En lugar de la Psicología social surge ahora la Biología social.

Naturalmente, el camino que conduce a resultados tan grotescos puede ser también el contrario. En lugar de atribuir un cuerpo al alma del Estado, cabe partir de la idea de que los hombres relativamente sedentarios (es decir, que se hallan en contacto más o menos íntimo con un territorio) constituyen un cuerpo vivo, y que es preciso atribuir un alma a este cuerpo. Pero, sea cualquiera el juicio que merezcan estos deslices de la teoría organicista, que no pasa de ser una metáfora mal entendida, hay que reconocerle al menos el mérito de la consecuencia frente a las doctrinas más corrientes; pues no sólo se atiene a la naturaleza psíquica real de la « voluntad del Estado », sino que renuncia por entero a determinar jurídicamente la naturaleza de los « órganos del Estado » por ella aceptados, si bien retrocede ante la idea de tener que considerarle como un organismo de la misma naturaleza que los restantes organismos biológicos. Pero acerca de esta teoría se hablará todavía más adelante (cfs. pág. 348).

Quede aquí establecido que la concepción del Estado como organismo natural — concepción que hoy es demasiado frecuente en ciertos medios — es utilizada en gran parte con la finalidad exclusiva de conferir la apariencia de objetividad «científica », de atribuir en la medida de lo posible el carácter de conocimiento científico-natural a lo que no pasa de ser un razonamiento enteramente subjetivo, matizado de color ético-político. El proceso mental típico seguido suele ser el siguiente: se declara que se van a considerar los acontecimientos sociales en general, y al Estado en particular, desde el punto de vista del biólogo que investiga los procesos naturales, y que se van a establecer las leyes naturales determinantes de este proceso; y se afirma poder hacerlo, porque el Estado es un ser vivo como cualquier otro organismo biológico, y en particular porque es un organismo de la misma especie que el hombre, sino que mucho más grande y poderoso que éste, y dotado como él de cuerpo y alma ; por tanto, un ser racional y sensible que piensa y habla, ama y odia, lucha y sufre, y al cual no sólo se le reconoce accidentalmente una voluntad sino — del mismo modo que al hombre — una voluntad libre, un libre albedrío. Finalmente, se plantea la cuestión en torno al sexo del Estado, y se afirma : el Estado es varón. Como es natural, resulta imposible y superfluo fundamentar en la Biología esta afirmación desconcertante, pues su sentido auténtico no pasa de ser un puro postulado político : téngase presente que al afirmarse el sexo masculino del Estado se dice al propio tiempo que el sexo femenino corresponde a la Iglesia ; así que todo lo que hay tras esta investigación de índole sexual es un capítulo de la Política del Derecho : el que determina que las relaciones entre la Iglesia y el Estado se regulen de modo que corresponda a la tradicional supeditación de la mujer al varón. Y como quiera que toda esta Teoría del Estado como organismo biológico (que afirma en vano atenerse a un punto de vista científico-naturalista, y por eso exento de consideraciones valorativas) no es más que la careta bajo la cual se ocultan juicios de valor — y en esto se insistirá más adelante —, esta especie

de Biologia social permanece imperturbable ante el hecho de que la analogia — convertida por ella en identidad — entre el organismo psíquico-físico y el organismo estatal falla en un punto esencialísimo: en aquél, las células se hallan firmemente entrelazadas unas con otras; en éste, las «células», es decir, los hombres que constituyen el Estado, se mueven con toda libertad. La biología del Estado confiesa, y no tiene más remedio que hacerlo así, que el «enlace» en virtud del cual estas «células» son constituídas en un «organismo» es solamente de naturaleza «espiritual y ética»; y no comprende que de este modo se destruye a sí misma, ya que su organismo no consiste en otra cosa que en ese enlace, y si éste es ético-espiritual, es decir, si posee carácter normativo, tiene que existir en un sentido totalmente diferente del que se atribuye a los enlaces del organismo biológico, sometidos a la legalidad causal. Sólo la mezcla sincrética del punto de vista causal con el normativo hace posible la finalidad auténtica de esta Teoría «científico-naturalista» del Estado: llegar a establecer ciertos postulados ético-políticos y emitir juicios de valor sobre las instituciones estatales concretas. Para este fin presta una preciosa ayuda el doble sentido de la palabra «ley», con la cual se significa tanto las leyes de la naturaleza, como las normas que estatuyen un «deber ser».

Leyes supuestas naturales, que se dice observar en el acaecer social efectivo (como por ejemplo la de la siempre creciente división del trabajo, la de la diferenciación, o la ley de la desigualdad en la naturaleza), son transformadas en normas; y se justifican ciertas instituciones sociales porque, según se dice, «corresponden» a estas leyes naturales, o se las rechaza porque se «oponen» a ellas. Ahora bien, desde un punto de vista metódico sería admisible, en efecto, rechazar por imposibles ciertas exigencias políticas planteadas respecto a la modelación futura de las relaciones sociales, si se hallase una ley natural que mostrase que la evolución social marcha con férrea necesidad en una dirección diferente. Pero precisamente lo que no puede hacerse en el dominio social es operar con una ley natural que nos marca un futuro en contradicción con ciertos postulados políticos; pues el único material al cual pudiera referirse tal ley, la conducta humana, está determinado esencialmente por las representaciones causadas por esos postulados que a hombres se dirigen. Incluso si pudiera demostrarse que la actual evolución social se orienta en el sentido de una creciente diferenciación y división del trabajo, no probaría esto en modo alguno que esa evolución hubiera de continuar en el futuro en sentido idéntico, y que, por consiguiente, estarían condenadas al fracaso aquellas ideologías políticas que, por renunciar más o menos a la diferenciación y división del trabajo, implicasen un retroceso a las etapas primitivas de las relaciones sociales; pues lo que parece «más imposible», lo que más contradice en apariencia a la «naturaleza» humana y a las leyes sociales, puede llegar a ser posible si los hombres creen en su posibilidad.

Añádase a esto, que los representantes de la teoría organicista pocas veces se contentan con rechazar las exigencias de sus adversarios políticos por el motivo de que pretenden lograr lo « imposible », sino que las califican de « injustas » y « funestas » en la misma medida en que creen en la justicia y santidad de las leyes naturales objetivamente conocidas, con arreglo a las cuales creen ellos poder lograr una buena conformación de las leyes sociales, o, por lo menos, poder derivar de esas leyes los principios convenientes para dicho fin. Pero del hecho de que algo es o tiene que ser necesariamente, no puede concluirse jamás que algo *debe ser* de tal o cual modo. Más aún : toda esta Teoría organicista del Estado va a parar, ante todo, a formular un determinado juicio de valor, a establecer una norma. Y así se explica el hecho, hasta cierto punto notable, de que las serias investigaciones científico-naturalistas, con las que los representantes del organicismo se alzan orgullosos sobre los escritos partidistas, necesariamente subjetivos, no son otra cosa en el fondo que una confesión de fe política, una lucha a favor o en contra de un determinado sistema político.

Pero el fracaso de esta Biología social es rotundo cuando pretende aplicar las « leyes naturales », cuando aspira a juzgar como instituciones reales postulados políticos ya realizados, exigencias políticas ya convertidas en Derecho positivo, en realidad histórica, como por ejemplo la constitución democrático-republicana o monárquica de un Estado concreto, el sufragio universal o la representación por clases ; pues una teoría orientada en el sentido de las ciencias naturales, una teoría que opera verdaderamente con la legalidad causal, no puede adoptar otra posición frente a los hechos que la de explicarlos, es decir, la de comprobar que se corresponden con las leyes naturales conocidas. Y si una u otra de las leyes naturales del acaecer social hasta ahora conocidas se manifiesta en contradicción con un hecho nuevo, una teoría científico-naturalista debe apresurarse — como ocurre en la Física y la Biología — a adaptar la formulación de la ley natural a los nuevos hechos, de tal modo que también éstos puedan ser comprendidos bajo la nueva formulación de la ley natural. En esta adaptación de la ley natural a la realidad consiste su « inviolabilidad ». Pero el método « objetivo » científico-naturalista que dice practicar la teoría organicista, cree que debe adoptar ante los hechos la conducta inversa ; aquí no se piensa — como en la Física y la Biología — que la formulación de las leyes naturales se guíe por los hechos, sino que los hechos se deben guiar por las supuestas leyes naturales. Es decir : aquellos hechos cuya existencia no se puede negar de buenas a primeras, pero que « violan » una « ley natural » cualquiera de la vida social, deben desaparecer ; la supuesta ley natural no es más que un pretexto para pedir que esos hechos — por dañosos, malos, funestos, etc. — sean suprimidos y sustituídos por medidas « justas », « buenas », « útiles ». De este modo, la ley natural revela su propio sentido. En verdad, es una « norma ». No nos dejemos engañar por el hecho de que el juicio de valor — que

es de lo que se trata — adopte aparentemente una terminología tomada de las ciencias naturales. Así, por ejemplo, cuando los hechos que se tienen por malos, por no corresponderse con el principio axiológico presupuesto como ley natural de la desigualdad — como la constitución republicana democrática o el sufragio universal —, son designados como normas políticas que no constituyen la « auténtica » y « verdadera » expresión de la realidad social, por lo cual, se dice, no pueden ser susceptibles de duración, pues la vida « verdadera » y « real » acabará por imponerse, los « sanos » y « vitalmente poderosos » acabarán por vencer, etc. Con lo cual, naturalmente, los adversarios políticos pueden afirmar, y afirman con el mismo derecho, que los hechos en cuestión — que para ellos son « buenos » y « justos » — constituyen precisamente la expresión verdadera de la realidad social, que en ellos se realiza lo verdaderamente « orgánico », etc.

En general, la teoría organicista, en tanto que convierte normas ético-políticas en leyes naturales, debe ser rechazada como ensayo de conferir validez absoluta a ciertos juicios de valor sólo relativamente justificables, presentándolos como leyes causales, con lo cual les es atribuído un grado superior de validez, y se arrogan el carácter de la « invulnerabilidad », de la inviolabilidad. La « naturaleza », cuyas leyes se contraponen a una realidad de la vida social en contradicción con ellas, funciona como una especie de autoridad suprema y juega de ese modo el papel de una divinidad cuyos mandamientos poseen una validez absoluta. Y de este modo la ciencia natural de la teoría organicista se revela en el fondo como jusnaturalismo puro, acerca de cuya significación se hablará más adelante (cfs. pág. 39).

§ 4. El Estado como sistema ideal

A. Acto psíquico y contenido espiritual (naturaleza y espíritu)

La razón de ser de la hipótesis de un « alma » o de una mera « voluntad del Estado » — hipótesis que implica, a su vez, la necesidad de admitir un « cuerpo » del Estado — radica sin duda en que todos aquellos actos, hechos, acaecimientos, etc., cuyo conjunto o unidad se designa con la voz « Estado », tienen su sede (como todos los hechos sociales) en el alma humana. El otorgamiento de una ley, de un juicio, de un mandato, su aceptación y su cumplimiento, son, indudablemente, procesos anímicos que se traducen en acciones corporales. Ahora bien, si se pretende captar la esencia del Estado, no ha de dirigirse la atención a los procesos anímicos corporales que acaecen en el mundo de los seres naturales según la ley de causalidad, sino al contenido espiritual que « encierran » dichos procesos. Del mismo modo que el « pensar » una ley lógica o matemática es un acto psíquico, y sin embargo el objeto de la Matemática o de la Lógica — el pensamiento « pensado » — no es psíquico, no es un « alma » lógica o matemática,

sino un contenido espiritual objetivo, porque la Lógica y la Matemática extraen dicho contenido del hecho psicológico del pensar; el Estado, en cuanto objeto de una consideración específica diversa de la Psicología, es un específico contenido espiritual, pero no el hecho de pensar y querer tal contenido; es un orden ideal, un sistema específico de normas, pero no el pensar y querer dichas normas. En vano intentaremos captar la legalidad inmanente, el sentido propio de ese objeto peculiar que llamamos «Estado» y que hemos hecho objeto de una ciencia propia, si queremos referirnos a cualesquiera procesos anímicos del pensar y del querer, en lugar de dirigir nuestro conocimiento a la contemplación de lo específicamente «pensado» y «querido», para lo cual los actos psíquicos del pensar y del querer son la *conditio sine qua non*, pero no la *conditio per quam*. El Estado no existe en el reino de la naturaleza — de las relaciones físico-psíquicas —, sino en el reino del espíritu.

B. El carácter normativo del Estado

Lo específico de este objeto espiritual que llamamos Estado consiste en ser un sistema de normas. Y este carácter normativo del Estado se expresa — inconscientemente y sin quererlo — precisamente en aquellos autores que creen caracterizarle como una realidad determinada por la ley de causalidad. Las propiedades que se predican y tienen que predicarse de él, sólo se corresponden hasta cierto punto con la idea que, en general, y en especial en la Teoría del Estado, va unida con éste; sólo son, pues, posibles como propiedades de un sistema normativo. Así, la afirmación siempre repetida, y siempre idéntica a través de sus varias formulaciones, acerca de la existencia objetiva, es decir, independiente del arbitrio subjetivo de los hombres que constituyen el Estado: lo cual sería absolutamente imposible si éste, su voluntad o su alma, no fuesen otra cosa que una suma de actos subjetivos de voluntad; pues un enlace, tan intenso como se quiera, de elementos subjetivos no puede constituir nada objetivo. Pero es fácil representarse esta existencia objetiva del Estado como la validez objetiva de las normas que constituyen el orden estatal; y la «objetividad» de esa validez consiste en que toda validez normativa es independiente del querer y del deseo subjetivos de aquellos para quienes la norma pretende valer. Sobre todo, no admite excepciones el principio de que el Estado está por naturaleza «sobre» los individuos que lo constituyen, de que obliga autoritariamente, de que toda fuerza de obligar procede del Estado. Pero lo que el sociólogo constata aquí no es meramente el hecho de que los hombres ven en el Estado una autoridad; el sociólogo no se conforma con señalar que hay hombres que se dejan motivar por representaciones cuyo contenido es una autoridad, sino que convierte en su propio objeto el contenido de dichas representaciones, y caracteriza, en principio, al Estado como una autoridad dotada de fuerza de obligar.

Y de este modo, el sociólogo equipa al Estado con elementos de valor que no pueden hallarse en una Sociología o Psicología social orientada en las ciencias de causalidad. El Estado, considerado como autoridad dotada de fuerza de obligar — y no es posible expresar de otro modo su esencia —, es, pues, un valor o — si se prefiere la versión normativa del valor — una norma o sistema de normas; y, en cuanto tal, esencialmente diverso del hecho real específico, indiferente al valor, de la representación o volición de una norma.

C. Estado e individuo

Pero el carácter normativo del Estado como unidad supraindividual se revela con la máxima nitidez en la contraposición admitida por todos los autores, incluso por aquellos que le caracterizan como realidad social, entre comunidad e individuo, en general, y entre Estado y hombre, en particular. Si el Estado fuese una realidad determinada por la ley de causalidad, situada en el mismo plano óntico que el hombre individual, una teoría orientada en ese sentido naturalista no podría admitir ni la específica contraposición ni el específico problema antes planteado. Lo único que vendría en cuestión sería la dependencia causal del uno respecto del otro; la solución, bien trivial por cierto, tendría que conformarse con decir que el Estado, es decir, ese poder omnímodo que se le reconoce desde tal punto de vista, determina causalmente al individuo. La sabiduría barata de este punto de vista se manifiesta por regla general en la célebre proposición según la cual el Derecho es sólo poder; ignorándose de este modo el problema que late en la idea de una antítesis entre Derecho y poder, para sentar la afirmación de que toda causa produce un efecto (con lo cual no se sale del ámbito de la ley de causalidad aplicada a los seres de la Naturaleza). Una antítesis, un problema entre el individuo y el Estado no puede darse más que allí donde el Estado es supuesto como una norma, cuyo «deber ser» incurre con el ser del querer y del obrar individuales en aquel trágico conflicto que constituye la cuestión medular de toda teoría y práctica sociales. Si lo que la antinomia representa es que el individuo, de un lado, no es más que parte de una totalidad, y el Estado, de otro, es esta misma totalidad, entonces la antinomia pierde el carácter de contradicción lógica cuando se considera que los individuos o, mejor, las voliciones y acciones individuales no son más que contenidos de las normas que constituyen el orden estatal, es decir, contenidos del «deber ser», elementos integrantes de un sistema totalitario; mientras que el acto real del querer y del obrar individuales, contradictorio de la totalidad que constituye el Estado, transcurre en la superficie del ser. Ahora bien, no hay ninguna contradicción lógica, sino un mero dualismo lógico entre las proposiciones: *a* debe ser *b* y *a* es *no b*. Es el dualismo de dos sistemas independientes uno de otro, sean los sistemas del ser y del deber ser, sean los sistemas del orden estatal y el de una serie de postulados eventualmente ético-

políticos, que ponen al individuo en contraposición al Estado. En el último caso, tenemos el dualismo del orden jurídico positivo del Estado y el Derecho natural individual (cfs. pág. 77, 202 y ss.).

D. Estado y Sociedad

Lo que se dice del Estado como estructura social (que su unidad específica no puede comprenderse a través de la ley de causalidad, que su existencia no se apoya en el reino de la realidad natural, sino en el de los valores espirituales), vale también para todas las restantes estructuras sociales — comunidades, corporaciones — agrupadas bajo el nombre genérico de Sociedad. El mundo de lo social en su totalidad, del cual el Estado no es más que una de sus partes, es un mundo del espíritu, un mundo de valores, es precisamente el mundo de los valores. Los distintos agregados sociales, como las comunidades religiosas, nacionales o de cualquier otra índole, no pueden ser comprendidos en su legalidad autónoma más que como sistemas específicos de valor. En principio, pues, no son dados más que distintos agregados sociales, distintas sociedades, pero no una « sociedad universal », no un sistema universal de valores abarcando en su seno como órdenes parciales todas las comunidades concretas. La idea de una Sociedad universal es el problema de una concepción universal del mundo y de los valores como síntesis de todos los sistemas normativos. Aquí puede quedar en suspenso el contestar a la cuestión acerca de si este problema es susceptible de solución, de si la Sociedad es posible en este sentido como unidad, pues una mera teoría del Estado limítase al conocimiento de un sistema especial de normas que aspira a ser comprendido en sus leyes íntimas sin referencia a ningún otro sistema, puesto que surge con la pretensión de valer como un sistema supremo, autárquico, por así decirlo, excluyente. Por eso, desde el punto de vista de la Teoría del Estado — la cual ha de hacer honor a dicha pretensión —, no puede admitirse el problema de un conflicto entre el sistema normativo que constituye el Estado y los restantes sistemas, como el sistema de la moral o el de la religión. Y precisamente este problema es el que suscita mayores dificultades a la idea de una Sociedad unitaria como sistema universal de valores. Es el problema de una Sociología general distinta de las ciencias sociales particulares. Entre estas últimas se halla la Teoría del Estado, la cual, como teoría normativa del Estado, constituye también su Sociología. El problema de una Sociología general como sistema universal de valores se lo planteó ya la Antigüedad en la Ética, la Edad Media en la Teología, y la Edad Moderna, hasta el siglo XIX, en el Derecho natural. En el siglo XIX, el siglo de la ciencia natural, el problema se lo apropia la llamada Sociología. Pero lo desnaturaliza desde el momento que trata de violentarlo tratándolo con los métodos de las ciencias naturales, es decir, viendo en el problema de la Sociedad un problema de realidad y no un problema axiológico, no un problema de espíritu sino de naturaleza. Pero quizá ese empeño de los sociólogos

en buscar la unidad de la Sociedad no en la esfera normativa sino en el reino de la legalidad natural, no representa otra cosa que una deserción ante la magnitud y la inconmensurabilidad de la tarea que ofrece la idea de una concepción universal de los valores; ahora bien, dirigiendo su mirada al ser en lugar de al deber ser, resuelven la sociedad en naturaleza y pierden su propio objeto específico. Por lo demás, ciertas investigaciones críticas de los modernos sistemas sociológicos han puesto de relieve que todos ellos, bajo la apariencia de una explicación causalista del acaecer real, creyendo destacar una ley natural, es decir, «causal» de la evolución, no hacían otra cosa que intentar fundar un sistema universal de valores y, por tanto, no eran en el fondo más que Ética, Teología o Derecho natural (MENZEL).

El carácter enteramente normativo que corresponde al concepto de Sociedad se revela claramente cuando se contrapone la Sociedad al Estado. El antagonismo de Estado y Sociedad, siempre vivo en la literatura ético-política, y especialmente en la sociológica, se presenta a un examen atento del problema como la antítesis de dos sistemas distintos de normas o de valores, ya se considere que la «Sociedad» está constituída por el sistema axiológico del liberalismo o por el ideal socialista, frente, en todo caso, al orden positivo del Estado histórico concreto (cfs. sobre esto págs. 35 y ss.).

§ 5. El Estado como orden jurídico

A. La unidad de Estado y Derecho

Es sabido que la esfera existencial del Estado posee validez normativa y no eficacia causal; que aquella unidad específica que ponemos en el concepto de Estado no radica en el reino de la realidad natural, sino en el de las normas o valores; que el Estado es, por naturaleza, un sistema de normas o la expresión para designar la unidad de tal sistema; y sabido esto, se ha llegado ya al conocimiento de que el Estado, como orden, no puede ser más que el orden jurídico o la expresión de su unidad. Todo el mundo admite que el Estado mantiene relaciones esenciales con el orden jurídico. Pero si no se admite que esa relación significa identidad, débese ante todo a que no se reconoce que el Estado mismo es un orden. De este modo, la repulsa de esa identidad implica el dualismo de dos sistemas normativos, de los cuales el uno es el orden jurídico positivo y el otro podría significar meramente un complejo de normas ético-políticas. Es muy corriente hacer depender el mantenimiento del dualismo de Estado y Derecho del supuesto inconfesado de esa hipótesis; mas no por eso deja ésta de ser radicalmente incompatible, en virtud de su carácter jusnaturalista (en el sistema normativo llamado «Estado» se oculta con frecuencia un Derecho natural contra el orden jurídico positivo), con los principios fundamentales del positivismo, reconocido incluso por aquellos que consideran que el Estado y el Derecho constituyen esencias separadas.

Si el Estado es un sistema normativo, tiene que ser el orden jurídico positivo, pues es imposible admitir junto a éste la validez de otro orden cualquiera.

Si el Estado fuese otra cosa que el sistema de las normas jurídico-positivas, entonces sería tan difícil afirmar desde un mismo punto de vista y dentro de la misma esfera cognoscitiva que el Estado y el Derecho coexisten, como es difícil al jurista afirmar la validez de la moral y al moralista la validez del Derecho positivo. La equívoca palabra «Estado» puede adoptar quizá también un sentido ético-político; pero este Estado no puede hallarse en la menor relación con el Derecho positivo. Mas precisamente esta relación con el Derecho positivo constituye una de las pocas posiciones firmes e indiscutibles de la Teoría del Estado.

B. El Estado como «aparato coactivo» y como «poder»

Cuando la teoría dominante del Estado declara que éste constituye un «aparato coactivo» y la doctrina tradicional jurídica considera que el Derecho es un orden coactivo, queda mostrado que, fundamentalmente, ambas teorías tienen en cuenta el mismo objeto, ya que el «aparato» de la coacción no es más que una metáfora para designar el «orden» coactivo. Es verdad que en lo que de ordinario se piensa cuando se habla de esa «coacción» que es esencial al Estado, no es en aquel contenido específico de las normas jurídicas — castigo, ejecución — que sirve para diferenciar el Derecho de otras normas. No la coacción como contenido de la norma — tal como se ofrece a la mirada del jurista que quiere conocer la validez de las proposiciones jurídicas —, sino la coacción como hecho psíquico es lo que radica en la eficacia de ciertas representaciones de normas, como reglas motivadoras que determinan la conducta efectiva de los hombres; es, por tanto, en un poder real en lo que también se piensa cuando se designa al Estado como organización coactiva. Pero este «poder efectivo» sólo puede y tiene que ser predicado fundamentalmente del Derecho; se piensa con ello en la eficacia del orden jurídico, en la eficiencia de las representaciones de las normas jurídicas. Es inadmisible confundir esta eficacia, como poder, con el Estado y ponerlo junto al Derecho como norma, pues entonces se comete el error de situar a uno y otro en la misma esfera existencial, y de ese modo nace el problema aparente de su mutua relación, prescindiendo de que lo mismo se puede oponer el Estado (como poder) al Derecho (como norma), que el Estado como norma (orden estatal) al Derecho como poder (poder jurídico). La noción vulgar según la cual el Estado como poder está «tras» el Derecho (para realizarlo), que el Estado como poder «apoya», «produce», «garantiza», etc., el Derecho, no es más que una hipóstasis que duplica inútilmente el objeto del conocimiento, y cuya falta de base se comprueba en el momento que se advierte que el llamado poder del Estado no es otra cosa que el poder del Derecho; y no el de un Derecho natural ideal, sino sólo el del Derecho positivo;

pues dado que se trata de conducta humana, puesto que se pregunta por las causas de ciertas acciones u omisiones, esa « fuerza » o « poder » eficiente ha de ser de naturaleza psíquica, no puede ser más que motivación. Aun cuando las normas del orden estatal contengan amenazas de ciertos daños, aun cuando los hombres acepten en sus representaciones psíquicas el contenido de las normas que prescriben la coacción, y aun cuando estas representaciones no tengan fuerza motivadora más que en virtud de este contenido, el análisis psicológico no puede ver en el « poder del Estado » otra cosa que la motivación de las representaciones psíquicas de normas; pero estas normas son las del Derecho, y no pueden ser más que las del Derecho positivo. La doctrina dominante halla la « positividad » de las normas, la positividad del Derecho en la eficiencia de su representación psíquica. Si el poder del Estado, si el Estado como poder no es otra cosa que la positividad del Derecho, queda probado que el sentido inmanente de la doctrina dominante hállase constituído por la identidad de Estado y Derecho, desde el punto de vista del orden. Por lo demás, aquí no puede prestarse asentimiento a la concepción tradicional de la positividad del Derecho, pues la positividad debe ser una propiedad del Derecho y, por tanto, tiene que referirse al Derecho como norma válida y no a la representación psíquica eficaz de una norma. Y si bien no puede negarse que en el problema de la positividad va implícita una relación — acerca de la cual se insistirá más adelante — con un contenido real que se corresponde con el contenido normativo, debe rechazarse la identificación de la positividad del Derecho con la eficacia de la representación de sus normas, pues de este modo se pierde el sentido específico de las normas jurídicas. Se trata justamente de poner de acuerdo la positividad del Derecho con su normatividad. Una vez realizado esto, el Derecho « positivo » se hace idéntico con el Estado real, histórico y concreto.

C. Normatividad y efectividad (positividad)

Conocido que el Estado es orden jurídico o expresión de su unidad, la Teoría del Estado es posible como Teoría del Derecho, es decir, como teoría de la norma jurídica, y, en este sentido, como disciplina normativa. Esta Teoría del Derecho puede ser o teoría de la esencia del Derecho o doctrina de las formas jurídicas, es decir, puede dirigirse a las normas y sus relaciones, sin referencia a su particular contenido; o teoría del contenido jurídico — doctrina material del Derecho —, esto es, dirigida a establecer los contenidos genéricos de las normas jurídicas.

Una teoría orientada a los contenidos, ha de plantearse el problema acerca de si existen relaciones, y cuáles sean éstas, entre el contenido del sistema Derecho, como sistema de normas válidas, y el contenido del sistema naturalista del acaecer efectivo causalmente determinado, especialmente el contenido de la conducta humana motivada por representaciones psíquicas de normas. Sin perjuicio de la fundamental e ilimitada disparidad de ambos sistemas, no habrá más reme-

dio que confesar el hecho de que el contenido de las normas, y en especial de las normas jurídicas, presupuesto como válido, se corresponde hasta cierto punto con el contenido de la conducta realmente seguida; por tanto, las normas jurídicas sólo son supuestas de hecho como válidas cuando la representación de las mismas es eficaz.

Si las normas, especialmente las jurídicas, poseen un contenido tal que la representación del mismo carece de eficacia motivadora, entonces la Teoría del Derecho no reconoce validez a dichas normas; y, sin embargo, sería falsa a su vez la hipótesis de que sólo lo que de hecho sucede puede ser lo jurídicamente debido, pues esta hipótesis significaría la negación de todo Derecho. Entre el contenido del deber ser, que es el del sistema «Estado» (es decir, el del orden normativo del Estado como orden jurídico), y el contenido del ser (que es el sistema del orden de la naturaleza sometida al ciego causalismo) tiene que ser posible cierta antítesis. Una norma cuyo contenido estuviese de tal modo determinado que el contenido del ser, del acaecer efectivo, jamás estuviese en contradicción con aquélla — como en la norma «debes hacer lo que quieras» —, habría perdido su sentido normativo específico.

La investigación dirigida a averiguar la relación entre los contenidos de ambos sistemas heterogéneos ha de limitarse a marcar un límite superior y un límite inferior: los contenidos de ambos sistemas no son totalmente coincidentes ni divergentes en absoluto. La tensión no puede sobrepasar un máximo — pues entonces perdería todo sentido la hipótesis de un sistema autónomo del «Derecho» —, pero tampoco puede descender de un mínimo, pues en ese caso desaparecería toda posibilidad de utilizar el sistema del Derecho como medida de valoración de la conducta real del hombre, de los contenidos del sistema naturalista. Esta relación, determinada por un máximo y un mínimo, entre el contenido del Derecho o Estado (válidos como órdenes normativos) y el contenido del correspondiente orden natural del acaecer efectivo (como un sector de naturaleza), es la que se traduce en el concepto de positividad.

Según eso, el problema de la positividad aparece como el problema — en modo alguno limitado al dominio de la teoría jurídico-política — de las relaciones materiales entre un sistema del valor y el correspondiente sistema de la realidad, es decir, como el problema de la «realización de los valores». La extraordinaria dificultad que encierra, consiste en la antinomia — inevitable, al parecer — de un dualismo (del cual necesariamente hay que partir) entre el ser y el deber ser, entre la realidad y el valor y el reconocimiento ineludible de una relación material entre los mismos sistemas que se presuponen inconexos.

D. El Estado sociológico y el Estado jurídico

Supuesto que en la antítesis entre la validez normativa del orden jurídico o estatal y la eficacia real de las representaciones psíquicas de este orden es dado un dualismo auténtico, sería un error condenado

al fracaso pretender distinguir el Estado «jurídico» del Estado «sociológico» colocando éste en la superficie del ser — como compendio de las acciones que en ella acaecen — y elevando aquél a la esfera del deber ser — como sistema de normas de Derecho —. El proceso mental seguido por esta concepción, mantenida recientemente por autores egregios, es algo semejante a esto: los juristas pueden conformarse en buena hora con no ver en el Estado más que una estructura normativa, un orden jurídico, y por eso su existencia puede radicar — para ellos — en el dominio de la validez ideal; pero para la Sociología, que aspira a conocer la realidad vital, que quiere conocer empáticamente y, por tanto, explicar causalmente la conducta real del hombre, las acciones humanas, que son parte de la cadena de causas y efectos, el Estado no puede ser más que un transcurso y una conexión de esta conducta, un complejo específico del obrar humano en común (WEBER). Desde el punto de vista de esta «Sociología comprensiva», todos los agregados sociales constituyen tales «complejos del obrar en común». De aquí deriva para ella la tarea de destacar un criterio con arreglo al cual se pueda comprobar que un determinado complejo de acciones humanas es precisamente el «Estado», y de señalar el principio sintético que permita seleccionar un determinado complejo de entre la abigarrada multitud de acciones reales humanas y elevarlo a la categoría de la unidad del Estado, constituyendo de este modo una «estructura social» con una multitud inconexa de actos humanos. En el momento que la Sociología comprensiva — que se presenta como ciencia causal — pretende cumplir esta misión, su punto de mira desplázase de la superficie del ser a la del deber ser; pues el criterio según el cual las acciones humanas son enlazadas en «complejos» especiales, es el «sentido» que contienen las representaciones que orientan la actuación de los hombres. El orden ideal que constituye el contenido de esas representaciones que determinan la conducta real del hombre, es el criterio decisivo de valoración. De modo especial puede decirse que las acciones humanas no son consideradas como «Estado» más que en el caso de que el criterio valorador sea el orden jurídico-normativo estatal. Según esta teoría, existe un «Estado», desde el punto de vista «sociológico» — es decir, como complejo de un específico obrar común —, en tanto que determinados hombres orientan su obrar en el sentido de representarse que existe el Estado como orden jurídico normativo, es decir, de admitir que hay un sistema de normas dotadas de validez ideal. La «Sociología comprensiva» designa, pues, con la palabra Estado tanto el orden jurídico normativo (que, en cuanto contenido de ciertas representaciones, posee validez ideal), como el hecho real de las representaciones de este contenido, motivadoras de una conducta adecuada; y de este modo cree haber distinguido la existencia meramente «jurídica» de la existencia «sociológica» del Estado. Esta última consistiría tan sólo en la «probabilidad» mayor o menor de que se realice de hecho un determinado obrar, cuyo «sentido» radicaría justamente en su orientación al orden jurídico estatal,

atendiendo a su validez normativa. Como quiera que esta probabilidad puede tener distintos grados, la existencia sociológica del Estado tendría que ser susceptible, en consecuencia, de diferenciación gradual. Si la probabilidad desapareciese por entero, el Estado dejaría de existir «sociológicamente». En lo esencial, trátase aquí de una variante del ensayo de comprender el «Estado» como la eficacia de las representaciones psíquicas de las normas, según ya vimos, con la modificación de que aquí es comprendido también como «Estado» el orden jurídico normativamente válido. En lugar de la contraposición corriente de Derecho y Estado, se ofrece aquí la distinción entre un Estado jurídico y un Estado sociológico.

Queda probada con esto la imposibilidad lógica de esta construcción, basada toda ella en un equívoco inadmisible. La «Sociología comprensiva» llega a conceder que cuando habla del «Estado» — un determinado acaecer efectivo — atribuye un sentido enteramente distinto del que le es propio al concepto jurídico del mismo, concepto que ella utiliza en virtud de su precisión y arraigo. Pero ¿por qué utiliza esta terminología, ilícita por equívoca? ¿Por qué llama «Estado» a algo, sabiendo que esta palabra designa en sentido «preciso y arraigado» un objeto enteramente distinto? Pues porque como Sociología, es decir, como conocimiento de lo social, no puede renunciar en serio a convertir en su objeto propio la estructura específicamente «social» Estado, y porque sólo el concepto jurídico, sólo la idea de un orden normativamente válido pone aquella síntesis específica con la cual esta estructura se constituye en unidad de una multitud de actos humanos. El concepto jurídico no es utilizado por la Sociología comprensiva sólo en virtud de su precisión y arraigo — pues ¿de qué serviría aplicar al dominio del conocimiento científico-causalista conceptos de las teorías jurídico-normativas, todo lo precisos y arraigados que se quiera? —, sino que ese concepto es también para la Sociología comprensiva el concepto fundamental y primario, sin el cual no podría ser habida esa unidad peculiar que constituye el «Estado». Y desde el momento que ella designa con dicho nombre no sólo esa estructura mental que constituye la unión social específica que al conocimiento jurídico es dada, sino también ciertos hechos que acaecen en el mundo de la naturaleza, hechos que son visibles y tangibles por ser anímico-corporales; desde ese momento, decimos, mantiene la apariencia de que ella — como ciencia causal orientada al conocimiento de la realidad del acaecer fáctico y, por tanto, no operando más que con actos humanos particulares — es capaz de comprender precisamente esa «estructura» que (en cuanto unión sociales pecífica) sólo existe en la síntesis jurídica; siendo así que su método, propio de las ciencias naturales, tiene que tender en definitiva a declarar inexistentes tales «estructuras», desde el punto de vista gnoseológico. Seguramente es de gran importancia y trascendencia establecer la probabilidad con la que ocurren de hecho acciones de cierto sentido, y muy especialmente hasta qué punto es probable que la representación de

las normas jurídicas sea eficaz, si bien no existe actualmente ningún método para averiguar, siquiera aproximadamente, en un caso concreto, el grado de esta probabilidad, y hay que contentarse siempre con constatar en el caso extremo que una cierta representación de normas ha perdido su eficiencia motivadora.

Pero, sea de esto lo que quiera, nada puede justificar una terminología que designa con la misma palabra dos objetos supuestos como esencialmente diferentes; y nada mejor puede reducir este error *ad absurdum* que la consecuencia del mismo: si el «Estado» es la probabilidad de eficacia gradualmente diversa de ciertas representaciones psíquicas, no hay más remedio que atribuir un grado distinto de estabilidad a cada una de las distintas estructuras que en la historia han aparecido como Estados concretos.

§ 6. La teoría acerca del origen del Estado

A. Sentido del problema

Si la investigación aspira a conocer el contenido concreto de un orden estatal o jurídico, es lícito plantearse la cuestión acerca de bajo qué condiciones naturales, económicas e históricas nacen y devienen eficaces ciertas representaciones psíquicas de normas de determinado contenido. La extraordinaria complicación de este problema, las dificultades de su solución y los mezquinos resultados obtenidos hasta ahora en este sentido, no pueden constituir objeciones serias contra la licitud del planteamiento de la cuestión. El problema planteado es rigurosamente científico, o, si se prefiere llamarlo así, sociológico. También pudiera llamarse, quizá con más razón, punto de vista sociológico aquel que pretende conocer la legalidad inmanente del sistema normativo, puesto que las unidades específicas, bajo cuya forma se nos presentan, según sabemos, las estructuras sociales, particularmente el Estado, constitúyense precisamente en función de este punto de vista. Podría decirse que las condiciones (pertenecientes a la esfera del acaecer determinado por la ley de causalidad) de origen de determinadas representaciones de normas, en el sentido de actos reales psíquicos, constituyen la «infraestructura fáctica» sobre la cual se alzan las normas y sistemas normativos como contenidos específicamente espirituales, como superestructura o «ideología» totalmente autónoma frente al causalismo ciego de la infraestructura. Pero esto no es más que una expresión — tomada de la concepción materialista de la historia — para designar la relación en la que debe representarse el sistema de la naturaleza con el del espíritu, el sistema de la «realidad» con el del «valor»; la relación entre naturaleza y sociedad no es más que un caso especial de esta relación más amplia. El Estado aparece como una «ideología» específica, a la manera de todas las estructuras sociales. Y si ya esto basta para afirmar la exactitud de este tópico tan extendido — que suscita el problema sin llegar a resolverlo —

según el cual son los hechos naturales y económicos de la evolución histórica causalmente determinada los que determinan el contenido del orden jurídico (supuesto que se respete la distinción entre normas válidas y representaciones eficaces de normas, y se reduzca el sentido de dicha proposición al de una ley-límite, tal como antes quedó indicado), no deja de ser cierto, sin embargo, que la relación afirmada entre el contenido del sistema normativo y el contenido del acaecer causal no afecta para nada a la autonomía e independencia de dicho sistema; además, la esencia del Estado, en cuanto orden jurídico, sólo puede ser hallada en la autonomía de este sistema normativo, pero no en el causalismo ciego de la evolución histórica.

Una vez conocido el Estado como ideología social específica, el problema capital de la llamada Sociología o Teoría social del Estado, la cuestión acerca del « origen del Estado », se divide en dos problemas metódicamente distintos. Por de pronto, se presenta la cuestión antes mencionada acerca de las condiciones naturales del nacimiento de aquellos actos psíquicos que tienen por contenido la específica ideología del Estado; hasta ahora no existe un intento serio de solución a esta cuestión, en torno a la cual se han emitido los juicios más vulgares y los tópicos más vagos. Apenas se ha llegado a establecer que el nacimiento del Estado hállase condicionado por la coexistencia permanente de una amplia multitud de hombres; con esto se indica, sin embargo, la condición natural de origen de toda ideología social de diferenciación superior, pero en modo alguno la propia del Estado. Hasta ahora no se ha acertado en la empresa de descubrir las condiciones específicas del Estado. No han sido comprobadas ni aun aproximadamente las hipótesis de que, para constituir un Estado, los hombres deben ser sedentarios, ni menos la de que tuvieran que poseer un análogo origen o un idioma común. Hay pueblos nómadas y pueblos emigrantes que poseen indicios de organización estatal (cfs. acerca de este punto págs. 193 y ss.) y repetidamente revela la historia la existencia de grupos humanos del más vario lenguaje y linaje étnico sometidos de un modo permanente a la disciplina del mismo orden estatal. La teoría según la cual el Estado procede de la familia, será tratada con más detenimiento en otro lugar (cfs. apartado B). Cuando se afirma que la condición para que un Estado nazca es la unidad de la nación, no se hace más que dar expresión al postulado político del Estado nacional, acerca de cuya legitimidad nada nos corresponde decir aquí. Igualmente vano es el esfuerzo para poner en conexión el origen del Estado con determinadas formas de la economía. No puede demostrarse que sólo la dedicación a la agricultura, la ganadería o la caza poseen un carácter a propósito para que se constituyan los Estados; o que para que haya surgido una ideología del Estado haya sido preciso que hayan guerreado entre sí grupos humanos representantes de formas heterogéneas de la economía. (Acerca de esto se exponen más detalles en el apartado C de este artículo.) Pero tampoco ha logrado resultados más concretos la empresa de atribuir a la geografía un influjo decisivo

en el conocimiento de los Estados. Es una vulgaridad evidente sostener que la convivencia durable de un agregado humano depende en buena parte del suelo, hasta el punto de que en las regiones polares o en los desiertos, por ejemplo, apenas es posible concebir la existencia de Estados; pero ni siquiera puede convertirse en regla la influencia indudable de ciertos límites «naturales», como montañas, mares, ríos, etc., en la configuración de los límites de un Estado. Hay Estados y los ha habido siempre — los más significativos, precisamente, desde el punto de vista histórico — cuyo territorio aparece dividido por los que, según el criterio científico-naturalista, deberían constituir sus límites naturales; y ni la extensión de ese territorio se halla limitada por las montañas altísimas o los profundos y anchurosos mares, ni sus fronteras coinciden con las fronteras naturales.

Obsérvese ahora que el concepto de frontera «natural» es muy relativo y que depende en cada momento de la técnica de las comunicaciones. Otras veces, suélese contraponer a las condiciones «naturales» el obrar consciente del hombre, dirigido precisamente a dar origen al Estado, y pregúntase si no será éste el resultado de esa aspiración consciente, en lugar de ser el fruto maduro de un desarrollo orgánico, como un proceso independiente de la voluntad humana, ignorado de ésta.

En el primer sentido contesta la cuestión una teoría defendida por algunos representantes del Derecho natural, los cuales afirman que el Estado tiene su origen en un contrato. Esta teoría no ha de ser confundida con aquella otra teoría pactista que sólo pretende «justificarle» por medio del contrato social, y acerca de la cual se hablará después (cfs. págs. 46 y ss.). Está demostrado que es falsa la hipótesis pactista si se la interpreta en sentido histórico: no se ha «celebrado» nunca un contrato social para fundar un Estado. Sin embargo, es igualmente indemostrable e improbable la doctrina contrapuesta — harto conexa con la teoría organicista —, la cual ve en el proceso de nacimiento del Estado, no una actividad consciente del hombre, sino una conducta meramente instintiva. Si es permitido lanzar conjeturas acerca de este punto, podemos afirmar que para que vaya surgiendo paulatinamente una ideología del Estado, precisa una conducta humana compuesta de actos conscientes, directamente encaminados a la organización, y de actos inconscientes e impulsivos.

Un modo diferente de plantear el problema es cuando se tiende no a averiguar las condiciones de nacimiento de los actos que contienen la ideología del Estado, sino a descubrir una evolución dentro de la esfera ideológica misma. El sentido de esta cuestión se determina así: ¿cómo se convierte la ideología social en general, en una ideología estatal específica? ¿cómo de una situación que es ya social, pero que no es aún estatal, cómo de un orden social, pero aún no estatal, surgen una situación y un orden estatales? Y si se reconoce que lo específico de este orden estatal radica en su carácter coactivo; si se admite que el Estado es, en lo esencial, un «aparato de coacción»; es decir, si se reconoce

que el orden estatal es un orden regulador de la coacción, un orden que prescribe que en el caso de que un hombre realice un hecho socialmente dañoso, otro hombre realice en contra suya un acto coactivo, con objeto de evitar en lo posible la comisión de tales hechos; entonces la cuestión en torno al origen del Estado se transforma en la cuestión acerca del origen de un orden dotado de este específico carácter técnico-social.

Lo que no puede hacerse es resolver esta cuestión tratando de fijar un momento histórico exactamente determinable, pues sólo puede hablarse de Sociedad en general y de Estado en particular, en tanto que un grupo de hombres posee conciencia de su conducta recíproca; y esa conciencia, a medida que se hace más intensa, se va convirtiendo en conciencia normativa, y de este modo se contrapone como norma, como orden racional y «artificial» a la conducta impulsiva de un orden «natural». Si, pues, todo orden social sólo puede comprenderse como una ideología contrapuesta a la naturaleza del acaecer determinado por el causalismo ciego y es preciso instalarse, penetrar en lo íntimo de su autonomía para reconocer en ese orden la «Sociedad» y no la «naturaleza»; si es ya la Sociedad en general y no sólo el Estado en particular quien comienza con ese «tú debes» que — para afirmar su propio sentido específico — tiene que estar de antemano en una posible contradicción con lo que «tú quieres», entonces se demuestra que el elemento de la coacción no es consubstancial al concepto de todo orden social; pero la «tendencia a la coacción» sí que es inmanente al contenido de todo orden social, aunque sólo sea por la razón de que la satisfacción de las múltiples necesidades humanas sólo puede realizarse con una reducida cantidad de bienes y, por tanto, habrá que limitar, coactivamente si es preciso, la conducta del individuo — la cual constituye el objeto del orden social — dirigida a la satisfacción de sus necesidades; pues el acto coactivo es el medio por el cual puede armonizarse el «deber ser» del orden objetivo con el querer subjetivo de los individuos en contradicción con aquél. Seguramente, la antítesis de «libertad» y «coacción» — la cual, objetivamente considerada, no es otra cosa que la contraposición de dos diversas legalidades: la legalidad causal de la naturaleza y la legalidad normativa de la Sociedad, es decir, la contraposición de dos sistemas — hállase ya en la antítesis de naturaleza y Sociedad.

Lo que es considerado subjetivamente como coacción «interna» es el deber ser, que es en sí y para sí; pero la coacción «externa», el acto coactivo puesto como contenido de la norma, no es otra cosa, en el fondo, que la manifestación de esta coacción interna acaecida desde el punto de vista de la probabilidad de su realización. Y si la tendencia a la coacción es inmanente a las órdenes sociales que constituyen los grupos más primitivos, cada uno de estos órdenes es ya un Estado embrionario, y es un vano esfuerzo determinar el momento en el cual, supuestas ciertas condiciones exteriores, la «horda», el grupo todavía no estatal, se convierte en Estado; es decir, señalar el momento en el

que el orden social incluye entre sus elementos el momento de la coacción externa. También la transformación de la ideología social sólo es concebible como el *continuum* de un desenvolvimiento material.

B. La familia como origen del Estado

La muy antigua teoría, modernamente resucitada en ciertos medios científicos, según la cual el Estado procede de la familia, redúcese, de primera intención, a una hipótesis modesta: la convivencia de padres e hijos, como progenitores y engendrados en sentido biológico, constituye la condición naturalmente dada para el nacimiento del primer orden social, que será ya un orden coactivo. Esta teoría no encuentra sus fundamentos tanto en la experiencia histórica como en la autorreflexión reconstructiva. De hecho, en la persona del abuelo ve la conciencia del niño la primera autoridad, el primer legislador, en una palabra, el portador del «deber ser» del orden social. Y así como más tarde el padre deviene símbolo de toda autoridad, pues el Dios al cual se reza, el héroe al cual se admira, el príncipe al cual se ama sólo aparecen como sustitutivos del padre — y sólo en cuanto representantes del padre pueden suscitar estas «autoridades», en favor suyo, aquellos afectos anímicos que convierte a los hombres en niños sin voluntad propia (FREUD) —, del mismo modo, mirando hacia atrás, se convierte al padre en fundador de la Sociedad y se hace de la familia la «célula» del Estado; y en este sentido, tal concepción es exacta. Mas no le es lícito, por más que lo haga con sobrada frecuencia, aparecer en el estadio científico con la intención política de atribuir a la familia el carácter de «fundamento» del Estado, y sostener que es esencial a él estatuir un orden jurídico de base familiar. Nada hay que oponer a esta concepción si se limita a exponer un criterio político acerca de la estructuración más conveniente del orden estatal; pero es un sofisma si pretende erigirse en teoría científica. Sobre base análoga, es decir, sobre una determinada diferenciación de valor entre hombre y mujer desde el punto de vista filosófico-sexual, descansa aquella otra teoría que trata de reducir el Estado y, en general, todos los grupos sociales «superiores», no a la familia como unión del padre y la madre con los hijos, sino a especies de asociaciones masculinas creadas por el instinto de la sociabilidad, diferente del impulso sexual (SCHURTZ). Pero ya los grupos «inferiores», dentro de los cuales hállanse en los mismos pueblos primitivos tales asociaciones, revélanse ante un examen detenido como órdenes coactivos; contienen, por tanto, el germen de la estatalidad. El orden social de los primitivos refiérese por igual a hombres y mujeres, puesto que es, en primer término, ordenación de las relaciones sexuales y — en tanto que nos es conocido históricamente — contiene medidas draconianas contra el ejercicio antilegal del impulso sexual (así, por ejemplo, el incesto se castigaba con la muerte); pero también cuando ese orden trata de proteger la vida realiza igualmente actos coactivos, que sólo el punto de vista subjetivo del dañado en sus intereses podría

considerar « venganzas » *(vendetta)*. Su función objetiva es independiente de esta interpretación subjetiva y nada impide que el acto coactivo, por medio del cual reacciona el orden jurídico contra el hecho socialmente dañoso, sea realizado por el mismo que ha sido lesionado en su interés — el padre, los hermanos, la esposa del muerto —. Ciertamente, desde el punto de vista técnico-social, representa un considerable progreso que el orden estatal coactivo prescrito por el ordenamiento de la comunidad no sea realizado ya por los mismos interesados, sino solamente por órganos especiales llamados a ello; así como que, perfeccionándose cada vez más esta división del trabajo, las normas reguladoras del delito y sus consecuencias jurídicas dejen de ser normas consuetudinarias transmitidas por la tradición oral y se conviertan en normas fijas y escritas y constituyan claros preceptos para el procedimiento a seguir con los hechos que han de ser castigados; finalmente, implica un progreso que el procedimiento de los órganos especialmente dedicados a esa función sea un procedimiento «escrito». Decir que un orden jurídico no es un Estado mientras no alcanza esta fase de su evolución, suscita la creencia, falta de fundamento real, de que entre él y un orden jurídico técnicamente primitivo media una diferencia esencial, tanto más si se mira dicha diferencia en el hecho de que sólo en esa fase evolutiva avanzada existirían órganos de la comunidad, y, por tanto, una organización, unos « órganos del Estado » que darían existencia a éste. Pero también el hijo que ejercita la vindicta contra el que injustamente ha matado a su padre, actúa como órgano del orden jurídico, es decir, como órgano de la comunidad constituída por este orden jurídico, y sólo por él. Entre el hijo y el juez que aplica una « pena » no existe más que una diferencia gradual: a diferencia de aquél, éste es un órgano que funciona con arreglo a la división del trabajo, y el orden más primitivo no deja de ser una organización dotada de órganos, que son los que ejecutan sus normas. Si, a pesar de todo, solamente quiere llamarse « Estado » a un orden jurídico que funcione a través de órganos especializados a los cuales delega funciones específicas, nada hay que objetar contra esta terminología, siempre que con ella no pretenda expresarse otra cosa que el momento técnico-social.

C. Teoría de la lucha de clases

Ahora bien; hay que rechazar decididamente cierto ideario según el cual solamente constituye « Estado » aquel orden coactivo cuya finalidad o efecto es el dominio de un grupo explotador sobre un grupo explotado, es decir, el dominio de una clase sobre otra. Lo que en definitiva proporciona este ideario, que se traduce particularmente en una teoría acerca del origen del Estado, no es tampoco conocimiento esencial, sino una tendencia política: el considerar éticamente inadmisible dicha explotación de un grupo de hombres por otro. Según esta teoría, el Estado nació exclusivamente en virtud del hecho de que

chocaron dos grupos de estructura económica heterogénea : una horda nómada, dedicada a la caza o al pastoreo y, por tanto, guerrera, y un grupo pacífico, sedentario, agricultor; aquélla sometió y dominó a éste con objeto de apropiarse permanentemente el sobrante del rendimiento de trabajo de los sometidos (GUMPLOWICZ). O bien, según otros, el origen del Estado o, mejor, del dominio de una clase sobre la otra, no precisó la ayuda de una contienda bélica entre grupos económicamente heterogéneos, sino que bastó el desarrollo inmanente de un grupo originariamente homogéneo : con el tránsito de una forma de economía a otra, por ejemplo, de la caza a la ganadería, o de una economía primitiva agraria o pastoril a una de tipo intensivo y a la producción industrial, una parte del grupo se apropia para sí sola los medios de producción y da al orden social un contenido tal, que sirve para garantizar el mantenimiento pacífico de esta situación de hecho (MARX-ENGELS).

No hay que negar en modo alguno que el contenido del orden coactivo estatal sufrió la influencia decisiva de la sumisión de un grupo a otro por el tránsito de una forma de producción a otra. Lo que resulta falso es la opinión de que el orden coactivo estatal no tuviese otra finalidad que la explotación económica de los desposeídos por los protegidos por el orden jurídico en la propiedad privada de los medios de producción. Ese aparato coactivo que constituye el « Estado » es un medio específico técnico-social para fines harto diversos, y puede servir tanto para el mantenimiento de una explotación injusta del hombre por el hombre, cuanto para suavizarla y aun suprimirla por entero, convirtiéndose en protector de la propiedad colectiva de los medios de producción. Precisamente porque lo que se busca en el concepto del Estado es la expresión de la antítesis de la coacción y la libertad anárquica, debe aquél limitarse a ser el concepto de un orden coactivo, dejando a un lado los fines económicos o de la clase que sean, para los cuales sirve el orden coactivo. Por lo demás, la teoría que pone el origen del Estado en el choque bélico de dos grupos no puede negar seriamente que esos grupos, antes de encontrarse, poseían ya una organización coactiva de tipo estatal, lo cual vale principalmente respecto de las hordas nómadas guerreras. A su vez, la teoría que explica el origen del Estado fijándose en la variación introducida dentro de un grupo originariamente homogéneo por el paso de una forma de producción a otra, se representa el estado social preestatal como algo anárquico, como un comunismo primitivo, libre de toda ordenación coactiva. Pero esta representación está en contradicción con los hechos y no es tanto el fruto de la investigación histórica cuanto de la construcción especulativa basada en el supuesto siguiente: un orden coactivo sólo es posible con el fin de mantener una situación antinatural e inética de explotación del hombre por el hombre, habiendo nacido con esa situación y habiendo de morir con ella. Por consiguiente, esta doctrina sobre el origen del Estado encuentra su complemento en una doctrina acerca de la desaparición del mismo : en el momento que la explota-

ción desaparezca, sustituyéndose la propiedad privada por la propiedad colectiva de todos los medios de producción, entonces ya no hará falta ningún aparato coactivo, puesto que habrá sido suprimida toda antítesis posible entre el querer subjetivo y el « deber ser » objetivo del orden social. El Estado — al cual presenta esta teoría esencialmente como orden coactivo — deviene superfluo y « muere » (ENGELS).

Precisamente los aventurados pronósticos acerca de una evolución ciegamente determinada por factores naturales a que tiende esta doctrina, pretendiendo atisbar el porvenir, denuncian el carácter enteramente ético-político y aun utópico de su hipótesis « sociológica » sobre el origen del Estado, aparentemente destinada a aclarar el pasado. Esto se pondrá en claro al exponer el problema de la Política y sus relaciones con la Teoría del Estado.

CAPÍTULO SEGUNDO

Estado y Moral

La Teoría del Estado como Política

§ 7. La doctrina sobre la justificación del Estado

A. La Política como Ética y como Técnica

La Política como ciencia, es decir, como un sistema de conocimientos expresados en juicios, tiene que ser una disciplina específica distinta de la Teoría general del Estado. Si la Teoría general del Estado se pregunta qué es, y cómo es el Estado, y cuáles son sus formas fundamentales y sus contenidos capitales, la Política se pregunta si «debe ser» el Estado y cuál es la mejor de sus posibilidades. Planteado así el problema, la Política aparece como una parte constitutiva de la Ética, como uno de los conocimientos morales que señalan finalidades objetivas a la conducta humana, es decir, que estatuyen como debidos ciertos contenidos. Pero si se considera la Política desde el punto de vista de la realización de las finalidades objetivas señaladas en otro lugar y, por tanto, supuestas de antemano, y lo que se busca son los medios adecuados, es decir, establecer aquellos contenidos que la experiencia demuestra que actúan como causas de aquellos efectos que corresponden materialmente a las finalidades previamente supuestas, entonces la Política no es Ética, no se dirige a la legalidad normativa, sino «Técnica» si se quiere llamarla así: Técnica social referida en cuanto tal a la legalidad causal de la conexión de fines y medios. Hay que distinguir claramente el problema normativo: ¿es debido, y por qué, un determinado contenido? del problema teleológico: ¿cuáles son las causas (medios) que determinan una situación de hecho (fin) previamente querida, coincidente con el contenido debido? Así, pues, por grandes que sean las relaciones entre Ética y Técnica, difieren radicalmente desde el punto de vista metódico.

Considerada la Política como Ética, como señalando finalidades objetivas, como afirmando el ser debido de ciertos contenidos, tiene que llegar en la fundamentación de sus juicios a normas o juicios de valor cada vez más generales, hasta alcanzar una norma ya definitiva cuya validez no es demostrable y no puede ser más que supuesta; sólo de este modo es posible un sistema ético-político. Frente a estas normas

fundamentales, que sirven de apoyo último a los diversos sistemas políticos, el conocimiento teorético tiene que limitarse a dibujar la tipicidad de todos los sistemas históricamente dados o simplemente posibles, con referencia al contenido de la norma fundamental, dividiéndolos en dos o más grupos a la manera del valor que se ha estimado superior. Las antítesis de sujeto y objeto, de persona y cosa, de individuo y colectividad, de libertad e igualdad y otras varias, constituyen, a este efecto, principios de división corrientemente usados. Ahora bien, el punto de vista desde el cual se realiza la división no es ético-político, normativo, por tanto, sino más bien es el punto de vista de la historia y la crítica de las doctrinas. Desde un punto de vista normativo, los principios superiores que servirían de base a los diversos sistemas tendrían que carecer de un fundamento objetivo, serían en este sentido enteramente subjetivos o, mejor, no serían válidos más que de modo hipotético o relativo. Todos los juicios de un sistema ético-político presuponen necesariamente este principio fundamental indemostrable: si vale esta proposición, valen igualmente todas las demás. Ahora bien, no puede demostrarse que tal proposición sea precisamente válida. Ciertamente, la especulación ético-política posee a veces la tendencia a superar esa situación elevando, a esos principios superiores, a la categoría metafísica de verdades absolutas. Y precisamente atendiendo a esto es posible agrupar los sistemas ético-políticos con arreglo a la antítesis ideológica que media entre la dirección metafísico-absolutista y la dirección crítico-relativista, de las cuales la primera afirma lo que niega la segunda, a saber: la cognoscibilidad de verdades y valores absolutos.

Pero en tanto que se considera la Política como Técnica social, en tanto que se dedica a buscar cuáles sean las causas (medios) correspondientes a ciertos contenidos (fines establecidos previamente como «debidos» por la Política en cuanto Ética) queridos como efectos en la realidad natural, sus juicios versan acerca de la conveniencia u oportunidad de los medios. El grado de verdad de estos juicios ha de estimarse según la posibilidad que ofrezcan para examinar exactamente la eficacia de los medios propuestos. Pero esta posibilidad es bien pequeña relativamente, por la imposibilidad del experimento.

B. El anarquismo

La primera y principal antítesis entre las teorías políticas resulta según que el Estado sea afirmado o negado fundamentalmente como un orden coactivo. Puede negarse, en principio, que la validez del orden estatal, y, por tanto, la pertenencia a la comunidad estatal, sea independiente del querer y del deseo de aquellos para los que, por su mismo sentido, pretende valer; así como que la eficacia de este orden esté garantizada por el acto coactivo externo que pertenece al contenido específico del orden estatal. Si se acude a la libertad para hacer de ella el principio superior axiológico, esto posee en principio un sentido meramente

negativo y carece del carácter de una justificación positiva. La actitud espiritual de este tipo que designamos con el título de «anarquismo» en su sentido propio y originario, es la repulsa de la coacción, considerada insoportable, en la que una voluntad extraña se impone a la propia: es el resentimiento contra la heteronomia. Con el principio de no someterse más que a la propia voluntad, de no subordinarse más que al orden que uno se da a sí mismo, queda negada en absoluto la idea de todo orden — pues justamente a la propia voluntad es a la que no se puede estar «sometido»; y al orden que uno se da a sí mismo, y que, por tanto, puede variar en todo momento, es al que no cabe «subordinarse» —. No es que este anarquismo individualista represente un deber ser, una norma de determinado contenido opuesta al Estado considerado como un orden de contenido diferente, sino que representa la negación fundamental de todo deber ser, la negación de la norma, en general, enlazada de modo necesario con la repulsa de su validez objetiva. Y este anarquismo, enclavado en la esfera subjetiva, constituye un nihilismo social si se considera que la esencia de lo social es el orden objetivo, y que el mundo de lo social es un mundo de normas y valores objetivos. La fraseología en la que se expresa esta mentalidad — «destrucción» y «exterminio» de la Sociedad presente — no pasa de ser un síntoma relativamente subalterno. Lo decisivo es que el conocimiento de la Sociedad le está totalmente vedado. La teoría social subjetivista del anarquismo es el correlato del solipsismo gnoseológico, el cual queda encerrado en la esfera de lo subjetivo; pues, partiendo del sujeto como fundamento y medida de todo lo real, tiene que acabar por negar lo objetivo, el mundo como no-sujeto. Por lo demás, ni este solipsismo gnoseológico ni la teoría social anarquista pueden ser consecuentes con sus propias premisas. Del mismo modo que toda negación del objeto se suprime en sus propios juicios — que son, por esencia, objetivos —, en los cuales el sujeto se desnaturaliza al convertirse en objeto del juicio — en *objeto*, que es lo que en principio se niega —, el anarquismo aspira a justificar su posición, y de ese modo cae de nuevo en la esfera de lo social-objetivo que primeramente trataba de exterminar, pues toda «justificación» significa «objetivación». Éste es el camino por el cual el anarquismo individualista llega a convertirse en el llamado anarquismo «colectivista»; este viraje se observa más o menos marcadamente en todos los anarquismos teóricos. Ya representa un primer avance en este sentido el hecho de representarse la «libertad» como principio axiológico objetivo, es decir, como norma, como deber ser de determinado contenido, pues de este modo constituye una legalidad, un «entrelazar», por tanto, aun cuando de distinta especie que el de la legalidad causal de la naturaleza. Y si bien la forma en la cual se expresa el contenido que el anarquismo atribuye al deber ser no es la adecuada (pues en la proposición: «tú debes hacer lo que quieras» el contenido rompe la forma, por así decirlo), es bien visible, sin embargo, la tendencia a afirmar una norma, y no a su negación pura y simple. El llamado anarquismo colecti-

vista no implica una ausencia total de orden ; afirma, por el contrario, el reino de lo social, pero lo identifica con el orden de la naturaleza. Cuando rechaza toda intervención «artificial» en el estado de la Sociedad « natural », que es un estado de libertad natural ; cuando postula el « retorno a la naturaleza », lo hace porque acepta la existencia de un « *ordre naturel* », de un orden natural de la conducta humana, que no es más que un elemento del orden natural en general. No niega la legalidad social, si bien ésta no constituye más que un caso de la legalidad causal de la naturaleza. A diferencia del nihilismo amoral y ciego para el valor, que niega la existencia del deber ser, el anarquismo colectivista posee una tendencia totalmente ética y normativa. Lo propio de él es que sostiene la identidad de ser y deber ser, que acepta la bondad de todo lo existente o cree, al menos, que lo existente se desenvuelve por necesidad en el sentido del bien. El orden natural, libre de toda intervención artificial, es el orden mejor en todas sus partes, es el único que representa la armonía natural en la cual está garantizado el interés de todos y no sólo el de un particular o el de algún grupo privilegiado. Por eso la coacción estatal equivale a una perturbación de esta armonía. Basta que aquélla desaparezca para que quede asegurada la comunidad solidaria de un orden justo por ser natural, dado con la misma naturaleza de las cosas : el orden de una comunidad dentro de la cual ya no hay antítesis entre sus miembros ni entre uno de éstos y un orden dedicado a garantizar tan sólo los intereses de una parte del grupo. Este orden nuevo no necesita de la coacción, pues no exige del hombre más de lo que éste quiere por su propia e íntima naturaleza. Y este orden plenamente adecuado a la naturaleza del hombre, porque de la naturaleza proviene, es plenamente bueno ; porque lo que hace malo al hombre — el cual, como todo ser vivo, como todo cuanto existe, es originariamente bueno — es el orden artificial del Estado con la coacción que necesariamente implica, y que hace que el hombre llegue a no poder pasar sin la coacción. Por eso, el anarquismo declara que el Estado histórico es un mal, un fenómeno patológico, por así decirlo.

De esta peculiar posición frente al problema social en general, y al del Estado en particular, deriva una consecuencia metodológica harto característica. Puesto que la Sociedad es considerada como algo « natural », es decir, como un sector de naturaleza determinado por el causalismo ciego, el conocimiento de la Sociedad debe incluirse entre las ciencias naturales que tienden a la averiguación de conexiones de causalidad. Como quiera que se ignora e incluso se niega toda distinción fundamental entre ser y deber ser, tiene que desaparecer también la contraposición entre el punto de vista causal y el normativo. El conocimiento del acaecer real y el examen de la conducta debida del hombre tienen que ser objeto de la misma consideración científica. De ese modo, lo bueno tiene que ser inmanente al acaecer real, del mismo modo que a la realidad social tiene que ser inmanente el valor. O lo real es ya de antemano lo bueno, o se le explica como una evolución que va de

lo malo a lo bueno, de lo bueno a lo más bueno, y de lo más bueno a lo mejor. La evolución social, pues, tanto desde el punto de vista natural, como desde el punto de vista ético, tiene sentido ascensional. Esta teoría social, una vez iniciada su marcha en esta dirección, se inspira en el modelo de la ciencia natural — que en el siglo XIX alcanzó desenvolvimientos insospechados — y trata de descubrir una ley de la evolución de la Sociedad humana, cuya formulación es la siguiente, poco más o menos : en un principio no existía el Estado ; la evolución social parte, pues, de un estado « natural », es decir, « paradisíaco » de inocencia, en el cual imperaba la libertad; y a medida que la evolución vaya alcanzando sus fases superiores, retornará a ese estado de anarquía. Pero este su favorito esquema de la evolución no pasa de ser un medio para proyectar sobre una superficie históricamente construída un ideario fundamentalmente ético-político. El error de este ideario, empero, radica, de una parte, en que niega la antítesis de ser y deber ser, al sostener la inmanencia del valor en la realidad, y, de otra parte, declara disvaliosa cierta realidad — el Estado como hecho histórico —, contraponiendo a lo « naturalmente bueno » lo « artificialmente malo »; si bien, desde su punto de vista monista, tendría que conceder que también esto « artificial » era algo « natural » y, por tanto, « bueno ». En esta antítesis de natural y artificial, de libertad y coacción, etc., no se manifiesta tanto la distinción de dos objetos dentro del mismo sistema, sino la contraposición de dos puntos de vista esencialmente distintos, por tanto de dos sistemas de conocimiento, las antítesis de valor y realidad, de ser y deber ser, de naturaleza y espíritu, y, muy especialmente, de naturaleza y Sociedad. No hay un orden natural y un orden social artificial, sino que todo orden social es « artificial » frente al orden natural sometido a una legalidad diferente, la legalidad de la naturaleza. Calificar, pues, de « natural » a uno de los varios posibles órdenes sociales, no significa otra cosa que considerarlo absolutamente preferible a los demás ; la identificación con la naturaleza no es más que el ensayo encubierto de elevarlo a una categoría absoluta.

Éste es uno de los rasgos fundamentales de la ideología « jusnaturalista » que domina, hoy como siempre, el pensamiento ético-político. En la ignorancia del dualismo de ser y deber ser; en la creencia en un orden social idéntico con el orden natural, plenamente congruente con la naturaleza humana, radica el fundamento decisivo en virtud del cual es impulsada esta teoría a la hipótesis utópica de una naturaleza humana absolutamente buena, que haría innecesaria toda coacción. Si el ser de la conducta humana está predestinado a no entrar jamás en contradicción con el deber del orden objetivo, la coacción es superflua, pues su fin es únicamente conformar la conducta humana al orden objetivo. A medida que la teoría social se va desvinculando del dominio subjetivo — en relación con lo social — del acaecer natural, y se eleva a una esfera autónoma objetiva ; a medida, por tanto, que se va admitiendo la objetividad del orden social, su carácter normativo y, en con-

secuencia, la posibilidad de una contradicción entre la conducta efectiva de los individuos y el orden social, tiene que aumentar igualmente el convencimiento de la necesidad técnica del momento coactivo en el contenido de un orden social regulador de intereses vitales de un grupo humano. Por eso no tiene nada de chocante que el anarquismo colectivista no rechace enteramente la necesidad de la coacción; pues, atendiendo a la objetividad de la validez del orden por él postulado, no excluye por completo la idea de un conflicto entre este ordén y los miembros de la comunidad; si bien trata de disimular la contradicción con su punto de partida diciendo que esta coacción, necesaria incluso al orden anárquico, constituye la « excepción », y la reacción ejercida contra la voluntad del rebelde no es, propiamente, una « coacción », puesto que ésta se ejerce en el interés solidario de todos y tiene que ser querida y reconocida tácitamente por todo individuo que comprenda cuál es su « verdadero » interés. Con lo cual resulta que esta teoría que dice recusar toda coacción, se sirve en el fondo de la misma argumentación ficticia que la doctrina del estatismo o « politismo », que se impone la tarea de justificar la coacción del Estado.

C. El estatismo

A diferencia del anarquismo, debe designarse aquí con el nombre de « estatismo » o « politismo » aquella teoría política o, mejor, la dirección fundamental de aquellas teorías políticas que afirman fundamentalmente al Estado como orden coactivo. No existe hasta ahora un término generalmente utilizable para designar con él la totalidad de estos sistemas políticos afirmadores del Estado. Y esto no es un azar, pues el conjunto de las teorías políticas que afirman el Estado es, en el fondo, el mismo conjunto de todas las teorías políticas en general; pues una teoría que negase consecuentemente el Estado se destruiría a sí misma, según se ha visto, como teoría política y aun como teoría social.

1. Liberalismo, conservatismo y socialismo de Estado. Cuando el anarquismo colectivista admite, al menos excepcionalmente, el elemento de la coacción en su orden social, inicia ya el viraje hacia una teoría estatista; pues permitiendo la aplicación de la coacción y, por tanto, la organización de un aparato coactivo — aun cuando vaya dirigido tan sólo contra aquellos miembros ofuscados de la comunidad que no saben apreciar su « verdadero » interés, y que por esa razón constituyen casos patológicos desde el punto de vista social —, no niega ya el Estado, sino que, simplemente, lo « reduce » a una expresión mínima a favor de la Sociedad libre. Esta actitud es la misma adoptada por la teoría política del liberalismo. Ahora bien, éste no parte necesariamente del supuesto optimista y utópico según el cual el hombre es naturalmente bueno y la conducta antisocial no es más que un caso patológico, de tal modo que el acto coactivo ejercido contra él no constituye una pena propiamente dicha, sino curación,

mejoramiento, supresión o minoración de su peligrosidad; sino que, con criterio más realista de la naturaleza humana, considera que la aplicación de coacción y, por tanto, el Estado, es imprescindible, si bien es un «mal necesario», por lo cual su ámbito debe ser reducido al mínimo: defensa de la seguridad exterior, protección de la vida y la propiedad de los miembros del Estado, en el interior; pero nada de fomentar el bienestar de los ciudadanos y, especialmente, nada de intervención estatal en la vida económica y en la cultura espiritual, pues una y otra no florecen más que con el libre juego de las fuerzas sociales. Si el contenido del orden coactivo estatal debe ser limitado lo más posible en interés de la libertad de los individuos — acerca de eso volverá a insistirse cuando se estudie la doctrina del fin limitado del Estado —, también la forma del orden estatal, esto es, la producción del mismo debe corresponder al ideal de la mayor libertad posible de los ciudadanos. Puesto que la coacción estatal es inevitable (considerada como vinculación jurídica), la libertad no puede consistir más que en la autovinculación, en la autodeterminación de quienes han de ser jurídicamente determinados, y el orden jurídico estatal habrá de ser producido por aquellos mismos para los cuales pretende validez obligatoria; luego el liberalismo exige autolegislación, autoadministración, en una palabra: una forma democrática del Estado (cfs. págs. 408 y ss.). De un punto de vista radicalmente opuesto al del anarquismo y el liberalismo parte aquella teoría política que se acostumbra a designar ordinariamente como conservadora. Para ella, el más alto valor no es el individuo y su libertad, sino la colectividad. Esta doctrina — que es también una teoría acerca de la esencia del Estado — considera que el individuo es parte constitutiva de una totalidad superior — el Estado — a cuyas funciones para con el individuo no cabe trazar límites. Desde el punto de vista de esta concepción, la relación entre el Estado y la Sociedad se regula de forma que la Sociedad queda absorbida por el Estado.

Los autores orientados en esta dirección no sólo sostienen la necesidad de estatificar todas o el mayor número posible de relaciones sociales, sino que es clara en ellos la tendencia a identificar el Estado con la Sociedad. Desde un punto de vista metodológico, esta teoría social puede parangonarse con un cierto objetivismo gnoseológico cuyo punto de partida es la razón objetiva, el espíritu objetivo, frente al cual la conciencia individual no representa más que un fenómeno más o menos subalterno y efímero, o incluso una ilusión. Del mismo modo que la teoría gnoseológica, la análoga teoría social tiende al absolutismo metafísico. Puesto que la libertad de los individuos no es un valor para esta teoría política, nada se opone a que la producción del orden estatal se realice de forma que excluya la participación en la misma de la gran masa de súbditos. El dominio corresponde al mejor o a los mejores. La mayoría de los autores partidarios de esta dirección muestran, en efecto, tendencias autocráticas o aristocráticas; pero hay que declarar expresamente que no existe una conexión conceptual

necesaria entre una teoría social objetivista, de un lado, y los postulados políticos de un fin expansivo del Estado y una forma autocrática del mismo, de otro; pues, en general, de un examen de la esencia de la Sociedad y, en particular, del Estado, no puede deducirse ninguna consecuencia relativa a la forma o al contenido del orden estatal. Se puede estar, teóricamente, en el punto de vista de una concepción objetivista del Estado y, sin embargo, defender la democracia y el fin limitado del Estado; y, del mismo modo, se puede enlazar la exigencia democrática con la tendencia al máximo posible de esta estatificación de la Sociedad.

Esto puede decirse, por ejemplo, de aquella dirección política generalmente conocida con el nombre de «socialismo de Estado», que tiene de común con la doctrina conservadora su violenta contraposición al liberalismo. El socialismo de Estado distínguese de la teoría conservadora, ante todo, en que ésta trata de mantener (mediante el orden coactivo estatal) la forma actual de las relaciones sociales y, especialmente, económicas, y, por tanto, aspira a conservar una diferenciación más o menos grande entre los diversos grupos o clases sociales; mientras que aquél aspira al ideal socialista de la igualdad, mediante la estatificación de la producción y una cierta regulación del consumo, de la distribución de los productos. El socialismo estatal afirma el Estado, y ve en él el instrumento técnico-social más adecuado para la realización de su ideal. De este modo se pone en contradicción con el socialismo anarquista, el cual sólo encuentra realizable su ideal dentro de la Sociedad libre, y, o bien exige un derrumbamiento del Estado por medio de un movimiento revolucionario, o espera que la evolución social acabará en definitiva con la muerte del Estado.

El liberalismo — que surgió potente a comienzos del siglo XIX como heredero del Derecho natural individualista — constituyó en su origen la teoría económica de la burguesía, la cual jugaba ya el primer papel en la economía, pero todavía no había logrado la plenitud de sus derechos políticos; pues el gobierno del Estado hallábase aún en manos del monarca y de una nobleza enlazada con él por los vínculos de una comunidad de intereses. Como la burguesía no ejercía un influjo decisivo en la formación de voluntad política, su ideología declaraba el Estado como un mal; pero como al mismo tiempo se veía protegida por ese Estado en sus intereses económicos, hacía la aclaración de que se trataba de un mal necesario, y además exigía lo que aún faltaba a aquellas capas sociales cuya ideología expresaba: democracia, es decir, participación en el Estado, al mismo tiempo que se mantenía el ideal de la libertad fuera del Estado. Pero el proletariado, la masa de los desposeídos, no sólo de sus derechos políticos sino de derechos económicos, podía ser más consecuente en su ideología. El socialismo, la teoría política del proletariado surgida potente a mediados del siglo XIX, posee una orientación enteramente anarquista, al menos en su dirección fundamental: el marxismo. El Estado, que ni desde el punto de vista político ni económico ofrece nada al proletariado, no

es un mal necesario, sino un mal ya pasado o un mal que con el tiempo será superfluo.

El Estado que aquí se niega es el Estado histórico y concreto, no el Estado abstracto, como se hace creer a veces; el mismo Estado al cual ensalza la doctrina conservadora — la teoría de las clases políticas dominantes en la primera mitad del siglo XIX — como la suprema realidad ética, cuya conservación y desenvolvimiento constituye la suprema finalidad moral.

Pero hacia el fin del siglo XIX se inicia un cambio de orientación muy característico. La burguesía se ha convertido ya en la clase política dominante o, al menos, condominante; ha expulsado en todo o en parte a la nobleza del puesto que ocupaba en la gobernación del Estado, ha conseguido una participación decisiva en la legislación bajo la monarquía constitucional, y, a consecuencia de estos avances logrados, comienza a reconocer que el Estado es ya «su Estado». De este modo varía su ideario político.

En la teoría representativa de los intereses espirituales de la burguesía, el Estado deja de ser un mal necesario y se convierte en un instrumento preciso y útil para la realización de múltiples fines sociales. Hacia fines del siglo XIX, la burguesía se decide, en sus mejores representantes, por una amplia política social y por la estatificación de ciertas funciones económicas en las que predomina con especial intensidad el interés público, principalmente los servicios de comunicaciones. El viejo liberalismo va desapareciendo paulatinamente como teoría política de la burguesía y es desplazado a ojos vistas por una nueva dirección, a la cual se suele llamar con cierta ironía «socialismo de cátedra», que se aproxima bastante al socialismo de Estado. Pero en la misma medida en que se va borrando la oposición entre burguesía y nobleza, es decir, entre la teoría liberal y la conservadora, surge en primer plano la antítesis entre la burguesía, en cuanto clase dominante política y económicamente, y el proletariado, como clase de los desheredados, económica y políticamente; y esta antítesis, que sólo parece superable mediante una catástrofe revolucionaria, es atenuada esencialmente por los hechos; de una parte, el desarrollo de la democracia, exigida por la misma burguesía, favorece al proletariado mediante la implantación del sufragio universal igualitario; de otra parte, la burguesía — si bien bajo la presión del movimiento proletario — sólo trata de afirmar su dominio económico y cultural en un grado medio: política social, legislación tributaria niveladora, libertad económica limitada, tareas político-culturales del Estado. Ahora bien, frente a este nuevo tipo de Estado, la teoría socialista — como ideología proletaria — no puede mantenerse en su primitiva posición de anarquismo extremado, tanto más, cuanto que los partidos políticos del socialismo se ven obligados cada vez más intensamente en las constituciones democráticas a aceptar, ya sea solos o en coalición con partidos burgueses, la gobernación del Estado, cuya muerte o derrumbamiento proclamaba el dogma socialista en su pureza. Este dogma, que se ha acreditado como

un instrumento aprovechable en la lucha por el dominio político, constituye un obstáculo en el camino del poder. Por eso se prescinde de él, más o menos abiertamente. El socialismo, considerado como ideología política del movimiento de las masas proletarias, pasa así de una posición anarquista a una posición estatista.

2. La « teoría del poder ». Si se atribuye al estatismo una fundamentación de su punto de vista; si se plantea el problema de una justificación del Estado, tiene que quedar claro ante todo en qué sentido puede plantearse, en general, esta cuestión acerca del fundamento del Estado (acerca del fundamento « jurídico », como se dice de ordinario, sin notar que se identifica el Estado con el Derecho si como fundamento del Estado se señala el mismo fundamento del Derecho). Puesto que el Estado, en cuanto unidad social específica, sólo puede comprenderse como orden, como un sistema de normas, la cuestión en torno a su fundamento — prescindiendo de otras determinaciones necesarias de su sentido — tiene que reducirse a una norma, a un deber, puesto que es la cuestión en torno al fundamento de un deber ser, de una norma. El dualismo lógicamente irreconciliable de ser y deber ser radica precisamente en que la cuestión acerca de por qué un determinado contenido vale como existente o como debido, se desarrolla dentro de una de las dos esferas; y no hay ningún puente lógico que comunique el ser con el deber ser, o a la inversa. Puesto que el problema de la « justificación » es siempre un problema fundamentalmente normativo, en tanto que sólo puede conducir a un deber ser, sólo puede tener igualmente como punto de partida un deber ser, es decir, sólo puede referirse a una norma como objeto del problema. El ser, en cuanto tal, no es justificable, sólo puede ser explicable causalmente. Por tanto, si, como sucede con frecuencia, se pretende contestar la cuestión acerca del fundamento del Estado haciendo referencia a un ser fáctico, o se practica un notorio sincretismo metódico, o se tiene un síntoma de que no se considera al Estado como el orden de un sistema normativo, sino como un hecho « natural », como el efecto de ciertas causas; por tanto, no se tiende a la justificación normativa de la validez de un deber ser, sino a la explicación causal de un efecto real. Es decir: en lugar del contenido espiritual específico de un orden ideal (lo único que puede constituir esa unidad llamada « Estado »), se ha convertido en objeto del problema el hecho psíquico de que hay hombres cuyas representaciones y voliciones se refieren al contenido espiritual « Estado », las cuales, además, motivan su conducta externa.

No es dudosa la licitud de este modo de plantear el problema, pero hay que dejar establecido únicamente que no se refiere propiamente al « Estado ». Existe hoy una teoría muy extendida, la cual trata de justificar el Estado haciendo referencia a su « poder », y con esto confirma ese desplazamiento del problema al que acabamos de aludir. Rechazamos esta teoría, no precisamente por motivos éticos, sino, ante todo, en virtud de un postulado lógico-gnoseológico; pues

el solo planteamiento del problema de la justificación implica ya el supuesto de que el objeto que ha de justificarse ocupa un lugar en la esfera de las normas, única accesible a las justificaciones, y que, por tanto, él mismo es una norma. En efecto, la exigencia de pureza metódica, el hecho de que una norma sólo puede proceder, es decir, sólo puede fundarse en otra norma, y el Derecho sólo puede basarse en el Derecho, no permiten que el fundamento del Estado sea el poder, es decir, un hecho real eficiente, un efecto de cierta causa. Cuando se afirma que el fundamento — y, consecuentemente, la esencia — del Estado es el poder, se ha renunciado — al eliminar todo criterio normativo — al conocimiento de la específica autonomía normativa social, en general, y la del Estado, en particular. Y en ese punto, la teoría del poder, que pretende justificar el Estado, coincide con el anarquismo, que lo niega. Cree éste que le es permitido negar el Estado porque no lo comprende; todo acto coactivo constituye, en su opinión, poder, fuerza bruta, porque no ha reconocido la validez del orden normativo por medio del cual dichos actos podrían ser referidos al Estado y comprendidos como actos jurídicos. Aquélla, por el contrario, cree poder afirmar el Estado — a pesar de que tampoco puede comprenderlo, porque también le falta la relación con la unidad de un orden normativo — precisamente en tanto que considera que los actos coactivos no son más que poder; pero, de ese modo, lo que afirma no es el Estado como orden jurídico, sino algo completamente distinto, que ni necesita ni puede justificarse: un hecho real. Sin embargo, esta teoría del poder trata de lograr una «justificación» del Estado — con la cual desautoriza previamente sus propios resultados —, como lo revela su tendencia a usar una terminología normativa. La teoría del poder se presenta siempre con la vestidura de una teoría jurídica. Se declara teoría del «derecho del más fuerte» y todos sus esfuerzos tienden, en definitiva, a hacer pasar este poder por derecho. Del mismo modo que la teoría anarquista, pasa esta teoría de una mera negación de todo orden normativo a una identificación con el orden de la naturaleza. Desde el momento que la teoría del poder trata de justificar lo que no es susceptible de justificación: el hecho de que ciertos hombres posean representaciones y voliciones de determinado contenido, por las cuales son aquéllos motivados en su conducta, dicha teoría está obligada a suministrar la explicación adecuada de este hecho. No es dar una explicación decir que la causa de este hecho es el «poder del Estado», pues justamente el hecho que hay que explicar es ese «poder del Estado». Aquí, como tantas veces ocurre, se cree haber resuelto la cuestión, cuando no se ha hecho más que plantearla.

Y lo que constituye propiamente el nudo de la teoría según la cual el fundamento del Estado es su poder — o, dicho con otras palabras: el orden estatal vale porque el Estado posee el poder correspondiente — no es la cuestión acerca de las causas de la eficacia de la ideología del Estado (o del Derecho), sino probablemente la relación — que ya con otro motivo fué señalada anteriormente — entre la facticidad y

la normatividad, entre la eficacia y la validez del Estado o Derecho. La « teoría del poder » es, por lo menos un ensayo fracasado de expresar y dar forma a dicha relación ; y el fracaso débese a que el momento de la facticidad es el único tenido en cuenta, y el momento de la normatividad queda de hecho reducido a un puro verbalismo : al « derecho » del más fuerte.

3. **Teorías pactista y del reconocimiento.** Si nos planteamos el problema acerca de la justificación del Estado haciéndonos esta pregunta : ¿por qué debo yo, sujeto sometido al orden, obedecer a este orden coactivo?, no alcanzaremos el genuino fundamento del Estado; pues desde el momento que la cuestión se enfoca de antemano hacia el sujeto, la cuestión no puede elevarse más allá de la esfera subjetiva, no puede llegar a captar el objeto, el Estado, como un orden válido independiente del querer y del deseo del sujeto. Ya en el hecho mismo de plantearse el problema de la justificación se corre el peligro de incurrir en la antinomia de que una validez objetiva deba legitimarse ante el foro de la razón, de mi razón, de la razón demandante, de la razón subjetiva. Para obviar esta dificultad, hay que decir que no se trata de la razón subjetiva, efímera e indiferente del que casualmente se plantea el problema, sino de la razón objetiva del conocimiento científico; pero desde el momento que se pregunta por el fundamento de esta obediencia que el sujeto ha de prestar al Estado, se da por supuesto que dicho fundamento sólo puede hallarse en la voluntad del sujeto. Este modo de plantearse el problema conduce inevitablemente a la « teoría pactista », a la cual se debe la férrea consistencia de todas las doctrinas jusnaturalistas. Cualquiera que sea el ropaje con que aparezca revestida, su pensamiento fundamental es siempre el mismo : el orden estatal, el orden social, en general, no vale más que en tanto que es querido por los sujetos a él sometidos, más que en tanto que yo presto asentimiento a su contenido y que mi voluntad se lo apropia. Y precisamente, en tanto que todo orden social regula la conducta recíproca de una pluralidad de sujetos, se basa en la voluntad coincidente de éstos, es decir, en un pacto. Así expuesta la teoría pactista — y tal es su interpretación usual —, parece como si el hecho del acto subjetivo de voluntad constituyese el fundamento de la validez del orden estatal. Para muchos, esto es una verdad evidente. No hay, pues, más que una norma objetiva posible que se expresa en la conocida fórmula : sólo estás obligado a hacer lo que quieras. Ella muestra claramente cuán vano es el intento de justificar el orden jurídico histórico-positivo del Estado mediante la teoría pactista. Llevada a su último extremo, habría que llegar a la consecuencia de que el particular no sólo podría ser obligado por el Estado únicamente a aquello a lo cual hubiere previamente asentido, sino de que solamente podría ser obligado en tanto que estuviese de acuerdo en serlo; y, por tanto, debería tener en todo tiempo la posibilidad de retirar el consentimiento otorgado. Ahora bien, sólo por excepción ha sido sostenida la teoría pactista con tal consecuencia.

En tal fase, se halla situada en el mismo plano que el anarquismo y, aun cuando su intención sea otra, no constituye una justificación, sino una disolución del Estado y de todo grupo social; pero si la teoría pactista aspira a lograr una real fundamentación del orden objetivo del Estado, su sentido es entonces el de que el individuo no puede retractarse unilateralmente de la voluntad ya manifestada, sino de acuerdo con todos los demás que tomaron parte en el contrato social. La norma fundamental entonces es ésta : «*pacta sunt servanda*»; la voluntad del sujeto o, mejor, las manifestaciones coincidentes de la voluntad de los «contratantes» constituyen el supuesto de hecho, al cual enlaza la norma fundamental el deber de obediencia. Esto ya constituye un avance notorio hacia el logro de una objetividad incluso material. Por lo demás, la diferencia entre esta norma fundamental y el orden jurídico positivo — el cual nace y se desarrolla en múltiple contradicción con los intereses individuales — es aún bastante notable; y sin embargo, apenas ha habido un representante de la teoría pactista que haya tenido el valor de declarar inválidos, antijurídicos, todos aquellos contenidos de la legislación positiva que no hayan sido creados por vía contractual. Se recurre a ficciones para salvar la dificultad. En algunos casos, los menos, se comete la ingenuidad de interpretar la teoría pactista como si el contrato social fuese un hecho históricamente acaecido, en virtud del cual fundóse el Estado. Por lo general, limítase a plantear al orden jurídico positivo esta exigencia : debe estructurarse «como si» hubiese nacido en virtud de la voluntad coincidente de aquellos para los cuales pretende valer. En el fondo, esto no es más que postular un orden jurídico justo, una comunidad jurídica solidaria ; y si bien se sirve para esto de la categoría jurídica del contrato, lo hace con la intención de señalar que el orden estatal ha de comprenderse como orden jurídico, y las relaciones sociales de los sujetos como relaciones jurídicas, como derechos y deberes, pues el contrato es la forma más corriente por medio de la cual se constituyen éstos; y si bien el contrato sigue constituyendo para la teoría un mero hecho y no penetra en su fundamento jurídico, en la norma objetiva que enlaza al hecho del contrato — como coincidencia de voluntades manifestadas — la consecuencia jurídica de derechos y deberes constituye, no obstante, un nuevo avance en esa orientación. Pero tampoco se detiene en la mera exigencia de una estructuración solidario-contractual del orden jurídico positivo, sino que existe la inclinación — harto marcada — a pedir que la legislación positiva responda a esta exigencia, tanto en sus líneas generales como en sus detalles más pequeños. Históricamente, la teoría pactista jusnaturalista no nació en modo alguno — o al menos por regla general — con sentido revolucionario, sino más bien conservador. Los representantes destacados del Derecho natural no argumentaban de este modo: tal orden jurídico positivo no tiene carácter contractual, la comunidad por él constituída no es solidaria, luego tal orden no es un orden jurídico, sino precisamente del modo opuesto. Al no poderse probar el asentimiento de todos los súbditos, se le fingía, afirmando

una coincidencia tácita, indirecta de su voluntad; la teoría dábase por satisfecha diciendo que el particular tendría que prestar su conformidad al orden jurídico positivo en el momento que tuviese la visión «recta» de lo que constituye su «verdadero» interés bien entendido; y esto era lo que le obligaba a la obediencia. Esta notoria ficción de la solidaridad tenía la finalidad — perseguida consciente o inconscientemente — de asegurar la obediencia al orden jurídico positivo de la gran masa de aquellos contra cuyo interés — a cambio de asegurar el de una minoría — estaba estructurado dicho orden; por tanto, de mantener sometida esa masa bajo el poder del grupo dominante. Pero bajo esta finalidad política de una teoría que afirmaba una notoria falsedad, ocultábase — también la historia del espíritu tiene sus mañas — su función lógico-jurídica: la emancipación de la validez de la legislación positiva del deseo y del querer de los sujetos; éste es el paso decisivo al conocimiento de la objetividad del orden jurídico, la plena superación del punto originario de partida de la teoría pactista. Pues si el orden jurídico sólo vale en virtud del asentimiento de los súbditos, este asentimiento tiene que existir — al menos ficticiamente — aun allí donde falta de hecho, y entonces no es ya el consentimiento de los súbditos lo que determina la validez del orden.

Esta teoría pactista, como ideología del Derecho natural, está lejos de haber sido aun hoy superada. Sobrevive en la «teoría del reconocimiento», representada actualmente por muchos juristas, que reducen la validez del orden jurídico al reconocimiento expreso o — allí donde éste falta — tácito, indirecto, comprobable por acciones concluyentes de los súbditos.

Así como el anarquismo nihilista semeja al solipsismo gnoseológico, la teoría pactista y la del reconocimiento recuerdan aquella concepción subjetivista que no niega el mundo, ciertamente, pero trata de explicarlo en función del sujeto, y aspira a encerrarlo en la esfera subjetiva declarándolo representación del sujeto. Del mismo modo, la teoría pactista o del reconocimiento trata de comprender el mundo del valor, el mundo de lo social, el Estado como encerrado en la voluntad del sujeto, como voluntad del súbdito. Y así como en virtud de una tendencia inmanente del conocimiento, el objeto — degradado en función subjetiva — se emancipa de su creador y el sujeto se va convirtiendo paulatinamente en parte del objeto, en miembro de la totalidad universal, del mismo modo se transforma el súbdito en la teoría social pasando de la categoría de fundamento del Estado y de totalidad superior a éste, a la mera calidad de parte constitutiva del mismo. Es la dinámica que va del subjetivismo al objetivismo, y que es inmanente a todo conocimiento, también al conocimiento social, por tanto. La metamorfosis de la teoría pactista arroja el siguiente resultado, un tanto paradójico; a la pregunta ¿«por qué debe obedecer al orden coactivo estatal»? el sujeto da la siguiente respuesta: «que no tiene por qué plantearse tal cuestión». Con esto no se revela cuál es el fundamento de la validez del Estado, sino lo que no es dicho fundamento.

4. Las teorías metafísicas. Este resultado negativo de la teoría pactista o del reconocimiento se explica por el hecho de que el problema que se plantea se dirige a averiguar el fundamento del Estado como orden social, y pretende ser, por tanto, una justificación del «deber» objetivo que quiere valer frente al sujeto exigiéndole obediencia; una legitimación de la norma heterónoma, de lo social en su esfera específica de validez, del valor, en una palabra. Ahora bien, tal problema es lógicamente insoluble; significa un *regressus in infinitum*, pues un deber ser sólo puede fundamentarse en otro, una norma en otra norma, y lo social en otra estructura social. Pero el deber ser con todos sus corolarios constituye precisamente una categoría última, más allá de la cual es lógicamente imposible una fundamentación. Por esta razón, no constituye una fundamentación propiamente dicha del Estado el referirlo a la voluntad de Dios o a la existencia de otro ser metafísico cualquiera, o convertir al mismo Estado en entidad metafísica, o llegar incluso a divinizarlo, como ya hoy existe una fuerte tendencia en ese sentido. Tales intentos no resuelven el problema originariamente planteado, sino que en el mejor de los casos lo desplazan o lo suprimen al introducir problemas todavía más complicados y estériles. Aun admitiendo que un creyente religioso puede contestar a la pregunta acerca del fundamento del Estado con un «porque Dios lo quiere», ni siquiera desde este punto de vista queda eliminada la cuestión acerca de si Dios quiere realmente el Estado, y en caso afirmativo, por qué lo quiere, puesto que siempre se ha considerado lícito respecto a otros contenidos de la divina voluntad plantearse el problema de su razón de ser dentro del plan divino del universo. Dios no es más que la causa remota y por eso no excluye la cuestión en torno a la causa próxima de las cosas. Escudarse diciendo que los designios de Dios son impenetrables, equivale a abandonar el problema planteado.

En esta incursión por el campo de la metafísica, no se trata tanto de conocimiento social, como de realización de determinados intereses de grupo. Trátase una vez más del conocido abuso de una teoría o, mejor, de una apariencia teorética a favor de ciertas miras políticas.

Con la opinión de que el Estado positivo se apoya en la voluntad divina o constituye él mismo un ser divino, sobrenatural y necesario, sale ganando la fuerza motivadora de las normas estatales y, en consecuencia, se fortalece la posición de quienes ocupan un puesto preeminente en el Estado. Así que de esta teoría (como de tantas otras sedicentes teorías sociales) puede decirse que es falsa pero eficaz; y esta eficacia constituye pragmáticamente su verdad. Por lo demás, la justificación del Estado en la existencia de una voluntad divina o de cualquier otro ente metafísico, significa la repetición del intento — no menos vano aquí que en cualquiera de las ocasiones en que se ha pretendido llevarlo a cabo — de derivar el deber ser del ser, no ya del ser natural — cuya disparidad frente al deber ser queda plenamente

asegurada —, sino de una especie de super-ser, de una realidad sobrenatural que, sin embargo, no poseería más que una diferencia de grado con la realidad natural. De este modo, con estas escapadas, hoy muy corrientes, al reino de la metafísica se cree poder superar el dualismo — que para nadie es satisfactorio, seguramente — de ser y deber ser, y evadirse del reino de lo racional-positivo con sus dos hemisferios lógicamente separados. Y de hecho, sólo la metafísica parece ofrecer una satisfacción a esta innegable necesidad de lograr una unidad última y omnicomprensiva. Pero, desgraciadamente, este monismo de una metafísica que no puede apoyarse en ninguna experiencia natural ni en ningún orden jurídico (social) no tiene realidad fuera del reino ideal de las fantasías y deseos del sujeto. El conocimiento científico no puede ir más allá del dualismo de naturaleza y espíritu, de realidad y valor, de ser y deber ser.

D. Justificación absoluta y relativa

La tendencia inmanente a toda especulación metafísica a elevar la realidad y el valor a una categoría absoluta, no debe confundirse con la tendencia esencial a todo conocimiento científico hacia la objetivación. La validez objetiva es enteramente compatible con la relatividad de la realidad y del juicio del valor, de la ley natural y de la norma; pero la esencia de toda metafísica consiste precisamente en que substancializa e hipostatiza la objetividad meramente lógico-epistemológica de la realidad y del juicio de valor en una objetividad material, natural y sobrenatural a un tiempo, en la cual se borran los límites entre realidad y valor. Sólo la realidad absoluta y el valor absoluto coinciden.

Por esto, una justificación científica y no metafísica del Estado sólo puede ser una justificación relativa y no absoluta. Supuesto que es debida una cierta conducta recíproca entre los hombres (por ejemplo, porque ella garantiza la felicidad del mayor número o la existencia más intensiva, el mayor poder de la colectividad constituída por hombres como miembros integrantes de la misma), un orden que pone esa conducta recíproca bajo la sanción de actos coactivos es un orden oportuno, conveniente, porque mediante esta amenaza de coacción, mediante la eficiencia motivadora de las representaciones psíquicas que los hombres se hacen de este orden coactivo, se produce la conducta deseada que hace innecesaria la coacción.

En principio, el problema se presenta, pues, bajo el aspecto de la técnica política. Se trata exclusivamente de la justificación del momento coactivo, y la justificación consiste en la prueba de la conveniencia del Estado como aparato de coacción, en sentido de un instrumento técnico-social específico. La afirmación del Estado se apoya en una antigua experiencia psicológica, aun cuando no del todo exacta, por error en el experimento; pero obsérvese que, al no demostrarse

el valor normativo del fin al cual el Estado debe servir de instrumento, su necesidad absoluta se convierte en meramente hipotética. Ahora bien, ya se ha hecho notar que no es posible resolver satisfactoriamente el problema genuino de la Ética política, a saber: si tiene que haber una finalidad social última, es decir, un orden social, cuál es la finalidad «justa» y «verdadera», y cuál el mejor contenido del orden. En definitiva, la decisión en estas cuestiones no es cosa del conocimiento objetivo sino de la creencia subjetiva. Y aun en el caso de que se dé por supuesta y admitida la evidencia aparente de lo que en el fondo es necesariamente problemático y se piense que «si» se quiere la «cultura», el «bienestar» o la «felicidad» del hombre, hay que querer también el Estado, no obsta la afirmación del «sí» para que quede sin resolver la cuestión del «cómo»; pues la «felicidad», el «bienestar», la «cultura», son palabras que encubren ideales distintos, valores que se excluyen mutuamente, y lejos de resolver la cuestión —como se piensa de ordinario—, no hacen más que suscitarla. Pongamos como ejemplo de las antítesis que se descubren en la interpretación de lo que más o menos claramente se da por supuesto cuando se habla de cultura, felicidad, bienestar, etc., la diferencia entre una Ética individualista y una Ética universalista. Para la una, el valor supremo es el individuo aislado, cuya «felicidad» o «bienestar» constituye la finalidad del orden social; pero el individualismo amenaza con destruirse a sí propio como teoría social en cuanto trata de contestarse en qué consiste esta felicidad o bienestar del individuo; pues si ha de considerarse como bienestar subjetivo lo que el individuo entiende por tal —y no es posible que sea de otro modo—, entonces la libertad ilimitada implica negación del orden social. El individualismo tiene que desviarse algo de su punto de partida, tiene que orientarse hacia la norma objetiva, y ya no afirma la libertad, la felicidad o el bienestar de uno sino en tanto que es compatible con el bienestar, la felicidad o la libertad del prójimo. Ahora bien, determinar hasta qué punto se da esta compatibilidad, depende del concepto que se posea de cada uno de esos valores; pero ese concepto no puede ya abandonarse al arbitrio subjetivo de los particulares, sino que ha de decidirse objetivamente. El individualismo, pues, se convierte en universalismo. Pero a éste se le plantea otra cuestión: ¿quién le proporciona el criterio objetivo? El individualismo se ha suprimido a sí propio, pero el universalismo carece de fundamento. El universalismo trata de ocultarse esta situación cuando hipostatiza la objetividad lógica del orden social en una substancia metafísica y pone en lugar de la multitud de individuos aislados (cuya conducta regula el orden social) una colectividad supraindividual, cuya existencia real absorbe la de aquellos individuos; de modo que en lugar del bien de los individuos surge el bien de la colectividad imaginaria, con lo cual no ha hecho más que complicar el problema.

§ 8. La doctrina del fin del Estado

A. El Estado como fin en sí (fin del Estado y contenido jurídico)

La cuestión en torno a los fines que deben perseguirse con el instrumento técnico-social «Estado» es una cuestión política que cae fuera de las márgenes de la Teoría general del mismo. Ésta lo considera como fin en sí, lo cual no puede significar la afirmación de que el Estado carezca de fin, sino únicamente que prescinde de preguntarse cuál es ese fin. Desde el punto de vista de la Teoría general del Estado, el orden coactivo estatal aparece como un sistema cerrado, lógicamente autárquico, que no necesita de ulterior fundamentación o justificación ante una instancia situada fuera de este orden. Ésta es una de las ideas que se expresan en la noción de la «soberanía» del Estado, en tanto que con ella quiere afirmarse el Estado como un orden relativamente supremo no derivable ulteriormente, como un valor relativamente el más alto, sobre el cual no hay ningún otro valor superior que le confiera su validez.

Y la idea de la soberanía del Estado coincide esencialmente en esta significación negativa con el principio fundamental del positivismo (mediante el cual distínguese la teoría del Estado de la Ética política), en cuya virtud el orden jurídico afirma su validez independientemente de toda legitimación por una norma superior de justicia, rechazándose todo recurso ante el Derecho natural. Éste no es otra cosa que Política revestida con terminología jurídica.

Un problema tan complejo (y que es, además, objetivamente insoluble) como el que aquí se discute, no entra en el ámbito de la Teoría general del Estado sino en tanto que la doctrina acerca del fin de éste se expone bajo el supuesto de que el Estado posee un cierto fin específico, esencialmente ligado con él; pero este supuesto implica ya el haber elevado a una categoría absoluta uno cualquiera de los múltiples e históricamente cambiantes fines del Estado, en servicio de los cuales se usa o abusa del aparato coactivo estatal. A la esencia del Estado no pertenece absolutamente ningún fin específico. Es verdad que el Estado, como aparato de coacción, no puede justificarse si no es supuesta la validez de algún fin social, a cuyo servicio se pone dicho aparato; pero, en el fondo, utilizan el mismo sofisma la teoría conservadora, que fundamenta el mantenimiento del Estado y rechaza toda reforma de la estructura actual del mismo invocando que el fin perseguido por el orden estatal es bueno y esencial a él, y la teoría revolucionaria, que exige su derrumbamiento, porque es malo su fin esencial. Esta identificación del Estado con un fin específico cualquiera constituye una restricción inadmisible de su concepto, desde el momento que se incluyen en éste ciertos momentos materiales aparte del elemento de la coacción. La Teoría general del Estado tiene que reconocer como contenido posible del orden coactivo estatal todo cuanto admite como tal la Política — la cual trasciende de la Teoría general —. Aquellos

hechos a cuya realización aspira la Política, surgen dentro del orden jurídico en su aspecto negativo, como condiciones a las cuales va enlazado el acto coactivo estatal, como consecuencia jurídica. Precisamente así se revela que el Estado no es más que un medio para la realización de todos los posibles fines sociales, o con otras palabras: que el Derecho no es más que la forma de todos los posibles contenidos.

B. Limitación o extensión de la competencia estatal (fin limitado y fin expansivo del Estado)

Una consideración dirigida al conocimiento del contenido del orden coactivo estatal, que se limita a dibujar la tipicidad de los contenidos posibles, se sentirá impulsada en un sentido restringido o en un sentido expansivo con respecto al ámbito de validez, es decir, al dominio de competencia de dicho orden, al plantearse la cuestión acerca de qué hechos pueden — o « deben », como diría la Política — ser puestos bajo la sanción coactiva del Estado, o, para expresarlo más gráficamente, en qué objetos puede intervenir el orden estatal, en qué dominio de la vida social puede penetrar el Estado.

Háblase — con poco acierto terminológico — de un fin limitado y de un fin expansivo del Estado, aludiéndose con esto a la restricción o a la ampliación de la competencia estatal. Objetivamente, no es posible decidirse a favor de un principio u otro; como ya se ha visto anteriormente, la decisión que busca la Teoría política no se halla más que en las concepciones subjetivas sobre el mundo y los valores. La idea individualista de libertad se orientará en un sentido; el ideal universalista de la igualdad, en otro. El liberalismo y el socialismo de Estado eligen sus puntos de vista — más o menos alejados entre sí — entre los dos polos que constituyen el individuo aislado, de una parte, y la colectividad estatal absorbente de toda individualidad, de otra. Por esto es también estéril el intento siempre repetido de deducir un mínimo o un máximo de competencia estatal de la esencia del individuo o de la del Estado. Es un vano esfuerzo pretender demostrar, hoy como en todo tiempo, que es preciso señalar en algún punto un límite absoluto a la expansión del Estado respecto del individuo. Es del todo indiferente encontrar este límite en la libertad innata e inviolable del individuo (como hacían los antiguos representantes del Derecho natural), o considerar que con la esencia del individuo como personalidad libre y autónoma es incompatible cierta intervención del Estado, cierta competencia del orden jurídico, es decir, el enlace de ciertos supuestos de hecho con determinados actos coactivos (como hacen muchos modernos juristas que rechazan el Derecho natural y creen ser positivistas). En ambos casos se trata de la afirmación de una esfera individual que debe quedar exenta de toda intervención del Estado, y en los dos casos se llega a este resultado solamente porque al orden jurídico-positivo del Estado se contrapone otro orden jurídico tras-

cendente y « natural », derivado de otra fuente de validez, que trata de limitar al primero ; y con este dualismo de dos sistemas afirmados simultáneamente como válidos, se incurre en una contradicción lógica que destruye toda argumentación. Precisamente, ésta es una de las características del Derecho natural, en el cual se incurre incluso cuando se declaran incompatibles con la personalidad jurídica del individuo ciertos contenidos del orden estatal y se piensa que un Estado que crea deberes, mas no derechos subjetivos a favor de sus súbditos, o que un Estado cuyo orden convierte a todos los ciudadanos en esclavos de un único señor, ya no es un Estado « auténtico » o « verdadero ».

Ni siquiera desde un punto de vista puramente técnico es posible reconocer límites absolutos o, como se dice corrientemente, límites « naturales » del poder del Estado (para hablar con la terminología más usual). Afírmase con frecuencia que el Estado sólo puede coaccionar propiamente la conducta externa, mas no la intención o la conducta interna. Frente a esto hay que afirmar el hecho de que el Estado puede coaccionar también la conducta no externa ; que el acto coactivo, que pertenece a la esencia del Estado, tiene ciertamente el fin de producir, como contenido de una amenaza, una determinada conducta de los individuos; pero la realización de esta coacción se verifica precisamente en aquellos casos en que la conducta deseada no fué « coaccionada ». Si bien se mira, no hay ninguna acción que pueda ser lograda contra la voluntad del agente y, por tanto, ninguna acción podría ser « coaccionada » propiamente hablando. Pero, por otra parte, no es completamente imposible conseguir la motivación de una conducta interna por el medio específico del orden estatal ; incluso es radicalmente imposible producir una conducta externa sin la conducta interna correspondiente, es decir, sin determinar la representación y el querer de la misma. Si desde el punto de vista de la Teoría del Derecho y del Estado se enfoca el problema hacia los hechos que pueden ser el contenido posible de las proposiciones jurídicas, no hay duda que estos hechos pueden representar tanto una conducta externa como una conducta interna. El elemento culposo del Derecho penal, en especial el caso de la acción cometida con la intención o la previsión de las consecuencias, no es otra cosa que aquella parte del hecho que ha de añadirse como conducta interna a la conducta externa, para que sea dada la condición completa del acto coactivo. Una cuestión distinta es la de hasta qué grado o con arreglo a qué medio es posible el establecimiento de semejante hecho interior. Pero si considera que ello no es imposible frente a la intención y previsión puramente internas en el hecho jurídico-penal, será difícil rechazar la idea de un enlace de actos coactivos estatales con determinadas convicciones religiosas o científicas, alegando que se sobrepasa un límite natural del poder del Estado, que se realiza un intento con medios inadecuados. Se puede rechazar enérgicamente, por motivos éticos, semejante limitación de la libertad individual ; pero declararla imposible, significa convertir en « ser » un « deber ser ».

C. Fin jurídico y fin cultural

Así como no es determinable un límite que no pueda o no deba ser sobrepasado por la competencia estatal, no se puede tampoco fijar el contenido mínimo de dicha competencia. Es uno de tantos tópicos que circulan por la Teoría general del Estado afirmar que éste tiene que realizar por lo menos un fin jurídico: garantizar o proteger el Derecho. Según que se considere que el Estado nace o no con independencia del Derecho, tradúcese esta idea en la declaración de que es esencial al Estado el establecimiento de un orden jurídico. Ya se ha expuesto en otro lugar lo que ha de oponerse a esta idea, muy extendida hoy, que ve en el Estado un medio cuyo fin es el Derecho, porque previamente se ha situado en el punto de vista de un dualismo inadmisible de Derecho y Estado. Aquí bastará con hacer notar que la inevitable unidad de Estado y Derecho se impone contra el dualismo — que en este problema da más bien un rodeo — desde el momento que se afirma el Derecho como el fin esencial, necesario e inevitable del Estado, como el contenido mínimo garantizador de su esencia; pero, precisamente esta idea (que tiende a señalar una competencia mínima al Estado), se reduce a sí misma *ad absurdum* si se admite que el Derecho no es un peculiar contenido del orden estatal, coexistente con otros contenidos, sino el orden estatal mismo, cualquiera que pueda ser su contenido. La teoría dominante del Estado aléjase, ciertamente, de este modo de ver las cosas, en términos funestos para su construcción lógica. Desde el momento que no ve en el Derecho más que un posible contenido parcial del orden estatal, su contenido mínimo, y no lo considera — como ya se ha indicado — más que como uno de tantos fines posibles del Estado, pone frente a frente el Estado limitado al fin jurídico, el Estado que no realiza más fin que el Derecho, el «Estado de Derecho», el tipo del Estado reducido a un mínimo de competencia, y el tipo de Estado que realiza otros fines además del jurídico, el fin de poder o el fin de cultura, los cuales dan lugar a los tipos llamados «Estado de poder» y «Estado de cultura». El error radical que contienen estos conceptos constitutivos del sistema de la moderna Teoría del Estado, consiste en que el Derecho no es, como se afirma, un contenido peculiar, sino la forma del orden estatal, o mejor, este mismo orden con todos sus posibles contenidos; no hay fin alguno que el Estado pueda perseguir si no es en la forma del Derecho; y supuesto que se admite la relación de fines y medios, el Derecho y el Estado no son fines sino medios, de tal modo que, incluso aquello que en la terminología usual se llama fin jurídico, no es más que un medio al servicio de un fin, que ya no puede ser el Derecho, que es trascendente al Derecho y que puede designarse, si así place, como fin de poder o fin de cultura. Aquel Derecho que se quiere hacer pasar por el único Derecho en la terminología del «fin jurídico» — reduciendo de modo inadmisible el concepto del Derecho — es simplemente la forma más antigua y primitiva del mismo: el Dere-

cho civil y penal aplicado por los tribunales de justicia. Pero una vez que el Estado, en su evolución progresiva, ya no se conforma con castigar ladrones y asesinos o dictar ejecución contra el deudor moroso poniéndolo a disposición del acreedor, sino que regula la actividad industrial de los ciudadanos, cuida de su salud y educación, en una palabra, persigue fines de cultura, todo eso no puede realizarse sino a condición de que sean dictadas ciertas normas jurídicas generales (leyes) — un Derecho industrial, un Derecho sanitario y pedagógico, en una palabra, un Derecho cultural —, sobre la base de las cuales se realizan actos jurídicos individuales, decisiones y resoluciones de los órganos del Estado. Y la técnica de este Derecho de cultura — llamado por la misma teoría « Derecho administrativo », la cual contrapone el fin perseguido con este Derecho al fin « jurídico » — es fundamentalmente la misma que la del antiguo Derecho judicial, es decir, el Derecho civil y penal.

Para lograr una situación social — es decir, una conducta humana deseada de antemano —, la antítesis contradictoria de la misma pónese en definitiva bajo la sanción de un acto coactivo, el cual es, como en el antiguo Derecho judicial, castigo o ejecución. El Estado protege al trabajador que ejerce una actividad industrial, castigando al patrono que se niega a colocar ciertos mecanismos de seguridad. El Estado protege la salud de los ciudadanos contra las epidemias, aislando, coactivamente si es preciso, por medio de sus órganos ejecutivos al enfermo contagioso y destruyendo los utensilios y vestiduras que consigo llevase. Y si quiere desplegar una actividad positiva tuteladora, no puede hacerlo más que obligando a determinados hombres a una cierta actividad, es decir, amenazándoles con la aplicación de consecuencias jurídicas, esto es, de actos coactivos para el caso de que omitan la actividad debida o la realicen en forma diferente a la que les está prescrita. Si el Estado es por esencia un aparato de coacción, lo es precisamente por ser en esencia un orden jurídico, y todas sus manifestaciones no pueden ser más que actos jurídicos. Y así como el fin « cultural » del Estado, en tanto que es el Estado quien lo persigue, no puede realizarse más que en formas jurídicas (porque es ni más ni menos que un pleonasmo decir que un fin del Estado debe realizarse en formas jurídicas, pues algo no es fin del Estado sino en tanto que se realiza bajo las especies del Derecho), del mismo modo el fin de aquella actividad que se quiere hacer pasar corrientemente como « jurídica » en sentido estricto y propio, el fin de la creación de normas generales de Derecho civil y penal y de su aplicación por los tribunales, no es otra cosa que eso que se denomina vagamente con el nombre de cultura. Lo mismo que en el caso del Derecho de la cultura, lo que constituye el fin verdadero no es el castigo o la ejecución, sino la vida, la salud, el honor, la economía, en una palabra, el bienestar de los ciudadanos que deben estar asegurados contra los ataques que pudieran dañarles.

D. Fin jurídico y fin de poder

Todavía más insostenible que la contraposición del fin jurídico y el fin cultural del Estado es la de fin jurídico y fin de poder. Son normas jurídicas generales y actos jurídicos individuales basados en estas normas, lo que constituye una vez más el substrato de aquello a lo que la doctrina dominante atribuye el nombre de fin de poder; que el Estado posea un ejército con el cual pueda lanzarse a una guerra, no es un hecho menos jurídico que la posesión por el Estado de jueces y cárceles en las cuales pierdan los hombres su libertad, bien a pesar suyo. Un decreto de guerra estableciendo el servicio militar obligatorio y un ordenamiento jurídico internacional regulador de los procedimientos y prácticas bélicas: tales son los medios para el logro de un fin de poder transcendente al Estado, y en modo alguno los únicos. Desde el punto de vista ético-político de los desposeídos, el Derecho civil y penal protector de la vida y hacienda de las clases privilegiadas tiene que parecer un instrumento opresor de los explotados, un medio garantizador del poder de la clase dominadora. Incluso desde cierto punto de vista se tendrá que calificar de organización basada en el poder a todo el orden coactivo estatal, cualquiera que sea la extensión de su ámbito de competencia. Pero la antítesis de Poder y Derecho, expresada en la contraposición de fin jurídico y fin de poder y, por consecuencia, de Estado de Derecho y Estado de poder, es completamente inadecuada para suministrar una división de los posibles contenidos del orden estatal y, por tanto, el criterio para señalar la tipicidad del Estado; pues la esencia del Estado radica en que convierte el poder en Derecho, porque un acto considerado como acto del Estado, un hecho cualquiera que pase por estatal, no puede imputarse al Estado sino sobre la base de un orden normativo que es el mismo Derecho. Un criterio positivista, que no trate de elevar el Derecho a la categoría absoluta de Derecho natural, tiene que considerar el Estado como una especie de rey Midas, que convierte en Derecho cuanto toca. Por esta razón, desde el punto de vista del positivismo jurídico, todo Estado es un Estado de Derecho, en el sentido de que todos los actos estatales son actos jurídicos, porque y en tanto que realizan un orden que ha de ser calificado de jurídico. Del mismo modo que — por relación a los fines que han de lograrse mediante el orden jurídico — todo Estado es, al propio tiempo, Estado de poder y Estado de cultura.

E. Fin jurídico y fin de libertad

Cuán problemática es toda esta doctrina en torno a los fines del Estado, revélase con la máxima nitidez en el hecho de que, al mismo tiempo que el Derecho, la cultura y el poder, se proclama como un fin del Estado, como un fundamento de la afirmación del Estado, lo mismo que sirve para negarlo, a saber : la libertad. Justamente esa « libertad », cuya muerte constituye, para unos, el Estado, y cuya realización espe-

ran otros de él. Lo cierto es que, ya sea el Estado limitado a un fin meramente «jurídico» o aquel al cual se reconoce una ilimitada finalidad de poder o de cultura, siempre es el Estado el que hace posible la «verdadera» libertad. Y si se admite que la libertad no es más que la expresión de la legalidad normativa del valor o del espíritu, a diferencia y en consciente contraposición con la legalidad causal de la realidad natural, se puede — quizá con acierto — afirmar que el Estado no sólo trata de realizar esta libertad, sino que él es la libertad, puesto que él es la ley jurídica.

§ 9. Política y Teoría general del Estado

A. El Estado justo, el Estado posible y el Estado real

La Política, como Ética social, se encuentra ante la cuestión en torno al fundamento y el fin del Estado desde el momento que se plantea el problema de si el Estado debe ser o no. Y al lanzarse, además, en busca del «mejor Estado», preséntase a su consideración una serie ilimitada de ulteriores cuestiones, como la referente a la mejor forma de Estado (¿Monarquía o República?), a alguna de las cuales habrá que aludir prontamente. Pero, cualquiera que sea el objeto que sirva de punto de partida a la cuestión, la dirección que le marca la teoría ético-política conduce irremediablemente a aquel dominio metafísico subjetivo al cual se hizo referencia con anterioridad.

Ésta es una de las razones por las cuales debe ser radicalmente separada la Política de la Teoría general del Estado como ciencia. Esta separación hállase ya contenida en la misma precisa diversidad de maneras que una y otra tienen de plantearse los problemas. La Teoría general del Estado no se pregunta, como la Política, «si» debe ser el Estado, ni «por qué», ni «cómo» debe ser, sino qué y cómo «es» el Estado. La Política, como doctrina del Estado mejor, «verdadero» y «justo», distínguese de la Teoría general, como doctrina del Estado posible, y de la Teoría especial del Estado, como doctrina de un Estado concreto y real; del mismo modo que la llamada Filosofía del Derecho, como doctrina del mejor Derecho, del Derecho verdadero y justo, según una concepción ya hoy corriente, distínguese de la Teoría general del Derecho, como doctrina del Derecho posible, y de la Teoría especial, como doctrina del Derecho positivo y concreto. Al separarse con toda claridad la Teoría del Estado, de la Política — como Ética y Técnica social — de una parte, y de la ciencia natural y la sociología naturalista, de otra, realízase el postulado de la pureza del método. Pero ¿no parece que a medida que la Teoría del Estado se separa de la Ética política se aproxima al dominio de la ciencia natural? ¿No se contrapone la Teoría del Estado, como doctrina del «ser» del Estado, a la Política, en cuanto doctrina del «deber ser» de aquél?

Esta objeción salta demasiado a la vista, y no es extraño que se la vea constantemente utilizada; pero no tiene en cuenta que el ser no

es, necesariamente, el ser de la « naturaleza », que es pensable un « ser » del Estado cuya existencia o realidad es distinta de la de la naturaleza, que la antítesis de ser y deber ser no es absoluta sino relativa, que el Estado o el orden jurídico pueden ser contrapuestos en su autonomía normativa al causalismo ciego de la naturaleza como un « deber ser » a un « ser », y al propio tiempo, en cuanto Estado « real », en cuanto orden jurídico « positivo », pueden oponerse a los postulados meramente ético-subjetivos de la Política. Una vez conocido el Estado como orden jurídico, revélase que la « efectividad » o « realidad » del Estado, en contraposición a los postulados meramente ético-políticos, constituye la misma positividad del Derecho. El Estado « real », « existente », es el Derecho positivo, a diferencia de la justicia, que es la exigencia de la Política. Como ya antes quedó indicado, el problema de la « positividad » es el mismo problema de la realidad dentro de la esfera del conocimiento normativo. Y toda esfera cognoscitiva tiene su específico problema en torno a lo real.

B. La posición de la Teoría del Estado dentro de la Teoría del Derecho

Con esto queda planteada la cuestión acerca de las relaciones entre la Teoría general del Estado y la Teoría del Derecho. Si el Estado es el orden jurídico, la Teoría del Estado tiene que coincidir con la Teoría del Derecho; del mismo modo que la Política — doctrina del Estado justo — coincide con la Filosofía jurídica — doctrina del Derecho justo —; pero bajo la Teoría «general» del Estado suelen tratarse convencionalmente algunos problemas especiales cuya naturaleza de problemas jurídicos — es decir, propios de la Teoría del Derecho — ha sido oscurecida en la literatura actual a consecuencia de su mezcla sincrética con puntos de vista ético-políticos y sociológico-naturalistas. Mediante la purificación del método, tiene que revelarse con toda nitidez la naturaleza jurídica de estos problemas; mas si se investiga cuáles son los problemas que se acostumbra a incluir en la « Teoría general del Estado », quedará comprobado que ésta no constituye otra cosa que una especie de Teoría generalísima del Derecho.

Lo que constituye el contenido esencial de la Teoría general del Estado, aparte del problema sobre la esencia del mismo — y, por tanto, del Derecho —, son los problemas acerca de la validez y la producción del orden estatal: es decir, las cuestiones en torno al sentido de la validez y del orden jurídico en general, así como respecto del dominio espacial, temporal y personal de la validez, y las cuestiones acerca de los grados, de los métodos y de los órganos de producción del orden jurídico. Pero ocurre que la terminología usual oculta la substancia jurídica de estos problemas al hablar de poder, de territorio, de pueblo del Estado, de uniones de Estados, de funciones, órganos y formas del Estado. Los problemas de la creación del orden estatal suelen ser

comprendidos bajo el concepto de « constitución ». Y así como en el concepto tradicional del Derecho « político » (o « del Estado ») — idéntico con el de Derecho constitucional — el concepto de Estado adopta el sentido de « constitución », es decir, de principio de creación de Derecho, fundamentador de la unidad en la variedad de fenómenos jurídicos, del mismo modo la Teoría « general » del Estado coincide con la Teoría general de la constitución. Junto a ella, como doctrina de las constituciones posibles, existe la Teoría especial del Estado, como doctrina de un Estado « real » y concreto, es decir, como doctrina de una constitución positiva.

En todo caso, trátase de Teoría del Derecho. Ahora bien, la Teoría del Estado tiene más consciencia de este su carácter jurídico allí donde se ocupa de un Derecho « real » que donde se plantea la cuestión en torno al Derecho « posible »; y por eso en la Teoría especial del Derecho político se acusa más vigorosamente que en la Teoría general del Estado la exigencia de una clara y radical ruptura con el razonamiento ético-político; por lo demás, también la Teoría general del Estado es teoría del Derecho positivo, desde el momento que se plantea el problema sobre la « posibilidad » de éste. Así como la constitución — cuyo concepto será estudiado a fondo más adelante — constituye el principio fundamental de la creación del orden jurídico, y así como el Derecho constitucional constituye el fundamento de todo el Derecho restante, del mismo modo la Teoría — general y especial — del Derecho constitucional trata de unificarse en el sistema de la Teoría del Derecho con todas las restantes Teorías de cada Derecho en particular (Teoría del Derecho civil, penal, administrativo, procesal...). Aquí no se discute la licitud de esta sistemática, que es la generalmente aceptada. Únicamente, para determinar el puesto que corresponde a la Teoría del Estado dentro de la Teoría del Derecho, debe observarse que la Teoría del Derecho político o constitucional es la teoría acerca de la esencia y la creación del orden jurídico, mientras que las teorías de los Derechos penal, civil, administrativo, etc., se ocupan del contenido, de los supuestos de hecho del orden jurídico. Es natural que también las reglas de la producción del Derecho son « contenido » del orden jurídico; pero su carácter es relativamente formal. Se trata de la antítesis — meramente relativa — que se expresa al diferenciar el Derecho « material » del Derecho procesal « formal »; pues las teorías del Derecho civil, del penal y del procesal-administrativo hállanse sistemáticamente contiguas al Derecho procesal. También ellas son teorías de creación de Derecho; y así como en Derecho constitucional se trata de la producción de los grados superiores del orden jurídico, refiérense aquellas doctrinas a la creación de los grados inferiores del mismo.

CAPÍTULO TERCERO

Estado y Derecho

La Teoría del Estado como Teoría del Derecho político

§ 10. El Derecho objetivo

A. La proposición jurídica como ley jurídica

La Teoría del Estado en cuanto Teoría del Derecho político es la doctrina del orden estatal, con especial relación a la cuestión en torno a su validez y creación. La existencia de este orden consiste en su validez objetiva. Y en tanto que este orden es el orden jurídico, la Teoría del Derecho político es una doctrina del Derecho objetivo. No es, en cambio, doctrina de un Derecho subjetivo o de algún sujeto de derechos en particular. Sin embargo, toda la Teoría del Estado suele ser expuesta, por regla general, como doctrina de los deberes y facultades del Estado, es decir, como doctrina del Estado como sujeto de Derecho, como persona.

Esta doctrina de la «persona del Estado», que constituye la piedra fundamental y angular de la moderna Teoría del Derecho político, se basa en una distinción esencial a la Teoría del Derecho: la distinción entre Derecho en sentido objetivo y Derecho en sentido subjetivo, y sobre el concepto (basado en la anterior distinción) de sujeto de Derecho, de persona jurídica. En principio, la distinción entre Derecho objetivo y subjetivo pretende ser una división de la totalidad de los fenómenos jurídicos. Junto al Derecho objetivo, constituído por las normas o proposiciones jurídicas, hállanse las facultades o derechos subjetivos —«derechos», pura y simplemente, según el modo usual de denominarlos — y los deberes jurídicos del sujeto. Con la distinción de Derecho objetivo y subjetivo créese caracterizar objetos jurídicos diferentes, hasta el punto de que es muy corriente sostener que el Derecho subjetivo precede en el tiempo al Derecho objetivo, el cual surgiría posteriormente para la protección o definición de aquél. Antes de examinar críticamente esta concepción, conviene poner en claro la esencia del llamado Derecho objetivo.

El orden jurídico es un sistema de normas de Derecho. Más tarde habrá de examinarse el criterio con arreglo al cual se constituye una unidad — un orden jurídico o un Estado — con una multitud de

normas de Derecho. Aquí debe investigarse la naturaleza del todo, tal como se refleja en cada una de sus partes; pues cada norma jurídica, para serlo, tiene que reflejar la naturaleza del Derecho, considerado en su totalidad. Si el Derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción. Su esencia tradúcese en una proposición, en la cual se enlaza un acto coactivo, como consecuencia jurídica, a un determinado supuesto de hecho o condición. A la manera de la ley natural, hay aquí un específico enlace de dos elementos : la condición y la consecuencia. Ahora bien, la condición jurídica — el « supuesto de hecho » en sentido estricto — no se enlaza con el hecho de la « consecuencia jurídica » en el mismo sentido que se enlazan la causa y el efecto en la ley natural, sino en un sentido específicamente jurídico. Lo que expresa esta autonomía normativa del Derecho frente a la legalidad de la naturaleza es el « deber ser ». La ley jurídica dice: si *a* es, « debe ser » *b*; mientras que la ley natural dice: si es *a*, « es » también *b*. Y esta distinción expresa lo siguiente: la condición jurídica no es la « causa » de la consecuencia jurídica, ni la consecuencia jurídica es el « efecto »; la consecuencia del acto coactivo sigue al hecho de la condición por vía jurídica, no por vía naturalista; por necesidad del Derecho, no por necesidad de la naturaleza. Desde el punto de vista de la legalidad natural, quien roba no es necesariamente castigado, y si se mira únicamente a los hechos, posible es que nunca lo sea; pero « debe » ser castigado, es decir, no hay más que una necesidad jurídica en el enlace del hecho del castigo con el hecho del robo. La consecuencia jurídica y el supuesto fáctico del Derecho no están unidos necesariamente más que dentro del sistema jurídico. Más aún: en su sentido específicamente jurídico, la condición solamente puede existir dentro del sistema del Derecho, como contenido de normas jurídicas; pues fuera del sistema del Derecho, en el reino de la naturaleza, no hay « robos », ni « negocios jurídicos », ni « castigo », ni « ejecución ».

B. El acto coactivo condicionado (pena y ejecución)

El acto coactivo se da en la experiencia en una de estas dos formas: o como pena o como ejecución. No es éste el lugar de entretenernos en un análisis detenido de estos hechos constitutivos de la consecuencia jurídica. No interesan aquí sino en tanto que constituyen una privación coactiva de ciertos bienes. En la « pena » — considerada como pena de muerte o como pena contra la libertad — trátase de la privación coactiva de la vida o la libertad; en la « ejecución », de la privación coactiva de valores patrimoniales. Sin embargo, ambas clases de actos coactivos no se distinguen única ni principalmente por el hecho externo en el cual se traducen, sino también por el fin que con ellos se persigue : talión (expiación) y prevención en la pena ; reparación de un daño (en el sentido amplio de la palabra) en la ejecución. Las llamadas penas pecuniarias constituyen exteriormente la

privación coactiva de un valor patrimonial. Su carácter penal les corresponde en la medida que contribuyen a realizar el fin de toda pena. Sin embargo, tal diferenciación es el fruto maduro de una evolución jurídica progresiva. Tampoco es posible separar ambos fines de un modo absoluto. Apenas puede afirmarse que en la ejecución el fin preventivo vaya unido también con la reparación; pues ese fin se logra por el hecho de que el interesado siente interiormente la pena como un mal, por lo cual trata de evitarlo en la medida de lo posible y omite la realización de aquella conducta a la cual se enlaza el castigo, como consecuencia. Pero exactamente lo mismo puede afirmarse del acto coactivo de la ejecución. Por eso es completamente indiferente, desde este punto de vista, que el valor patrimonial sustraído recaiga en favor del dañado en sus intereses, como es el caso de la ejecución, o vaya a beneficiar directamente a la comunidad, al «Estado», como ocurre (por regla general, al menos) en las penas pecuniarias impuestas en una fase progresiva de la evolución jurídica.

Añádase a esto que, en ambos casos, la coacción se dirige contra un hombre, nunca contra una cosa, y que la coacción tiene carácter eventual, es decir, no se impone nunca más que en el caso de una resistencia por parte del interesado contra la privación del bien de que se trate.

C. La imputación

En principio, los hechos mutuamente enlazados por la norma jurídica representan una conducta humana. Ahora bien, la conducta humana no es el único contenido de las normas de Derecho; a veces, ella va unida a ciertos acaecimientos que ya no son, naturalmente, conducta humana, y que se les llama corrientemente «sucesos». El hecho de la consecuencia, constitutivo de un acto de coacción, tiene que ser, necesariamente, conducta humana, pues se trata de un acto coactivo ejercido por un hombre en contra de otro; pero el hecho condicionante puede ser un mero suceso: así, por ejemplo, algunas legislaciones determinaban que en el caso de una larga sequía debía matarse a algún hombre. Aun cuando a este acto coactivo se le llamaba «sacrificio», no quedaba con ello excluído su carácter penal, tanto más cuanto que la pena, en situaciones sociales primitivas (en las que no estaban separados aún el Derecho y la Religión), adoptaba con frecuencia el carácter de sacrificio, y por eso se la consideraba como sacrificio y no como pena.

Ciertamente, a medida que se desarrolla el sentimiento jurídico, la regla es que se señale como hecho condicionante la conducta de aquel hombre contra el cual se dirige el acto coactivo constitutivo de la consecuencia. Si además de esta conducta del hombre contra el cual se dirige la coacción puede distinguirse dentro del hecho condicionante un cierto suceso, entre éste y aquélla existe la siguiente relación: la conducta humana ha causado el suceso; o bien: la con-

ducta humana no ha impedido que el suceso acaeciese. En el primer caso, la conducta humana constituye una acción; en el segundo, una omisión. Si designamos ahora la conducta humana con la letra M — M^h en cuanto acción, M^u en cuanto omisión —, el suceso con la E y el acto coactivo de la consecuencia con la Z, tendremos el siguiente esquema de toda proposición jurídica : supuesto que sean dados $M^h + E$ (o $M + E$), debe ser $Z \rightarrow M$; aquí se presupone como caso normal que el acto coactivo se dirige contra el mismo hombre que ha causado o no ha impedido el suceso, considerado socialmente dañoso. El mismo hombre que aparece en el hecho condicionante como sujeto activo — que actúa u omite —, en el hecho condicionado de la consecuencia se presenta como objeto meramente pasivo, que tiene que sufrir las consecuencias de su acción u omisión. Lo que constituye el contenido del hecho condicionado de la consecuencia no es su « conducta », sino la conducta del hombre que realiza el acto de la coacción.

Una « conducta » del hombre afectado por la pena o la ejecución carece de relevancia jurídica, salvo en el sentido de que aquél está jurídicamente obligado a sufrir una y otra; es decir, de su conducta contraria se hace la condición de un nuevo acto coactivo, con lo cual resulta que siempre constituye el contenido del acto condicionante, pero nunca el del acto condicionado de la coacción. En todo caso, sólo cabe hablar de un deber jurídico a la aceptación de la pena, en tanto que dicho deber hállase jurídicamente prescrito en un precepto positivo; pero no se deduce del mero hecho de que cierta acción sea castigada con una pena.

Podemos designar el enlace específico de hecho y consecuencia con el nombre de « imputación », distinguiéndolo así con toda pulcritud, incluso desde el punto de vista terminológico, de la « causalidad », que es el enlace de elementos dentro del sistema de la naturaleza. Este concepto de imputación, propio de la teoría jurídica, no es en modo alguno idéntico con el principio de la imputación formulado por la Política del Derecho, de tan fecunda aplicación en el Derecho penal. Es verdad que el término « imputación » es usado con preferencia en este último sentido; pero es fácil desprender de él el concepto propio de la teoría jurídica. Si se pregunta « qué » debe ser imputado — siguiendo el uso corriente del lenguaje — y « a quién », muéstrase que esta cuestión — de Derecho positivo — no puede contestarse sin hacer referencia al acto coactivo (como consecuencia jurídica). Según el uso corriente del lenguaje, un determinado hecho se imputa al hombre contra el cual se dirige el acto coactivo (como consecuencia jurídica), subordinado a la condición de ese hecho. Esto suele expresarse corrientemente, aunque con cierta inexactitud, diciendo : se imputa a un hombre aquel hecho « en virtud del cual » es castigado o sancionado civilmente. Esta expresión « en virtud de » significa, si se deja a un lado la referencia a las razones del legislador — cuestión irrelevante para la teoría jurídica —, que este hecho es la condición establecida en la proposición jurídica para el ejercicio del acto coactivo, que afecta

a un hombre. Por tanto, en el concepto jurídico de la imputación exprésase esencialmente una relación entre el hecho condicionante — que es imputado — y la consecuencia condicionada, el acto coactivo; pues no puede determinarse que un hecho cualquiera debe ser imputado, si el mismo no constituye la condición de un acto coactivo.

Nuestro sentimiento jurídico exige que un hombre sólo sea castigado «en virtud» de un hecho por él cometido o no impedido (si bien hubiera «podido» omitir su comisión o evitar que el hecho se realizase). Nuestro sentimiento jurídico exige, además, que en la comisión o la no oposición al hecho socialmente dañoso haya culpa, es decir, intención, previsión o negligencia, que es lo único que justifica la realización de un acto coactivo — en especial la aplicación de una pena — contra un hombre. Con otras palabras: lo justo y recto es que sólo se considere como hecho condicionante de un acto coactivo (especialmente de la aplicación de una pena) aquella conducta determinante — positiva o negativamente — de un suceso dañoso para la sociedad, realizada por el mismo hombre contra el cual se dirige la pena. Una investigación más detenida de los conceptos decisivos corresponde al Derecho penal. Aquí no interesa sino en tanto que nuestro sentimiento jurídico — al cual se debe el planteamiento de las anteriores exigencias, con vistas a la determinación jurídico-positiva del hecho condicionante — hállase informado por la idea de la prevención. El acto coactivo, en especial la pena, debe provocar a los hombres a no realizar o a impedir la realización del suceso socialmente dañoso. La pena sólo tiene, por tanto, un fin si afecta a un hombre que ha realizado o no impedido la realización del hecho condicionante del castigo. Luego, si se afirma: solamente debe imputarse un hecho a un hombre o, simplemente: sólo se imputa a un hombre aquello que ha realizado o cuya realización no ha impedido, habiendo culpa en ello, esta fórmula de la imputación no constituye sino la expresión harto abreviada del postulado de Política jurídica según el cual, al dar forma positiva a la norma jurídica, tan sólo debe señalarse un acto coactivo, especialmente si se trata de pena — hecho condicionado —, en contra de aquel hombre — al cual ha de aplicarse aquélla — que ha realizado positiva o negativamente, e interviniendo culpa, la conducta constitutiva del hecho condicionante; así que el hecho complejo que constituye la condición del acto coactivo compónese de un suceso o acaecimiento socialmente dañoso (por ejemplo, la muerte de un hombre) y de una conducta causante o no contraria al mismo, intencionada o negligente, del hombre que ha de ser castigado. Lo que de ordinario se califica como imputación pura y simple, no es más que la exigencia de la Política del Derecho de que la imputación sea objeto de una regulación determinada, de que se establezca concretamente tal o cual relación material entre el hecho condicionante y el hecho condicionado. El concepto jurídico de la imputación no expresa sino el enlace formal entre los hechos condicionante y condicionado, y se distingue claramente, como relación normativa, del nexo causal que se presupone existente en todo caso, dentro

del hecho condicionante, entre la conducta humana y el suceso socialmente dañoso. El concepto de la imputación normativa queda asegurado cuando se considera que, por el contrario, el postulado de Política jurídica, basado en el principio de la prevención, no se realiza necesariamente en el Derecho positivo, ni en las legislaciones primitivas, ni en muchas legislaciones modernas, cuyas normas jurídicas penales pueden no reconocerlo o no admitir el fin preventivo del Derecho. El acto coactivo de la ejecución dirígese, de ordinario, contra hombres cuya conducta no es parte constitutiva del hecho condicionante; y, en especial, contra hombres que no han tenido culpa por acción u omisión en que se realizase el suceso condicionante de la ejecución. Sin embargo, háblase también en estos casos de una « imputación » de este hecho al hombre afectado por el acto coactivo, al hombre que constituye el objeto de la coacción. Y esta imputación no indica otra cosa sino que el acto coactivo — como consecuencia — está enlazado, en sentido específicamente jurídico, con el hecho que condiciona su aplicación.

D. El hecho condicionante

1. Norma primaria y secundaria. Compréndese fácilmente que la condición no es necesariamente un acto unitario, sino que puede hallarse dividido y escalonado (supuesto que son *a*, *b*, *c*, etc., debe ser *z* también). Lo único decisivo es que toda la serie de condiciones desemboca en el acto coactivo como última consecuencia; este acto coactivo es, por así decirlo, el último compás del ritmo de la dinámica de las normas. Hecha esta reserva, el hecho condicionante puede ser considerado como una cadena de condiciones previas y consecuencias.

Tanto a la desarticulación del hecho complejo condicionante como a la unificación de todas las condiciones del acto coactivo definitivo, llégase especialmente valiéndose de la hipótesis auxiliar según la cual debe omitirse la conducta condicionante del acto de coacción. De este modo, lo que en principio no era más que una proposición jurídica, aparece ahora como un enlace de varias de dichas proposiciones, de las cuales sólo la última establece como consecuencia el acto coactivo, al paso que las restantes sólo pueden ser agrupadas en una unidad por relación a ésta. Si alguien ha estipulado un contrato, debe comportarse con arreglo a las cláusulas del mismo; pero si procede de modo contrario a ellas, puede dirigirse contra él un acto de ejecución a instancia de la otra parte. Ahora bien, en virtud de esta última consecuencia específicamente jurídica, aquella norma según la cual debe uno comportarse de acuerdo con lo pactado, constituye una norma jurídica, pero una norma jurídica relativamente autónoma, secundaria; y una determinada conducta sólo es contenido de un deber ser jurídico en tanto que la conducta contraria hállase bajo una sanción coactiva, es decir, en tanto que constituye la condición de un acto coactivo.

2. **La antijuridicidad.** El acto coactivo es la consecuencia jurídica de un hecho jurídicamente ilícito, de una «antijuridicidad»; téngase presente que el hecho condicionante del acto de coacción constituye, al parecer, una negación del «Derecho». El concepto de Derecho —que es el supuesto del concepto de antijuridicidad— es aquí indudablemente el de la norma jurídica secundaria, ya expuesto en el párrafo anterior, que tiene por contenido la conducta debida para evitar la coacción. Obsérvese ahora que el hecho constitutivo de la antijuridicidad consiste fundamentalmente en una conducta humana. En relación con la norma jurídica secundaria —«no se debe robar», «se debe devolver el depósito»— que determina la conducta debida para evitar la coacción —de la cual damos aquí por supuesto que constituye el Derecho—, el hecho condicionante del acto coactivo —«si alguien roba», «si alguien no devuelve el depósito»— representa una pura negación. Y si el Derecho fuese idéntico con la norma secundaria; si el orden jurídico consistiese tan sólo en aquellas normas cuyo carácter secundario quedó probado al demostrar que no constituían sino representaciones auxiliares destinadas a lograr una más clara descomposición del hecho condicionante, éste, al constituir precisamente la conducta contraria al contenido de la norma, quedaría suficientemente caracterizado como constitutivo de la antijuridicidad. Y entonces este hecho, como negación del Derecho, caería fuera de las márgenes del sistema y del conocimiento jurídicos; la antijuridicidad no sería un concepto jurídico, porque no sería objeto del conocimiento de las normas de Derecho y de sus contenidos. Por eso, si la «antijuridicidad» ha de ser un concepto jurídico, ha de ser considerado como contenido de la proposición jurídica, como Derecho. Y no otro es el sentido del hecho de que lo que desde el punto de vista de la norma secundaria aparece como «negación» del «Derecho», constituye dentro de la norma jurídica primaria la condición del acto coactivo señalado como consecuencia; el concepto del Derecho, el concepto de la proposición jurídica tiene que ser lo suficientemente amplio para dar cabida a aquello que una concepción demasiado estrecha del Derecho considera como negación de éste, por tanto, como situado más allá de él, y de este modo suprimirle ese carácter de negación, de cosa que no encuentra acomodo dentro del sistema del Derecho. El carácter meramente auxiliar de esta norma secundaria, que determina la conducta debida para eludir la coacción, y el carácter puramente provisional que posee el hecho antijurídico como «negación» del «Derecho», muéstranse claramente en que no sólo la conducta debida para escapar a la coacción, sino incluso el mismo acto coactivo, tienen que constituir el contenido de la norma; pero la misma norma que estatuye el acto de coacción tiene que aceptar como contenido suyo la conducta contraria al contenido de otra norma, de la norma que establece la conducta debida para evitar la coacción; así, pues, tiene que aceptar como contenido la «negación» del Derecho. Por tanto: 1.º, «no se debe robar»; 2.º, «si se roba, se debe ser castigado». Respecto de esta segunda norma, que

adopta la forma de proposición jurídica primaria, la primera es realmente superflua ; tanto más si se considera que esta proposición « no se debe robar» —supuesto que el Derecho es esencialmente un orden coactivo — no constituye más que la expresión abreviada de lo que determina la norma primaria : « si se roba, se debe ser castigado ». No se está jurídicamente obligado a no robar — en el caso del robo — sino en tanto que se debe ser castigado. Y no se está jurídicamente obligado a devolver el préstamo sino en tanto que — en el caso de la no devolución — deba ser dirigido contra el prestatario un acto de ejecución.

Admitiendo que el Derecho constituye un orden coactivo, tiene que desaparecer el concepto de la antijuridicidad como negación del Derecho. El supuesto de hecho conviértese en condición del acto coactivo, enlazado con él por la proposición jurídica, como « consecuencia » de la antijuridicidad. Ciertamente, no sólo como condición pura y simple, pues el hecho constitutivo de la antijuridicidad no es de ordinario sino un elemento del hecho complejo condicionante del acto de coacción. Así, la proposición jurídica penal (I) reza, según la mayoría de las leyes penales positivas, del modo siguiente : 1.º, si alguien roba, y 2.º, si un determinado órgano del Estado interpone acción, el tribunal debe castigar. A su vez, la proposición jurídica civil (II) dice : 1.º, si dos hombres han convenido mutuamente en algo ; 2.º, si uno de los dos no se comporta de acuerdo con lo pactado ; 3.º, y el otro interpone acción, el tribunal debe provocar la ejecución. La diferenciación del hecho antijurídico en cuanto tal, respecto de los restantes elementos constitutivos del hecho complejo condicionante de la coacción, en especial del hecho llamado « negocio jurídico » (II, 1), así como su caracterización como « antijuridicidad » no es posible sino por relación al fin del orden jurídico : es aquel hecho que debe ser omitido, aquel que el legislador trata de evitar por considerarlo socialmente dañoso, dirigiendo un acto de coacción contra quien lo ha realizado (bien provocando con su conducta un suceso dañoso para la sociedad o bien no impidiéndolo). El hecho en cuestión sólo puede ser considerado en sentido puramente formal, es decir, sin relación a ningún fin trascendente al Derecho y, por tanto, no como antijuridicidad en el sentido ético de negación del Derecho, sino precisamente como contenido específico del mismo, si se admite que es realizado por aquel contra el cual se dirige el acto coactivo — condicionado por este hecho —. En otro lugar se examinará la razón por la cual el hecho constitutivo del negocio jurídico se distingue especialmente del hecho constitutivo de la antijuridicidad, desde el momento que aquél consiste, respecto del hombre que lo realiza, en una norma delegada; al paso que éste no pasa nunca de ser una condición de una norma, pero jamás la norma misma (cfs. págs. 303 y ss.).

3. Derecho y Estado. Cuando se dice que el Derecho es voluntad del Estado, se piensa que éste constituye, ante todo, un « aparato coactivo ». Quiérese expresar con esto que el Derecho es una norma

que prescribe la coacción. « Voluntad del Estado » significa, en primer término, esto : voluntad de coacción. Pero el término « voluntad » no debe entenderse aquí en el sentido usual desgraciadamente seguido por la mayoría de los autores : como hecho psíquico real, sino como la expresión antropomórfica del « deber ser » objetivo de la norma reguladora del acto de coacción. Al representarse la norma como voluntad, como voluntad de un sujeto, la idea de la unidad del sistema —dentro del cual se realizan los actos de coacción condicionados por el complejo de hechos condicionantes — tiende a revestir forma gráfica. El Derecho como voluntad del Estado está constituído por un sistema de proposiciones jurídicas, compuestas del hecho complejo y de las consecuencias coactivas ; es decir, la totalidad del Derecho constituye un sistema de proposiciones jurídicas reguladoras de la coacción. Cuando se afirma que el Estado « quiere » la coacción, pretende decirse que el hecho condicionante está dentro del sistema del Derecho, es decir, que es debido jurídicamente. En este sentido, todas las restantes condiciones que constituyen el contenido de las proposiciones jurídicas son también « queridas » por el Estado, es decir, son debidas jurídicamente. Si la voluntad del Estado se refiere principal o exclusivamente al acto coactivo, esta situación preferente de ese acto no significa otra cosa que la circunstancia de que todos los restantes hechos constituyen meras condiciones de dicho acto y, por tanto, no son queridos sino indirectamente — para seguir utilizando la imagen de la voluntad —. Si un hombre quiere algo bajo cierta condición, no quiere la condición, pues es el acto psíquico de su querer lo que va enlazado a la misma ; lo condicionado es su querer, no el contenido de su voluntad. Pero la « voluntad » del Estado, como orden jurídico, no es un acto psíquico, sino un contenido « debido », el cual comprende tanto el hecho condicionante cuanto el condicionado.

Por eso es completamente equivocado pretender construir un sistema parcial de « Derecho » propiamente dicho separando del sistema total de proposiciones jurídicas — al cual podemos denominar indistintamente con los nombres de Estado o Derecho — aquellas normas secundarias que estatuyen la conducta debida a fin de eludir la coacción, cuya misión es únicamente la de construcciones auxiliares, con objeto de llegar a la clara desarticulación del hecho complejo condicionante del acto coactivo. Y lo mismo es erróneo representarse « tras » o « junto » a este « Derecho » al « Estado » (esto es, las normas primarias que estatuyen de modo inmediato el acto de coacción) como un aparato coactivo en sentido estricto y genuino, como una especie de factor de garantía o protección. Seguramente, la antítesis que se plantea entre Derecho y Estado aliméntase de esta representación. Cuán insostenible sea ésta, compruébalo el hecho de que ese Estado del cual se afirma ser algo esencialmente distinto del Derecho, no es otra cosa que Derecho, un sistema de normas especiales reguladoras de la coacción. Ahora bien, las normas específicamente designadas como « Derecho », las normas que estatuyen la conducta debida para eludir la coacción no poseen

el menor carácter jurídico consideradas en sí mismas y prescindiendo de las normas coactivas que constituyen el «Estado»; pues sólo por relación con las normas reguladoras de la coacción — bajo el supuesto de la antijuridicidad — pueden subsistir, a lo sumo, como representaciones auxiliares previas. Este modo de ver, tan favorable en un todo al dualismo de Estado y Derecho, destroza en dos pedazos la unidad orgánica, es decir, lógico-sistemática del complejo normativo de la proposición jurídica. Lograda nuevamente la unidad, el dualismo de Estado y Derecho desaparece *ipso facto*.

La evolución técnica del orden jurídico refiérese ante todo al orden coactivo como acto jurídico condicionado, que es la reacción del Derecho sometida a ciertas condiciones. La realización del acto coactivo, abandonada primitivamente al lesionado en su interés, le es sustraída más tarde y concentrada en órganos especializados, a medida que progresa la división del trabajo; es decir, el orden jurídico confía la realización del acto coactivo a determinados hombres, los cuales, sin que les haya afectado la infracción jurídica, tienen que establecer el hecho condicionante y realizar el acto correspondiente de coacción. De este modo se va preparando el concepto peculiar, jurídico-material de estos «órganos» del Estado, de los cuales se hablará en otra ocasión. Y así, frente al concepto puramente formal de acto del Estado como acto de coacción, como reacción jurídica o acto jurídico en general, surge un concepto del acto del Estado en sentido jurídico material. Es el acto realizado por aquellos hombres a los que se les da el título específico de órganos estatales. Y ese acto no puede reducirse al mero acto de coacción, ni siquiera a su preparación procesal. El orden jurídico puede obligar o facultar a los hombres especialmente constituídos en órganos del Estado, al ejercicio de actividades diferentes de la mera realización de actos de coacción. De aquí deriva el concepto del Estado en sentido jurídico material, como un orden jurídico parcial materialmente cualificado, el cual se contrapone al concepto formal del Estado, como expresión del orden jurídico totalitario. Pero la discusión de aquel concepto se hará más adelante (cfs. págs. 312 y ss.).

E. La proposición jurídica como juicio hipotético o como imperativo

Tanto la norma primaria como la secundaria no expresan sino la conexión (específicamente jurídico-legal) de hecho condicionante y consecuencia. Ahora bien, esta conexión — en cuanto expresa el enlace de condición y consecuencia — tiene que traducirse, gramaticalmente, en proposiciones y, lógicamente, en juicios que, en tanto que constituyen juicios normativos, pueden ser considerados como juicios de valor. Por esto es inadmisible sostener que las normas jurídicas, el Derecho, constituyan un imperativo. Imperativa es la expresión inmediata de una voluntad dirigida a provocar una conducta determinada en otro; pero no la expresión de un enlace legal, de una legalidad cualquiera y su correlativo conocimiento. El Derecho como objeto del conocimiento

jurídico — y sólo bajo este aspecto cabe hablar de legalidad jurídica — es un sistema de juicios, no de imperativos; éstos pueden formar parte del material del Derecho constituído como tal en el conocimiento jurídico ; los hechos, en cuanto tales, bien pueden consistir en imperativos. Pero el Derecho, como ley jurídica, es la proposición jurídica, es un juicio hipotético.

Si no se está dispuesto a considerar que la norma jurídica es un imperativo, se resuelve de antemano un problema cuya solución ha sido causa de grandes dificultades para la Teoría del Derecho y del Estado : la cuestión en torno al « destinatario » de la norma jurídica. Si la proposición jurídica no es imperativo, no hay destinatario al cual se dirija, del mismo modo que no hay destinatario de la ley natural. La proposición jurídica no se « dirige » absolutamente a nadie, o, lo que es lo mismo, se dirige a todos los hombres cuya conducta es contenido de la norma, ya sea por constituir el hecho condicionante, o la consecuencia condicionada. Que la proposición jurídica se dirija a alguien no puede significar otra cosa sino que la conducta de ese alguien es contenido de la proposición jurídica. Pero como quiera que no sólo la conducta humana es contenido de la norma, pues también ciertos acaecimientos independientes del obrar humano — o bien siempre en cierta relación con éste — pueden ser un elemento del hecho condicionante, parece que igualmente debería admitirse que la proposición jurídica se dirija a dichos acaecimientos. Y como esto se rechaza por absurdo, queda probado que cuando se piensa en el destinatario de la norma se tiene presente la idea de un fin trascendente al Derecho. Los auténticos « destinatarios » son aquellos hombres a los cuales provoca la representación psíquica de las normas, la realización de una determinada conducta — la realización del fin del orden jurídico —; y téngase presente que tan sólo los hombres pueden ser « motivados » a obrar. La representación psíquica de la norma pertenece a una esfera distinta de la normativa : a la esfera subjetiva de las motivaciones causadas por las representaciones de normas jurídicas, a la esfera psicológica-naturalista de las conexiones causales; pero la validez objetiva es esencialmente inmanente a la proposición jurídica como ley jurídica. En el fondo, la expresión « Derecho objetivo » es un pleonasmo. Un Derecho no objetivo no podría ser Derecho. Del mismo modo que no existe una naturaleza subjetiva, no hay un Derecho subjetivo, puesto que la ley jurídica, exactamente lo mismo que la ley natural, perdería su sentido inmanente si perdiese su objetividad : la objetividad de su validez. La conexión expresada en la ley jurídica entre el hecho condicionante y la consecuencia condicionada es válida, prescindiendo de que aquellos hombres cuya conducta constituye el contenido de ambos hechos de tal modo enlazados, hayan querido y realizado efectivamente esa conducta — motivada por la representación psíquica de la norma —; dicho de modo más general: prescindiendo de si los elementos de hecho contenidos en el sistema del Derecho se corresponden o no con hechos materialmente idénticos

del sistema de la naturaleza. La antítesis de lo subjetivo y lo objetivo significa en este caso, como en tantos otros, la antítesis de dos sistemas entre los cuales no existe la menor relación. Desde el punto de vista de uno, la relación respecto del otro aparece como cosa « subjetiva ». Y así se demuestra que con el Derecho « subjetivo » se invade una esfera ajena al Derecho positivo, una esfera que ya no es la esfera autónoma del Derecho.

§ 11. El Derecho subjetivo

A. Derecho objetivo y subjetivo

Los innumerables conceptos del Derecho subjetivo no constituyen, en esencia, más que variantes de dos tipos básicos. El Derecho subjetivo se define, o como interés jurídicamente protegido — es decir, objetivamente jurídico, protegido por normas de Derecho —, o como querer jurídicamente reconocido. En ambos casos, el acento recae sobre un momento metajurídico, obstinadamente situado más allá del Derecho, frente al cual éste no constituye sino un medio, un instrumento de protección o garantía; por lo cual no es el Derecho como contenido autónomo, sino su realización psíquica lo que viene en cuestión. Por las mismas razones por que se rechaza la doctrina del fin del Estado (cfs. págs. 52 y ss.), rechaza la doctrina en torno al Derecho subjetivo las objeciones dirigidas contra este concepto, a saber : que el Derecho sería sólo un medio específico y no un fin — en tanto que se plantea la cuestión en torno al fin del Derecho y se piensa, por tanto, propiamente en el hecho de las representaciones psíquicas de normas, y no en el Derecho como norma ideal — ; así como que el Derecho subjetivo, si es Derecho, no podría ser más que norma y no el fin que debería producirse mediante la realización de esta norma; pues en el concepto del Derecho subjetivo no aparece otra cosa que el fin del Estado, y del mismo modo que en la Teoría del fin del Estado, en la Teoría del Derecho subjetivo hállanse también frente a frente las direcciones subjetivista-individualista y objetivista-universalista, según que lo protegido por el Derecho subjetivo sea el interés subjetivo individual o el interés objetivo colectivo ; según que lo que deba ser garantizado sea la voluntad individual subjetiva o la voluntad objetiva de la colectividad. Ciertamente, en la Teoría del Derecho subjetivo predomina, hoy por hoy, el matiz subjetivista e individualista. Una teoría del Derecho subjetivo orientada en sentido objetivista y universalista posee ya la tendencia a su autodestrucción.

B. La teoría del interés

Examinando de cerca las cosas, compréndese que, desde un punto de vista positivista, el Derecho subjetivo no puede tener consistencia considerado como « interés jurídicamente protegido ». Es notoria-

mente inexacto — y ni siquiera es eso lo que afirma la teoría del interés — sostener que no se tiene un derecho a algo, una determinada facultad jurídica, sino en tanto que existe un interés correspondiente, es decir, un estado psíquico específico del deseo, de la aspiración, etc., hacia el objeto del Derecho. Se tiene un derecho a la devolución del préstamo aun cuando no se tenga el menor interés en ello o incluso se tenga interés en la no devolución ; un asunto completamente distinto es si se quiere o no hacer « uso » del Derecho ; éste existe, a pesar de todo. Se posee un derecho subjetivo aun cuando no se tenga un interés concreto en él; pues el Derecho objetivo que estatuye la devolución del préstamo recibido, poniéndolo bajo la ejecución, no hace depender la posibilidad de esta sanción del hecho de que el acreedor tenga interés en ella. Si existe o no un derecho subjetivo, no puede contestarlo más que el Derecho objetivo. Por eso significa, en el fondo, una reducción del derecho subjetivo al objetivo, una eliminación de aquél y un triunfo de éste, el hecho de que la teoría del interés, frente a la irrelevancia del interés individual concreto respecto de la norma jurídica objetiva, declare que el derecho subjetivo no consiste en el interés individual concreto, protegido por la norma objetiva, sino en el « interés medio » jurídicamente protegido. Como realidad psíquica, no hay más que intereses individuales. El « interés medio » jurídicamente protegido no es sino la expresión para designar el hecho de que el orden jurídico tiene la finalidad de proteger ciertos intereses medios; es decir, aquí ya no se pregunta por el derecho subjetivo, por el derecho de ciertos sujetos concretos (pues éstos no poseen « intereses medios » sino intereses individuales concretos, o carecen de todo interés), sino por el Derecho objetivo y su fin. Y sólo así se comprende lo que es incomprensible desde el punto de vista de una teoría que mantiene separados el derecho subjetivo y el objetivo, a saber : que la cuestión — decisiva para el proceso — de averiguar si ha habido infracción de un derecho subjetivo (sólo quien se estima dañado en « su » interés puede presentar querella o demanda y originar un proceso) queda contestada de modo exhaustivo, y sólo de ese modo puede serlo, averiguando si ha habido infracción del Derecho objetivo. Sólo un hecho contrario al Derecho objetivo es un hecho antijurídico.

C. Teoría de la voluntad

En la teoría de la voluntad es particularmente perceptible la tendencia que impulsa al concepto de derecho subjetivo a su propia destrucción. Cuando dicha doctrina declara que el derecho subjetivo es un poder de querer, un poder de voluntad jurídicamente garantizado, tiene presentes varios hechos harto diferentes unos de otros. La voluntad jurídicamente protegida, declarada « derecho subjetivo » dirígese, ora a la propia conducta del sujeto de dicha voluntad, ora a la conducta de otro sujeto. Se hace valer, pues, como derecho subjetivo, ya un « estar autorizado » jurídicamente, ya un « poder » jurídico. Yo tengo

« derecho » a disponer libremente de las cosas de mi propiedad ; yo tengo « derecho » a hacer todo aquello que no está jurídicamente prohibido. Pero yo tengo también « derecho » a exigir una determinada prestación de mi acreedor, o a excluir a los demás de toda intervención en las cosas sobre las cuales puedo disponer libremente. Yo « puedo » («estoy autorizado », por tanto) «querer» hacer u omitir esto o aquello, o « querer » que los demás lo hagan o dejen de hacerlo. Pero, bajo el concepto de derecho subjetivo, la teoría de la voluntad comprende igualmente el hecho de que yo puedo manifestar también una voluntad a la cual el orden jurídico enlaza como consecuencia aquel efecto que yo trato de conseguir por medio de la voluntad manifestada. Por tanto, lo que aquí se declara derecho subjetivo no es un « estar jurídicamente autorizado », sino un « poder jurídico ». El orden jurídico confiere al sujeto el poder de realizar su interés por medio de negocios jurídicos, de imponer su voluntad con el fin de conseguir tales o cuales bienes. Por medio de mi voluntad, al menos por medio de mi voluntad manifestada en el negocio jurídico, obligo yo a otro a realizar una determinada prestación; así como por medio de la acción obligo a las autoridades a provocar un acto de ejecución contra el acreedor moroso.

La diversidad de elementos que se comprenden bajo el concepto de derecho subjetivo acaba por hacerlo inutilizable. El «derecho» a disponer libremente sobre las cosas propias, lo mismo que el « derecho » a la conducta no prohibida, no es otra cosa que el reflejo subalterno de las normas que estatuyen deberes jurídicos. El contenido jurídicamente relevante de toda expresión afirmativa de tal « derecho subjetivo », agótase en el establecimiento del deber jurídico de otro de abstenerse de toda intervención en « mis » cosas (las cuales se hacen « mías » precisamente en virtud de ese deber) ; jurídicamente aparece, pues, un derecho frente a las cosas, un derecho a usar, abusar, etc., de las cosas. Pero cuando se afirma : yo tengo derecho a respirar, a trabajar, a pasear, a amar, etc., no quiere decirse sino que no existe ninguna norma jurídica que me obligue a lo contrario. Si bien se mira, el « poder» (en sentido de « estar autorizado ») en ambos casos expresado, es deber ser, es norma jurídica ; el derecho « subjetivo » es Derecho objetivo, y sólo en cuanto tal tiene existencia en la esfera del Derecho. Pero también el « derecho » a una conducta extraña (en tanto que no consiste sino en que yo puedo exigir — por tanto, « querer » — la acción extraña o la omisión de toda intervención en mi esfera de competencia) es la misma norma objetiva (vista a través del prisma del interesado), la cual establece como « debida » por otro la conducta que yo « quiero » de él. Aquí no se trata, empero, de que yo quiera ; lo relevante es que otro « debe » algo porque así se lo ordena el Derecho, el Derecho objetivo : si bien la razón por la cual dicha norma ha sido puesta, es la consideración de que yo (es decir, la parte cuyo interés trata de protegerse) quiero o se presume que puedo querer lo dispuesto por ella.

En cuantos casos se lleva indicados hasta ahora, el supuesto de hecho sometido a regulación normativa carece de un elemento que

implica una peculiar relación con el titular de la facultad y que, en la representación de la norma objetiva, justifica su subjetivación en el que se halla específicamente «facultado». Esta relación es dada, ciertamente, en los otros dos casos que expresan no un mero «ser lícito», sino un «poder». Designar al Derecho objetivo, a la norma jurídica objetiva, como «mi» Derecho, es decir, como derecho subjetivo, sólo tiene un sentido aceptable, desde el punto de vista de la teoría jurídica, si se admite que en esta norma se establece una manifestación de mi voluntad como condición de un deber jurídico ajeno correspondiente al contenido de esa manifestación de mi voluntad; si el orden jurídico — como suele decirse — extrae el contenido de sus normas de mi voluntad — como voluntad de un sujeto sometido, por lo demás, a ese orden mismo — o delega en mi «voluntad» la creación de su contenido. Por lo demás, precisamente en aquellos casos en que la norma general enlaza ya a la manifestación de voluntad de un hombre el correspondiente deber jurídico de otro, es decir, ante todo en aquellos casos del llamado Derecho público (cfs. págs. 105 y ss.), la teoría jurídica no muestra inclinación a hablar de un derecho subjetivo en sentido de una facultad de quien está investido del poder de mando sobre la conducta del obligado a la obediencia. Precisamente aquí la idea de derecho subjetivo retrocede a un segundo plano; pues para aquellos desde cuyo punto de vista fué desarrollada toda la teoría del derecho subjetivo — el punto de vista que afirma un titular del interés, situado frente al orden jurídico; el punto de vista que se pregunta: ¿hasta qué punto me interesa el orden jurídico considerado como un medio útil para el logro de mis fines?; un punto de vista, por tanto, no inmanente sino trascendente al Derecho —, la norma jurídica que estatuye un deber de obediencia a los mandatos de la autoridad, no es considerada en modo alguno como «su» derecho. Es típico que el concepto de derecho subjetivo como facultad encuentra su ámbito peculiar de aplicación precisamente en aquellos casos en los que el deber jurídico ajeno no se funda sólo en la manifestación de voluntad — dirigida igualmente a provocar la conducta hecha deber — del titular, sino también en la manifestación de voluntad del otro, coincidente con la del titular; es decir, el derecho subjetivo fúndase específicamente en el negocio jurídico. Yo tengo un «derecho» a la prestación de mi adversario, un derecho a que éste cumpla todos sus deberes para conmigo; pero este deber no se funda tan sólo en que yo he manifestado mi voluntad de que él realice la prestación, sino en que las dos partes hemos puesto de acuerdo previamente nuestras voluntades. Si para admitir la existencia del derecho subjetivo de alguien, lo único decisivo fuese el que la manifestación de su voluntad fundamentase el deber del otro, habría que admitir que el obligado poseía un «derecho» semejante a su propia conducta debida, en tanto que también la manifestación conforme de su voluntad era establecida por la norma jurídica general como condición de su deber.

Sólo el caso indicado en último lugar contiene una relación realmente inequívoca con el «facultado»: la manifestación de mi voluntad, dirigida a exigir el cumplimiento del deber ajeno o la realización del acto coactivo contra el infractor de su deber, constituye — como querella o demanda — la condición de realización del acto coactivo por las autoridades estatales, o del procedimiento que conduce a dicha realización. Si una norma jurídica contiene tal condición, puede decirse que está a disposición del sujeto lesionado en su interés por el incumplimiento del deber por parte del otro, y entonces la norma objetiva, constitutiva de un derecho del sujeto, puede ser considerada como derecho subjetivo sin necesidad de perder por ello su carácter de Derecho objetivo, de norma jurídica.

Así, pues, concebida en su sentido más general, la proposición «alguien tiene un derecho subjetivo» (en sentido de facultad) significa lo siguiente: una norma jurídica objetiva y general pone la manifestación de voluntad dirigida a exigir una determinada conducta ajena, como condición del deber de realizar la conducta exigida y, en especial, como condición de realización del acto coactivo; y quien está por la norma autorizado a manifestar en tal sentido su voluntad es, por sólo esa razón, el «titular» del derecho subjetivo. La distinción entre Derecho objetivo y subjetivo, en sentido, respectivamente, de norma general y facultad, no implica, según eso, la relación de dos conceptos inconciliables que fuese imposible subsumir bajo un concepto genérico superior — como es el caso cuando se contrapone el orden jurídico, de un lado, y las voluntades individuales situadas frente a él, de otro —, sino que el llamado derecho subjetivo, en cuanto facultad, no es más que una modalidad, una forma peculiar del Derecho objetivo: es norma. Todavía existe un segundo principio que determina el concepto de derecho subjetivo frente al objetivo. En la idea de derecho subjetivo exprésase la noción del derecho individual concreto, en contraposición al general y abstracto. Derecho subjetivo es la norma jurídica en tanto que ésta posee un contenido concreto individual. Cuando se contrapone el derecho subjetivo al objetivo como si fuesen cosas de naturaleza esencialmente diversa, una de las causas de ello es que se hace valer tan sólo como «Derecho» la norma general abstracta, y se acostumbra a ver en el Derecho solamente la norma general, y se sostiene que el orden jurídico es un sistema de normas abstractas y generales (cfs. páginas 300 y ss.). De ese modo, el Derecho concreto individual cae fuera de las márgenes del orden jurídico. Pero una consideración más profunda acaba forzosamente por articular el Derecho individual y el Derecho general en un sistema unitario. Y lo que como derecho subjetivo se contrapone aparentemente al objetivo, acaba por ser considerado en definitiva como un elemento del orden jurídico «uno», y solamente definible como orden jurídico «objetivo». Es extraordinariamente característico el hecho de que la teoría de la voluntad, que comenzó planteando la antítesis de Derecho objetivo y subjetivo como antítesis entre las normas jurídicas (como voluntad del Estado, como deber ser)

y la voluntad psíquica real de los hombres situados frente al orden jurídico (como ser), se vió impulsada progresivamente a reconocer que la «voluntad» de que se hace mención en el concepto de derecho subjetivo no podía ser otra que la voluntad del Estado; pues a medida que la teoría voluntarista trató de comprender en el concepto de derecho subjetivo el hecho de que la voluntad individual posee carácter obligatorio — en el negocio jurídico y en la acción —, dicha voluntad subjetiva iniciaba el viraje hacia lo objetivo, se iba convirtiendo en voluntad del Derecho. Si se pregunta la razón jurídica por la cual uno debe comportarse de cierto modo, supuestas ciertas condiciones (por ejemplo, del modo que determina la voluntad de uno manifestada en el negocio jurídico); si se investiga la razón por la cual esta voluntad de una parte ha de ser norma (los romanos hablaban de «lex» contractus), o la razón por la cual la demanda interpuesta por el acreedor obliga al tribunal a la ejecución contra el deudor moroso, la contestación no puede ser otra que ésta: porque la ley — la norma general, el deber ser, la voluntad del Estado — confiere esa validez a la voluntad de una parte; es decir, porque la norma legal es como un cheque en blanco que se encarga de llenar la parte cuya voluntad ha sido delegada para ello, aceptándose *a priori* el contenido querido por ésta; así que la voluntad de la parte — ya se manifieste en el negocio jurídico o en la acción procesal — no representa sino un nuevo avance en la formación de la voluntad objetiva del Derecho (cfs. páginas 300 y ss.). Ya no es al acto de voluntad real psíquico-subjetiva a lo que se está obligado a prestar obediencia, sino a la norma jurídica objetiva, la cual sólo en algunos casos concretos extrae su contenido del acto psíquico de voluntad de una de las partes. En lugar del querer psíquico real, surge el «deber ser» jurídico.

D. Derecho subjetivo y Derecho natural

A esta consecuencia se llega necesariamente desde el momento que — lo mismo que la teoría tradicional — se pretende «derivar» el derecho subjetivo del objetivo. Ahora bien, ésta es la misma consecuencia del positivismo, el cual — para seguir usando la terminología subjetivista — sólo reconoce derechos subjetivos en tanto que son «concedidos», «atribuídos» por el Derecho objetivo. Pero esto significa lo siguiente: los llamados derechos subjetivos dilúyense de nuevo en el Derecho objetivo. En este efecto disolvente se revela la procedencia jusnaturalista de la Teoría del Derecho subjetivo. Fundamentalmente considerado, el Derecho objetivo no es otro que el Derecho positivo. Lo que surge frente al Derecho positivo como un Derecho subjetivo esencialmente diverso del Derecho positivo, por ser irreductible a éste, es un orden jurídico diferente. El derecho «subjetivo» no es diverso del «objetivo» más que si es independiente de él, si no deriva de él su validez, si — como enseñan a veces incluso algunos positivistas — le precede temporalmente y — en grado mayor o menor — no puede ser

desconocido o negado por el Derecho objetivo. En principio, la teoría enlaza esta idea con la noción de derecho subjetivo. Es la idea de los derechos innatos e indestructibles y de los derechos «adquiridos» del individuo, idea que siempre ha surgido con la pretensión de señalar límites absolutos al Derecho positivo. En el dualismo de Derecho objetivo y subjetivo se oculta, pues, el viejo dualismo de Derecho positivo y Derecho justo o natural. Es verdad que este último suele ser con frecuencia «minimizado», reducido a un límite externo que no puede ser sobrepasado por el Derecho positivo con perjuicio del individuo. La idea de un derecho subjetivo contrapuesto al objetivo equivale a la idea de libertad, la cual no puede ser limitada más allá de cierto grado por el Derecho objetivo. Y aquí tiene una de sus raíces la polifacética antítesis en que el Derecho se coloca frente al Estado.

A medida que se fortalece el positivismo, se volatiliza esta significación originaria del derecho subjetivo, si bien subsisten aún abundantes huellas de la misma; así, por ejemplo, cuando algunos defienden la teoría de que es preciso que el orden jurídico objetivo reconozca a los sujetos individuales de Derecho (es decir, garantice derechos subjetivos), puesto que de otro modo nos hallaríamos en presencia de una comunidad de esclavos, pero no de una comunidad jurídica. Y así podrían citarse otros casos. Pero en el momento en que se reconoce como postulado metodológico la necesidad de «derivar» el derecho subjetivo del objetivo — con lo cual el primero adopta la significación de un interés protegido o de una voluntad garantizada por el Derecho positivo — aparece, en lugar del dualismo de dos sistemas de normas, el dualismo del sistema del Derecho y del sistema de la naturaleza. El Derecho objetivo (como norma y deber ser) se contrapone al derecho subjetivo (considerado como «ser» del desear y del querer psíquicos). Y con esto se ha dado un avance decisivo hacia la superación del dualismo de Derecho objetivo y subjetivo (cfs. págs. 137 y ss.).

§ 12. El deber jurídico

A. Deber jurídico y facultad

Otra de las razones que comprueban que el concepto de derecho subjetivo poseía originariamente el sentido jusnaturalista de un Derecho situado frente al orden jurídico positivo, en el sentido de una esfera de libertad asegurada contra los ligámenes del Derecho positivo, es la siguiente: por Derecho en sentido subjetivo entendióse siempre la «facultad», jamás el «deber jurídico». Ahora bien; si me coloco frente al orden jurídico en el punto de vista del sujeto, preguntándome en qué sentido me afectan las proposiciones jurídicas, hasta qué punto es el Derecho «mi» derecho, tendré que reconocer que el Derecho objetivo se ofrece al sujeto no sólo como facultad, sino también como deber jurídico; no es «mi» Derecho solamente porque me confiere ciertas facultades, sino, del mismo modo, porque me atribuye ciertas obliga-

ciones. Este concepto de deber jurídico ha sido abandonado casi enteramente por la teoría que ha identificado el derecho subjetivo con la facultad ; apenas si los autores inspirados en tal dirección se cuidaron de cultivar aquel concepto. Y, sin embargo, muéstrase a primera vista que, incluso desde el punto de vista del sujeto, la función esencial del Derecho (no sólo su función primaria) es el deber jurídico. Sea cualquiera el concepto que se tenga de la facultad, lo cierto es que la facultad de uno presupone el deber de otro. La protección de mi interés consiste en que hay alguien que está jurídicamente obligado a aquella conducta en la cual tengo yo interés ; mi voluntad está jurídicamente garantizada por el hecho de que otro está obligado a comportarse de acuerdo con mi voluntad. El derecho de uno no es sino la consecuencia del deber de otro ; y ni siquiera la consecuencia necesaria. Cierto que toda proposición jurídica estatuye un deber, mas no siempre queda de ese modo suficientemente protegido un interés concreto individual (en sentido del Derecho objetivo), ni siempre se determina el contenido del deber, mediante una manifestación de voluntad de la parte delegada al efecto por el orden jurídico. Incluso cabría pensar una legislación que no estatuyese facultades en su sentido específicamente técnico, al no conceder ninguna fuerza obligatoria a la voluntad individual de las partes — ya la manifestasen en el negocio jurídico o en la acción procesal —. Se trata de una técnica jurídica completamente particular e históricamente condicionada, propia de la economía capitalista, basada en la propiedad privada ; aquella en la que, de modo especial, el derecho subjetivo adopta la forma de facultad en su sentido genuino : bajo las condiciones del acto coactivo se acepta la voluntad o, en su caso, la manifestación de voluntad (acción procesal, querella) dirigida a la realización del acto coactivo, de una de las partes. El Derecho penal, en su estructura moderna, constituye un ejemplo de legislación que estatuye obligaciones sin otorgar facultades (siempre que no se trate de delitos perseguibles a instancia de parte ; poco significa que se apropie la técnica procesal civil, la cual concede facultades, haciendo depender el castigo de la acusación fiscal, pues esto no es más que un momento externo, ya que el plantear la acusación, aceptada la punibilidad del hecho realizado, es un deber jurídico del fiscal). Es impensable un orden jurídico y aun una simple norma de Derecho sin deberes jurídicos, pues la obligación jurídica no significa otra cosa que la sumisión al Derecho; y en esta sumisión o vinculación jurídica radica la esencia del Derecho, considerado tanto en su conjunto como en cada una de sus normas.

B. Deber jurídico y deber moral

Ciertamente, tanto el concepto de deber jurídico como el de facultad llevan innata la tendencia a perderse en la esfera ético-política o en la psicológico-naturalista. Es frecuente reservar el concepto de deber para la moral y negar la existencia de deberes jurídicos especí-

ficos. Se está obligado moralmente, no jurídicamente, a una determinada conducta. Desde un punto de vista jurídico sólo podría afirmarse que a una determinada conducta, que contradice el contenido eventual del deber moral, debe seguir como consecuencia un acto de coacción. Se está moralmente, no jurídicamente, obligado a no robar; lo jurídico es tan sólo el deber de castigar el robo. Esta opinión significa únicamente que se renuncia a la construcción auxiliar de las normas jurídicas secundarias. Mas no por eso se destruye el deber jurídico. Pues ¿en qué sentido sigue el acto coactivo al hecho condicionante, en qué sentido es realizado el acto de coacción condicionado por el hecho? Indudablemente, sólo en el sentido de un deber ser. Quien roba debe ser jurídicamente castigado. Sólo en virtud de este sentido jurídico el Derecho es norma, y la proposición jurídica no es una ley natural. Una norma de Derecho sin deber jurídico es una contradicción, porque el deber jurídico no es ni puede ser otra cosa que la misma norma vista desde el plano de aquel cuya conducta constituye el contenido del « deber ser » jurídico. Cuando se dice que una conducta constituye el contenido del sistema del Derecho, se expresa tan sólo que dicha conducta debe realizarse no como mera condición, sino como consecuencia en el sistema del Derecho; del mismo modo que se hace una afirmación análoga para el dominio ético cuando se habla de la existencia de deberes morales. Pero no posee más que una importancia subalterna averiguar si constituyen también contenidos del deber no sólo la última consecuencia sino — en la construcción de las normas jurídicas secundarias — incluso las consecuencias intermedias que la preceden. El deber jurídico no puede constituir un deber moral frente al Derecho objetivo, cuya infracción es jurídicamente relevante en tanto que tiene como consecuencia un acto jurídico; del mismo modo que, en la facultad, el Derecho objetivo no protege o garantiza un derecho moral, sino que el deber jurídicamente relevante tiene que estar encuadrado (como deber jurídico) en el mismo sistema del Derecho objetivo.

C. Deber jurídico y vinculación psíquica

Pero no puede ocurrir así si trata de considerarse como deber jurídico el vínculo psíquico que resulta de la representación motivadora de la norma objetiva de Derecho. El deber jurídico no es una vinculación psíquica real, sino jurídica. Esto lo comprueba el hecho de que la existencia del deber jurídico es en todo independiente de que en cada caso concreto exista o no un vínculo psíquico en aquella dirección en la que radica la conducta constitutiva del contenido del deber.

Según el conocimiento jurídico, la validez del juicio en virtud del cual se está jurídicamente obligado a una determinada conducta, es independiente del hecho de que el hombre cuya conducta constituye el contenido del deber se sienta o no vinculado, y aun de que tenga o

deje de tener la menor noción de su obligación. El deber jurídico «subjetivo» revela un carácter enteramente objetivo. Pero si respecto a este hecho nos limitamos a advertir la vinculación psíquica media de las normas jurídicas, entonces no es ya el problema del deber jurídico, sino la eficacia de las representaciones psíquicas de las normas lo que está en cuestión. No es en este dominio psicológico, sino en el reino normativo del Derecho donde ha de determinarse el concepto del deber como concepto jurídico. Precisamente en él, en esta forma manifestativa del derecho subjetivo, compruébase que la distinción de Derecho objetivo y subjetivo tiene que convertirse de « trans-sistemática » (antítesis de dos sistemas contrapuestos) en « intra-sistemática » (antítesis de dos contenidos del mismo sistema), si ha de subsistir de algún modo. Este es el caso cuando se plantea dicha antítesis como la relación de una norma general abstracta y una norma reguladora de una conducta individual concreta, ateniéndose a la idea de que también el derecho subjetivo es Derecho, es decir, norma jurídica. De ese modo, el derecho subjetivo es simplemente la norma jurídica individual plenamente concretizada, en tanto que estatuye como debida una determinada conducta individual y concreta. La facultad es la misma norma en tanto que señala una manifestación de voluntad determinada, individual, concreta, dirigida a la realización de una consecuencia, como condición de ésta. De este modo, el deber jurídico y la facultad son la norma jurídica concreta, individual, con referencia a dos distintos contenidos o hechos por ella regulados.

§ 13. El sujeto de Derecho

A. Sujeto y predicado

Al concepto de Derecho subjetivo corresponde el de sujeto de derecho o persona jurídica. Constitúyese por la necesidad de representarse un «titular» de los derechos subjetivos — de las facultades y de los deberes jurídicos —. Tiene que haber algo que «posea» derechos subjetivos. Se siente la necesidad de imaginar un objeto substancial como soporte o apoyo de las propiedades sensibles; el lenguaje lo llama sujeto, cuyos son ciertos predicados — las propiedades —. Y si bien este sujeto, este objeto substancial, no es sino un símbolo de la relación de unidad de los predicados, de las cualidades inherentes, se le convierte en cosa distinta de sus predicados, en un algo autónomo que coexiste con aquéllos, a pesar de no constituir otra cosa que la expresión de su unidad. Se duplica substantivamente la cosa que poseía ciertas propiedades y que no era, en principio, sino el mero conjunto de las mismas. No es que haya una hoja y, además, sus propiedades: verde, lisa, redonda, etc., sino que la hoja, que es el sujeto que posee estas propiedades, es únicamente la expresión unitaria de éstas. Pero la formación vulgar de conceptos — apoyada por nuestro idioma substantivista, completamente antropomórfico (MAUTHNER) —

hállase enteramente dominado por la primitiva concepción antropomórfica que siempre ve tras el árbol el sátiro y tras la fuente la ninfa, como, en general, tras cada objeto un espíritu, duplicando inútilmente la naturaleza. Esta concepción influye también en la teoría jurídica, haciendo creer a ésta que el sujeto de Derecho, el titular de derechos subjetivos, constituye un objeto jurídico esencialmente distinto del Derecho objetivo. En verdad, el sujeto de derecho no es otra cosa que la reduplicación del Derecho subjetivo y, en tanto que éste se reduce al Derecho objetivo, la reproducción substantiva del último: al Derecho como objeto se contrapone — a la manera de la imagen reproducida en el espejo — el Derecho como sujeto.

B. Hombre y persona

Este criterio pierde mucho de su limpidez desde el momento que se identifica el hombre con el sujeto de Derecho. Y, en efecto, ¿no parece ser el hombre el sujeto de Derecho? ¿No está el hombre frente al Derecho, no son hombre y Derecho dos objetos distintos? Pero una investigación más a fondo muestra que el hombre (que es un objeto esencialmente distinto del Derecho, el hombre de la Biología y la Psicología) no está, en realidad, en tal relación con el Derecho, que pudiese ser objeto de la ciencia jurídica. El objeto de la ciencia jurídica no es el hombre, sino la persona. Y la distinción de hombre y persona constituye uno de los conocimientos metódicos más importantes de dicha ciencia. Sin embargo, a pesar de que en todo momento y lugar se insiste en esa distinción, se está aún lejos de haber extraído de ella todas las consecuencias posibles. Compruébase esto en la distinción entre personas «físicas» y personas «jurídicas», sosteniéndose que las personas físicas son los hombres, y las personas jurídicas todos aquellos sujetos de Derecho que no son hombres. Ahora bien; es indudable que para el conocimiento jurídico sólo pueden existir personas jurídicas. Y si la persona «física», como sujeto de Derecho, ha de ser objeto de conocimiento jurídico, tiene que ser persona jurídica en el mismo grado y en el mismo sentido que todas aquellas para las que se ha reservado hasta ahora el nombre de «personas jurídicas». Una y otra tienen que ser referidas al denominador común del Derecho, para que puedan unirse en el común concepto de persona jurídica.

Si bien el hombre es persona, no por eso la persona es el hombre. La inversión de la primera proposición significa un trastorno completo de la orientación cognoscitiva.

C. El hombre como sujeto de Derecho (la persona física)

Si se pregunta hasta qué punto el hombre es persona jurídica, es decir, en qué relación se halla el «hombre» con el orden jurídico, lo único que puede afirmarse es que la conducta humana constituye el contenido del orden jurídico, el contenido de las normas de Derecho.

Lo que determina el contenido de una norma es siempre la conducta humana : una acción o una omisión, tanto por lo que afecta al antecedente — el hecho o condición — como a la conclusión, es decir, a la consecuencia jurídica condicionada. De aquí resulta que el concepto de derecho subjetivo, o el de persona, no pueden limitarse al concepto de sujeto de facultad, como sucede por regla general merced al imperio de una noción del derecho subjetivo que se agota en la de facultad, sino que el concepto de derecho subjetivo, lo mismo que el de persona, ha de contener, ante todo, el concepto de sujeto de deber.

Si el hombre ha de ser objeto de conocimiento jurídico, tiene que diluirse en el Derecho. Pero lo que el orden jurídico se apropia, no es todo el hombre, no es el hombre en cuanto tal, es decir, la unidad específica de la Biología y la Psicología con todas sus funciones ; sólo algunas acciones humanas particulares — a algunas de las cuales se las designa negativamente como « omisiones » — son las que hallan entrada en la ley jurídica como condiciones o consecuencias. Lo mismo que todo contenido, la conducta humana sólo puede ser objeto de la ciencia del Derecho en cuanto contenido de la proposición jurídica. Ahora bien : ¿cómo se integra la multitud de acciones humanas, que constituyen el contenido de las proposiciones jurídicas, en la unidad de la persona jurídica, diversa del hombre biológico-psicológico? ; ¿cómo se diferencia, en particular, la llamada persona física de la persona jurídica dentro de la unidad de la « persona de Derecho »?

Si se afirma que un determinado hombre, *A*, es sujeto de Derecho, es decir, sujeto, poseedor de deberes y facultades jurídicas, quiere significarse — como resultado de lo anteriormente dicho — que una determinada conducta de *A* constituye de modo específico el contenido del deber jurídico ; que la actitud contraria de su conducta — constitutiva del contenido del deber — o la manifestación de su voluntad (dirigida a la consecuencia jurídica) constituyen la condición de la consecuencia coactiva marcada en la conclusión. En el primer caso, nos hallamos ante el sujeto del deber ; en el segundo, ante el sujeto de la facultad. Pero en ambos casos son normas de Derecho las que se ofrecen al conocimiento jurídico bajo la forma de « sujeto de Derecho », son proposiciones jurídicas por relación a determinado contenido. Y en este sentido, cabe decir que la persona física es un complejo de normas de Derecho ; concretamente : el conjunto de todas aquellas normas jurídicas que tienen por contenido la conducta de un hombre — ya como deber o como facultad —. El principio de individuación que nos proporciona aquí la unidad es — sólo mediatamente — jurídico. Pero la esfera jurídica queda constituída desde el momento que el substrato de esta unidad está formado por normas jurídicas, y que la persona física es considerada como una parte del Derecho objetivo, como un orden jurídico parcial delimitado de cierto modo, pues frente al sistema totalitario de las normas de Derecho, frente a la totalidad del orden jurídico, la persona física representa un sistema parcial más o menos

arbitrariamente delimitado, un orden jurídico parcial no absoluto en modo alguno, sino sólo relativamente autónomo. Si se designa al sujeto de Derecho como «titular» de este orden jurídico parcial, como el sujeto que «posee» facultades y deberes regulados en dicho orden, se realiza la personificación del mismo, y se da expresión al hecho de que estos deberes y facultades tienen su puesto en dicho sistema. En el juicio que reconoce deberes y facultades jurídicas a una persona física, verifícase la relación de los contenidos cualificados — según la posición que en la norma ocupen — como deberes y facultades jurídicas con la unidad — relativa o previa — de este sistema. El sujeto de Derecho no es sino el centro común de referencia de estos contenidos, los cuales reciben su plena determinación jurídica por referencia a la unidad del sistema totalitario, por el conocimiento de la posición que ocupan dentro de la totalidad del orden jurídico. Pero si el sujeto de Derecho no es más que una expresión unitaria, un centro de referencia, esto ocurre tan sólo para impedir que el juicio siguiente: un sujeto de Derecho, una persona «tiene» derechos subjetivos, se convierta en esta vacua tautología: hay derechos subjetivos. Un sentido completamente diverso tiene esta otra proposición: un hombre «tiene» deberes y facultades jurídicas. El «tener» implica aquí una relación por entero diferente. Quiere decir esto: la conducta de ese hombre es contenido de las normas jurídicas. Pero la conducta de una «persona» no es nunca contenido de las proposiciones del Derecho. Sólo lo es la conducta «humana». Y sólo porque la conducta de un hombre es el contenido de las normas pueden referirse esos contenidos a la unidad de un sistema de normas jurídicas, y sólo por eso la persona — como personificación de esa unidad — puede «tener» deberes y facultades jurídicas, del mismo modo que un sistema, un orden, tiene contenidos. Justamente por la misma razón, sólo el hombre, no la persona, puede estar facultado y obligado; pues facultar u obligar a la persona equivaldría a facultar derechos, a obligar deberes y, en una palabra, a regular normas. Los conceptos de persona y hombre hállanse en la relación de forma y contenido.

Del concepto de persona como sujeto de deberes y derechos, hay que distinguir el concepto de «personalidad», mediante el que se designa una determinada cualidad del hombre, en virtud de la cual hállase capacitado para realizar aquellos actos representativos de deberes y facultades jurídicas. La legislación positiva no convierte indistintamente toda la conducta de todos los hombres en contenido de sus normas. Solamente son facultados u obligados aquellos hombres que reúnen condiciones estrictas, cuya determinación positiva queda a merced de cada legislación: por ejemplo, una cierta edad, el pleno uso de razón, determinado sexo para el ejercicio de ciertos derechos o deberes, una cierta ascendencia, etc. Trátase ahí de una determinación próxima, detallada, de los hechos o contenidos normativos constitutivos de la conducta humana. Cuando se dice que sólo poseen personalidad jurídica los hombres que reúnen las condiciones prescritas por

el Derecho, porque solamente su conducta ha sido convertida por la legislación en contenido de deberes y facultades jurídicas con exclusión de la de otros hombres — como se dice, por ejemplo, que los esclavos carecen de personalidad jurídica —, se piensa en un concepto de persona enteramente distinto del que expresaba el « poseer » deberes y facultades jurídicas. Ahora bien, solamente este último concepto, no aquél — que tan sólo es una mera cualificación general de un hecho — puede ser subsumido (juntamente con el concepto de persona «jurídica») en un concepto superior genérico. Y éste es el que en primer lugar interesa.

D. Imputación y voluntad

En la idea de la persona verifícase únicamente la referencia a la unidad de un sistema parcial de facultades y deberes jurídicos. Pero esta referencia afecta también a la acción misma. Es la persona la que hace valer una facultad, la que cumple un deber jurídico, la que obra jurídicamente. Si en la acción de la persona se ve la expresión de una «voluntad»; si se atribuye una voluntad a la persona o — como frecuentemente ocurre — se identifica la persona con la voluntad, hay que separar esta voluntad específicamente jurídica del hecho real psíquico conocido con el mismo nombre, tan radicalmente como se separa el hombre de la persona. Que la persona «quiera» la acción, no significa otra cosa sino que esta acción es referida a ella, porque es querida por el orden parcial personificado en la persona, es decir, porque es jurídicamente debida. El querer de la persona (no la voluntad del hombre) es el « deber ser » del orden jurídico parcial. Por eso una acción humana no puede ser acto jurídico sino en tanto que es calificada por el Derecho como facultad o como deber jurídico, en tanto que puede ser referida a la unidad del orden total o parcial ; con otras palabras : en tanto que es realizada por una persona de Derecho.

Para designar esta referencia de un hecho a la unidad del orden total o parcial, empléase el término de «imputación». Trátase de cosa distinta a la imputación a que antes nos referíamos (cfs. págs. 63 y ss.), puesto que ésta representa el enlace de dos hechos dentro de la norma jurídica, dentro del orden jurídico, por tanto; mientras que en el sentido en que actualmente la empleamos significa la referencia de un hecho a la unidad del orden jurídico como sistema de normas de Derecho, del cual es contenido el hecho « imputado » en este último sentido. Pudiérase hablar de una imputación central, a diferencia de una imputación periférica, para distinguir la imputación (de un hecho) a una « persona » de la imputación a otro hecho. La imputación periférica conduce únicamente de un hecho a otro hecho, mientras que la imputación central conduce a una persona, mas no a un hombre. Cuando se habla de imputación a un hombre debe tenerse en cuenta que, desde el punto de vista de la teoría del Derecho, no es el hombre en cuanto tal, sino acciones u omisiones humanas lo que es objeto de

consideración ; por eso la imputación a un hombre no puede ser otra cosa que imputación a un hecho, enlace de dos hechos en el sentido ya anteriormente desenvuelto. Si la cuestión se refiere al sujeto al cual se imputa algo, si se opera con el concepto de un sujeto de imputación, de una persona constituída en virtud de la imputación, en ese caso se trata necesariamente de la imputación central, en el sentido de una referencia a la unidad del orden total o parcial. Más aún : el concepto de persona, de sujeto de Derecho en sentido amplio (como sujeto de facultades y deberes), a diferencia del concepto de hombre (como unidad no específicamente jurídica), es justamente idéntico con el concepto de esta referencia unitaria, pues no expresa otra cosa que un centro de referencia, un punto de imputación. Este concepto de persona, y el correlativo de imputación central, es el mismo que aparece en el llamado « dogma » de la voluntad — el cual dominó durante largo tiempo la teoría del Derecho, aun cuando hoy ha caído en desuso —. El dogma quiere dar una contestación general y universalmente válida a la cuestión de a quién haya que imputar jurídicamente un hecho, y dice a este efecto : a aquel que lo ha « querido », al sujeto de « voluntad » que, en cuanto tal, es « persona ». La equiparación de persona y voluntad, tan característica de la Teoría del Derecho, pertenece también al dogma. En el dominio del Derecho penal, el dogma adopta una especial modalidad y sostiene que toda culpa es culpa de la voluntad. Si en el concepto de « voluntad » propio del dogma se comprende la voluntad psicológica y, en consecuencia, el sujeto de voluntad es el hombre y la « imputación » la imputación periférica, es claro que este dogma de la voluntad tiene que entrar en conflicto con el Derecho positivo; pues también el hecho no querido es « imputado »; es decir, por determinación jurídica positiva, el acto de coacción puede ser enlazado a la condición de un hecho que no ha querido (y quizá ni ha sabido) el hombre contra el cual va la coacción. Ha suscitado dificultades sin cuento el examen deficiente del sentido auténtico de los conceptos que se manifiestan en el dogma de la voluntad, conceptos que nacieron de una necesidad indudable de la Teoría del Derecho. Pero si se interpreta el dogma de la voluntad en sentido normativo; si se refiere a la « voluntad » en sentido específicamente jurídico, revélase entonces como la simple expresión de la idea de imputación : es imputado — en el sentido de una referencia a la unidad del orden — el hecho « querido », es decir, el hecho contenido en la norma. Al Estado, como unidad del orden totalitario, se imputa el acto condicionado de la coacción. A la persona física, como unidad del orden parcial, como unidad de aquellas normas reguladoras de la conducta de un hombre — en la condición —, se imputa el hecho condicionante de la coacción.

§ 14. La persona «jurídica»

A. La persona jurídica como personificación normativa

También el substrato de la llamada persona «jurídica» es, en cuanto objeto del conocimiento jurídico, una proposición jurídica, un complejo de normas de Derecho, por medio de las cuales se regula la conducta recíproca de una pluralidad de hombres que persiguen un fin común. Lo mismo que la persona física, la persona jurídica es también la personificación de un orden jurídico parcial, con la diferencia de que como aquí el objeto de la regulación hállase constituído por una pluralidad de hombres, es más fácil de ver que en la persona física, en la cual hay que unificar la pluralidad de actos realizados por el mismo hombre; pero, en la persona jurídica, lo que fundamenta la unidad (relativa y provisional) y la autonomía del orden parcial dentro de la totalidad del sistema es también un criterio jurídico material.

Este orden parcial — susceptible de personificación — está constituído, en su primer grado, por el contrato, el cual regula la conducta recíproca que en un caso determinado han de observar ciertos hombres, y es jurídicamente obligatorio por la posición que ocupa dentro de la totalidad del orden jurídico. De él parte una serie ininterrumpida de órdenes y agrupaciones parciales de la más variada índole, que desembocan — a través de la sociedad, la «corporación», la asociación, la cooperativa, el «municipio» — en la comunidad más compleja, en el orden jurídico total: en el Estado, y más allá del Estado, en la unión de Estados, y en la comunidad jurídica internacional (si se considera que por encima de cada orden jurídico estatal hay un orden jurídico internacional que comprende a todos aquéllos como órdenes parciales). Sin embargo, hasta ahora hállase inédito el camino que conduce más allá del «Estado», subordinado al orden jurídico internacional; el Estado particular es considerado, provisionalmente, como el último eslabón de la cadena de personas, como orden jurídico total, como corporación compleja comprensiva de todas las restantes corporaciones, es decir, como corporación soberana. Y esta serie de órdenes y comunidades parciales que desemboca definitivamente en el orden totalitario, en la comunidad compleja, es al propio tiempo una serie de personas jurídicas que culmina de modo definitivo en la persona del Estado, en la personalidad totalitaria del Derecho, en la persona jurídica κατ' ἐξοχην.

El hecho de que en esta serie ininterrumpida pueda ser emplazada también la persona física, desde el momento que ésta es el punto inicial de la cadena que termina en el Estado; el hecho de que tanto la persona individual como la persona del Estado, tanto el individuo como el Estado sean reconocidos igualmente como personificaciones de complejos normativos, garantiza la unidad postulada en el concepto de persona, realiza la idea de que el individuo sólo es «persona» en el ámbito del conocimiento jurídico y político y, por tanto, es tan persona como la comunidad — incluyendo en ésta desde la simple

comunidad contractual al Estado —, y resuelve el conflicto aparentemente insoluble entre individuo y comunidad convirtiendo el dualismo de dos sistemas inconexos en una diferenciación material dentro de uno y el mismo sistema.

Según el parecer usual, no sólo existe, ciertamente, una antítesis esencial entre la persona física y la persona jurídica, sino que se rompe la cadena de las comunidades u órdenes parciales cualificados como personas jurídicas; pues no a todas las comunidades les es reconocido el carácter de « personas jurídicas ». Se distingue esencialmente entre « sociedad » y « corporación », y se atribuye tan sólo a la última la personalidad jurídica. Pero esta diferenciación se apoya en un examen insuficiente de la esencia de la personificación. Esta no es otra cosa que una expresión unitaria que sirve para formarnos una idea más clara de las cosas, una construcción auxiliar de la que puede hacer uso o no el conocimiento jurídico cuando trata de comprender, es decir, de reducir a unidad su materia, las normas del Derecho. La referencia a la unidad del sistema parcial puede representarse también de modo puramente abstracto, sin recurrir a ningún auxilio mental personificador. Seguramente, este medio auxiliar del pensamiento, que facilita una expresión abreviada, es más preciso en situaciones complicadas que en situaciones sencillas. Pero incluso la mera comunidad contractual, el orden de un negocio jurídico concreto fundado por un simple acuerdo de las partes, permite tal personificación. No es raro ver cómo con frecuencia se sirve de ella y cómo en nombre del contrato se exige, como ejecutor, como órgano, por así decirlo, de este orden objetivo, aquello en lo que se tiene mayor interés; especialmente cuando el orden creado por el convenio estatuye una conducta que se opone a las normas de la moral, de la equidad, del amor, etc. No Shylock, sino el contrato es inhumano. Es seguro que hay un motivo de carácter general que conduce a la personificación. Si se imputa un acto cualquiera no a su autor material, sino — sobre la base del orden realizado por él, con este acto, de modo específico — a una persona que simboliza la unidad del orden, por ejemplo, la persona del Estado, el hombre que lo realiza rechaza entonces toda responsabilidad por la dureza o injusticia de esa su acción y la descarga sobre la persona anónima, es decir, sobre los hombros de todos aquellos que son constituídos en comunidad por el orden personificado; incluso cuando en la estructuración material de este orden sólo participa el que lo realiza, es decir, cuando ese orden existe únicamente en interés del órgano actuante. Y si bien se especifica que los actos de coacción y dominio, el *imperium*, no proceden de quien directamente los ejecuta, sino de la persona del Estado, quiérese significar con esto, entre otras cosas, que el velo de la personificación del Estado encubre el hecho, contrario al ideal democrático de la igualdad, del dominio del hombre sobre el hombre. Yo no quiero ser dominado por mis iguales, sino por el Estado; pero olvido que el Estado no es sino la máscara que oculta a mis iguales. (Cfs. pág. 413).

B. La personificación de comunidades jurídicas

Como la personificación es un medio auxiliar del conocimiento jurídico, del cual puede echar mano libremente frente a todo complejo normativo, a todo orden jurídico total o parcial, es un empeño vano tratar de distinguir dentro de las comunidades (es decir, de los órdenes o complejos normativos constitutivos de comunidades), entre las que son personas jurídicas y las que no lo son, entre las que tienen y las que no tienen personalidad jurídica. En sí, las comunidades jurídicas carecen de personalidad jurídica, pero se pueden representar como si fuesen y tuviesen una y otra. Todo este problema parece tener su origen en una situación inadmisible de analogía en que se pone a las comunidades — por su relación con el orden jurídico — respecto de los hombres. Así como el Derecho puede atribuir o no personalidad jurídica a los hombres — hay hombres que, como los animales, carecen de personalidad —, lo mismo puede hacer respecto de las comunidades que encuentra ante sí. Tal es el supuesto del indebidamente célebre problema acerca de cuál sea el criterio para atribuir personalidad jurídica a una comunidad. Es un falso problema que se complica todavía más, merced a la doble significación del concepto de persona, a la que ya antes aludíamos (cfs. pág. 84). Que el Derecho « conceda » personalidad jurídica al hombre o sólo a ciertos hombres, significa únicamente que la conducta del hombre (o sólo la de ciertos hombres) se convierte, de modo específico, en contenido de las normas del Derecho.

En este sentido, la legislación puede « conceder » la personalidad sólo al hombre, no a las comunidades, pues únicamente la conducta de los hombres concretos puede ser contenido de las normas jurídicas. Y si una ley dice, por ejemplo, que podrán ejercer la acción procesal una comunidad o una asociación, trátase únicamente de la expresión abreviada del hecho de que la ley delega a un orden especial parcial, al orden de la asociación, la determinación del hombre que ha de ejercer la acción; pues, en definitiva, el que se presenta ante el tribunal es un hombre concreto, si bien a la manifestación de su voluntad se la interpreta como acto de la asociación y se imputa a ésta sobre la base del orden social. Pero la personalidad, que no es más que la expresión de la unidad de un orden, de la imputación, no es concedida por el Derecho, porque no es otra cosa que un cómodo recurso del conocimiento jurídico. La legislación no puede otorgar esta personalidad a una comunidad jurídica, porque la comunidad no está situada frente a la legislación en el mismo sentido que el hombre. La comunidad no está « frente » al orden jurídico, sino — lo mismo que la persona física : como orden parcial — « en » él. El orden jurídico produce, por así decirlo, las comunidades, pero no puede producir a los hombres. La analogía entre unas y otros no es del todo exacta. Tampoco es del todo acertado representarse las cosas, según un modelo corriente, de modo que a un lado se supone que se halla el orden jurídico, al otro las comunidades, y que después el orden jurídico regula estas comunidades.

La verdad es que estas comunidades son constituídas por y con el orden jurídico; que carecen de existencia fuera de él; que una teoría del orden jurídico y, por tanto, de las comunidades jurídicas, no puede reconocer de ningún modo, es decir, no puede reconocer como jurídicamente existente una realidad situada fuera del orden jurídico — en tanto que de lo que se trata es de referir dichas comunidades a tal realidad —. Aquí no hace más que repetirse frente a los órdenes jurídicos parciales el mismo problema que ya se planteó frente al orden jurídico totalitario: el problema de las relaciones entre Estado y Derecho. La función del orden jurídico no consiste, por tanto, en conceder o no la personalidad jurídica a las comunidades frente a él situadas, sino en constituirlas; y luego, el conocimiento jurídico — valiéndose, entre otras cosas, del lenguaje jurídico abreviador, substantivista y antropomórfico — las personifica.

Esta cualidad de persona — si se toma el concepto de persona en su acepción originaria y corriente, que es además la más decisiva para la Teoría del Derecho político — no es en modo alguno una cualificación en torno al contenido jurídico. Por regla general, se declara — personificando, al uso corriente, la voluntad y la personalidad — que existiría una personalidad jurídica distinta de las personalidades físicas de los miembros de la comunidad en el caso de que existiese una voluntad colectiva o corporativa distinta de la voluntad de cada uno de los hombres que constituyen la comunidad. Esto podría reconocerse en el momento en que se viese que la voluntad de los miembros de la comunidad se hallaba en contradicción con la voluntad colectiva. Ya el orden contractual del negocio jurídico regulador de la conducta recíproca concreta que en un momento dado han de observar las partes, muestra la existencia de tal « voluntad colectiva », situada « sobre » las voluntades — psíquicas — de los hombres que constituyen la comunidad contractual. Esta « voluntad » no es, justamente, otra cosa que la expresión del orden parcial del contrato.

Su validez objetiva — designada con la imagen antropomórfica de una voluntad extraña — revélase en que el sujeto para el cual pretende valer dicho orden parcial, el partenario, queda sometido a ese orden incluso en el caso de que varíe su voluntad, con la cual puso, no el « fundamento », pero sí la « condición » inmediata de la validez de la norma. Si se reconoce que el fundamento de la validez del vínculo contractual es objetivo; en otros términos: si se admite que el contrato constituye la voluntad « extraña » del orden jurídico, distinta de las voluntades de las partes y situada « sobre » éstas, compruébase que para la existencia de semejante « voluntad » supraindividual es indiferente el hecho de que la condición, bajo la cual pone el orden jurídico la obligación de los miembros de la comunidad, sea una decisión unánime o mayoritaria de dichos miembros.

La posibilidad de una diferencia entre el contenido del orden parcial — la llamada voluntad colectiva — y la voluntad de cada uno de los miembros de la comunidad, parece ser tanto mayor cuando el

contenido del orden es determinado por decisión mayoritaria — si así lo determina la ley jurídica objetiva —. Pero esto se refiere únicamente al caso de que la fundación de la comunidad se base en una decisión mayoritaria. Para el desenvolvimiento ulterior de la voluntad colectiva, el principio de mayoría representa el mínimo relativo de posibilidades de discrepancia entre la voluntad individual y la colectiva. Si se exigiese la unanimidad, el particular que tratase de modificar la voluntad manifestada en su primer voto tendría que lograr el asentimiento de todos los restantes, con objeto de conseguir la modificación unánime de la voluntad colectiva; pero en el caso del principio de mayorías, es suficiente la conformidad de la mitad de los restantes (cfs. para más detalles pág. 410). Entre este caso y el de una determinación del orden parcial por una manifestación coincidente de la voluntad de todos los miembros no hay, pues, ninguna diferencia respecto a la consistencia de una « voluntad » extraña, supraindividual, distinta de las voluntades individuales, situada en plano superior a éstas, ni respecto a la consistencia de un orden objetivo representativo del fundamento de la validez del vínculo, mediante el cual son enlazados unos hombres con otros. Y no obsta lo más mínimo el hecho de que esta « voluntad » supraindividual colectiva sea realizada por órganos especiales, convirtiéndose así la comunidad en comunidad organizada, es decir, en comunidad que funciona por medio de órganos especializados, con arreglo a la división del trabajo. Tales órganos podrían demostrar palmariamente la existencia de la voluntad colectiva supraindividual; pero, en realidad, no constituyen sino los síntomas visibles, no los fundamentos o las causas de dicha voluntad. Ésta no es más que un retazo del orden jurídico totalitario; es únicamente la voluntad del Derecho — determinante de un cierto complejo de hechos.

C. La persona jurídica como limitación de la responsabilidad

Justamente por esta razón es una miopía que no alcanza a penetrar lo esencial el admitir que únicamente las comunidades poseen voluntad colectiva y constituyen, por tanto, personas jurídicas, y que sólo ellas ofrecen ciertos síntomas jurídico-materiales especialmente claros, reveladores del fundamento objetivo de la validez del vínculo jurídico que establecen — tales como el principio de mayorías o la organización a base de división del trabajo —. Otro de estos momentos jurídico-materiales constitúyelo el hecho de que en las comunidades de fin económico se estatuye por el Derecho positivo una cierta limitación de la capacidad patrimonial de los miembros de las mismas, o se constituye un patrimonio autónomo y distinto del de cada uno de esos miembros. Es comprensible que aquí se acuda de modo especial al expediente de la personificación, puesto que ésta permite representarse sencillamente lo esencial de relaciones jurídicas harto complicadas. Por lo demás, no es necesario. Pero como cada cual puede usar la terminología que más le plazca, cabe hablar sólo en tal caso de

« persona » jurídica, únicamente a condición de ser consecuente, lo cual tampoco parece fácil dada la amplitud del lenguaje. Si se comprende por persona jurídica esta institución jurídico-patrimonial de la limitación de la responsabilidad, puédese decir con cierto derecho que es el orden jurídico el que crea o « concede » la « persona jurídica » mientras no se trate más que de una cuestión de estructuración jurídica material, de que el orden jurídico determine las condiciones y la extensión de la responsabilidad de los miembros. Pero este concepto material de la persona jurídica es secundario. Frente a él se afirma siempre el concepto originario, el concepto jurídico-formal o jurídico-esencial de la persona, mediante el cual se da expresión a la unidad de un sistema de Derecho. La persona jurídica se extiende, pues, más allá de todo Derecho patrimonial. La idea de que el concepto de persona sea una analogía inadmisible fuera del ámbito del Derecho privado, débese a la errónea identificación de la persona jurídica con la institución jurídico-patrimonial de la limitación de responsabilidad, a la deficiente distinción entre los varios conceptos de « persona jurídica » que aquí nos hemos cuidado de desenvolver. A medida que se desarrollaba la teoría del llamado Derecho público, el concepto de persona iba hallando entrada en él. Ya es sabido que esta teoría descansa enteramente en el concepto de la persona jurídica del Estado.

D. La persona jurídica y el hombre en relación con el orden jurídico

La idea de que la persona jurídica se halla frente al Derecho, del mismo modo que la persona física, o mejor : que la persona jurídica es en sí una realidad metajurídica, sociológica, del mismo modo que la persona física es en sí una realidad biológica, y que una y otra son tan sólo objeto de una peculiar cualificación jurídica que no varía su carácter fundamental ; esta errónea idea, decimos, es causa del desconocimiento de la distinción esencial que existe entre estas dos proposiciones : « un hombre tiene derechos y deberes, hállase o facultado u obligado », « una persona jurídica tiene derechos y deberes, hállase o facultada u obligada ». Lo que ya se hizo notar respecto de la persona física, es todavía más claro en la llamada persona « jurídica », a saber : que sólo el hombre, pero no la persona, puede ser obligado o facultado en el sentido de que su conducta se convierta de modo específico en contenido de la norma de Derecho. La proposición jurídica no contiene más que conducta humana, es decir, conducta de hombres concretos. Únicamente la referencia de tal conducta a la unidad — provisional o definitiva — de un sistema total o parcial de normas de Derecho lleva al concepto de « persona ».

Y esta persona « tiene » derechos y deberes únicamente en el mismo sentido en que un sistema contiene tales deberes y derechos. La proposición siguiente : « una persona posee determinados derechos y deberes », expresa tan sólo que éstos, como propios de un hombre, como conducta humana traducida en derechos y deberes, tienen su lugar propio dentro

de un sistema, total o parcial, y constituyen una unidad sistemática, provisional o definitiva, en unión de otras obligaciones y facultades.

A este propósito hay que hacer una doble constatación : en primer lugar, que los titulares de los derechos y deberes de las personas jurídicas son siempre hombres : no es posible desvincular los que corresponden a la persona jurídica de los que son propios de los hombres que la « forman » ; en segundo lugar, que la persona jurídica « tiene » sus derechos y deberes en un sentido distinto al en que son poseídos por los hombres.

Por eso las personas jurídicas no pueden ser obligadas y facultadas como los hombres, cuyos derechos y deberes son solamente « imputados » a la persona jurídica.

§ 15. El Estado como persona jurídica

A. La persona del Estado como punto último de imputación

Mientras la persona jurídica es únicamente la expresión de la unidad de un orden jurídico parcial, cuya validez procede de un orden complejo que abarca a él y a todos los restantes órdenes parciales, o con otras palabras : mientras la « voluntad » de la persona jurídica — la persona « jurídica » como voluntad — tiene sobre sí una voluntad « superior » a la cual está subordinada la de esta persona jurídica y la de todas las demás personas, de la cual deriva jurídicamente la voluntad de todas ellas, la persona no representa una relación definitiva, sino meramente provisional de unidad; no es un punto último, sino un punto intermedio de la imputación. Como punto último de la imputación se acepta, en principio, la persona del Estado : una voluntad superior sobre la cual no hay ninguna otra. Conviene, sin embargo, hacer la reserva de que en el curso de la investigación hallaremos la posibilidad de un orden superior a los Estados, que los comprenderá a todos en una comunidad universal (cfs. págs. 132 y ss.). Aquí se presupone aún que, en principio, la « voluntad » del Estado — en tanto que el querer jurídico es el « deber ser » del Derecho y que, por tanto, la « voluntad » de las otras personas constituye un orden jurídico parcial — es el orden jurídico total, el cual, personificado, constituye la voluntad colectiva o la persona colectiva compleja.

En la idea de una supremacía del orden estatal, en la convicción de que la voluntad del Estado no tiene sobre sí ninguna voluntad superior y no deriva su validez de ninguna otra, revela el concepto de soberanía su sentido puramente formal. De él en particular, así como de su significación para la Política del Derecho, se hablará en otro lugar.

Quede aquí establecido que la soberanía es una cualidad del Derecho, de la voluntad del Estado, conocida como orden jurídico en su esfera específica de validez; pero no una propiedad de esa fuerza o poder del Estado dada en la naturaleza como un efecto de ciertas causas,

por más que sea demasiado corriente esta hipóstasis de la metáfora de la voluntad jurídica del Estado, indebidamente trasplantada al dominio psicológico.

Un Estado es soberano cuando el conocimiento de las normas jurídicas demuestra que el orden personificado en el Estado es un orden supremo, cuya validez no es susceptible de ulterior fundamentación; cuando, por tanto, es supuesto como orden jurídico total, no parcial. No se trata, pues, de una cualidad material ni, por tanto, de contenido jurídico. El problema de la soberanía es un problema de imputación, y puesto que la «persona» es un centro de imputación, constituye el problema de la persona en general (y en modo alguno únicamente el problema de la persona del Estado). El mismo problema se presenta en la persona física como problema de la libertad de la persona o de la voluntad.

B. Soberanía de la persona del Estado y libertad de la voluntad

Existe de antiguo la tendencia a afirmar la libertad de la voluntad; ahora bien, si por «voluntad» se entiende el hecho psíquico generalmente designado con ese nombre (un acto acaecido en el reino de la naturaleza determinado por el ciego causalismo), es indudable que no puede hablarse de «libertad». Contradice al sentido que se presupone a la categoría causal, el pretender que la acción — como efecto — comience con el acto de voluntad — como causa primera —. Si la «libertad de la voluntad» ha de tener un sentido posible, la «voluntad» no puede ser considerada como acto psíquico real (pues entonces sería ya causalmente determinada), sino que es preciso tomarla en aquel sentido normativo bajo el cual se la ha expuesto repetidas veces. El querer cuya libertad es posible, es el deber ser, y la «persona» que puede ser libre, no es el hombre, sino el orden normativo en su expresión personificada. La hipótesis de la libertad de la persona tiene, ante todo, el sentido puramente negativo de una repulsa de la determinación por la ley de causalidad, pues esta legalidad es totalmente extraña al reino del deber ser. Pero, positivamente, significa la afirmación de una relación de imputación. Todo el mundo sabe que la «libertad» y la «imputación» son cosas correlativas. Ahora bien, precisa invertir los términos de la conexión, y en lugar de decir que a una persona sólo se le puede imputar algo porque y en tanto que es libre, se habrá de afirmar que una persona no es libre sino porque y en tanto que algo le es imputado; en tanto, pues, que constituye un centro de imputación, un punto último de la imputación. La eterna antinomia histórica, al parecer insoluble, que descansa en el problema del libre albedrío, resuélvese reconociendo que el determinismo ciego de la voluntad afirmado por unos, y la libertad afirmada por otros, constituyen objetos diferentes, afectan a cualidades distintas, porque se mueven en esferas diversas del conocimiento. Pero es curioso que la misma palabra «voluntad» sirva para designar dos objetos tan diferentes entre sí.

Si bien la libertad de la voluntad en el sentido de un punto último de la imputación posee un sentido aceptable, enteramente compatible con la determinación causal de la voluntad psicológica, urge advertir que sólo es posible admitir una libertad absoluta de la personalidad individual desde el punto de vista de una teoría ética que vea en el individuo el más alto valor, el único « portador » de todas las normas morales. Aquí no hemos de discutir si tal ética individualista es posible, y hasta qué punto. Frente al orden jurídico, la persona individual, la persona física, sólo puede aparecer como relativamente libre; no puede constituir sino un centro provisional, no definitivo de imputación, en tanto que la persona individual ha de estar en relación con el orden jurídico: justamente en aquella relación de unidad por virtud de la cual cae en la esfera del conocimiento jurídico y es conocida como Derecho, como orden jurídico parcial. Si se afirma que la persona individual es absolutamente libre frente al Derecho, si se renuncia, por tanto, a derivar la « voluntad » de aquélla de la voluntad del orden jurídico, a comprender la persona individual como parte de una más amplia persona colectiva compleja, a trasladar la imputación desde la persona individual hasta la persona compleja del Estado, todo esto significa que al orden jurídico positivo se contrapone la persona individual como sistema normativo autónomo, cuyo portador es el individuo soberano; un sistema normativo que, frente a la legislación positiva, no puede tener sino un carácter moral, al cual, empero, para no hacerle perder su carácter jurídico, se designa con el nombre de « Derecho natural ». Dejemos a un lado el hecho de que la necesidad de establecer la unidad entre los dos sistemas tiene que llevar, desde este punto de vista del individuo soberano, a una articulación del orden jurídico positivo en el sistema del orden individual, desde el momento que la validez del Derecho se funda, como es sabido, en la voluntad de los individuos, en su « reconocimiento ». Es importante advertir que la libertad absoluta de la voluntad individual y el postulado jusnaturalista de la absoluta libertad del individuo frente al Estado y, por tanto, la idea de la libertad política, tienen exactamente el mismo sentido; por tanto, la libertad de la voluntad en sentido normativo, prescindiendo de su significación meramente negativa de una repulsa decidida de la determinación causal, solamente puede ser interpretada como libertad absoluta dentro de una posición subjetivista, insostenible en el ámbito de la Teoría jurídica. En cambio, desde un punto de vista objetivista, así como el sujeto no existe más que relativamente, tampoco es más que relativamente libre (lo mismo en sentido político, desde el momento que la libertad es incompatible con el Estado, como vinculación jurídica). Sólo la persona compleja del Estado, el Estado soberano, es absolutamente libre, porque es punto último de la imputación. La idea de la libertad personal no desaparece en el ámbito del Derecho; pero en el lugar de la libertad de la persona individual se instala la soberanía del Estado. Si por « persona » quiere comprenderse únicamente el punto final de la imputación, el Estado es la única persona

jurídica — al ser la persona superior — en este sentido absoluto indicado, la persona jurídica κατ' ἐξοχήν.

Es determinar provisional y no definitivamente, parcial y no totalmente un acto jurídico, el imputarlo a una persona física o jurídica como afirmación de una facultad o como cumplimiento de un deber. Su determinación definitiva y completa como acto jurídico se verifica en el momento en que se le sitúa en el cosmos del sistema jurídico, llevando la referencia hasta la unidad del sistema jurídico total, hasta el fundamento último de la « voluntad » realizadora de este acto, considerándolo como querido por el Estado, imputándolo al Estado. Más adelante se expondrán las etapas de este camino ascensional que recorre la imputación.

También habrá que separar cuidadosamente el concepto de acto del Estado en sentido estricto del de acto estatal en sentido amplio — que es el concepto que usamos hasta ahora —, es decir, del concepto de un acto jurídico imputable en último término a la persona del Estado, del concepto de un acto estatal idéntico al acto jurídico. (Cfs. págs. 301 y ss. y 311 y ss.).

C. La posibilidad de facultades y deberes jurídicos del Estado (el hombre y el Estado)

Conocida la persona del Estado como expresión unitaria de un orden jurídico que regula la conducta humana, que otorga facultades y deberes jurídicos, compréndese sin dificultad cómo puede « tener » aquél deberes y derechos, cómo puede haber derechos y deberes del Estado que sean al mismo tiempo — aun cuando en sentido diferente — deberes y derechos del hombre. La relación es la misma que en el caso de la persona « jurídica » o incluso de la persona « física ». El problema surge cuando se pretende identificar la « persona » con el hombre, cuando se pasa del plano jurídico-normativo al plano causal y psicológico, cuando se considera que la persona del Estado es cosa distinta del Derecho, situada, como el hombre, frente a éste, ya que el hombre es un ser natural cuyas funciones hállanse causalmente determinadas, que posee una fuerza, un poder psíquico o físico-psíquico, y constituye un organismo dotado de poder, de fuerza. Según este criterio, que domina hoy en los medios científicos, la ineludible cuestión en torno a las relaciones entre Estado y Derecho tiene que ser resuelta en el sentido de que, por una parte, aquél es el supuesto de éste, pero, por otra parte, ha de estar sometido al mismo, es decir, ha de estar facultado y obligado por el orden jurídico lo mismo que cualquier súbdito; la Teoría del Estado, como Teoría del Derecho político, se convierte en Teoría de los derechos y deberes del Estado; y toda la distinción entre el hombre y el superhombre «Estado» consiste únicamente en que aquél está facultado y, especialmente, obligado por éste, el cual crea el orden jurídico por su propia volun-

tad; mientras que el Estado se obliga y se faculta a sí propio. Tal es la idea fundamental de la moderna Teoría del Derecho político. Ya probaremos que tal idea es radicalmente insostenible.

D. El Estado como supuesto del Derecho

Según el punto de vista precedentemente desenvuelto de la teoría tradicional, el Estado es el creador del orden jurídico; le es esencial crear y «tener» como «suyo» un orden jurídico, establecer el Derecho. Fácil es de ver el círculo vicioso que encierra esta argumentación. Si el acto de creación jurídica es un acto del Estado, débese a que se ha supuesto una regla según la cual toda acción creadora del Derecho que se quiera interpretar como acto del Estado, así como toda acción humana que pretenda idéntica calificación, ha de ser referida a la unidad del Estado, no al que físicamente la ejecuta (lo único dado a la teoría psicológico-sociológica, dirigida al conocimiento de la realidad natural), ha de imputarse a un sujeto que se imagina está «tras» el actor material, ha de imputarse al Estado. Ahora bien, esta regla de imputación tiene que ser la norma jurídica, que es el orden en el cual tiene que hallarse la acción para poder ser referida a aquella unidad específica: el orden jurídico. La acción tiene que ser imaginada como contenido de la proposición jurídica, tiene que poder ser referida a la unidad del sistema del Derecho, lo cual suele expresarlo el lenguaje — personificando esta unidad — diciendo que tal acción es un acto del Estado, un acto político. Pero si el orden jurídico tiene que ser supuesto para que un acto de producción de Derecho valga como acto del Estado — sólo puede tratarse del desenvolvimiento del orden jurídico según su propia ley —, es imposible considerar que éste sea el supuesto del Derecho (la cuestión acerca de quién fué el primero que creó un orden jurídico, acerca de la producción originaria del Derecho, es el falso problema de la *generatio aequivoca*, y carece de sentido).

E. La teoría de la autolimitación del Estado

La imposibilidad del anterior punto de vista revélase con toda claridad en el hecho de que la teoría según la cual el Estado es el supuesto del Derecho por él creado, acaba por destruirse a sí misma a medida que avanza y se desarrolla. La hipótesis de un Estado distinto del Derecho, el dualismo de un ser jurídico y de un ser estatal metajurídico, no puede subsistir en la Teoría del Estado, porque éste, que constituye la unidad de acciones humanas cualificadas como actos estatales, tiene que acabar, en definitiva, por comprender su objeto como ser jurídico. Por muchas vueltas que le dé, no puede comprender los actos estatales sino como actos jurídicos.

Esto es lo que expresa el hecho de que la Teoría del Estado no ha renunciado nunca a ser por lo menos una Teoría del Derecho político, es decir, a constituir el Estado como objeto del conocimiento

jurídico. Cuando la doctrina dominante habla del Estado como sujeto de acciones (y esto ocurre siempre, a no ser que le considere como orden que determina las obligaciones de los «súbditos», vinculando autoritariamente a éstos, es decir, como orden jurídico positivo), esto es, cuando lo presenta como persona, no se detiene ni un momento en hacer pasar esta persona del Estado por persona jurídica. El dualismo de Derecho y Estado metajurídico, negándose a sí mismo, se siente impulsado a la célebre teoría de la autolimitación. El Estado, dícese, no sólo crea el orden jurídico, sino que se somete voluntariamente a él, convirtiéndose de ese modo en persona jurídica, en sujeto de deberes y facultades jurídicas. Contra el evidente contrasentido que anida en esta teoría que reina y gobierna la moderna Teoría del Estado se han aducido toda suerte de razones; se ha hecho ver, ante todo, que no es posible que el Estado, como ser metajurídico, sea el supuesto del Derecho y que, al propio tiempo, éste sea el supuesto de la persona jurídica del Estado, por tanto, del Estado convertido en ser jurídico; que el Estado, como poder «supremo» esencialmente ilimitado e ilimitable, no puede estar vinculado por el Derecho que él mismo ha creado, puesto que libremente podría sustraerse a tal vinculación: tanto más, cuanto que la teoría no ha dejado de afirmar que el Estado es libre para someterse o no a su Derecho, y que ha habido Estados que no lo han hecho. Pero todo cuanto se ha aducido contra esta teoría de la autolimitación — y lo cierto es que no han faltado nunca las críticas a esta parte del edificio doctrinal de nuestro tiempo — no ha descubierto por completo la raíz del error. Si el Estado puede obligar, aun cuando sólo sea a sí mismo; si puede proceder del Estado una vinculación — y éste es el supuesto fundamental sobre el cual se basa toda la teoría —, el Estado no puede ser un poder extrajurídico, tiene que ser Derecho, pues éste no puede provenir nunca del poder, sino del Derecho. Entiéndase esto únicamente en sentido jurídico positivo, no en sentido ético-jusnaturalista. El error metódico de la teoría dominante del Estado (según la cual crea éste el orden jurídico y así no obliga más que a los demás — ¿hombres? — para acabar por someterse él mismo a su propia obra, es decir, por obligarse a sí mismo) consiste en que se mezcla en forma poco clara el acto psicofísico de la producción de representaciones de normas y su fuerza motivadora, con la validez de las normas, con el supuesto de una norma fundamental, con la producción lógico-jurídica de ulteriores normas, y con la «derivación» de éstas (o de deberes jurídicos). Lo primero cae en absoluto fuera del ámbito de una teoría que aspire a conocer la unidad del Estado o del Derecho. Hay que separar radicalmente, desde el punto de vista metódico, la validez de las normas jurídicas, que es lo único que interesa si pretende conocerse la obligación de los súbditos (es decir, de todas las personas, a excepción del Estado), y la producción y la eficacia de los procesos representativos que tienen a tales normas por contenido. La antinomia de Derecho y Estado, en la que cae inexorablemente la teoría de

la autolimitación, débese ante todo al sincretismo de los puntos de vista psicológico-naturalista y jurídico; por eso precisa insistir repetidamente en que la unidad específica que constituye el objeto «Estado» no puede hallarse más que en la segunda dirección. Además de esto, la teoría de la autolimitación comete un error que es característico para toda la teoría del Derecho, consistente en representarse la persona del Estado, en cuanto sujeto de deberes y derechos — como hace, en general, la Jurisprudencia con toda persona jurídica —, como una cosa creada por o con el conocimiento jurídico y, sin embargo, en disgregar y contraponer esa cosa al Derecho, que es el único substrato del conocimiento jurídico.

La persona es considerada, de una parte, como un ser jurídico; pero al mismo tiempo, y por otra parte, se la considera como un ser natural, autónomo, distinto y aun opuesto al Derecho. Tanto en la persona «física» como en la «jurídica», y muy especialmente en la persona del Estado, se identifica la «persona» con el «hombre» y se representa la persona del Estado como una especie de superhombre. Una vez que la teoría de la autolimitación había hallado con esfuerzo y trabajo, y a cambio de contradecirse a sí misma, el camino que conducía del reino del ser natural al del deber ser jurídico, cae de nuevo en la esfera natural del ser al aplicar a la persona del Estado la teoría de la persona, basada, como sabemos, en un sincretismo de puntos de vista que borra los límites entre persona y hombre y entre teoría del Derecho y Psicología. Pero la «persona», sea física o jurídica, no es más que la personificación del objeto único y exclusivo de la ciencia jurídica; el Derecho es, pues, la personificación de normas jurídicas: el Estado como persona no puede ser otra cosa que la personificación del orden jurídico. Solamente si se toma al Estado por un hombre, puede convertirse en problema — en falso problema — el hecho de que aquél «tenga», en cuanto tal, derechos y deberes, es decir, que el orden jurídico estatuya derechos y deberes que pueden ser referidos a la unidad de aquél; que, lo mismo que la persona física, la cual es también personificación de un complejo normativo, posea deberes y derechos; solamente entonces puede plantearse la cuestión, ciertamente insoluble, de cómo sea posible que el Estado pueda «tener» derechos y deberes como el hombre, cómo sea posible vincular jurídicamente al Estado como se vincula a los hombres. Sólo cuando ya se sabe que tampoco la persona física está obligada o facultada en ese sentido, se está en condiciones de darse cuenta de que el problema de la autolimitación del Estado se resuelve en este falso problema: cómo puede ser jurídicamente vinculada la vinculación jurídica.

F. Cómo se resuelve epistemológicamente el dualismo de Estado y Derecho

El dualismo de Estado y Derecho es el resultado de un error del pensamiento que es típico en la historia del espíritu y muy corriente en todos los dominios del conocimiento. Para argumentar más fácil-

mente, se personifica la unidad del sistema y se hipostatiza la personificación, de tal manera, que lo que en principio no era sino un medio auxiliar del pensamiento, la mera expresión de la unidad de un objeto o sistema, acaba por convertirse en sistema u objeto autónomo. De lo que no era sino un medio del conocimiento, un instrumento para apoderarse del objeto, se hace un objeto autónomo del conocimiento, que se sobrepone al objeto primitivo. Así nace el falso problema de la relación entre ambos objetos. Sin embargo, ahí se revela claramente la tendencia a reducir a unidad el dualismo artificialmente creado. Y en esta tendencia a la unidad se acredita precisamente todo conocimiento auténtico.

Pero el problema de las relaciones entre Estado y Derecho se complica todavía más y recibe su impronta específica por el hecho de que a la hipóstasis duplicadora añádese el sincretismo. No es sólo que el orden jurídico como sistema de normas válidas se desdobla en la personificación y plasma en una persona del Estado distinta del Derecho, sino que, a su vez, la eficacia de las representaciones psíquicas de las normas de Derecho es hipostasiada en una «fuerza», en el Estado como poder, y ambas duplicaciones son mezcladas y confundidas.

§ 16. Estado y Dios

A. La autolimitación del Estado y la encarnación de Dios

En tanto que el dualismo de Estado y Derecho es el fruto de una hipóstasis dogmática en la cual la expresión personificativa de la unidad del Derecho se convierte en un Estado metajurídico, transcendente al Derecho, la situación epistemológica de la Teoría del Estado es la misma que la de la Teoría de Dios, la Teología. Lo mismo que el Estado, Dios es imaginado, en esencia, como una persona, como personificación de un orden universal, del orden del mundo, del mundo como sistema de normas o leyes naturales. Así como el Derecho es la voluntad del Estado, el contenido de la voluntad de Dios está formado por las normas y leyes naturales que constituyen el sistema del universo. Y así como el Estado es la unidad personificativa del Derecho merced a la hipóstasis de un ser metajurídico, trascendente al Derecho, cuya relación con él es la cuestión fundamentalísima de la Teoría del Estado, del mismo modo enseña la Teología que la esencia de Dios consiste en su trascendencia frente al mundo; y el objeto principal de la Teología hállase constituído por el contradictorio problema de la relación entre Dios —ajeno, por esencia, a toda relación— y el mundo —extraño, por esencia, a lo divino—. A la semejanza de problemas corresponde, naturalmente, una analogía de las soluciones. Conviene ilustrar críticamente los procedimientos de la Teología, para poner en claro muchos problemas de la Teoría del Estado. Aquí nos interesa referirnos ante todo a la analogía entre la teoría de la autolimitación del Estado

y el dogma de la Encarnación del Verbo divino. Cuando por oposición al panteísmo acentúa insistentemente la Teología la trascendencia de Dios frente al mundo, tropieza con la misma dificultad que la Teoría política al afirmar la naturaleza metajurídica del Estado. En ambos casos, la dificultad y aun la imposibilidad de la situación, considerada desde el punto de vista epistemológico, consiste en que dentro de una y la misma esfera del conocimiento aparecen dos sistemas distintos, independientes uno de otro : Dios y mundo, Estado y Derecho, siendo así que la tendencia fundamental de todo conocimiento es conseguir la unidad sistemática.

Pero, tanto en la Teología como en la Teoría del Derecho y del Estado, esta dificultad no tiene expresión únicamente epistemológica. En la Teología dícese algo semejante a esto : con las propiedades de Dios es incompatible un mundo independiente de Él. Para que el mundo pueda existir ha de ser en cierto modo de Dios. Dios es causa del mundo, lo crea y lo recrea de continuo. Y, a la inversa : los hombres, como partes del mundo, no podrían tener la menor noción de Dios, no podrían concebir la idea de Dios si Dios no fuese algo de la naturaleza del mundo, especialmente del hombre. Por tanto, precisa conciliar de algún modo estos dos principios que mutuamente se excluyen : la supremacía de Dios sobre el mundo y su relación positiva con éste, pues Dios es, sin duda, « puro » en su esencia; pero ni es posible representarse a Dios sin el mundo ni al mundo sin Dios. La misma violencia sufre la Lógica en la Teoría del Derecho político. Ésta hace una afirmación análoga : el Estado es un ser distinto e independiente del Derecho, cuya naturaleza, en definitiva, es metajurídica; es poder, no Derecho. Sin embargo, no es posible pensar el Estado sin Derecho ni el Derecho sin Estado. El Estado es creador y soporte del Derecho ; está, por tanto, sobre él ; pero, por otra parte, el Estado es algo de la naturaleza del Derecho, está sometido a éste : es ser jurídico, persona jurídica. Y siendo idéntico el problema en la Teología y en la Teoría del Estado, el falso problema de la relación entre un sistema y una hipóstasis (olvidando que una « relación » no es posible más que dentro de un sistema), la solución es también idéntica en ambas disciplinas — si es que frente a un problema lógicamente insoluble quiere hacerse valer como solución lo que no sea la destrucción radical del mismo, es decir, el desenmascararlo como falso problema —. El Dios supramundanal se transforma en mundo, o mejor, en sus representantes, en hombre, desde el momento que el ser divino se parte en dos personas : en el Dios-Padre y en el Dios-Hijo, el Dios-Hombre o Dios-Mundo. En la persona del Dios-Hombre sométese Dios al orden del Universo por Él mismo creado, tanto al orden ético como al natural ; el poder ilimitado, en principio, de la voluntad divina se autolimita. En cuanto Dios-Hombre, Dios renuncia a su omnipotencia. El acaecer universal no se dirige ya por su voluntad, sino que, a la inversa, el Dios-Hijo se impone el deber de obediencia para con el Dios-Padre. Esta teoría de la Encarnación del Verbo divino

es aceptada en la Teología desde el punto de vista de la «autolimitación» o «autoobligación» de Dios, como expresamente se la llama. El *pendant* de esta doctrina represéntalo la teoría de la autolimitación del Estado, ya expuesta, que constituye la médula de la teoría política tradicional. Ese «Estado» que no está ligado por ninguna norma, que es por esencia distinto del Derecho, que es un poder omnipotente, ilimitado, «soberano», acaba en definitiva por convertirse en Derecho, en ser de Derecho, en persona jurídica, la cual, al tener «sobre» sí el orden jurídico, deriva de él todo su «poder»: y sólo así puede tener aún sentido el concepto de soberanía, pues de un modo u otro hay que tener siempre cuenta de la unidad del sistema. Y es natural que se imponga el punto de vista del conocimiento jurídico. Pero ¿cómo se verifica esta metamorfosis del Estado-poder en Estado-Derecho, a la cual califican continuamente de misteriosa los críticos del dogma de la autolimitación? Muy sencillamente, dice la Teoría del Estado: el Estado crea un orden jurídico; es incluso esencial al Estado crear un orden jurídico; y después se somete espontáneamente a esta creación «suya». Cuantas dudas se han suscitado desde el sector jurídico en contra de esta teoría de la autolimitación, han hallado eco casi literal en la Teología, por relación al dogma de la Encarnación de Dios. ¿Cómo puede Dios ser omnipotente y soberano, ilimitado y libre por esencia y, sin embargo, someterse al mismo tiempo en cuanto hombre a las leyes naturales (nacer, vivir, padecer, morir) y vincularse por la ley moral? Éste ha sido el lenguaje que los herejes y heterodoxos han usado en todo tiempo. Y los juristas críticos se preguntaban: ¿cómo es posible que el Estado, de quien nos han enseñado que su esencia no es Derecho sino poder, pueda estar jurídicamente vinculado por un Derecho, aun cuando éste sea «su propio Derecho»?

Si el Estado—tal es el supuesto de que se parte—puede hacer, por naturaleza, todo aquello para lo que tiene poder, ¿cómo puede afirmarse a continuación, desde el punto de vista que sea, que tan sólo puede hacer aquello que el orden jurídico le autoriza u obliga? Algunos herejes han llamado «minotauro» al Dios de los teólogos, medio hombre y medio superhombre, a un tiempo; y la crítica rechaza como «fabuloso» al Estado, al que la moderna doctrina convierte en cosa híbrida que participa por igual de la personalidad jurídica y del poder de la naturaleza.

La acuciosa aspiración de unidad sistemática, que surge de la esencia íntima del conocimiento—aun cuando sea inconscientemente—, se impone dando un extraño rodeo. Después que la Teoría había disgregado el Estado y el Derecho como si se tratase de cosas esencialmente distintas, trata de unirlas nuevamente. Para ello convierte la unidad de Estado y Derecho—que es un postulado lógico, porque significa la mera superación de un falso dualismo—en postulado político, y dice: no es preciso que Estado y Derecho coincidan; pero pueden coincidir. Antes, sobre todo en los tiempos de la Monarquía absoluta, el Estado y el Derecho han estado frente a frente, como enemigos.

Pero la evolución histórica tiende a la unión de ambos. Y en el moderno Estado de Derecho el orden estatal se convierte en orden jurídico, y la unidad de Estado y Derecho se realiza como hecho histórico. Desde el punto de vista del positivismo, y no desde el punto de vista del Derecho natural — que es el de la moderna teoría —, la unidad de Estado y Derecho es esencial, independiente de toda evolución histórica, y tal unión no puede ser considerada como hecho histórico porque todo Estado, incluso el Estado absolutista, tiene que ser un orden jurídico. No sirve declarar como « Derecho » en sentido propio únicamente el orden jurídico creado con métodos democráticos, porque sólo puede valer como Derecho positivo aquel orden jurídico y todo orden jurídico que tiene « tras de sí » al « Estado », como se suele decir gráficamente, duplicando el mismo objeto; es decir, aquel orden jurídico que es al mismo tiempo un orden estatal. En esta identidad del orden jurídico con el orden estatal radica justamente la esencia del Derecho positivo. En contraposición con la Teología ortodoxa que ve un hecho históricamente acaecido en la Encarnación de Dios, en la unión del Dios trascendente con el mundo extradivino, hecho acaecido en un momento y lugar determinados, ciertas sectas místico-panteístas pretenden no ver en Cristo otra cosa que un símbolo eterno, y conciben la Encarnación no como un acontecimiento histórico, sino como una experiencia fundada en la naturaleza del hombre: en cada hombre se realiza la Encarnación de Dios; Dios es hombre y el hombre es Dios, pues Dios es por esencia idéntico con el mundo.

B. Ilegalidad del Estado y Teodicea

La correlación entre los procedimientos de la Teología y los de la Teoría jurídico-política aparece con la máxima nitidez en la analogía existente entre el problema de la Teodicea y el de la llamada ilegalidad del Estado. En ambos casos, la dificultad conceptual originase del hecho de que a la unidad del sistema precisa referir su negación; a Dios, como personificación del orden ético del mundo, de lo bueno, lo malo, especialmente el pecado; al Estado, como personificación del Derecho, la ilegalidad, lo antijurídico. Dios no puede querer lo malo, el Estado no puede cometer ilegalidad. Sin embargo, es preciso que también lo malo, como todo, sea querido por Dios, imputado a Dios, pues nada hay en el mundo que no sea querido por Él, nada sucede que sea contrario a la divina voluntad; es decir, para que pueda explicarse el pecado desde el punto de vista del sistema de Dios, de la Teología, es preciso encajarlo en tal sistema. Del mismo modo, para comprender jurídicamente lo antijurídico, ha de ser encajado en el sistema del Derecho, en el orden jurídico, en la « voluntad » del Estado; por tanto, ha de imputarse al Estado.

La tendencia inmanente de ambas disciplinas — dirigida a suprimir el dualismo entre un sistema y su negación — motiva la transformación de lo malo y antijurídico en « condición » del Bien y del Dere-

cho, dejando de ser la «negación» de los mismos. Según la Teología, no quiere Dios lo malo de modo inmediato, mas sí mediata e indirectamente, como condición de la pena, que purifica, y es intrínsecamente buena porque realiza la justicia. Del mismo modo, para una Teoría jurídica profunda, la antijuridicidad no es más que un supuesto de hecho, determinado por el orden jurídico como condición del acto coactivo estatal; así que, en definitiva, constituye aquélla un contenido de la norma de Derecho, del «deber ser» jurídico que representa la voluntad del Estado, un contenido más, junto a otros supuestos de hecho estatuídos como condiciones del acto de coacción.

El problema de la ilegalidad del Estado desaparece en cuanto tal. Pero mientras la Teología no suprima a lo malo su carácter de negación de lo bueno y, por tanto, de negación de Dios, se hallará siempre ante el grandioso problema de buscar para lo malo, como negación del Bien, un centro de imputación distinto del sujeto del Bien (como personificación del orden ético del mundo: Dios). A Dios se contrapone la figura del diablo, padre del mal, y al Cielo, como reino del Bien, el infierno, o reino del mal. Si la teoría jurídica se atuviese al concepto de la antijuridicidad como negación del Derecho, se vería obligada, en consecuencia, a construir un sujeto de la antijuridicidad distinto del sujeto de Derecho, de la persona jurídica. En la doctrina teológica, según la cual el mismo Satán es un ángel caído, y por tanto, creación de Dios, la necesidad de unidad sistemática se satisface con un símbolo.

C. El Estado como principio anulador del Derecho; Dios como principio anulador de la naturaleza

Por lo demás, la Teología es prisionera del dualismo de Dios y mundo. Y desde el momento que en el concepto de mundo se representa el sistema de la naturaleza, de las leyes naturales, por tanto, adopta Dios — considerado como poder de realizar milagros — la significación de un principio que, en ciertas circunstancias, puede dirigirse contra la naturaleza, destruyendo sus leyes.

Ahí radica precisamente el método característico de la Teología: en esa hipótesis de un orden sobrenatural de la voluntad divina distinto del orden de la naturaleza (en el sistema de las leyes naturales) e independiente de él; en ese operar con dos órdenes diferentes, con una doble verdad. Sin embargo, la misma Teología enseña que para explicar el acontecer universal debe recurrirse en principio, y mientras sea posible, a las leyes naturales, y sólo en algún caso extremo debe suponerse la existencia de un milagro divino. Es extraordinariamente característico que, precisamente en su contraposición con el Derecho, adopta el Estado la significación de un principio que, en ciertos casos, puede destruir la ley jurídica positiva. Así se enseña que, en general, todo debe ocurrir en la medida de lo posible, dentro de los cauces de la juridicidad; pero que el «Estado» tiene la misión de proteger el bien público incluso sin el Derecho y aun contra el Derecho; dícese que «en caso

de necesidad»; pero esto no significa, de ordinario, sino lo siguiente: «cuando así conviene a ciertos intereses políticos contrarios al Derecho positivo». Conviértese así el Estado en expresión de un sistema superior al Derecho positivo, que podría imponerse eventualmente contra éste, porque sólo aquél sería la salvaguardia efectiva de los verdaderos intereses — los «políticos» — del pueblo o comunidad en cuestión.

Es verdad que, según los principios positivistas de la moderna Teoría del Estado, la «Política» debe ser separada fundamentalmente del Derecho, y por eso el Derecho y no la Política debe servir de justificación de un acto cualquiera como acto jurídico o estatal. Sin embargo, se enseña al propio tiempo que la investigación jurídica en torno al Estado no puede prosperar si deja de tener en cuenta lo «políticamente posible», lo «políticamente saludable» (JELLINEK). Pero lo que sea posible o saludable desde el punto de vista político, tiene que ser juzgado a través de criterios harto diversos, y por eso, si no está de acuerdo con el contenido del Derecho positivo, precisa rechazarlo como Derecho natural. Tal doctrina no puede tener apenas otro sentido que el de pretender la legitimación de determinados postulados de ciertos grupos políticos, en oposición con el Derecho positivo. Cuando esta doctrina afirma, por ejemplo, como resultado de la investigación teórica en torno al Estado, que hay una presunción a favor de la juridicidad de todas las acciones de los órganos estatales superiores, hablan por ella los intereses de los grupos dominantes, de los grupos que en ese momento afirman su poder.

§ 17. Derecho público y privado

A. La antítesis

Esta irrupción de la Política en la Teoría del Derecho, hállase favorecida por una funestísima distinción que constituye ya hoy uno de los principios más fundamentales de la moderna ciencia jurídica. Se trata de la distinción entre Derecho público y privado. Si bien esta antítesis constituye la médula de toda la sistemática teórico-jurídica, es sencillamente imposible determinar con cierta fijeza lo que quiere decirse en concreto cuando se distingue entre el Derecho público y el privado. Ciertamente, cabe señalar determinados dominios jurídicos, cualificados por su especial contenido, que se contraponen convencionalmente en calidad de «Derecho público» al «Derecho privado». Así, en el Derecho público se incluyen el Derecho político, el administrativo, el procesal, el penal, el internacional y el canónico (este último sólo en tanto que se refiere predominantemente a los anteriores dominios); todo el restante Derecho es Derecho privado. Pero si se pregunta por el fundamento de esta división, se entra de lleno en un caos de opiniones contradictorias.

Por de pronto, no hay seguridad en el objeto de la división: la cualidad de público y privado se atribuye indistintamente al Derecho

objetivo, a las normas, al derecho subjetivo, a las facultades y deberes que constituyen la relación jurídica. Si se reduce el derecho subjetivo al objetivo, una división del primero tiene que ser, al propio tiempo, una división del último. Añádase a esto que con la dualidad del objeto de la división va unida una antítesis de los criterios con arreglo a los cuales se lleva a cabo. De éstos podríamos escoger más de una docena. Para dividir el Derecho en público y privado se recurre por los diversos tratadistas a los criterios más variados y aun opuestos; no es raro encontrar en un mismo escritor esta diversidad u oposición de criterios. En todo caso, cabe señalar como predominantes dos teorías diferentes. En este punto, la diferencia de criterios para llevar a cabo la división implica también — al menos en el propósito — una distinción dentro del objeto que ha de ser dividido.

B. La teoría del interés

Siguiendo las huellas del Derecho romano, del cual procede esta distinción, desígnanse comúnmente como Derecho público aquellas normas jurídicas que tienden al interés general o colectivo, y como Derecho privado, aquellas otras que miran con preferencia al interés individual, al interés de los particulares. Fácilmente se comprende que está dominado por un punto de vista metajurídico, y que, por tanto, no puede realizar una división que resulte aprovechable por la Teoría del Derecho. Querer cualificar jurídicamente las normas de Derecho con arreglo al fin que aspiran a realizar, equivaldría a pretender clasificar los cuadros de un museo por su precio; y uno y otro criterio son igualmente inservibles. La división de las proposiciones jurídicas sólo puede referirse al contenido o a la articulación de los hechos que constituyen la condición o la consecuencia; por tanto, a objetos inmanentes, no trascendentes al Derecho. Por lo demás, es sencillamente imposible determinar de cualquier norma jurídica si sirve al interés público o al interés privado. Toda norma sirve siempre a uno y otro.

Desde el momento que una norma de Derecho protege un interés individual, esa protección constituye un interés colectivo. Cuando el orden jurídico contiene normas reguladoras del préstamo — normas jurídicas «privadas», indudablemente —, pónese de manifiesto que existe un interés colectivo en la existencia de tales normas. Y, de modo análogo, en cada norma positiva de Derecho administrativo o penal — Derecho «público» uno y otro, a no dudarlo — puede determinarse el hombre al cual se reconoce un interés en tal norma, la cual se convierte en protectora de ese interés.

Esto último no parece tan claro en Derecho político y procesal porque éstos no contienen normas jurídicas autónomas y perfectas. Según la teoría del interés, la antítesis de Derecho público y privado coincide, en cierto sentido y considerada en alguno de sus aspectos, con la antítesis de Derecho objetivo y subjetivo señalada por la misma teoría. El interés protegido, es decir, el derecho subjetivo, es siempre

el interés individual; la protección del interés, es decir, el Derecho objetivo, es siempre el interés colectivo.

La antítesis de interés individual e interés colectivo es la misma contraposición de dos puntos de vista metajurídicos, cada uno de los cuales puede afirmarse como válido frente a toda norma de Derecho. Por esta razón conviene rechazar tal distinción como metajurídica, desde el momento que no está de acuerdo con el Derecho positivo, es decir, que no expresa momentos jurídicos materiales genéricos, que no es la distinción de hechos específicos. Si la consideración especial del interés público, a diferencia del privado, se traduce en una determinada formulación concreta de la norma jurídica, podría verse ahí el criterio para una división del Derecho objetivo. Pero, en realidad, trataríase únicamente de la antítesis de diversos tipos de hechos. Realmente, no se tendría en cuenta la contraposición de intereses públicos y privados, considerando que ella sólo es relevante para los motivos o fines perseguidos por el legislador; pero de ese modo el problema ha sido desplazado de su centro. No se pregunta si la norma de Derecho protege un interés público, es decir, colectivo, o un interés privado, esto es, individual; sino que, partiendo del supuesto de que la norma jurídica puede atender en su formulación concreta más al interés colectivo que al individual, o viceversa, se pregunta únicamente de qué manera se realiza este tener en cuenta un interés u otro. Puesto que toda norma jurídica, en sí misma considerada, es ya la expresión de un interés colectivo y la protección de algún interés individual, la cuestión plantéase de este modo: ¿tiene cuenta, y en qué forma, la norma jurídica del interés individual, sea en la fundamentación o en la determinación concreta de los derechos y deberes correspondientes al interés, sea en la persecución de la conducta antijurídica dañosa a ese interés? La mayor consideración del interés público no suele traducirse sino negativamente, en la menor estimación del interés privado. Así, por ejemplo, hay algunas normas jurídicas que poseen validez únicamente «dispositiva», es decir, ellas y su contenido valen tan sólo para el caso y la medida en que las partes — delegadas para ello por el orden jurídico — no estén facultadas para establecer normas reguladoras de su conducta de contenido diferente, mediante manifestaciones unilaterales o bilaterales de su voluntad. Esta distinción entre Derecho taxativo y Derecho dispositivo, que a veces suele identificarse con la de Derecho público y privado, es una distinción jurídica inmanente. Hállasela en todos aquellos dominios en los que se divide convencionalmente la materia jurídica, tanto en Derecho administrativo como en Derecho civil. Pero el interés individual es todavía más considerado si no se atiende únicamente al hecho de que hay normas generales producidas por el legislador puestas a disposición de las partes, es decir, si no sólo el hecho de que exista una vinculación jurídica, sino también la forma de la misma puede ser libremente determinada por las partes que han de quedar vinculadas, esto es, si el orden jurídico enlaza, como consecuencia, ciertos derechos y deberes acordes con

la intención de las partes al hecho de la manifestación coincidente de las voluntades de dos o más hombres, que es lo que constituye el contrato. Pero el contrato no es, en modo alguno, un hecho característico únicamente del Derecho privado. Hay también contratos llamados de Derecho público. Y así como es un interés eminentemente colectivo el que se lleven a cabo ciertos negocios jurídicos privados — así, en el orden económico capitalista, el interés colectivo, consistente en la producción y la distribución de los bienes, hállase garantizado, como es notorio, por la técnica del negocio jurídico —, del mismo modo realiza el contrato de Derecho público intereses puramente individuales, como en el caso del llamado contrato de naturalización, por el cual ingresa un extranjero en el Estado, o el contrato de colocación, por el cual alguien es nombrado funcionario público. Por otra parte, a su vez, aquella forma de fundamentación de derechos y deberes en la cual parece afirmarse únicamente la validez del interés público: el mandato unilateral que obliga al destinatario, en modo alguno es posible tan sólo como mandato autoritario de un órgano estatal (en sentido estricto), como acto administrativo propio del Derecho administrativo. También en Derecho privado se encuentran tales actos: así, por ejemplo, el obrero está jurídicamente obligado a rendir el trabajo que le exige el patrono, dentro del marco del contrato individual o colectivo. Algo semejante ocurre con la distinción procedente del hecho de que hay ciertas normas que entre las condiciones del acto coactivo incluyen la manifestación de voluntad de una parte — de la que se presupone que está interesada en la norma — : el acreedor, el ofendido en su honor, etc., manifestada en la forma de «acción», «denuncia», etc. Esta distinción, de gran importancia desde el punto de vista de la técnica jurídica, no es menos admisible para la Teoría del Derecho, y se halla en cierta conexión con las ideas básicas de la teoría del interés. Ahora bien, ambas clases de normas hállanse dentro tanto del dominio considerado «Derecho público» como del «Derecho privado». El punto de vista del interés no puede ser válido sino dentro de un sistema emancipado de la tradicional división del Derecho en público y privado.

C. La teoría del mayor valor del Derecho público

1. **Relación jurídica y relación de poder.** Si para dividir el Derecho en público y privado se adopta como criterio decisivo el hecho de que las relaciones de Derecho privado se constituyen entre sujetos coordinados, mientras que las de Derecho público tienen lugar entre un sujeto superior y otro subordinado, de modo especial entre el Estado y el súbdito, nos hallamos ante un fundamento y, por tanto, ante un objeto de la división totalmente contrapuestos a los de la teoría del interés. Trátase, pues, en principio de una distinción dentro de las relaciones jurídicas: relaciones jurídicas privadas y públicas. Y se suele considerar que las relaciones de Derecho privado son las relaciones jurídicas pura y simplemente, las relaciones «de Derecho» en el

sentido estricto y literal de la palabra, para contraponer a ellas las relaciones de Derecho público como relaciones de «poder» o de «dominio». Es notorio que la distinción decisiva radica ahí en la diversa calidad de los sujetos de Derecho.

A ciertos sujetos, en especial a la persona del Estado, se atribuye un valor jurídico superior al de otros sujetos de Derecho. Su voluntad vale más, posee mayor fuerza jurídica que la voluntad de otros sujetos. Por tanto, lo mismo que en la teoría del derecho subjetivo, se contrapone aquí una teoría de la voluntad y una teoría del interés. La teoría de la voluntad es, pues, al mismo tiempo, la teoría del mayor valor de ciertas voluntades, de la voluntad de ciertas personas.

La distinción entre sujetos privados y públicos de Derecho, entre sujetos de Derecho y sujetos de poder o dominio, conduce en último término a la distinción entre relaciones jurídicas privadas y públicas, entre relaciones «jurídicas» y relaciones de poder o de dominio, según que se contrapongan mutuamente sujetos privados de Derecho, o sujetos privados, de una parte, y públicos de otra. Admitido como criterio decisivo la calidad de los sujetos de Derecho, puede contarse también entre las relaciones jurídicas públicas aquellas en las que se contraponen diversos sujetos de poder o dominio, dentro de los cuales no existen, por tanto, diferencias inmediatas de valor jurídico. Así, por ejemplo, el Derecho internacional puede incluirse en el Derecho público, no obstante que aquél pone en relación sujetos coordinados. La diversidad primaria de los sujetos de Derecho y sus relaciones, fundamenta también — en segundo término — la distinción en públicas y privadas de las normas jurídicas que determinan esas relaciones.

2. **El concepto de relación jurídica.** La idea básica de esta teoría es la siguiente: frente al orden jurídico hállanse los sujetos con sus propiedades, independientes, en principio, del Derecho, manteniendo relaciones mutuas, igualmente independientes del Derecho; el orden jurídico, por así decirlo, se encuentra ante estos sujetos y estas relaciones, y al regular normativamente a unos y otras, los convierte en sujetos y relaciones jurídicas. Este modo de ver — que puede considerarse general en los juristas científicos, como ya en otro lugar expusimos (cfs. pág. 89) — es, según se dijo, insostenible, y en su misma simpleza no puede menos de acarrear funestas consecuencias para la Teoría del Derecho público. Las relaciones independientes del orden jurídico son relaciones causales, de motivación. La idea de que los sujetos y las relaciones jurídicas tendrían su origen en el hecho de que los hombres y sus relaciones naturales obtendrían — a más de sus propias cualidades independientes del Derecho — una nueva cualidad jurídica, es una de las raíces de la funesta identificación de hombre y sujeto de Derecho, y de la hipóstasis de las llamadas personas jurídicas. Como ya se dijo repetidamente en otro lugar, los sujetos de Derecho no están frente al orden jurídico como esencias distintas de él, sino dentro del mismo, como partes de un todo.

Por eso la relación jurídica no es una relación natural que en cierto momento sería regulada por la legislación. En el mejor de los casos, podría hablarse de una relación con el orden jurídico (si se partía del hecho natural, para ver el paso de un punto de vista todavía prejurídico al conocimiento propiamente teórico del Derecho). Correctamente, habría que definir la relación jurídica como una relación dentro del orden jurídico, como una relación de hechos establecida por la norma de Derecho.

La existencia de una relación jurídica entre el acreedor y el deudor significa que una determinada conducta del acreedor y una determinada conducta del deudor están enlazadas de modo específico en una norma de Derecho, de tal manera que la conducta de uno aparece en forma de facultad (una manifestación de voluntad dirigida al acto coactivo, cuya condición constituye), y la del otro en forma de obligación (la conducta contraria es otro supuesto del acto coactivo). Por eso la relación jurídica no es una relación entre personas, sino entre hechos. Se comprende que sólo interesen como propiedades jurídicas aquellas propiedades de los hechos que éstos poseen en relación a otros hechos, por el puesto que ocupan en la norma de Derecho. Compréndese igualmente que esas cualidades diferenciales sólo pueden poseerlas los hechos y no los sujetos o las personas, desde el momento que éstas no constituyen otra cosa que representaciones auxiliares para los fines del conocimiento, personificaciones que poseen esta propiedad única: la de ser expresión de la unidad de un complejo de normas jurídicas. Por eso se diferencian únicamente unas de otras, según que se trate de la personificación de la totalidad del orden jurídico o de personificaciones de órdenes jurídicos parciales. Por esta razón está de antemano con denado al fracaso el intento de diferenciar unos de otros los sujetos de Derecho, atendiendo a otras cualidades de los mismos.

3. El fundamento jurídico de la obligación. Compruébase esto tan pronto como se plantea la cuestión acerca de en qué consiste propiamente el mayor valor jurídico reconocido a ciertas personas, su superioridad sobre otras. Se le hace consistir, con frecuencia, en el hecho de que hay personas que están jurídicamente obligadas a obedecer las órdenes unilaterales de otras personas que ejercen el poder, como, de modo especial, la persona del Estado; es decir, en el hecho de que, en caso de desobediencia, la persona que ejerce el poder ha de efectuar un acto de coacción contra el desobediente. En cambio, en las relaciones jurídicas privadas, el fundamento de la obligación de realizar determinada conducta no radica en la manifestación unilateral de la voluntad de otra persona, sino en el asentimiento de los obligados, en la manifestación coincidente de sus voluntades: y en caso de realización de una conducta contraria a lo pactado, el acto coactivo no procede de la persona que funda la obligación, sino de una tercera persona, de la que ejerce el poder: el Estado.

De hecho, pues, parece existir una distinción fundamental. Pero si se rompe con esta representación personificativa y se la reduce a los

hechos jurídicos — en especial a la conducta del hombre como contenido del Derecho — y sus relaciones, obtendremos una imagen totalmente diferente. Entonces veremos que ese mandato unilateral dotado de fuerza jurídica obligatoria, emanado de un sujeto que ejerce el poder y posee facultad de aplicar la coacción, no es otra cosa que el hecho de que la manifestación de voluntad de ciertos hombres especialmente cualificados (los llamados órganos del Estado), dirigida a provocar la conducta de otros (los «súbditos»), es determinada por la legislación como condición del deber jurídico (secundario) que los últimos tienen de realizar una conducta acorde con la manifestación de voluntad de los primeros, y de que la conducta de los hombres obligados contraria a ese deber jurídico constituye la condición de un acto coactivo dirigido contra ellos. El deber jurídico que aquí viene en cuestión no es creado, en definitiva, por la voluntad que estatuye su contenido, del mismo modo que los deberes jurídicos privados no tienen su fundamento último en la manifestación coincidente de aquellos que están de acuerdo en obligarse. Estos hechos no tienen ninguna especie de virtud inmanente para producir efectos jurídicos. La manifestación unilateral de una voluntad, a la que se da el nombre de mandato autoritario, es únicamente, lo mismo que el negocio jurídico constituído por la manifestación bilateral de voluntades, una condición establecida por la norma jurídica general; en este sentido, ambos hechos constituyen, pues, «negocios jurídicos» (es decir, manifestaciones de voluntad, hechas con el fin de producir determinados efectos jurídicos, y que se hallan establecidas por el Derecho como condiciones de dichos efectos). En ambos casos, el fundamento de la validez del deber jurídico es la norma jurídica general; y si bien el hecho del mandato se imputa al Estado, su fundamento último es la constitución (cfs. págs. 301 y ss.). Y esto es así porque la imputación a la unidad del sistema se verifica por reducción de la validez a la norma fundamental o constitución en sentido lógico-jurídico, que hace posible la unidad. Si el orden jurídico dispone en un caso: «comportaos como os lo ordenen ciertos hombres especialmente cualificados»; y en otro caso dice: «comportaos del modo que convengáis mutuamente»; y si en ambos casos el deber jurídico no nace sino del hecho de que la conducta contraria a lo ordenado o pactado está colocada bajo la sanción de un acto coactivo, la única distinción consiste en que, en un caso, la condición del deber jurídico es una manifestación unilateral o, mejor, heterónoma, autocrática, de voluntad, y en el otro es una manifestación bilateral o, mejor, autónoma, democrática, de la misma. Pero en un caso y otro, la manifestación de voluntad constituye una continuación del proceso de formación de voluntad estatal, es decir, del contenido del orden jurídico, una concreción de las normas generales y abstractas en normas individuales y concretas (cfs. pág. 304).

Dada la antítesis puramente relativa — como se expondrá más adelante con mayor profundidad — que existe entre hecho y norma, entre negocio jurídico y ley jurídica, entre creación y aplicación de

Derecho, el hecho jurídico público del mandato autoritario, como el hecho del negocio jurídico privado, es, frente a los hombres cuyos deberes reciben su contenido merced a esos hechos, una norma, una norma de Derecho, aun cuando de grado inferior. Y el acto de coacción no está «tras» la orden de la pública autoridad de modo distinto que tras el negocio jurídico privado.

La personificación motiva la falsa creencia de que, en el primer caso, la persona que crea directamente el deber jurídico es la misma que reacciona mediante el acto coactivo contra la infracción del deber, mientras que, en el segundo caso, el acto de coacción procede de una persona distinta de aquella o aquellas que determinan, mediante una manifestación de su voluntad, el contenido del deber de las partes. Esta falsa creencia desaparece en el momento que nos preguntamos no ya por las personas, sino por los hombres cuya conducta constituye el hecho decisivo. El hombre que — en cuanto órgano — dicta la orden autoritaria no suele ser el mismo a quien se confía la ejecución del acto coactivo para el caso de inobediencia. Y cuando ambos hechos se imputan al mismo «Estado», quiere darse con ello únicamente expresión a la unidad del orden que los estatuye. En un sentido amplio — que, precisamente, es decisivo para estos efectos —, también el negocio jurídico es acto jurídico, el acto que completa el contenido del orden jurídico, y que, referido a la unidad, puede designarse, en último término, como acto del Estado. Pero el hecho de que el hombre a quien ha de confiarse la ejecución del acto coactivo haya de ser determinado respecto de dicho acto por aquel cuya orden autoritaria fundó el deber infringido, no constituye — aparte otras diferencias de índole técnica — una diferenciación esencial frente a la relación jurídica privada, en la cual uno al menos de los dos hombres que mediante la manifestación de su voluntad dan origen al deber jurídico, ha de manifestar también su voluntad (mediante acción judicial o denuncia) de que se realice el acto de coacción, para que éste sea, en efecto, realizado.

4. **Derecho público y privado.** Admitido que el fundamento de la vinculación jurídica concreta no radica directamente más que en los hechos condicionantes de la orden autoritaria o del negocio jurídico, y de modo definitivo en el orden jurídico que enlaza estos hechos con sus efectos jurídicos (y por eso, directamente también en los hechos condicionantes del deber jurídico), carece de sentido atribuir a uno u otro de estos hechos una validez jurídica superior en calidad o intensidad. Cada hecho posee justamente aquella validez, esto es, aquellas consecuencias que le atribuye el orden jurídico, es decir, las normas de Derecho de grado superior. El orden jurídico puede enlazar un deber a un acaecimiento exterior del mismo modo que a una manifestación de la voluntad humana, sin que sea obligado a reconocer mayor valor jurídico a tal acaecimiento por el hecho de que dé origen a deberes jurídicos en cuyo nacimiento no ha intervenido la voluntad del hombre.

Sin duda, es de gran importancia la distinción de los hechos condicionantes del deber jurídico en acaecimientos y manifestaciones — positivas o negativas — de la voluntad humana (acciones, omisiones), y la división de las últimas en aquellas en que la manifestación de voluntad de los hombres que se obligan constituye por sí misma el hecho condicionante, y aquellas otras en que no es así y, por tanto, la condición de la obligación está constituída por una voluntad extraña al obligado, dirigida a provocar cierta conducta de éste. Pero así como en esas distinciones no se manifiesta una diferencia del valor jurídico de esos hechos, ni siquiera de las personas a las que aquéllos se imputan, tampoco coincide esa distinción — que ya juega un papel relevante en la teoría del mayor valor del Derecho público —, ni aun aproximativamente, con aquellos límites convencionales que distinguen una zona privada y una zona pública dentro del dominio del Derecho o de las relaciones jurídicas, pues, primeramente — como ya antes se advirtió —, el llamado Derecho privado ofrece abundantes muestras de negocios jurídicos obligatorios por decisión unilateral, mientras que, a su vez, el Derecho público nos presenta casos de actos realizados por las autoridades que no nacen, con su efecto de obligar jurídicamente al súbdito, sino en virtud del asentimiento del obligado; de tal modo que, en estos casos, la condición de la consecuencia jurídica es la coincidencia de las voluntades de la autoridad y del súbdito: tal es el contrato de Derecho público o jurídico-administrativo, cuya diferencia esencial con el contrato de Derecho privado se buscó en vano hasta ahora.

Repetimos que el supuesto ineludible para articular consecuentemente estos distintos hechos, es la emancipación de la sistemática del Derecho privado y del Derecho público en que actualmente nos movemos. Pero aquí conviene tener en cuenta que el punto de vista decisivo con arreglo al cual se dividen los hechos jurídicos en unilaterales o bilaterales, en autónomos o heterónomos, es el mismo principio fundamental que sirve para dividir los métodos de producción de voluntad estatal, esto es, las formas de Estado, dentro de una esfera atribuída sin vacilaciones, en su totalidad, al Derecho público, a saber: el Derecho constitucional. Se trata de la antítesis de democracia y autocracia, que son las dos ideas sistemáticas situadas en la base de la distinción corriente entre Monarquía y República, y que sirven para dividir las formas de Estado según que la voluntad estatal, el orden jurídico, sea producido por aquellos mismos hombres para los que pretende valer, o, por el contrario, sea la obra de hombres distintos que, frente a los súbditos, aparecerán como una voluntad extraña, como titulares de un poder de dominación. Hay, empero, la diferencia de que la doctrina de las formas del Estado se refiere al grado supremo o, al menos, a un grado relativamente elevado de la formación de la voluntad estatal (orden jurídico), es decir, a la creación de las normas generales, a la llamada legislación, mientras que la teoría del mayor valor del Derecho público — desde el momento que se basa en la dis-

tinción aquí expuesta entre hechos unilaterales, es decir, heterónomos, y hechos bilaterales, esto es, autónomos — refiérese a los grados inferiores o relativamente inferiores del proceso de formación de voluntad política, a la producción de las normas individuales : los actos estatales realizados por las distintas autoridades y los negocios jurídicos. De este modo, el problema de la sistemática del Derecho cala hasta la médula de las doctrinas — que más adelante expondremos — acerca de los poderes, de los órganos y de las formas del Estado, es decir, de los grados, de los órganos y de los métodos de creación del orden estatal (cfs. págs. 198 y ss., 299 y ss., y 470 ss.).

D. La tendencia política de la antítesis

La razón por la cual la teoría en cuestión atribuye a ciertos hechos, especialmente a los llamados actos de autoridad, un valor jurídico superior, no es por tender a un fin teórico, por comprender el Derecho positivo con criterio puramente sistemático, sino más bien — inconscientemente en buena parte — por introducir en el Derecho positivo un principio político con cuyo auxilio se obtienen ciertos resultados, deseables desde aquel punto de vista político, a los cuales se quiere atribuir la positividad jurídica, no obstante carecer de toda base en la legislación positiva. Compruébase esto en las consecuencias que se derivan para la aplicación del Derecho del supuesto mayor valor — valor *a priori*, por así decirlo — de ciertos actos. La trascendencia verdaderamente práctica del dualismo de Derecho público y privado, tan tenazmente mantenido a pesar de sus notorias contradicciones, radica en la distinción de dos métodos de interpretación, deducida de la supuesta antítesis entre las dos clases de Derecho.

1. La presunción de juridicidad a favor de los actos públicos. El hecho de que a los actos jurídicos realizados por los órganos superiores, en cuanto actos públicos, se les reconoce una autenticidad mayor que a los actos no emanados de autoridad, a los negocios jurídicos, a los actos jurídicos privados, denuncia la tendencia a revestir de una mayor autoridad de la que confiere el orden jurídico positivo a los hombres encargados de la ejecución, en el sentido estricto de la palabra, de la realización de las funciones de autoridad, en especial al órgano supremo y a los órganos superiores y, en definitiva, a los intereses de clase o profesión, o cualquier otro género de interés colectivo o individual representado por aquellos hombres. Esta preferencia es completamente posible desde el punto de vista jurídico positivo, y puede justificarse por razones distintas del interés de clase, de profesión, de grupo o individual. Pero la Teoría del Derecho cree poder llegar al mismo resultado, prescindiendo de todo fundamento jurídico positivo, deduciéndolo de la mera esencia del Derecho público.

En verdad, cuando se enseña que las instituciones del Derecho público no pueden tratarse con el mismo método que las del Dere-

cho privado, aplicándose de ese modo un método de interpretación no fundado en el Derecho positivo, se afirma un dogma de Derecho natural, tras el cual se ocultan cosas harto distintas que los postulados de la técnica jurídica.

La tendencia política se revela todavía con mayor claridad cuando, prescindiendo del contenido y estructura del Derecho positivo, se declara que constituye un principio de la Teoría del Estado la proposición siguiente: «las acciones de los órganos superiores del Estado tienen a su favor la presunción de juridicidad». Lo cual significa que lo que hagan los hombres a quienes el orden jurídico confía la realización de ciertas funciones, con la pretensión de realizar un acto estatal, y, en especial, lo que manden hacer a otros con idéntica pretensión, constituye de antemano un acto jurídico, incluso en el caso de que sea notoriamente ilegal.

A no dudarlo, este principio es también posible como proposición jurídica positiva. Pero si ésta no existe, el intento de la Teoría jurídica de afirmar por su cuenta su validez, deduciéndola de la esencia del Derecho público, significa el desbordamiento del Derecho natural sobre el orden jurídico o estatal positivo. Se comete el abuso de convertir una norma general no fundada en el orden jurídico positivo, en una modificación fraudulenta del Derecho positivo, en interés de ciertos hombres a los que se ha confiado la ejecución de determinadas funciones orgánicas. Se pretende que todos sus actos valgan como actos jurídicos, sin consideración a la ley (en sentido formal), a pesar de que aquellos hombres no pueden ser considerados órganos estatales sino en tanto que obran jurídicamente, es decir, en tanto que los actos realizados por ellos se corresponden con las normas jurídicas de grado superior, porque éste es el único camino por el cual marcha la imputación al Estado. Esta «Teoría» tiene el propósito declarado de hacer de la ejecución una fuente de Derecho totalmente distinta de la legislación, para, de ese modo, contraponer el orden jurídico positivo establecido por la legislación, a un orden jurídico autónomo, en posible contradicción con el primero, creado por las normas dictadas por los órganos de la ejecución, en lugar de no ver en ésta sino la mera continuación y complemento del proceso legislativo (cfs. págs. 299 y ss.).

2. Derecho público y administración. De hecho, limítase esta tendencia — la que de modo especial se ha impuesto en la teoría de la Monarquía constitucional — a una parte del poder ejecutivo, a la administración, mas no a la justicia como poder. Mientras que se consideraba la función de los tribunales como ligada materialmente a la ley, como mera ejecución del precepto legal, se tendía a representar de modo esencialmente diverso las relaciones en que se hallaba la administración — con el monarca y sus ministros a la cabeza — respecto de la ley. Hablaremos de esto más detalladamente en la doctrina de los poderes del Estado o de los grados de producción del orden estatal (cfs. pág. 309 y ss.). Quede aquí establecido únicamente que, según

esta tendencia, la administración — ese dominio propio del Derecho «público», al cual mira con preferencia la teoría que discutimos — no constituye, como la justicia, mera ejecución de la ley, sino una «libre» actividad «dentro del marco de las leyes». La idea dominante es ésta: en el dominio de la administración, donde son realizados los actos jurídicos κατ' ἐξοχήν, el Estado puede hacer desde luego todo lo que quiera y pueda. El Derecho en forma de ley surge *a posteriori*, por así decirlo, y pone ciertos límites a la actividad estatal en determinadas direcciones, no en todas necesariamente. Los actos administrativos no constituyen, por tanto, ejecución de la ley; el *leitmotiv* no es ya la norma jurídica, sino el bien jurídico, el interés estatal, la razón de Estado; basta con que no se desborden los cauces legales. Sin embargo, aun para el caso de que esos cauces sean desbordados, establece la «Teoría» la presunción de juridicidad. No debe exponerse aquí la imposibilidad lógica de esta concepción. Baste señalar la tendencia a romper la conexión que debe ligar el acto jurídico administrativo con la ley, como grada superior de la pirámide del Derecho.

Pero no hay que confundir esta tendencia con el hecho de que la estructura del Derecho positivo puede ser tal que los actos administrativos individuales se hallen condicionados por las leyes de carácter general en grado muy inferior a los actos jurisdiccionales; las facultades discrecionales de la administración pueden ser, en efecto, mucho más amplias que el arbitrio judicial, pues la doctrina del acto administrativo no contiene tanto un postulado de política legislativa — más o menos realizado en el Derecho positivo — como una teoría independiente de la estructura material de un orden jurídico concreto, derivada de la naturaleza del acto administrativo. Ahora bien; una prueba de que la naturaleza del Derecho público se halla unida de modo característico con la de la administración, la tenemos en esta idea, harto extendida: «las relaciones de Derecho público competen a las autoridades administrativas; las relaciones jurídicas privadas, a los tribunales de justicia». Observemos, entre paréntesis, que se incurre casi siempre en círculo vicioso cuando se declara que una relación es de Derecho público porque está bajo la competencia de una autoridad administrativa, o de Derecho privado porque su conocimiento corresponde a los tribunales ordinarios.

Y advirtamos igualmente que no se puede fundar en un criterio teórico-jurídico este tratamiento diferencial del acto administrativo respecto del acto jurisdiccional, puesto que éste es de naturaleza pública como aquél, ya que su fuerza de obligar es igualmente unilateral; pero la tendencia política se descubre tan pronto como se reflexiona que si esta teoría no se interesa por los actos de la jurisdicción, débese a que en virtud de la independencia del poder judicial, están sustraídos a la influencia del jefe del poder ejecutivo, especialmente, por tanto, a la del monarca constitucional.

3. La teoría del acto administrativo. Esta tendencia a romper la unidad del Derecho positivo acudiendo a una «Teoría» del Derecho público, y a establecer la esfera de la administración, es decir, del Derecho administrativo, como una esfera separada de la legislación, del Derecho legal, dotada de autonomía, cuyo contenido constituiría un dominio jurídico determinado por la libre voluntad de las autoridades administrativas superiores; esta tendencia, decimos, recibe su expresión más perfecta en la doctrina según la cual el acto administrativo no extrae sus efectos jurídicos de una ley superior — como la sentencia judicial o el negocio jurídico — sino de sí mismo: el acto administrativo produce efectos por virtud propia y acredita de ese modo su carácter jurídico público (O. MAYER).

A primera vista se comprende que esta concepción es imposible, si la examinamos a través del prisma de la Teoría jurídica. ¿Cómo es posible comprender los actos administrativos como actos jurídicos, como actos del mismo Derecho o del mismo Estado cuya voluntad es la ley, por medio de la cual refiérese aquélla a estos actos, si se suprime todo recurso a esa misma ley y, en última instancia, a la constitución, y desaparece, por tanto, toda referencia a la unidad del sistema? Pero parece evidente que la teoría de la «vigencia substantiva» del acto administrativo quiera ver en éste tanto un acto jurídico como un acto estatal, si posee al mismo tiempo la tendencia a enlazar de algún modo la antítesis de Derecho público y privado con la de Derecho y Estado — el Estado en cuanto tal pertenece a la esfera del Derecho público; es el sujeto jurídico público por antonomasia.

Toda esta doctrina de la vigencia substantiva del acto administrativo, en la que se aplica consecuentemente la Teoría del mayor valor del Derecho público, no se explica sino en virtud de su tendencia política. Nacida en el hogar de la teoría constitucionalista, es su fin — consciente o inconsciente — privar al monarca y a las autoridades administrativas a él sometidas del papel subalterno de mero ejecutor de las leyes votadas por la representación popular, elevando a uno y otras al rango de creadores autócratas del Derecho, con independencia de la legislación democrática: y si bien esta teoría ha hallado eco en el ámbito de algunas constituciones democráticas y republicanas, débese a que no es preciso que el principio democrático informe todas las etapas del proceso de formación de voluntadesta tal en las repúblicas, ni siquiera en las democráticas, puesto que también en éstas actúan intereses poderosos, en el sentido de limitar la influencia del principio democrático. La teoría de la vigencia substantiva del acto administrativo significa el ensayo de desplazar, en la medida de lo posible, el principio de la creación democrática del Derecho, imperante en el estadio de la legislación, por el principio autocrático, refugiado en la esfera de la ejecución, convirtiendo a ésta, que necesariamente constituye un grado inferior y determinado por la legislación, en una fase autónoma y coordinada con aquélla. Más adelante se examinará hasta qué punto haya podido influir en esta dirección el dogma de la separación de los poderes (cfs. págs. 333 y ss.).

E. Origen de la antítesis

De este modo, la Teoría del Derecho público en general y la del acto administrativo en particular, conviértese en la puerta falsa, abierta por una teoría demasiado complaciente, por la cual irrumpen determinadas concepciones y aspiraciones políticas que se hallan en contradicción con el Derecho positivo. Ésta es una de las funciones que hoy todavía conserva el dualismo de Derecho público y privado. Ahora bien; la investigación histórico-doctrinal demuestra que esta distinción ha penetrado desde el primer momento con esa tendencia, en la moderna sistemática del Derecho.

1. **La recepción del Derecho romano.** Especialmente en la ciencia jurídica continental, la distinción entre el Derecho público y el privado, advino con la recepción del Derecho romano. En aquellos dominios jurídicos no afectados por la recepción, no se la suele hallar, porque desde el primer momento se mantuvieron alejados de ella. Únicamente la repercusión de la ciencia jurídica continental, especialmente la francesa y alemana, sobre las concepciones angloamericanas ha conseguido trasplantar también allí un principio sistemático tan extremadamente discutible. Pero, ya en el Derecho romano, la distinción entre el *jus publicum* y el *jus privatum* era demasiado vaga. Designaba originariamente meras diferencias técnico-procesales, pero más tarde adoptó una significación muy semejante a la que hoy se le atribuye, contraponiendo, de un lado, como Derecho público, el Derecho político, el administrativo, el penal y el procesal; y todo el restante Derecho, como Derecho privado, de otro. Desde el momento que la recepción afectó no sólo al *jus privatum*, sino también al *jus publicum* de los romanos, los príncipes de los países alemanes favorecieron el proceso de recepción del Derecho político de la Roma imperial. La norma jurídica autocrática *princeps legibus solutus est*, que libraba al príncipe, en su esfera de competencia, de la sumisión a las «leyes», convirtiéndolo en autoridad jurídica, tenía que ofrecer un especial atractivo a los príncipes reinantes, tanto mayor cuanto que el Derecho, las normas jurídicas generales de sus territorios, era «Derecho popular», consuetudinario, producido, por tanto, con métodos democráticos.

2. **La «ragione di Stato».** Es de especial importancia observar que precisamente en conexión con esta recepción del *jus publicum* romano, como Derecho político de la Monarquía absoluta, se introduce en la moderna ciencia jurídica no sólo el concepto de un Derecho privado esencialmente distinto del Derecho público, sino, en general, el concepto del Estado como cosa distinta del Derecho. Es la «ragione di Stato» de Machiavello, la célebre «razón de Estado», cuyo nombre encubría la imposición de todo el complejo de postulados políticos favorables al príncipe y sus secuaces, frente al orden jurídico en vigor.

El sistema normativo comprendido bajo el nombre de «Estado» o «Derecho público» quiere conquistar para el imperante, contra la constitución jurídica (estatal) vigente, un amplio margen de arbitrio en el dominio de la administración interna, y especialmente de la política exterior. Éste es el principio maquiavélico: que el príncipe debe determinar sus acciones mirando únicamente al interés del Estado en cada momento o, mejor, a lo que el príncipe estima o declara que en un momento dado constituye el interés estatal; no mirando al Derecho, que era Derecho «popular». Así ocurría que la palabra «Estado» poseía en el lenguaje jurídico alemán, en esa época, una significación usual secundaria, e incluso en el siglo XVII hubo jurisconsulto que se creyó obligado a asegurar que él en modo alguno ha pretendido expresar con la palabra «Estado» lo que de ordinario se entiende con ella, y «casi merecería llamarse deslealtad, infamia y liviandad lo que quieren disculpar algunos pueblos descarriados en nombre del Estado, de la *ratione Status*, de la cosa pública». De este modo compréndese que, desde el punto de vista del orden jurídico violado por la razón de Estado, desde el punto de vista de la constitución jurídico-democrática, el Estado tenía que aparecer como adversario del Derecho. Y así mantuvo el término «Estado» esta su significación primitiva antijurídica, todavía en una época que hizo del principio metajurídico, meramente político de la autocracia, un principio de Derecho positivo, sustituyendo la constitución jurídica democrática por la autocrática.

Ahora bien; una vez que la autocracia es de Derecho positivo, implica una restricción inadmisible, puramente jusnaturalista del concepto del Derecho, no admitir como «Derecho» en sentido propio y estricto sino el creado con método democrático, es decir, participando en su producción los mismos que han de someterse a él. Del mismo modo es inadmisible oponer las relaciones jurídicas creadas autónomamente, como relaciones «jurídicas» en sentido propio, a las relaciones basadas en la heteronomia, como relaciones de «poder» o de «dominio», aun cuando este último método de producción de normas jurídicas individuales se apoye en normas de carácter general, esté establecido en normas jurídicas generales. Si se quiere hacer coincidir esta última antítesis con la de Derecho público y privado, precisa a su vez que ésta, para que pueda subsistir teóricamente, deje de ser una antítesis «transistemática» entre Derecho y no-Derecho, o entre Derecho y semi-Derecho o Derecho de clase inferior, y se convierta en antítesis «intrasistemática», es decir, en una simple diferenciación de hechos jurídicos.

F. La superación de la antítesis en el concepto de Estado de Derecho

De cuanto llevamos dicho, resalta con toda claridad la íntima conexión en que se halla la superación del dualismo de Derecho público y privado, que desgarra la unidad del sistema jurídico, con la de la contraposición de Estado y Derecho, en general. Con el primer paso

dado por la teoría jurídica para suprimir el dualismo de Estado y Derecho, se ha negado que entre Derecho público y privado exista una diferencia substancial.

Desde el momento que a la doctrina según la cual el Estado —como realidad natural— es el supuesto del Derecho —como norma— se contrapone la doctrina contraria y cada vez más extendida en nuestros días, que afirma que el Derecho es el supuesto del Estado —ya convertido de ese modo en ser jurídico—, desde ese momento se ha dado un avance extraordinario hacia la tesis aquí sustentada de la identidad del orden estatal y el orden jurídico. Es de gran importancia observar que la diferencia esencial entre el Derecho público y el privado no es negada precisamente por la teoría que hace del Estado el supuesto del Derecho, sino por la concepción inversa que hace del Derecho el supuesto del Estado; pues esta distinción es incompatible con la idea del Estado de Derecho, si con ella pretende afirmarse una esfera de actos estatales que, debiendo ser al mismo tiempo actos jurídicos, estarían libres de la regulación por el Derecho. Ahora bien; por Estado «de Derecho» no entendemos nosotros un orden estatal con un contenido específico (por tanto, no un Estado con ciertas y determinadas instituciones jurídicas, tales como la legislación democrática, la sujeción de los actos ejecutivos del jefe del Estado al refrendo del ministro responsable, la libertad política y civil de los ciudadanos, la independencia del poder judicial, la jurisdicción contencioso-administrativa, etc., es decir, un Estado de Derecho en sentido técnico), sino un Estado cuyos actos son realizados en su totalidad sobre la base del orden jurídico. Este concepto formal del Estado de Derecho es un concepto primario frente al concepto material del mismo, ya señalado. Pero desde un punto de vista estrictamente positivista, incompatible con todo género de Derecho natural, todo Estado tiene que ser Estado de Derecho en este sentido formal, puesto que todo Estado tiene que constituir un orden, un orden coactivo de la conducta humana, y este orden coactivo, sea cualquiera el método —autocrático o democrático— de su creación y cualquiera que sea su contenido, tiene que ser un orden jurídico que se va concretando gradualmente desde la norma fundamental hipotética hasta los actos jurídicos individuales, a través de las normas generales. Este es el concepto del Estado de Derecho, que se identifica tanto con el concepto del Derecho como con el del Estado. Una cuestión diferente es la de en qué medida se exigen garantías jurídicas concretas para asegurar que los actos jurídicos individuales se correspondan con las normas generales. La respuesta a esta pregunta se halla en el concepto del Estado de Derecho en el sentido material o técnico de la palabra.

LIBRO SEGUNDO

La validez del orden estatal (Estática)

CAPÍTULO CUARTO

La validez del orden jurídico

Teoría del poder del Estado y sus propiedades

§ 18. Los llamados elementos del Estado

Admitido que el Estado es un orden, toda cuestión ulterior en torno a la esencia del mismo no es más que una cuestión acerca de la forma y el contenido esenciales de un orden. Este punto de vista, en virtud del cual afirmamos que el Estado constituye un orden coactivo normativo de la conducta humana, no es ajeno del todo a la concepción usual del Estado. En realidad, la afirmación de que el Estado es un orden no ha suscitado apenas serias objeciones, ni tampoco la de que ese orden sea un orden coactivo de la conducta humana. Pero ocurre que la casi evidencia de este punto de partida se va perdiendo en el curso de la exposición teórica, por la razón de que lo «ordenado» desplaza a la ordenación, y el objeto de ésta recaba su autonomía frente al orden mismo. El acento se desplaza del momento ideal del «orden» al momento sensible del «hombre», cuya conducta constituye el contenido de aquél. Y esta tendencia a traducir las ideas en imágenes sensibles, que domina a las mentalidades ingenuas, pero de la que necesita emanciparse el pensamiento científico, es la que, prescindiendo de la «referencia», se dirige a lo «referido»; la que en lugar de la «relación» pone las cosas que son «relacionadas»; la que convierte la «función» en «objeto» substancial. En ese momento el Estado deja de ser un orden de la conducta humana, una ordenación de hombres, para convertirse en los mismos hombres que coexisten, sometidos a cierta regulación. Pero este cambio de lugar del acento, que no podía tener otra finalidad que la de hacer más cómoda la exposición y facilitar la comprensión, porque presentaba las cosas más gráficamente, ha tenido consecuencias funestas, pues con ello se ha perdido aquella referencia específica que constituye el único modo posible de comprender al Estado: el orden normativo; aquella única forma posible en unión de la cual reciben los contenidos aquel sentido específico que constituye la esencia de todo conocimiento en el ámbito de la Teoría del Derecho y del Estado. Una vez que estos contenidos pierden su enlace con aquella forma y relación específicas, pierden su posibilidad de ser «pensados»

y se presentan en la forma o relación en que los concibe el pensamiento ingenuo: en la del ser naturalista; la cual parece tan evidente, que no es objeto de una especial reflexión. Cuando se habla de cosas o acaecimientos, se piensa en acaecimientos y cosas que «son», que están en el sistema del «ser» sometido al causalismo ciego, pero no en las cosas y acaecimientos que «deben ser».

Se da el primer paso para desplazar el problema del Estado del reino de lo normativo a la esfera de lo natural y causal, en el momento que se afirma que el Estado no es un ordenamiento entre hombres, sino los mismos hombres que viven sometidos a una ordenación; y de este modo, por paradójico que parezca, no hay diferencia esencial entre representarse el Estado como multitud de hombres, como muchos hombres o — a la manera de la teoría orgánica — como un hombre, (es decir, como «superhombre», como «macroantropos»), o como ordenación de la conducta humana. Desde el momento que el Estado constituye una multitud de hombres, a los cuales hay que regular concretamente, esta determinación tiene que referirse a los hombres — de los que se piensa que pertenecen a la realidad de la naturaleza —. Lo que en principio era, pues, la definición de un orden normativo, conviértese ahora en definición de una realidad natural. Así se origina la idea del Estado como una multitud de hombres que viven sobre una parte de la superficie terrestre claramente delimitada de las restantes, constituyendo una organización de dominio a la que se da el nombre de poder. Aquí aparecen asociados íntimamente los hombres, el trozo de superficie terrestre habitado por ellos y el poder ordenador; a la manera del ser natural, estos elementos están situados en un plano de igualdad recíproca. De este modo, según la concepción dominante, el Estado es una cosa corpórea, que ocupa un determinado espacio, un conglomerado compuesto de tres elementos constitutivos diferentes. Estos «elementos» son: el territorio, el pueblo y el poder (autoridad). Y obsérvese que no sólo se considera que el Estado constituye esa totalidad compuesta por esas tres partes, sino que, por raro que parezca, se le identifica con cada uno de los elementos en particular. Ora se utiliza la denominación «Estado» en el sentido de un determinado territorio, en su significación geográfica; ora se comprende por «Estado» única y exclusivamente al pueblo, y se piensa, por consiguiente, en una unidad personal, en modo alguno territorial; o bien se mira tan sólo al poder estatal o a alguno de sus órganos superiores cuando se habla pura y simplemente del Estado. El lenguaje corriente, completamente falto de consistencia, se sirve frecuentemente de esta *pars pro toto*. Precisamente por referencia a la asociación de los tres elementos en una totalidad, se subsume al Estado bajo el concepto de «corporación territorial»: una multitud de hombres organizada a base del poder, y unida a un determinado territorio.

Frente a este desplazamiento del problema hay que establecer, en primer término, cuál es la finalidad genuina a la que tiende la teoría de los «elementos» del Estado, según su sentido inmanente; cuál es

la significación de sus proposiciones, tan oscurecida por la materialización, «a efectos demostrativos», de su exposición. En una palabra, trátase del planteamiento exacto de los problemas contenidos bajo esta denominación, restituyéndolos en su pristino sentido de problemas jurídicos, descubriéndolos como problemas del problema fundamentalísimo acerca de la validez de un orden normativo. Mediante esta reducción a relaciones de Derecho, a las puras relaciones entre hechos de un orden jurídico posible, establecidas por la norma jurídica, el planteamiento y la solución del problema se deshace de los elementos del reino de la naturaleza, esto es, de las condiciones o supuestos naturales de la ideología estatal o jurídica que se introducen de contrabando en la exposición de sus contenidos objetivos autónomos. Del mismo modo caen también todos los postulados ético-políticos que se había pretendido captar con ayuda de aquella materialización.

§ 19. El poder del Estado

A. El poder del Estado como validez del orden jurídico

Entre los tres elementos del Estado, el «poder» ocupa una posición peculiarísima. En la doctrina tradicional constituye, por así decirlo, la médula substancial del Estado, del cual creíase una necesidad afirmar con insistencia que tiene un «poder», o, simplemente, que él es «poder». Precisamente, debido a esta insistencia en la naturaleza de poder propia del Estado, vióse éste llevado a esa antítesis problemática con el Derecho, que domina toda la Teoría contemporánea del Estado. Para ello precisa comprender el elemento fundamental del Estado, el poder, en sentido fáctico, naturalista, como una especie de fuerza física que actúa en sentido causal; no podría expresar otra cosa sino el hecho real de que unos hombres someten a otros y les fuerzan a realizar una determinada conducta. Pero desde este punto de vista, no pueden nunca comprenderse las acciones humanas — y sólo a ese punto de vista son dadas tales acciones — como actos «estatales», y ningún poder, de cualquier clase que sea, podrá explicarse como poder «del Estado». La referencia específica a la unidad de una corporación, la imputación al «Estado», sólo es posible sobre la base de un orden normativo, en virtud del cual, del anchuroso campo de la conducta humana son seleccionados ciertos actos particulares humanos, cualificados desde un punto de vista específicamente normativo, y enlazados en esa unidad que constituye el «Estado». Como aquel orden sólo puede ser el orden jurídico; como el acto calificado con arreglo a las normas de acto estatal, es un acto jurídico, del mismo modo el poder del Estado tiene que ser un poder jurídico, es decir, su propia validez. Antes de que pueda suscitarse la cuestión acerca de en qué consiste, conforme al orden estatal — y no en el ámbito del acaecer efectivo —, la sumisión de un hombre a otro, ha de quedar establecido que todos los hombres que «constituyen» y pertenecen al Estado están «sometidos» al orden

estatal. Cuando la teoría tradicional considera que la función esencial del poder público consiste en someter a los hombres que constituyen el Estado — el pueblo —, de tal modo que éste «impera» sobre aquéllos, es indudable que se refiere a la función del orden jurídico mismo, el cual somete a los hombres ligando su conducta a la realización de un deber jurídico, y entrelazando así todas las conductas. Y ésta es la función del orden estatal, en virtud de la cual afirma éste su validez frente a los hombres.

B. El poder del Estado como fuerza natural

Aun cuando la actual Teoría del Estado afirma el poder como una especie de fuerza natural, puede observarse claramente cómo en virtud de una tendencia inmanente, el problema aquí planteado va desviándose de su punto inicial de partida, situado en el ámbito de la causalidad, siguiendo la dirección del conocimiento jurídico normativo. La misma terminología denuncia esta tendencia. Se designa el poder del Estado como «voluntad» estatal. Y en el dominio de la Teoría jurídico-política, la «voluntad» es la expresión típica usada en la Psicología para designar la norma.

Cuando se predica del Estado o de cualquier otra persona jurídica un «querer», se piensa, en realidad, en un «deber ser», aun cuando este pensamiento sea más bien subconsciente y no resalte con la deseada claridad. Cuando se afirma que sólo poseen «poder» aquellas comunidades que representan una unidad distinta de los hombres que las constituyen, muéstrase claramente que el concepto de poder no es sino la personificación hipostática de un orden válido. Esto proviene también del hecho de que el poder del Estado (que en principio fué considerado como un hecho real, asequible al punto de vista causal de las ciencias naturales) se afirma, en último término, como un poder jurídicamente cualificado. Pero con el poder jurídicamente ordenado aparece, en lugar del nudo poder, el orden jurídico; y su objeto, como contenido del Derecho, no es ya precisamente «poder» en su sentido originario, sino lo que se designa con ese nombre, inseparablemente unido con su forma: el Derecho. La validez normativa de éste es lo que aparece como poder del Estado. Por eso, pues, constituye también el poder del Estado el objeto más auténtico de la Teoría del Derecho político; lo cual, empero, sólo es posible porque el llamado poder del Estado no es sino el Derecho del Estado, desde el momento que el objeto de una Teoría jurídica sólo puede ser el Derecho. Una simple etiqueta gramatical ha hecho variar totalmente el contenido.

Place representar ese inevitable cambio de punto de vista de la Teoría como evolución histórica. En los comienzos de la evolución social, en las situaciones sociales primitivas, el poder del Estado, como voluntad directora de la comunidad, tenía el carácter de un poder puramente fáctico. Actuaba mediante mandatos y órdenes aisladas.

Más tarde aparece un orden jurídico — en forma de sólidas normas generales, dictadas por el mismo Estado — que somete y regula jurídicamente al poder (JELLINEK).

La tosquedad de esta Teoría del Estado primitivo se revela en el momento que se pregunta cuál es la razón por la cual las órdenes emanadas de unos hombres y obedecidas por otros son consideradas como derivación de una voluntad directora, y por qué motivo se considera que los hombres unidos por esa voluntad constituyen una comunidad. ¿En qué consiste, pues, esa voluntad directora de la comunidad, allí donde existe, puesto que se presupone la existencia exclusiva de hechos naturales y, por tanto, de mandatos y órdenes aisladas? En la afirmación de la voluntad directora de una comunidad se encubre ya el supuesto de un orden jurídico, el cual determina que ciertos hombres deben mandar a otros y éstos obedecer a aquéllos, aplicándose en caso contrario la consecuencia coactiva.

Tal es el modelo ineludible — aquí sólo tácitamente supuesto — sin ayuda del cual sería imposible interpretar el mandato u orden aislados como actos de la comunidad, como actos jurídicos, como realización de una voluntad colectiva, y la multitud de hombres que mandan y que obedecen como comunidad, como Estado. Si una orden o mandato no constituyese una norma individual, tendría que quedar absorbida — o mejor, la manifestación exterior de la orden, las palabras, la explicación, la amenaza del que dictaba el mandato —, como causa de la conducta del que obedecía, entre las restantes e innúmeras causas de dicha conducta. O se pregunta por las causas de la conducta humana en particular; pero si una orden o mandato debe comprenderse como norma individual — y ésta es la recta interpretación —, entonces su validez, su validez normativa debe ser referida a un orden general. Ahora bien: esto es precisamente lo que se hace, pues se presupone la existencia de una «voluntad directora». Y no es que ésta establezca *a posteriori* un orden jurídico general, sino que ella misma es el orden jurídico, que se va diferenciando paulatinamente en un sistema cada vez más complicado, partiendo de un escaso número de normas generales. La metamorfosis del poder del Estado de fáctico en normativo no es una mutación histórica demostrada o demostrable por la Teoría del Estado, sino una mutación de conceptos que se verifica dentro de esta Teoría, la cual la proyecta hacia fuera, engañándose a sí misma (cfs. págs. 102 y s.).

Como se comprende por cuanto llevamos dicho, no se debe en modo alguno prescindir de considerar, aparte de la validez normativa del orden estatal, la eficacia de los actos psíquicos referidos a ese contenido objetivo. Un término susceptible de tantas variaciones como el de «poder del Estado», adopta también esa última significación. Pero obsérvese que ni siquiera en ese sentido puede hallarse en contradicción con el Derecho, puesto que esa eficacia no es otra que la eficacia de las representaciones psíquicas de normas de Derecho; es, por tanto, el poder jurídico (cfs. págs. 21 y ss.).

C. El poder del Estado como dominación

Si se considera que el Estado consiste, en esencia, en la sumisión de ciertos hombres bajo un poder (y en ese sentido se dice que el Estado es dominio), pueden aspirar a ese título no sólo la validez normativamente obligatoria — para los hombres — del orden estatal, o la eficacia psíquica vinculadora — de hombres — (por su fuerza motivadora de la representación del orden), sino también un contenido específico del orden estatal. Es una peculiaridad del orden jurídico el regular su propia creación, es decir, el contener normas que afectan a la creación de las normas. El hecho de que el orden jurídico pueda tener por objeto su propia producción — bien entendido que no es lo creado, la norma, sino la creación de normas, lo que es regulado; no es la forma, sino el proceso formativo lo que es sometido a formalidades —, es quizá lo que hay de exacto, desde el punto de vista teórico, en la teoría de la llamada «autolimitación del Estado» (cfs. págs. 97 y ss.).

En esencia, la unidad del orden jurídico es la unidad de un proceso de creación del Derecho, como se mostrará más a fondo cuando expongamos la teoría de las etapas de la formación del orden estatal (cfs. páginas 299 y ss.). El contenido genérico de la norma originaria que fundamenta el sistema del orden jurídico es el establecimiento de una autoridad, de una fuente del Derecho cuyas manifestaciones tienen fuerza jurídica de obligar; «comportaos como os ordene la autoridad jurídica — el monarca, la asamblea popular, el parlamento, etc.» —: así reza la norma fundamental (simplificándola en honor de la claridad). Pero también las normas de cada uno de los grados inferiores de validez establecen autoridades jurídicas inferiores y conceden facultades para la creación de normas de grado inferior. Así, por ejemplo, el monarca delega en las autoridades locales, el parlamento central en los ayuntamientos, diputaciones o parlamentos regionales, y éstos, a su vez, en los jueces, en los funcionarios administrativos, etc. El Derecho, en cuanto Derecho positivo, es en esencia una norma «establecida». Lo mismo puede decirse del llamado Derecho consuetudinario, el cual es producido por la práctica repetida de los miembros de la comunidad jurídica, al menos en el sentido de que también ese Derecho tiene que delegar en autoridades con jurisdicción para concretarse en las normas individuales del negocio jurídico, de la sentencia judicial, etc. Por eso el contenido específico del orden jurídico constitúyelo la antítesis entre el que manda, es decir, el que pone las normas, y el obligado a la obediencia, es decir, a la ejecución de las mismas, el sometido a las normas positivas; incluso en el caso posible de que los sometidos a las normas sean los mismos que las han puesto, los mismos que han determinado su contenido. Por tanto, también en este sentido el orden estatal es un orden basado en el dominio, en el poder. Cuando — siguiendo a la teoría tradicional del poder público — se representa al Estado como una relación de poder, de dominio, y a ese efecto se consideran tan sólo las relaciones realmente existentes entre los hombres que dominan y

los que son dominados, es decir, entre aquellos en los que una manifestación de su voluntad actúa de motivo de la conducta de otro, abstracción hecha, al menos en principio, de toda cualificación jurídica; cuando eso ocurre, se pretende captar la esencia de la relación de dominio, que constituye el contenido de un orden normativo, prescindiendo de esta su forma específica.

Olvida esta concepción — la cual, por las razones ya antes indicadas, no puede conducir nunca a la específica unidad del Estado — que el acto en el cual se manifiesta el poder o el dominio no interesa en su exteriorización verbal o escrita, sino que el sentido específico del contenido de esta exteriorización es el someter a otro; que esta manifestación del poder sólo en cuanto norma tiene la función de someter, de dominar; que una relación de dominio sólo es pensable en la norma de un orden ideal normativo, pues de lo contrario — como ya se indicó anteriormente (cfs. pág. 13) — podría decirse que también el calor «domina» sobre los cuerpos, puesto que es la causa de la dilatación de los mismos. Aun prescindiendo de la forma normativa, no por eso se piensa en un contenido informe — lo cual es de todo punto imposible —, sino en la forma del ser, la cual, por ser la más usual y corriente, no necesita estar presente en la conciencia de un modo particular; es decir, se incluye dicho contenido en el sistema de la naturaleza, regida por la ley de causalidad. Así se demuestra que el sentido del poder o dominación estatal no es el de que unos hombres estén sometidos a otros, sino el de que todos los hombres estén sometidos a las normas, si bien son hombres los que las crean — con sujeción a otras normas —. Y de este modo se revela también la trascendencia de la doctrina que sostiene que el Estado es un orden jurídico, un sistema de normas de Derecho, y que, por tanto, estar sometido al poder del Estado no significa otra cosa sino hallarse vinculado por un orden jurídico.

D. El poder del Estado como coacción

En último término, el poder del Estado adopta la significación de poder «coactivo». Esto ocurre en doble sentido. En un sentido significa que las normas del orden estatal son normas que prescriben la coacción, es decir, son normas jurídicas. La coacción no interesa aquí en su efectividad, sino como contenido de la norma, lo mismo que el hombre, o, mejor, la conducta humana, en tanto que se halla de algún modo enlazada con el Estado (como, en general, todos cuantos hechos son dados al conocimiento científico, desde el punto de vista del Derecho o el Estado). En otro sentido, el orden estatal es un orden «objetivo» porque posee una validez objetiva respecto de los hombres que, como suele decirse, «constituyen» el Estado; es decir, dicho orden vale con independencia del querer y del deseo de los hombres, y eventualmente puede imponerse contra ese deseo y ese querer. No afecta lo más mínimo a esta objetividad de la validez de las normas jurídicas frente a los súbditos, el hecho de que éstos participen en la creación

de aquéllas. Por lo demás, esto no es nada específico de esta clase de normas, pues en cualquiera de ellas que se considere, la validez será lo mismo que la validez objetiva. De esto ya hemos hablado en otra ocasión (cfs. págs. 18 y ss.).

Puesto que los hombres están sometidos — voluntaria o involuntariamente — al orden estatal, el cual determina por sí mismo el « quién », el « dónde » y el « cuándo » de la validez, dícese — hipostatizando la objetividad de la validez, según un uso demasiado extendido en el ámbito de la Psicología — que son « forzados » a pertenecer al Estado; que pertenecen a él por la coacción; que el Estado los mantiene unidos con mano férrea. Pero esta hipóstasis — que sirve para demostrar gráficamente la objetividad de la validez jurídica — origina el peligro de confundir la objetividad incondicionada de la validez con una eficiencia absoluta, con la imposibilidad de sustraerse a la acción del orden estatal. De hecho, este error circula a través de la doctrina dominante desde el momento que declara equívocamente que el poder del Estado es « irresistible », al que en realidad es imposible o muy difícil sustraerse. Y a este error se asocia otro error semejante : el de confundir la objetividad formal de la validez con la necesidad esencial de ciertos contenidos jurídicos, haciéndose así afirmaciones sobre el contenido del orden estatal que se hallan en contradicción con la estructura real y posible del Derecho positivo.

E. El poder del Estado como poder « irresistible »

Créese poder distinguir, en esencia, el Estado de otras comunidades, en el hecho de que el poder del Estado es un poder de dominación, mientras que no posee este carácter el poder, es decir, la voluntad directora de las restantes comunidades. La distinción debe traducirse en que en todo momento es posible sustraerse al poder no dominativo de una asociación, mientras que nadie, « de no vivir en un desierto o en las proximidades del Polo », puede escapar al poder de dominación del Estado, que, por esencia, es irresistible (JELLINEK).

Si con eso se piensa en la posibilidad de sustraerse a la eficacia del orden, no existe una diferencia esencial entre la del Estado y la de otra comunidad cualquiera, en la que se puede ingresar y darse de baja voluntariamente. De hecho, pueden infringirse tanto los deberes contra el Estado como contra la asociación, especialmente contra el primero, sin que en realidad se aplique el acto coactivo prescrito. Todo el mundo sabe que no se castiga a los ladrones más que cuando son capturados, y para sustraerse a la eficiencia del orden jurídico estatal o de una norma particular de Derecho, no han necesitado hallarse en el desierto ni en las proximidades del Polo.

En este sentido es indudable que no cabe hablar de la irresistibilidad del poder del Estado. Si, a pesar de todo, la Teoría sigue atribuyéndole una especie de omnipotencia, afirma, en verdad, una falsedad. Pero si se le cree esta afirmación, se acrece con ello, induda-

blemente, la eficacia de la ideología estatal; el poder del Estado aumenta; y esto — que no es una función teorética, pero sí político-práctica — ha sido considerado por la Teoría del Derecho político como una de sus tareas más importantes; así como es misión de la Teología no sólo conocer a Dios, sino más bien aumentar su poder. Todavía menos que respecto de su real eficacia, existe una diferencia esencial entre el poder de dominación del Estado y el poder no dominante de una asociación, por lo que respecta a la validez jurídica. No cabe eludir jurídicamente ni el deber para con el Estado ni el deber para con la asociación mediante una huída. Aquí no puede tratarse más cuestión que la de cuándo se extingue un deber, una vez fundado éste. El problema, en líneas generales, es éste: bajo qué condiciones comienza o termina para los hombres la validez de un orden jurídico, total o parcial, o la de una norma aislada, general o individual. Esto no coincide en modo alguno con el ingreso o la baja en una asociación. Incluso después de la baja en la asociación hay que cumplir los deberes que quedaron incumplidos, nacidos antes de aquel acto. Respecto del Estado, el ingreso y la baja no pueden significar sino la adquisición y la pérdida de la ciudadanía, como fundamento previo de una serie de deberes y derechos específicos.

El mismo orden jurídico estatal se encarga de determinar las condiciones para la adquisición y pérdida de la ciudadanía, del mismo modo que los Estatutos de una asociación contienen las prescripciones referentes al alta y baja de socios. Pero es plenamente errónea la afirmación de una diferencia jurídica esencial entre asociaciones con poder de dominación y asociaciones que carecen de él, atendiendo a la nota concreta de que el ingreso y la baja en la misma pueden realizarse por medio de un acto unilateral del miembro, lo cual, empero, no sería posible respecto del Estado. De la esencia del Estado, en especial de su «irresistibilidad», no resulta en modo alguno que no sea posible basar la adquisición o la pérdida de la ciudadanía en una declaración de voluntad del individuo. Considerado políticamente, puede no ser oportuno que la legislación acepte ese hecho; pero no es imposible desde el punto de vista jurídico. De hecho existen — aun cuando por vía de excepción — normas jurídicas que tienen ese contenido.

También está en contradicción con la estructura efectiva del Derecho positivo la afirmación de la Teoría de que la baja en el Estado sólo es posible condicionadamente, es decir, para someterse a otro Estado. Es absolutamente posible perder la ciudadanía en un Estado sin obtenerla en otro alguno (cfs. más adelante, págs. 208 y siguientes).

Claro que esto no significa que pudiera sustraerse en absoluto a la validez del orden estatal. La cuestión decisiva tendría que plantearse, pues, así: ¿hay un orden jurídico que, en la medida de lo posible, vale en todo tiempo y lugar, a diferencia de otros órdenes que sólo valen con limitaciones tempoespaciales?

F. El poder del Estado como poder coactivo « propio »

Esto conduce a una nueva distinción, de importancia decisiva para la Teoría que distingue las asociaciones según que tengan o no poder de dominación, que parece no ha sido suficientemente apreciada por los representantes de dicha Teoría: es la distinción entre un orden, cuyo ámbito de validez hállase o puede hallarse limitado en el espacio y en el tiempo por un orden superior, porque éste determina las condiciones e incluso el contenido de su validez, y un orden supremo en el que no se dan esas circunstancias y por eso, y en ese sentido, es « irresistible » y omnipotente, porque puede aceptar todos los contenidos imaginables, porque son ilimitadas sus posibilidades en la determinación de su propio contenido. Y el momento de decisiva influencia para la diferenciación entre las asociaciones con poder de dominación y las que carecen de él radica, indudablemente, en ver la nota característica en que aquéllas no sólo pueden dictar preceptos para sus miembros, como éstas, sino que son también capaces de coaccionar al cumplimiento de sus órdenes mediante un poder propio ejercido con medios propios (JELLINEK). Prescindiendo de la personificación, esto significa lo siguiente: hay asociaciones que están facultadas para regular, dentro de determinados límites, ciertos hechos que fundamentan deberes; esta autorización o delegación procede de un orden superior. Pero éste se reserva, no obstante, la determinación directa de las consecuencias coactivas que deberán realizarse en caso de violación del deber, y la de los órganos que habrán de realizarlas. Se dice que la asociación se dicta su propio orden, en el que se estatuyen los derechos y deberes de sus miembros.

Este orden es su « propio » orden; se lo da « a sí misma », pues los hombres que constituyen la asociación son los mismos que — con arreglo a los preceptos de la ley de asociaciones — aprueban los estatutos y eligen los órganos directivos. Pero es el Estado el que « coacciona » a los miembros a cumplir los deberes para con la asociación; es decir, son los órganos del Estado, órganos « extraños » y no « propios » de la misma, porque no han sido designados por los miembros ni por el « propio » orden, los que realizan el acto de coacción, cuyo contenido tampoco ha sido determinado por los estatutos sino directamente por la ley del Estado.

Por lo demás, también los llamados órganos o normas « propias » de la asociación son delegadas de un orden superior, del orden estatal, y por eso sólo son « propias » de la asociación en sentido relativo. E incluso en el caso de que el orden estatal delegase en los estatutos de la asociación el establecimiento del acto coactivo y la determinación de los órganos realizadores de la coacción, el poder « propio » de la asociación sería, en definitiva, un poder ajeno, otorgado por un orden superior, y, por tanto, sería directamente un poder estatal. Frente a este modo de plantear el problema, es un detalle subalterno el hecho de que las asociaciones regulen con autonomía total o sólo parcial el in-

greso y la baja de sus miembros. El problema decisivo es la relación entre el orden superior y el orden inferior; es el problema de una instancia suprema; es el problema de la soberanía.

§ 20. La soberanía

A. La soberanía como propiedad natural o como supuesto del conocimiento normativo

La moderna Teoría política explica la soberanía como una propiedad del poder del Estado y, por tanto, indirectamente, como propiedad del Estado mismo, desde el momento que lo identifica con su poder. Dicha Teoría considera, con razón, como uno de sus grandes progresos, el haber determinado la soberanía como una de las propiedades del Estado y no de uno cualquiera de sus órganos — el príncipe, el pueblo —, como en las doctrinas anteriores. Que el poder del Estado sea soberano, significa que es un poder supremo, que sobre él no hay ningún otro poder; y cuando se habla del poder como «voluntad», quiere decirse que no hay sobre ella ninguna voluntad superior. Si se concibe el poder del Estado como un hecho natural, como una especie de fuerza psicofísica, la misma propiedad de la soberanía que se le atribuye demuestra que tal concepción es insostenible, pues en el ámbito del acaecer natural, como conexión de causas y efectos, una fuerza suprema significaría tanto como una «prima causa», que actuaría sobre las demás; una fuerza irresistible que no tendría ninguna otra causa por la cual hubiese sido determinada, de la cual fuese efecto. Ahora bien, esto no pasa de ser una representación inverificable. Sólo puede atribuirse con pleno sentido la soberanía al poder del Estado, o, mejor, al Estado, si se le concibe en sentido normativo como validez de un orden ideal: el orden jurídico estatal.

En segundo lugar, la soberanía del poder del Estado significa lo siguiente: que el Estado es un orden supremo, que no tiene sobre sí ningún orden superior, puesto que la validez del orden jurídico estatal no deriva de ninguna norma supraestatal. Pero si el Estado es soberano en cuanto orden jurídico, se liquida la vieja cuestión en torno a si la soberanía es una propiedad del Estado o del Derecho. La soberanía es propiedad del Derecho por ser propiedad del Estado. Y el problema de la soberanía revélase de este modo como el problema central, tanto de la Teoría del Derecho como de la Teoría del Estado, aun cuando la primera no se diese cuenta propiamente de dicho problema en su tradicional aislamiento frente a la segunda, lo cual no obsta para que el problema haya influído hasta las últimas ramificaciones de las cuestiones tratadas por la Teoría del Derecho y no por la del Estado.

Es un notorio contrasentido afirmar que el Estado es o posee la mayor fuerza. Puede afirmarse, como puede ser negado, que sea el orden normativo supremo. Sin embargo, la cuestión en torno a la soberanía del Estado suele plantearse más bien en un sentido semejante a

como si se tratase de averiguar las propiedades de un objeto perceptible por los sentidos o susceptible de una experiencia análoga a la de la realidad psíquica, mediante una investigación empírica de hechos reales de la naturaleza. Créese poder clasificar los distintos cuerpos sociales, según que ostenten o no la característica en cuestión, en corporaciones soberanas y no soberanas, adoptando un método naturalista o, al menos, afín al de la ciencia natural. Créese, cuando menos, que el resultado de tal investigación será el contestar a la pregunta de si el Estado es o no soberano en un caso concreto. Pero, como ya ha sido indicado, en esta cuestión no se trata únicamente de conocimiento en el ámbito de la realidad natural, sino del valor de lo social; no se trata tampoco, especialmente, de establecer un determinado hecho, natural o social, sino de una hipótesis, como más adelante se demostrará. La discusión en torno a la soberanía del Estado es una discusión acerca de los supuestos de la Teoría del Derecho y de la Teoría del Estado, si bien debe reconocerse que esa discusión se lleva en términos tales, que parece que se trata de la existencia de hechos realmente acaecidos. El problema no es si es dado o no un determinado hecho, sino cómo ha de explicarse este hecho. Y aquí se nos brindan diversas posibilidades explicativas, según que el Estado sea supuesto o no como orden supremo, es decir, soberano; en el último caso admite sobre sí un orden superior: el Derecho internacional. No se trata, por tanto, de averiguar si la soberanía corresponde al Estado en general, o si es soberano un determinado Estado, sino de saber si el conocimiento del Estado utiliza o necesita utilizar un modelo de explicación con arreglo al cual subsista la soberanía de cada orden jurídico estatal; o si, por el contrario, sólo presupone como soberano al orden jurídico internacional.

B. La soberanía como exclusividad de la validez de un sistema normativo

Con la propiedad de la soberanía suele reconocerse al Estado, en la doctrina dominante, una cualidad, una supremacía absolutas: el Estado es el orden absolutamente supremo, la comunidad suprema; pero, al propio tiempo, se trata de atenuar esta tendencia a absolutizar al Estado en la soberanía. La consecuencia de la hipótesis del Estado soberano es, en primer término, la necesidad de rechazar toda justificación del orden jurídico estatal mediante otra norma, es decir, mediante una norma de un sistema jurídico diferente, mediante un distinto sistema normativo.

Esto es de especial aplicación a las normas de la moral, al sistema o sistemas de las normas ético-políticas. En el momento en que son dadas ciertas normas jurídico-positivas — dejando a un lado la cuestión acerca de en qué condiciones deben aceptarse como «dadas» tales normas —, el sistema unitario por ellas constituído, el orden jurí-

dico estatal, no es susceptible de ulterior fundamentación. Que el Estado sea soberano significa que se excluye, desde el principio, la posibilidad de plantearse la cuestión acerca de un fundamento de la validez situado fuera del mismo sistema. Y el problema de la positividad del Derecho coincide con el de la soberanía del Estado, en tanto que el principio de la positividad se dirige contra el principio jusnaturalista que trata de demostrar la « justicia » del orden jurídico, es decir, su correspondencia con una norma dictada por la razón, por Dios, etc., y en todo caso situada fuera del Derecho positivo, y de favorecer este acuerdo como si fuese esencial al Derecho. Claro que esta exclusión de toda otra norma no puede verificarse sino bajo el supuesto de que el sistema del Derecho positivo determina inequívocamente cómo se constituye la esfera jurídica positiva.

No obsta en nada a la positividad del sistema el hecho de que, para ello, precise la ayuda de una hipótesis, la cual (por ser adecuada al dominio del conocimiento normativo) es una norma hipotética, que no está situada propiamente dentro del sistema de las proposiciones jurídicas positivas, porque fundamenta dicho sistema; y no es una norma « positiva » sino « supuesta », constitutiva de la unidad de todas las normas positivas. Es la norma fundamental o norma hipotética, la cual, en cuanto hipótesis, tiene que ser introducida por el conocimiento jurídico para poder comprender como elementos del mismo sistema de « Derecho », tanto el material que ha de ser calificado de jurídico, como los hechos que han de ser interpretados como actos jurídicos. Ahora bien: la hipótesis y el material que ha de ser conocido en función de ella, se condicionan y determinan mutuamente. Es una relación de correlación, análoga a la que existe entre hecho e hipótesis en el reino del conocimiento científico-naturalista. Si se pregunta la razón por la cual un determinado hecho concreto, una acción humana (por ejemplo, una orden, un contrato, un acto de coacción) es un acto jurídico; la razón por la cual ese acto pertenece a un orden jurídico determinado, al orden jurídico de un determinado Estado, es decir, por qué ha de explicarse como acto de ese orden jurídico, la respuesta consiste en decir que el hecho individual es referido a una norma general, de la cual es concreción; al mismo tiempo que dicha norma es una de las proposiciones jurídicas del sistema en cuestión.

Si se pregunta ulteriormente por qué esa norma es una proposición jurídica, y una proposición jurídica de determinado sistema, se va a parar, a través de un número mayor o menor de etapas intermedias, a que esa norma — es decir, la ley en sentido técnico — ha sido establecida por una determinada autoridad: por tal monarca o tal parlamento con atribuciones para hacerlo. Y si todavía se pregunta la razón por la que este hecho fundamenta precisamente el carácter jurídico, es decir, la pertenencia al orden jurídico de determinado Estado de cuantos hechos pueden ser referidos a él, nos hallamos, como supuesto básico de toda esta argumentación, ante una « norma fundamental », la cual califica a ese último hecho como « hecho fundamental »; con

otras palabras: dicha norma establece como suprema autoridad legisladora al monarca, al parlamento, al pueblo, etc.

Más allá de esta norma fundamental, más allá de esta proposición jurídica originaria, no puede ya preguntarse por su fundamento ulterior, precisamente en virtud de su carácter de «supuesto». Y en ese supuesto básico radica lo que se llama la soberanía del orden jurídico estatal, constituído por dicha norma fundamental. No quiere decirse con esto que no «hubiese» otras normas. Dícese tan sólo que dichas normas no pueden ser consideradas válidas, es decir, existentes en ese sentido específico, desde el punto de vista de una teoría que tiende a captar la validez del orden jurídico estatal. Si todas las normas no pertenecientes al sistema del orden jurídico del Estado son resumidas, para mayor sencillez, en el concepto de «moral», podemos expresar este pensamiento en la siguiente regla: en cuanto jurista, no se puede juzgar un hecho con criterio moral, así como en cuanto moralista no cabe juzgarlo con criterio jurídico; el jurista ha de hacer abstracción de la moral, así como el moralista ha de hacer abstracción del Derecho; es preciso adoptar uno u otro punto de partida, pero no se puede confundirlos y partir de los dos a la vez. Es la idea de la unidad del punto de vista del conocimiento jurídico: para evitar contradicciones irresolubles, sólo puede ser aceptado como válido un determinado sistema normativo. No quiere decir esto que de hecho no se halle motivada la conducta de los hombres por normas de sistemas diversos, por normas jurídicas y morales, o, mejor, por las representaciones psíquicas de tales normas, y que no se hallen aquéllos en la realidad ante conflictos de deberes, ante colisiones de normas. Pero este hecho innegable no es dado más que desde el punto de vista del conocimiento de la realidad natural del acaecer efectivo, del pensamiento y de la volición psíquicas de las normas, pero no desde el punto de vista del conocimiento de las mismas como contenidos específicos, como objeto de los pensamientos y voliciones, como proposiciones normativas válidas. También el punto de vista de la realidad natural del pensamiento, del querer, del obrar, es absolutamente unitario y tiende, a su vez, a constituir un sistema del conocimiento unitario y exento de contradicciones, pues el hecho de que un hombre vacile acerca de si debe obrar de acuerdo con una norma moral o con una norma jurídica cuyo contenido contradice al de aquélla, no expresa en modo alguno una contradicción lógica, porque no constituye sino un caso de lucha entre dos motivaciones, una especie de colaboración de dos fuerzas que actúan en dirección diferente. Los juicios que describen estos hechos no se contradicen entre sí; se orientan sólo hacia la ley de causalidad.

Unicamente resultaría una contradicción y, por tanto, una ruptura de la unidad del sistema, desde el punto de vista de las mismas normas, de los contenidos de aquellos actos psíquicos que, en sí mismos considerados, constituyen el objeto de un conocimiento diferente.

Desde este punto de vista, afirma una norma: «*a* debe ser», pero otra norma afirma lo contrario: «*a* debe no ser». Pero, precisamente

también desde ese punto de vista, sólo puede valer una norma o la otra, no ambas simultáneamente, y sólo una puede tener cabida en esta específica esfera de validez, es decir, en un determinado sistema valorativo del conocimiento. Las representaciones y voliciones de normas contradictorias entre sí, pueden ser afirmadas dentro de uno y el mismo punto de vista — el de la realidad natural — como hechos reales — que no pueden afirmarse contradictorios — que tienen cabida dentro de uno y el mismo sistema.

C. La soberanía como expresión de la unidad de un orden

Pero todo conocimiento tiende a la unidad, cuyo criterio negativo es la ausencia de contradicción. Si hay, en general, un conocimiento del Derecho y del Estado; si hay una ciencia de estos objetos o de este objeto, su fundamento inconmovible tiene que ser la unidad del sistema normativo que constituye el Estado o Derecho. La expresión de esta unidad es la soberanía del Estado. La inevitable consecuencia es la exclusiva validez de ese orden. Así como sólo puede haber una naturaleza, y todo cuanto a ella pertenece desde el punto de vista del conocimiento naturalista tiene que ser comprendido en una única síntesis, del mismo modo sólo puede haber un orden jurídico. Desde el punto de vista epistemológico, la unidad del mundo del Derecho es de la misma especie que la unidad de la naturaleza. Y así como desde el punto de vista de la realidad natural tiene que constituir « naturaleza » cuanto es dado a él (es decir, cuanto debe ser determinado según la legalidad específica de ese sistema, la ley de causalidad, y nada hay dado que no pueda determinarse según leyes naturales), y, por tanto, desde ese punto de vista sólo «hay» naturaleza y no puede haber más que naturaleza, del mismo modo, desde el punto de vista jurídico, no hay, no puede haber más que Derecho y sólo puede ser «dado» lo que puede determinarse con arreglo a la propia legalidad específica del Derecho: la ley jurídica. Si se concibe el orden jurídico como soberano, esto es, si se le presupone plenamente autónomo e independiente, no derivado ni susceptible de ser referido a ningún sistema ulterior, al afirmar la unidad del punto de vista se afirma, al propio tiempo, la unidad y la unicidad del sistema, la exclusión de todo otro sistema — ya sea el de la naturaleza o cualquier otro sistema normativo —. De este modo, la soberanía es la expresión de la unidad del sistema del Derecho y de la pureza del conocimiento jurídico. La Teología de todas las religiones monoteístas afirma no sólo la unidad de Dios, sino el Dios uno y único, con un «pathos» peculiar, como lógica consecuencia de la afirmación de Dios como ser absolutamente supremo. Por idéntica razón, ya se ha advertido por algunos (NELSON) que también el Estado tiene que ser el único ente jurídico, desde el momento que se le afirma soberano, que se le eleva a una esfera absoluta y se le presupone como el más alto ser jurídico; es decir, que la soberanía de un Estado

excluye la de los restantes, y la posibilidad de reconocer a éstos como comunidades soberanas; sin embargo, no todos han aceptado estas consecuencias.

D. La soberanía en Derecho interno y en Derecho internacional

Al paso que el concepto de soberanía, desde que ha hallado entrada en la ciencia jurídico-política, ha tratado de desenvolver este sentido teorético, el cual se ha impuesto claramente en las innúmeras formulaciones de que se ha revestido el problema de la soberanía, muéstrase repetidamente la tendencia a atenuar ese sentido en sus últimas consecuencias, según ya hemos visto. Cuando se designa el poder del Estado como poder « supremo », se procura en seguida atribuir a este superlativo una significación meramente relativa. El Estado, como voluntad positivamente supraordinada, es un poder « supremo » únicamente respecto de los hombres y agrupaciones humanas que forman parte integrante de él. Frente a las agrupaciones que no integran al Estado en cuestión —las cuales, fundamentalmente, existen «junto» a éste —, sobre todo frente a los restantes Estados, ya no está superordinado, sino coordinado; es « supremo » en sentido negativo: es independiente. Según eso, se distinguen dos relaciones de la soberanía: hacia dentro y hacia fuera; en el primer sentido, se habla de la soberanía de Derecho interno; en el segundo, de la soberanía de Derecho internacional. Sin embargo, esta idea es inverificable, porque es contradictoria. No expresa algo así como una soberanía moderada del Estado, sino que encierra la contradicción entre el principio de la soberanía estatal y un principio radicalmente opuesto a éste. La idea de que el Estado « sólo » sea un poder « supremo » en el interior, mientras que en el exterior sea únicamente « independiente », por ser un poder coordinado con los restantes Estados situados fuera de su esfera, sólo es posible bajo el supuesto de que los Estados están coordinados, es decir, situados bajo un mismo orden que determina sus relaciones recíprocas y señala a cada uno el puesto que debe ocupar dentro del mismo sistema; por tanto, bajo el supuesto de que sobre todos los Estados existe un orden jurídico común, frente al cual los distintos Estados no representan sino órdenes parciales delegados.

Elementos diferentes sólo pueden llamarse « coordinados », por relación a un centro común de referencia. Ahora bien; de ese modo, el Estado no es ya tampoco en el interior un orden supremo, pues tiene sobre sí un orden superior: el orden jurídico internacional, del cual dependen en su totalidad los distintos órdenes estatales, si bien ese orden concede un amplio margen para que los órganos estatales determinen libremente la estructura y contenido de su Derecho. Por eso, la limitación de la soberanía del Estado a sus propios súbditos va a parar a una tautología; el Estado se halla en una situación de superioridad respecto de aquellos que le están subordinados. La soberanía sería la propiedad de ser superior de los inferiores. Ahora bien; en

este sentido, es soberano todo aquel que se halla en situación de supraordinación respecto de alguien; en especial, sería soberano todo orden jurídico parcial respecto de sus súbditos; así, por ejemplo, el municipio «sólo» para los vecinos, desde el momento que es «independiente» de los restantes municipios del mismo Estado. Pero, de este modo, toda esta diferenciación entre soberanía de Derecho interno y soberanía de Derecho internacional, con su división fundamental de la esfera unitaria del Derecho en un «dentro» y un «fuera» del Estado soberano, revélase como lógicamente insostenible.

Si el Estado es soberano, todo lo jurídico es necesariamente «interno». Y si hay un «fuera», es decir, una esfera jurídica fuera del Estado, éste no puede ser ya soberano. «Dentro» y «fuera» no son más que distintas zonas del Derecho, grados diferentes de uno y el mismo orden jurídico.

E. Soberanía y supremacía de competencia

Si el orden jurídico estatal es soberano, si puede adoptar el contenido que le plazca, el Estado es de hecho, en este sentido, jurídicamente omnipotente. Ahora bien; carece de cualquier otro poder que no sea este poder jurídico. Por regla general, se da a este poder el nombre de «supremacía de competencia», entendiéndose bajo este concepto la posibilidad de un orden de determinar por sí mismo, en todos los sentidos, los objetos de su regulación. «Por sí mismo», es decir, no en virtud de la autorización de un orden superior por el cual cabría determinar el ámbito real, espacial y temporal del orden inferior, del orden parcial frente al orden total, único soberano.

Por eso, solamente el orden soberano posee la supremacía de competencia. Esta determinación del ámbito de validez de un orden inferior por un orden superior, no posee idéntico carácter que la obligación jurídica de un hombre. No hay duda que en aquélla, en un sentido técnico, existe también la obligación de ciertos hombres — los órganos legislativos y jurisdiccionales del orden inferior — de no crear normas de determinado contenido.

Pero lo que expresa que el ámbito de validez del orden inferior ha sido determinado por el superior; lo que indica la carencia por el orden inferior de la supremacía de competencia, consiste en el hecho de que son nulas, en principio, las normas que sobrepasan el ámbito de validez señalado para el orden inferior, que van más allá de la delegación en que éste se basa. No se trata de que el Derecho ha estatuído el «deber» de una omisión, sino de que algo «no puede ser» jurídicamente.

F. La soberanía como ilimitabilidad del poder del Estado

Presupuesto el orden jurídico estatal como soberano, el hombre no puede hallarse sometido jurídicamente sino al orden del Estado. Claro que no por eso es preciso que todos los hombres estén someti-

dos a él. En virtud de su supremacía de competencia, el orden jurídico estatal puede, aunque no está obligado a ello, limitar y aun retirar su validez respecto de determinados hombres; del mismo modo puede extenderlo. Por la misma razón, el Derecho puede afectar a todos los aspectos de la conducta humana, aun cuando no es preciso que así sea. Como el orden jurídico estatal es soberano, pudiendo adoptar el contenido que le plazca, hay dimensiones más o menos amplias de la conducta humana que pueden quedar « libres ». Pero la estructura material del orden estatal soberano no está sujeta a ninguna especie de límites absolutos. Sin embargo, la soberanía no puede significar « ilimitación » e « ilimitabilidad » del poder del Estado. Por ser el Estado un orden, tiene que ser por su propia esencia íntima « límite » y « limitación », aun cuando sólo respecto de los hombres, no respecto de las personas ni respecto de sí mismo. El Estado no es susceptible de limitación, al modo como un hombre es limitado por él. Cuando el Estado limita su validez en alguna dirección, no implica esto una « obligación » por su parte: significa únicamente que el orden estatal ha prescindido de ciertos contenidos al estructurarse como Derecho positivo; pero constituye, naturalmente, un puro sofisma el pretender derivar determinadas consecuencias políticas del hecho de que el Estado no es ilimitado ni ilimitable en este sentido. Cométese ese sofisma cuando se interpretan la limitación y limitabilidad jurídico-positivas del Estado, como obligación y obligatoriedad jurídicas; cuando se considera que esos límites pertenecen a la esencia del Estado y, finalmente, cuando quiere derivarse de esa naturaleza del Estado a la afirmación de la necesaria existencia de una esfera de libertad humana, por tanto, de una personalidad jurídica independiente del Estado, cuyo poder no llega a desposeer al hombre de esa personalidad. Prescindiendo de todo lo que podría objetarse en contra de esta concepción — todavía habrá ocasión de insistir acerca de ello —, debe quedar aquí bien sentado que, en principio, radica completamente en el ámbito del poder jurídico del Estado el vincular de tal modo jurídicamente al hombre, que no le quede una partícula de libertad. Claro que nos referimos a poderes distintos del poder jurídico, único que viene en cuestión.

Si el Estado es soberano, todas las restantes comunidades, como, en general, todas las personas, no son sino órdenes parciales del orden jurídico estatal que comprende a todos los demás, delegando en ellos una suma de competencias. Sólo la unidad del orden totalitario, la persona del Estado soberano, puede constituir el punto final de la imputación, en función de la cual puede interpretarse una determinada conducta humana como acto de la comunidad. La unidad de los órdenes parciales, en especial la unidad de ese orden parcial constitutivo de la llamada persona física, no representa sino puntos provisionales, puntos de tránsito de la imputación, la cual aspira incesantemente hacia una unidad última, definitiva. Que el Estado soberano constituya el punto final de la imputación, significa que su voluntad es

«libre», porque no se halla determinada, ni es susceptible de serlo, por ninguna voluntad superior. De este modo, la soberanía del Estado, como libertad de su voluntad, es incompatible con la voluntad libre de las restantes «personas» — físicas o jurídicas — como meras personificaciones de órdenes parciales, como meros puntos de tránsito de la imputación; e igualmente incompatible con la libertad del hombre, en el sentido de que éste fuese libre del Estado (cfs. pág. 93).

Más adelante se discutirá en qué sentido es posible la libertad del hombre dentro del Estado.

G. Doctrina de la soberanía del Derecho

Frente a la tradicional concepción según la cual el Estado se sometía, en cuanto personalidad jurídica, al Derecho, se ha sostenido que si bien el Estado se somete a su propio orden jurídico, no puede ser propiamente soberano, porque la soberanía corresponde más bien al Derecho (KRABBE). Al suprimirse el dualismo de Estado y Derecho, desaparece también esta cuestión. Si el Estado como persona no es más que la personificación del Derecho llevada a cabo por el conocimiento jurídico, no puede hablarse de una subordinación del primero al orden jurídico en el mismo sentido en que se habla de la subordinación del hombre al Derecho: como una vinculación por el orden jurídico a base de ciertos deberes. Precisa insistir en que no significa lo mismo que el Estado «tenga» deberes como que el hombre esté obligado. El sentido indudable en el que suele representarse la autolimitación del Estado y, por tanto, la disminución de la soberanía — ilimitada, en principio — del Estado, jurídicamente limitado, es el de una vinculación jurídica por un Derecho que, por así decirlo, viene de arriba y se impone desde fuera. La teoría que, por referencia a la superditación del Estado al Derecho, pretende atribuir a éste la soberanía negándosela a aquél, aparece enlazada con aquella otra concepción, de la cual ya hemos hablado anteriormente, según la cual el Estado fué, ciertamente, soberano en los comienzos de la evolución histórica — como Estado autocrático de la Monarquía absoluta —, pero más tarde, a medida que la democracia desplazó a la autocracia, el Derecho se ha ido colocando poco a poco por encima de aquél, hasta que, por fin, en el Estado moderno, la soberanía es del Derecho y no del Estado, pues sólo él es un «Estado de Derecho».

Esta concepción no tiene en cuenta que también el Estado autocrático — al cual, por contraposición al democrático, se le designa, en su forma atenuada, con el nombre de «Estado autoritario» — no es más que orden jurídico, no puede ser comprendido sino como orden, pues de otro modo no puede explicarse la unidad en la multitud de actos de dominación; pero este orden es jurídico incluso en el caso de que se produzca sin la menor participación de los súbditos. Esto es la consecuencia necesaria del positivismo; cuando, por el contrario, sólo se admite por Derecho el Derecho «popular», el Dere-

cho creado por el pueblo o en interés suyo; en una palabra, el Derecho creado democráticamente, nos hallamos ante una indebida restricción, de tipo jusnaturalista, del concepto del Derecho.

Ya sean las normas jurídicas creadas autocráticamente o las surgidas por vía democrática las que determinen el uso del poder, el Estado será siempre « autoritario », porque en todo Estado ha de haber una autoridad; y será, al propio tiempo, Estado de Derecho, porque es el orden jurídico el que determina el titular de la autoridad y la forma de ejercerla; quién debe mandar y quién debe obedecer. Y en todo caso, el Estado es soberano porque y en tanto que se reconoce esa cualidad al orden jurídico. Insistimos que no es en un proceso histórico realmente acaecido en el mundo externo en el que el Estado cede su soberanía al orden jurídico sometiéndose a él, sino que se trata de un progreso dentro del mismo conocimiento, el cual, partiendo de la consideración aislada del contenido del poder de dominación, se eleva al punto de vista más general de que ese contenido no muestra su específico sentido sino en la forma esencial del Derecho, en indisoluble unión con ella.

H. Concepto jurídico material de la soberanía

En resumen, puede decirse que la soberanía del Estado significa que el orden jurídico estatal es supremo, comprendiendo a todos los restantes órdenes como órdenes parciales, determinando el ámbito de validez de todos ellos, sin ser a su vez determinado por ningún orden superior: es un orden unitario y único, desde el momento que excluye a los restantes órdenes. En este sentido, la soberanía es un concepto formal, un concepto jurídico « esencial », y este concepto formal ha de ser considerado como el concepto primario y fundamental de la soberanía. A primera vista se comprende que dicho concepto excluye la idea de un orden de Derecho internacional situado sobre el Estado soberano, determinándolo jurídicamente. Pero esta teoría no quiere renunciar a esa posibilidad, si bien, al mismo tiempo, quiere atenerse a la pretensión de validez que se expresa en el concepto de soberanía del Estado, con lo cual se verifica una mutación en ese concepto que le permite poder afirmar aquélla aun admitiendo la existencia de un orden jurídico internacional superordinado, e incluso derivar, en la medida de lo posible, la soberanía del propio Derecho internacional. Éste es el camino en que el concepto formal de la soberanía se transforma en un concepto jurídico material, que apenas tiene de común con el primero otra cosa que el nombre.

Sin confesarlo expresamente, y aun sin darse cuenta de que este nuevo concepto de la soberanía ha perdido su función específica, que es la de designar una posición peculiar del Estado en la jerarquía de las comunidades jurídicas, se pretende señalarle un determinado contenido, resolviéndolo en una serie de competencias o facultades del Estado, presentándolo como un conjunto de derechos subjetivos cuyo

pleno goce corresponde al ideal del Estado, sin que perjudiquen a la naturaleza del mismo las limitaciones impuestas a esta suma de competencias jurídicas, a la que también se da el nombre de soberanía. Obsérvese de paso que el hecho de considerar en este sentido a la soberanía como derecho subjetivo del Estado, derivándolo de un derecho fundamental del mismo a la libertad, y éste, a su vez, de un derecho a la existencia, es un síntoma de la anarquía terminológica imperante en la ciencia del Derecho, la cual gusta de presentar como «derecho» subjetivo todo contenido jurídicamente relevante o cuya relevancia aparece deseable desde el punto de vista del investigador.

Una vez distinguido entre el Derecho de la soberanía interior y el de la exterior, se acostumbra a derivar de la primera el derecho del Estado a organizarse políticamente, a darse una constitución o, lo que es lo mismo, leyes constitucionales; junto a éste se señala el derecho de darse leyes en general, si bien el primero no sería más que un caso especial de este último derecho. El «derecho» del Estado a ejecutar estas leyes suele recibir las denominaciones de «derecho de autarquía y autonomía», «derecho de regirse y administrarse por sí mismo», «derecho a la organización y funcionamiento del aparato de la administración», «derecho de jurisdicción»; pero ninguna de estas denominaciones especifica suficientemente el contenido del derecho de ejecución de las leyes.

Es notorio que en estos recuentos de los derechos de soberanía no se enumeran sino algunos particularmente importantes, especialmente los que afectan a los intereses de las relaciones internacionales, intereses que peligran sobre todo en los conflictos entre Estados. A veces se señala también como derecho especial de la soberanía el derecho a la libre provisión de cargos públicos y el de regular libremente los asuntos religiosos de los súbditos.

Confeccionar un catálogo de los derechos de soberanía en el interior equivale a presentar como derechos subjetivos todas las competencias materiales que tiene el Estado dentro del ámbito territorial que le garantiza el Derecho internacional. Pero esto constituye una empresa vana, puesto que dentro de este ámbito, el Estado posee toda la competencia que afecta al orden de la conducta humana. El intento va a parar a una descripción exhaustiva del contenido posible del orden jurídico de cada Estado; pero presentar las competencias formales como derecho de soberanía en el interior, no significa otra cosa que admitir un «derecho» a crear y ejecutar leyes, o, de modo más preciso: un derecho a la creación del Derecho en sus distintas etapas dentro del ámbito del orden jurídico de un Estado; un derecho, por tanto, a dictar leyes, reglamentos, disposiciones administrativas, sentencias judiciales, etc.

Entre los derechos de la soberanía «en el exterior», o derecho de independencia, se cuenta el derecho a mantener relaciones con los demás Estados y nombrar, a este fin, representantes y plenipotencia-

rios; el de comerciar libremente, el de embajada; el derecho de declarar y hacer la guerra, el de negociar tratados; además, el derecho a la igualdad, el derecho al respeto debido, el derecho a la integridad del territorio, etc. Muy especialmente se señalan el derecho a excluir, dentro del propio territorio, toda acción política de otro Estado, el derecho del Estado a no ser enjuiciado ante ninguna jurisdicción extraña, el derecho del Estado a que sus representantes diplomáticos estén exentos del poder del Estado que los recibe (extraterritorialidad); el derecho del Estado a proteger a sus súbditos residentes en país entranjero. Es evidente que tampoco esta enumeración pueda ser completa; pues, en definitiva, toda proposición jurídica internacional, todo contenido de una norma objetiva de Derecho internacional puede presentarse como un derecho subjetivo del Estado interesado en dicha norma, la cual protege un interés de aquél. Por eso la soberanía, como conjunto de todos los derechos particulares de soberanía, no es otra cosa que el Derecho objetivo internacional, incluyendo — si se añaden los derechos de la soberanía en el interior — el orden jurídico del Estado garantizado por el Derecho internacional, en tanto que, de ese modo, son protegidos los intereses de cada Estado o, más concretamente, los intereses de los hombres que constituyen cada Estado. La soberanía, cuyo concepto expresa la unidad de un sistema normativo, se convierte en símbolo del sistema y deja de ser una propiedad del mismo. En lugar de la unidad del contenido aparece el contenido en cuanto tal. Éste es un desplazamiento lógico que también se observa con frecuencia en otros dominios. La teoría dominante del Derecho político y del Derecho internacional trata de convalidar este error, al declarar con poca precisión que el intento de resolver la soberanía en una multitud de contenidos particulares se reduce a que la soberanía se transforma de propiedad del poder del Estado en el mismo poder del Estado (JELLINEK).

Es claro que semejante concepto de soberanía es demasiado amplio para tener algún valor concreto. En primer lugar, en el ámbito de la comunidad jurídica internacional no se ha dado nunca el caso ideal de un Estado en posesión ilimitada de todas las posibilidades jurídicas de acción. El Derecho, al mismo tiempo que capacidad, significa limitación del obrar jurídico. El orden jurídico internacional no sólo limita al Estado en lo que respecta a las acciones individuales, sino incluso de modo general. El derecho de cada uno es, necesariamente, vinculación y, por tanto, limitación del ajeno. De hecho, no se lleva hasta sus últimas consecuencias la tendencia inmanente a este concepto de una soberanía material. No parece llegarse abiertamente a una enumeración completa de todos los derechos materiales de la soberanía. Se quiere, más bien, describir una serie de derechos en los cuales el Estado es todavía soberano; no un máximo, sino un mínimo que ya no es susceptible de limitación, so pena de que el Estado pierda el carácter de la soberanía y quién sabe si también el carácter de Estado independiente. ¿Cuáles son las competencias

que debe tener una comunidad para que le sea reconocida la soberanía?

Si lo que se pretende al plantearse esta cuestión es trazar los límites que separan al Estado soberano del Estado no soberano o semisoberano, el propósito está condenado al fracaso. Las variaciones materiales son demasiado abundantes y demasiado sutiles las transiciones para que sea posible trazar con seguridad las líneas que separan un tipo de otro, sin incurrir en peligro de que tales delimitaciones pequen de arbitrarias.

Una variedad peculiar del concepto jurídico material de la soberanía es aquella en la que la soberanía del Estado aparece como un reflejo de la imperfección técnica del Derecho internacional y del amplio grado de descentralización que le es inherente, a consecuencia de lo cual la comunidad de Estados constituye una organización bastante relajada en sus vínculos. Lo que da motivo para la afirmación de una «soberanía» del Estado es, sobre todo, el hecho de que el orden jurídico internacional carece de órganos propios encargados de realizar una función técnica diferenciada. Así, por ejemplo, se dice que el Estado es soberano porque no está sometido a un legislador extraño, sino que él es su propio legislador, o porque sus propios órganos no tienen que recibir órdenes individuales de ningún otro; es decir, que así como el Estado no se somete a ningún órgano extraño de la legislación, tampoco se supedita a ningún órgano ejecutivo ajeno, ya se trate de autoridades administrativas o judiciales; pero todo esto ocurre gracias al Derecho internacional, que determina que el Estado ocupe precisamente esa posición. En especial, el Estado es llamado por el Derecho internacional — y por eso precisamente se le llama «soberano» — a resolver por sí mismo, es decir, por sus propios órganos, si ha sido violado en sus derechos por otros Estados y si, en consecuencia, debe llevarse a cabo la reacción del Derecho de gentes, la guerra. Por consiguiente, el Estado es — por el Derecho internacional — juez en sus propios negocios, y contra sus decisiones no hay recurso jurídico ulterior — también por determinación del mismo —; el Estado es la última instancia establecida por el Derecho internacional, y precisamente en eso consiste la soberanía que al Estado otorga aquél. De ese modo, la soberanía y el Derecho internacional no sólo son compatibles, sino que aquélla no existe sino sobre la base de éste.

El hecho sobre el cual se constituye esta teoría nos es dado con toda claridad. Ahora bien; la interpretación que de él pretende dar, con ayuda del concepto de soberanía, carece de valor y es contradictoria, pues precisamente esta teoría revela que tras el concepto jurídico material de la soberanía, que aparentemente parecía el único decisivo, se oculta el viejo concepto formal de la misma; y de este supuesto inconfesado extrae esta argumentación toda su fuerza probatoria. Su argumento es el siguiente: las normas generales e individuales y, en especial, el acto último de ejecución de las mismas, no son obra de órganos ajenos al Estado, sino de los suyos «propios»; pero, como

ya demostraremos cumplidamente más adelante, la falta de órganos del Derecho internacional que realicen una función especializada, no significa en modo alguno que carezca de ellos, sino únicamente que el orden jurídico internacional acude para la creación y aplicación de sus normas a hombres que son al propio tiempo órganos de los diversos órdenes jurídico-estatales. Los que son competentes para concluir tratados internacionales actúan como órganos del Derecho internacional, pero crean Derecho para los Estados, suponiendo, naturalmente, que el Derecho internacional admite el tratado como fuente de Derecho. Del mismo modo, y por razón idéntica, los actos que producen el Derecho consuetudinario internacional constituyen función orgánica de la comunidad jurídica internacional; el Estado que constata una violación antijurídica de sus intereses, es decir, contraria al Derecho de gentes, y se decide por la guerra como reacción contra esa violación, así como los órganos que la declaran y llevan a cabo, actúan, en primer término, como órganos de la comunidad jurídica internacional, y no como órganos del Estado. Admitida la existencia de un Derecho internacional superior a los Estados, los actos jurídicos que la citada teoría en torno a la soberanía reputa realizados por los órganos «propios» del Estado son obra, en verdad, de los órganos «propios» del orden jurídico internacional, y aquéllos no pueden dejar de ser órganos «propios» suyos por el hecho de que los hombres que encarnan esa cualidad sean al mismo tiempo órganos del orden jurídico interno. Si éste es supuesto como supremo, no admitiendo sobre sí un orden internacional que le delegue, entonces los órganos que realizan los actos jurídicos en cuestión no pueden ser considerados sino como órganos «propios» del Estado.

En ese caso revélase claramente que el Estado es soberano en el sentido puramente formal de la palabra; de ese modo se impone de nuevo aquel concepto de la soberanía, cuya incompatibilidad con el orden jurídico supraestatal fué lo que condujo a la formulación de un concepto jurídico material de la misma. Así se demuestra que la teoría que declara soberano al Estado porque el Derecho internacional carece de órganos encargados de una función especializada, está en completa correlación con aquella doctrina que desconoce el carácter jurídico del Derecho internacional por idéntico motivo y, por tanto, lo niega como un orden jurídico superior a los Estados, con el fin de asegurar su plena soberanía.

I. La soberanía y los tratados internacionales

Estudiado el concepto jurídico material de la soberanía, y resuelta ésta en una serie de competencias o derechos, se llega a la consecuencia de que los tratados internacionales constituyen una limitación de los derechos de soberanía. Mediante un tratado, un Estado puede obligarse a tener una determinada constitución — monárquica o republicana —, a otorgar determinadas leyes — por ejemplo, para ga-

rantizar la igualdad jurídica de todas las confesiones religiosas, para asegurar al trabajador contra accidentes, enfermedad y paro, para luchar contra la trata de blancas y el alcoholismo, etc. — Puede obligarse en virtud de un tratado a no intervenir « autónomamente », es decir, mediante los órganos nombrados por él mismo, en la administración de ciertos asuntos; obligándose, por el contrario, a realizar esa administración en comunidad con otro u otros Estados (es decir, mediante órganos designados por el ordenamiento común — por ejemplo, el Tratado — y por acuerdo de los órganos de los Estados en cuestión). Lo mismo puede decirse respecto de la legislación y de la jurisdicción. Mediante un tratado, un Estado puede obligarse a renunciar a una representación propia en el extranjero y a dejarse representar por órganos de otros Estados, es decir, por órganos nombrados conjuntamente por ellos. Estas limitaciones de base contractual pueden referirse a todos los derechos posibles de la soberanía y poseer distintos grados y matices. ¿Cuándo cesa un Estado de ser soberano? ¿Cuándo cesa, en general, de ser Estado? Por regla general, se suele admitir que el tratado no perjudica lo más mínimo a la soberanía, puesto que, en definitiva, esa limitación se basa en la propia voluntad del Estado limitado; más aún: en virtud de esa limitación queda asegurada la soberanía estatal.

Pero aquella « soberanía » que no puede ser afectada por el tratado internacional, responde, indudablemente, a un concepto por entero diferente del de aquella otra que es susceptible de distintas gradaciones y matices, y con arreglo al cual debe distinguirse entre los Estados soberanos y los semisoberanos, especialmente entre los sometidos al protectorado de otro Estado por el Derecho internacional, y los Estados no soberanos o semisoberanos que constituyen parte integrante de un Estado federal. La soberanía, que nada puede sufrir con los tratados, expresa el supuesto de la cualidad formal del Estado como orden supremo, mientras que el otro concepto se refiere a la variedad del contenido jurídico. Por lo demás, ese principio tan extendido de que la soberanía no sufre lo más mínimo con la validez de los tratados, es, cuando menos, falsa en su fundamento, si con ella quiere referirse la validez de la vinculación contractual a la « propia » voluntad del Estado vinculado, es decir, si pretende reconocerse a este Estado como suprema fuente del Derecho, como « soberano », pues todo convenio significa la manifestación coincidente de las voluntades de dos sujetos. Y si se admite que éstos se hallan coordinados, precisa admitir la existencia de un Derecho internacional que coordina a los Estados, que está situado sobre ellos y les obliga recíprocamente, especialmente a guardar los pactos; con lo cual resulta que el fundamento de la validez del deber contractual del Estado no es su propia voluntad — cuya manifestación no constituye « hecho condicionante » sino en unión de la manifestación de voluntad del otro Estado —, sino la «voluntad» del Derecho internacional, de la comunidad jurídica internacional, traducida en la norma *pacta sunt servanda.*

K. Abuso político del concepto de soberanía

El concepto jurídico material de la soberanía no tiende tanto al fin teórico del conocimiento esencial del Estado — a pesar de que así se afirme generalmente — como a determinados fines políticos. Cuando se dice que un determinado orden constituye un «Estado» y que posee, por tanto, la soberanía, pero que a la esencia de ésta pertenece, por ejemplo, el contener normas relativas a la organización y dirección del ejército, lo que se pretende con esta argumentación es asegurar al Estado la posesión de ciertas competencias particularmente importantes. Y desde el momento que se presupone el poder del Estado — del cual es la soberanía una propiedad — como un poder fáctico, como una fuerza natural, el principio de que aquél es soberano por esencia se utiliza en el sentido de postular un mínimo de fuerzas auxiliares naturales: territorio suficientemente amplio, población suficientemente numerosa, abundancia de riquezas naturales, fuerzas militares suficientes, etc. El concepto jurídico material de la soberanía posee la tendencia manifiesta a expresar no solamente una cualidad jurídica, sino también, y quizá solamente, una cualidad fáctica, natural. Salta a la vista el abuso político que se comete con un concepto científico. Ello resalta aún más claramente cuando se aplica el principio de soberanía como postulado de un máximo de poder efectivo. El poder del Estado no debe ser ni demasiado débil ni excesivamente fuerte. Así como el poder demasiado débil del Estado es incompatible con su soberanía, su poder excesivo es incompatible con la soberanía de los restantes. Con la esencia de la soberanía del Estado es igualmente incompatible un Estado pigmeo o un Estado universal. El dogma de la soberanía se pone, pues, al servicio del principio del equilibrio político.

El sofisma es evidente. Sin embargo, la historia del concepto de soberanía demuestra cómo dicho concepto ha estado, desde el principio, más al servicio de los propósitos políticos de los gobernantes que de la finalidad del conocimiento científico del Estado. Más que ningún otro, el concepto de soberanía ha constituído el manto teórico para encubrir postulados enteramente prácticos, de tal manera que su historia es un ejemplo clásico de ese sincretismo metódico que amenaza con dar al traste con el carácter teorético de la ciencia del Derecho y, al mismo tiempo, es una muestra de la funesta confusión entre los puntos de vista político-morales y jurídicos, y psicológicos, sociológicos y jurídicos. Sin embargo, sería erróneo suponer que tras la doctrina de la soberanía, imperante desde hace siglos en la teoría del Estado, no hay otra cosa que postulados políticos. La verdad es más bien que el conocimiento teorético exacto trata de abrirse paso desde hace siglos a través de un laberinto de elementos extraños, políticos y de otras clases. Si no contuviese la doctrina de la soberanía este contenido puramente teorético, no hubiera ésta conseguido mantener la férrea consistencia de que hasta hoy goza en las Teorías del Derecho y del Estado, de las que constituye el capítulo más importante. Suele suponerse que el

concepto de soberanía fué del todo desconocido en la antigua Teoría del Estado. Sin embargo, en el concepto de «autarquía» de la política griega y en el de la *majestas populi Romani* desenvuelto por los romanos, se encuentran ya ciertos elementos de la noción de soberanía. Con toda claridad aparece en la teoría medieval del *Imperium romanum*, el cual, según la concepción jurídica de aquel tiempo, era el orden jurídico universal constitutivo de toda la sociedad cristiana, dentro de la cual las comunidades estatales eran expresamente consideradas como meros órdenes parciales, como provincias más o menos autónomas, cuyo poder érales concedido por el Imperio. En la relación admitida por la teoría jurídica medieval entre el Imperio romano y los reinos, principados y repúblicas (que cada vez iban siendo más independientes), aparece expresada con toda claridad la idea de la soberanía del *Imperium romanum*. Éste era la comunidad jurídica de todos los Estados cristianos. Su función, en parte, era la misma que hoy tiene el Derecho internacional. Distinguíase de la comunidad jurídica internacional por el mayor número de competencias materiales y el establecimiento de órganos propios, es decir, realizadores de una función especializada. Por eso la comunidad medieval de los Estados recibía a veces ella misma el nombre de «Estado» o Imperio.

A medida que se derrumbaba el Imperio romano, es decir, a medida que esa ideología iba perdiendo eficacia, la soberanía fué pasando, en las ideas de los juristas, a los diversos Estados que se emanciparon sucesivamente de la supremacía del *Imperium romanum*, a los reinos y repúblicas sometidos hasta entonces al imperio. No constituía únicamente un síntoma de este proceso de derrumbamiento, sino al mismo tiempo una causa que contribuyó a su aceleración, la aparición de la doctrina según la cual no serían *civitates* sólo aquellas *quae superiorem recognoscunt*, pues habría también *civitates superiorem non cognoscentes*, entendiéndose aquí por superior el *Imperium romanum*.

Con el propósito indudable de echar por tierra la pretendida supremacía del Imperio romano, pero encubriéndolo bajo el manto de una Teoría general del Estado, surgió en Francia la doctrina según la cual pertenece a la esencia del Estado el que su poder sea supremo e independiente; de ese modo, siendo Francia un Estado, perdían su razón de ser las pretensiones de dominio por parte del Imperio. Es en extremo característico que la teoría de la soberanía, que en Jean Bodin (1576) apareció conscientemente como una doctrina en torno a la esencia del Estado, púsose pronto al servicio de intenciones políticas concretas, que se hallaban en contradicción con el Derecho positivo hasta entonces vigente. Y estos propósitos no se dirigían únicamente a desbordar los límites que la existencia del Imperio romano imponía al desenvolvimiento del Estado francés, sino que iban muy en particular contra las limitaciones (jurídicamente fundadas) que el poder real hallaba en las competencias de los señores feudales.

Se identificó al Estado, al cual le era atribuída la soberanía, con su poder, y a éste con sus órganos superiores, con el rey. De la afirma-

ción de la soberanía se pasó al reconocimiento de la ilimitabilidad del poder real, muy especialmente respecto de los barones. Esto ya ocurría así en Bodin, el cual presentaba la soberanía como una suma de derechos de supremacía del rey. Compréndese fácilmente que esas competencias fuesen justamente las mismas que pretendía el rey de Francia contra el emperador y contra los grandes de sus países, así como que, en la teoría inglesa, estos *jura majestatis* correspondiesen a las necesidades de los reyes de Inglaterra, que albergaban aspiraciones absolutistas. Y una argumentación análoga es usada contra las pretensiones de dominio por parte de la Iglesia.

El principio de la soberanía, en el sentido de la soberanía del príncipe, llegó a ser un medio espiritual de lucha, de eficacia extraordinaria para robustecer la Monarquía absoluta centralista. Ese principio es la expresión de un Derecho natural autocrático, a diferencia del Derecho natural democrático. Habría para asombrarse ante el hecho de que sofismas evidentes hayan podido jugar un papel tan importante en la historia de los pueblos si no se supiese que es precisamente la Lógica la que da la victoria a los argumentos, es decir, la que hace que los hombres crean en ellos. Si en lugar de identificar al Estado con su poder (es decir, en este caso, con el monarca, como su órgano supremo), se le identifica — como todavía hoy se hace con intención análoga — con el pueblo, entonces puede decirse que el Estado democrático es el « verdadero » Estado, y que la democracia es la única forma de Estado que está de acuerdo con la « naturaleza » de éste : tal es la médula de la doctrina de la soberanía popular, a través de las múltiples variaciones que ha sufrido desde la Edad Media hasta nuestros días. Puesto que el Estado es el pueblo — o el « pueblo organizado », como se dice con cierta vaguedad de términos, aunque pensando siempre en la soberanía popular —, el poder radica en éste, es decir, pertenece «propiamente» al pueblo, que o bien lo ejerce por sí mismo, o lo traslada a un parlamento o a un monarca, los cuales, a su vez, no son sino sus servidores. Aun cuando parezca que la moderna teoría del Estado ha superado el ingenuo primitivismo de la doctrina de la soberanía popular, es lo cierto que no ha sido capaz hasta ahora de distinguir claramente entre los postulados políticos de la autocracia o la democracia y una doctrina de las formas posibles del Estado, y no sabe renunciar a presentar sus deseos políticos del momento como verdades esenciales.

§ 21. La soberanía como característica esencial del Estado

A. El problema

Este error se revela con toda claridad al resolver el problema actualmente más importante de la doctrina de la soberanía, a saber: si la soberanía es o no una característica esencial del Estado, y, por tanto, en qué se distingue éste de las restantes comunidades juri-

dicas, especialmente de las corporaciones territoriales que le son semejantes — los municipios —, y cuál es la relación que guarda el Estado con los restantes Estados y con el Derecho internacional.

Como finalidad, y al propio tiempo como fruto de la teoría de la soberanía de Bodin — que dominó todavía en la Teoría del Estado del siglo XIX —, precisa señalar la idea de que el Estado es, por esencia, soberano.

Lo característico de la moderna Teoría del Estado consiste precisamente en conceder a éste un valor absoluto, lo cual se realiza por medio del concepto de soberanía. Sólo de esta manera consigue dicha Teoría diferenciar de un modo fundamental y absoluto el Estado de todas las restantes comunidades, en especial de los municipios y demás corporaciones territoriales análogas, y comprenderlas como partes integrantes del Estado sometidas a él. El Estado es la corporación suprema, es decir, la más amplia y comprensiva. Anotemos como un síntoma de los intereses eminentemente políticos que se ocultaban bajo la teoría de la esencialidad de la soberanía para el Estado, el hecho de que la absolutización jurídica de éste pasó también al dominio ético, resultando que el Estado — es decir, el monarca — era realmente divinizado; y téngase presente que todos los Estados que la Teoría podía tomar en cuenta eran monarquías. Por lo demás, no debe despreciarse el hecho de que también la doctrina en torno a la soberanía ofreció cierta satisfacción a la necesidad de un criterio claro y unívoco del Estado. Ella, sin embargo, suscitaba ciertas dificultades, especialmente respecto de las relaciones del Estado con el Derecho internacional, con los restantes Estados. Pero estas dificultades, aun desde el punto de vista del dogma de la soberanía, no eran insuperables, especialmente dada la situación precaria del Derecho internacional, que se iba desarrollando poco a poco, como un sustitutivo de la idea ya agonizante de una comunidad de Estados en el *Imperium romanum*. Nada más fácil, en efecto, que negar la naturaleza jurídica del Derecho internacional si el admitirla resultaba incómodo para la Teoría.

B. La soberanía de los Estados miembros del Estado federal

Únicamente en el seno de la Teoría del Estado federal, que de modo especialísimo ha ocupado a la Teoría política alemana con motivo de la fundación del primer Imperio germánico, se llega a una oposición contra la casi indiscutida e indiscutible concepción según la cual el Estado es, por esencia, soberano. Por regla general, el Estado federal nace de manera que ciertos Estados, cuya soberanía ha sido tenida hasta ahora por evidente, se unen entre sí y constituyen una comunidad distinta, a la cual se subordinan, y la cual recibe a su vez el nombre de Estado.

Ahora bien, esta asociación, según el propósito de los asociados, tiene lugar a condición de que éstos conserven su carácter de « Estados »

y, por consiguiente, sus órganos superiores mantengan el rango y la dignidad propios de los supremos órganos estatales, y de que los ciudadanos conserven la conciencia de pertenecer a su comunidad de origen, espacial, cerrada, por así decirlo, y al propio tiempo coordinada con los demás « Estados » de la comunidad jurídica internacional. Desde el punto de vista de la Teoría del Estado, trátase, en lo esencial, de no introducir variaciones en la explicación del carácter de las comunidades asociadas en el Estado federal, a pesar de que esa unión hace variar esencialmente el hecho de las mismas ; ellas deben seguir siendo « Estados ». Pero la respuesta a la cuestión acerca de qué es el Estado y cuándo es Estado una comunidad, no depende de los deseos de los hombres que la constituyen o dirigen. Existe un marcado interés político en llegar a un determinado resultado teórico, es decir, a una cierta respuesta al problema de qué son tales entidades. Del mismo modo, existe un interés teológico en una cierta solución de un problema de ciencia natural, es decir: una cierta solución es postulada de antemano por razones totalmente distintas de las de índole teorética o científica, y toda otra solución es rechazada, prescindiendo de la posibilidad de su fundamentación científica.

Hasta ahora, el Derecho político no se ha mostrado jamás inmune a la influencia de los deseos políticos en la solución « científica » de sus problemas. Al contrario, ha considerado misión suya adaptar su « Teoría » a tales deseos, y ha velado pudorosamente este *sacrificium intellectus*, insistiendo en que no quiere nada con « especulaciones abstractas y ajenas a las realidades del mundo », sino que aspira a servir para la « vida real », a explicar la « vida ». Se comprende fácilmente que de este modo tenía que sufrir curiosas dislocaciones la Teoría del Estado « esencialmente » soberano, pues no era posible demostrar de buenas a primeras, ni siquiera por una Teoría plenamente dedicada a la « vida », que los Estados componentes de una Federación (sometidos, por tanto, a ésta) pudiesen ser soberanos. Por eso se aventuró la Teoría a lanzarse a la idea, no menos grotesca, de « dividir » la soberanía entre el Estado superior y el Estado miembro.

Tampoco esta doctrina de la soberanía compartida merece apenas los honores de la refutación. No es posible sino bajo el erróneo supuesto de comprender la soberanía en sentido jurídico material. Por eso no expresa otra cosa sino que las competencias están repartidas entre el Estado superior y los Estados miembros, pero no dice absolutamente nada acerca de la soberanía. Sin embargo, acerca de este punto insistiremos más adelante, al tratar la doctrina de las uniones de Estados (cfs. págs. 254 y ss.).

Aquí baste mencionar una teoría, hoy dominante, que niega la soberanía de los Estados miembros, pero mantiene su condición estatal, afirmando que la soberanía no constituye una característica esencial del Estado.

C. El Estado no soberano

Según eso, debe haber Estados soberanos y Estados no soberanos. Pero ¿cuándo es soberano un Estado y cuándo una comunidad no soberana constituye un Estado? Con arreglo a los criterios anteriores, este modo de plantear el problema debe rechazarse como erróneo. Pero también la solución es equivocada, puesto que si bien la Teoría separa el momento de la soberanía del concepto del Estado, no quiere renunciar tampoco a señalar la diferencia esencial, es decir, absoluta, que media entre el Estado y las corporaciones que lo constituyen, en especial los municipios y las provincias autónomas. Admitido que el Estado no tiene que ser necesariamente soberano, puede tener sobre sí un orden superior, una comunidad superior — por ejemplo, la « Federación » sobre el Estado miembro —, pero se distingue esencialmente de las corporaciones que le están subordinadas. No tiene que existir, necesariamente una diferencia fundamental material entre el Estado y las comunidades inferiores que lo constituyen. Éstas son corporaciones con poder de dominación, lo mismo que el Estado ; como éste, poseen competencia legislativa y ejecutiva, órganos peculiares de la legislación y la ejecución, y pueden unir en su mano todas las funciones del Estado, considerado en su totalidad, para determinados ámbitos parciales territoriales — en cuanto órdenes parciales — como partes u órganos de aquél, con subordinación al todo estatal. El mismo contenido que puede poseer la totalidad del orden estatal, puede tenerlo el orden parcial por autorización, delegación o reenvío de aquél. La distinción no existe sino respecto de esta subordinación, de esta diferencia en la jerarquía de la validez, no respecto del contenido de la misma. Precisamente por esto el Estado no puede ser distinguido esencialmente de sus órdenes parciales, de las comunidades inferiores que lo constituyen, si no se le presupone como una totalidad amplia y comprensiva, es decir, como el orden supremo. Y pierde toda posibilidad de una tal diferenciación en el momento que admitiese sobre sí un orden superior, en el cual quedaría articulado, en unión de otras comunidades estatales ; si sobre él fuese posible una comunidad de la que él formaría parte integrante (como los municipios lo integran a él), frente a la cual él no sería ya una totalidad, sino un mero orden parcial. La renuncia a la soberanía como característica esencial del Estado significa que ya no se considera a éste como el grado absolutamente supremo, sino sólo como un grado relativamente elevado del orden jurídico, y que, por eso, entre las comunidades « estatales » y las que no lo son media, no una diferencia esencialmente cualitativa; sino meramente cuantitativa, por lo cual no cabe preguntarse cómo se distingue esencialmente un Estado de un municipio. Entre un municipio y un Estado miembro de una Federación no existe la menor diferencia esencial.

La teoría que renuncia a la soberanía como característica natural del Estado, sin perjuicio de investigar la diferencia esencial que le separa del municipio, quiere relativizar, de una parte, al Estado, ele-

vándolo, por otra, a una categoría absoluta. Esto es imposible. Por eso no es de extrañar que en el criterio establecido por esta teoría para señalar la diferencia que media entre el Estado no soberano y las comunidades que lo integran, aparezca nuevamente — aunque envuelto en una discreta terminología — el dogma de la soberanía. La renuncia a esa característica no era más que aparente. Puede más la necesidad de elevar el Estado a la esfera de lo absoluto. Y esto puede explicarse, aun cuando no se justifique, desde el punto de vista de los grandes intereses políticos que pueden ocultarse tras ese principio teorético. Pero de ese modo la « ciencia » del Estado se derrumba, en medio de enojosa confusión, y se degrada hasta convertirse en la arena donde los rábulas discuten sus vacuas sutilezas.

D. Estado y municipio

(El criterio del Estado)

¿Cuál es, pues, el criterio que, sin ser la soberanía, distingue esencialmente al Estado de las comunidades no soberanas? Ya anteriormente hemos hecho mención de la teoría que distingue las corporaciones, según que estén dotadas o no de poder de dominación. El poder del Estado no ha de ser, pues, poder soberano, sino poder de dominación. Pero ¿en qué consiste la esencia de ese poder, siendo así que hay comunidades que integran el Estado — como el municipio —, las cuales ejercen, indudablemente, un dominio y realizan actos de coacción? Si el dominio que ejerce un municipio no es propiamente poder estatal, débese a que ese poder no es ejercido por derecho « propio », sino por concesión del Estado. El poder del Estado es poder « propio », es decir, derecho propio de dominación. La naturaleza del poder del Estado consiste en ser « originario », esto es, no derivado de ningún poder superior ni concedido por ninguna autoridad más alta. Sólo por vía de consecuencia se añade que el Estado debe poseer, además, órganos « propios », autónomos. Fácil es demostrar que todo esto no significa sino que el orden jurídico estatal es supremo, que no se le supone ningún orden superior, es decir, que es necesariamente soberano, pues si se admite que sobre un orden existe otro superior, el primero tiene que derivar de este último su validez, y por tanto debe considerarse — recurriendo a la personificación usual — que el poder inferior es concedido o delegado por el superior, siendo indiferente que la determinación del contenido del orden inferior dentro de los límites trazados por el superior — y una vez dado un orden superior tienen que darse también los límites del ámbito de validez del inferior — se realice exclusivamente por órganos « propios », autónomos del orden inferior; o que esa determinación se extienda no sólo al establecimiento de los hechos condicionantes, sino también al de las consecuencias coactivas; o, en fin, que esa misma determinación se realice por los « propios » órganos del orden inferior, dentro de los límites marcados por el supe-

rior, no sólo en el dominio de la ejecución sino en el de la legislación. Según la concepción usual, los órganos legislativos o ejecutivos son « propios » cuando la determinación de los mismos corresponde al orden inferior, y muy especialmente cuando su designación se hace por los súbditos de dicho orden. Naturalmente, también la delegación de un orden inferior por uno superior puede referirse a esto. O, con otras palabras: también en el caso de que el orden inferior, dentro de los límites que le han sido trazados, tenga el mismo contenido respecto de los órganos que crean y aplican sus normas, la validez total de ese orden debe referirse al orden superior, como delegado de éste, pues la delegación comprende al orden inferior con todo su contenido; por eso debe éste valer en su totalidad como orden parcial del orden superior; y por la misma razón los órganos « propios » del orden inferior son directamente órganos propios suyos; pero al mismo tiempo — en virtud de la delegación — son también, indirectamente, propios del orden superior. Del mismo modo que la función de una parte, tiene que ser también función del todo. La imputación tiene que llevar, en último término, a la unidad del orden total. Ahora bien; que precisamente haya de imputarse de ese modo — delegación, derivación, concesión, etc., no son más que modos distintos de expresar la imputación — no significa otra cosa que la referencia a la unidad de un sistema complejo, totalitario, dentro del cual hay un orden « inferior » frente al « superior »; en efecto, admitido un orden inferior, se presupone uno superior, y uno y otro han de integrar la totalidad del sistema. Por eso es una contradicción admitir la posibilidad de que el orden jurídico estatal esté sometido a un orden superior y, por tanto, forme parte, como orden parcial, de un orden total complejo, y, al mismo tiempo, rechazar la imputación a la unidad de este último sistema; no se concibe que se trate al Estado como punto último de la imputación, considerando que el orden estatal es originario, « propio », no derivado de otro, puesto que al admitir la posibilidad de un orden superior internacional se presupone que no constituye sino un centro de tránsito de la imputación. Es una ilusión imaginarse que el « derecho de autonomía » propio de la comunidad inferior constituye una auténtica « libertad » o « autarquía »; es engañoso apoyarse en eso para fundar el carácter estatal de una corporación, o la hipótesis de una soberanía « limitada ». Esta « libertad » no es libertad frente a la comunidad superior, sino delegación por parte de ésta para la creación de normas; por tanto, cualidad orgánica otorgada por aquélla. En este sentido, toda persona subordinada posee, hasta cierto punto, un derecho de autonomía, en especial el municipio; del mismo modo que son relativamente autónomas las partes que realizan un negocio jurídico. Si se renuncia al criterio absoluto de la soberanía, sólo pueden establecerse diferencias cuantitativas.

Constituye un desliz de la teoría del poder de dominación « originario » y « propio » — que es un criterio formal — el insistir en que — a diferencia de las comunidades no estatales — es propio de la esencia del

Estado el poseer necesariamente todas las funciones materiales esenciales del poder, en especial la legislación y la ejecución. Prescindiendo de los límites harto relativos que existen entre legislación y ejecución — también los reglamentos son leyes, en sentido material —, también los municipios y las provincias autónomas poseen competencias legislativas y ejecutivas, es decir, la competencia de determinar el contenido del orden parcial por medio de normas tanto generales como individuales, sin que la Teoría haya hablado, por eso, de «Estado». Y en el Estado federal los «Estados miembros» no pueden poseer sino una parte del «poder» ejecutivo, la administración, mientras que les falta por completo la jurisdicción; y en cuanto a la legislación, la tienen reducida a un mínimo tal, que, en realidad, lo mismo podría hablarse de una potestad reglamentaria ejercida por un órgano colegiado (la cual se incluye corrientemente en la ejecución). Si se mira al contenido, no hallamos más que matices imprecisos.

§ 22. El Estado y el Derecho internacional

A. El Estado propio y el Estado extranjero

La empresa de diferenciar esencialmente el Estado de las comunidades no estatales va a parar, necesariamente, al dogma de la soberanía. Mas no por sabido esto se contesta a la cuestión que corrientemente se plantea: ¿es soberano el Estado?, ¿es posible distinguirlo, de modo fundamental, de las comunidades no soberanas? Ahora bien; la respuesta a esta cuestión es la siguiente: dos distintas hipótesis son posibles, de las cuales una presupone al Estado, al orden estatal, como orden supremo, al paso que la otra afirma el orden internacional como un orden superior a los Estados. Pueden recibir estas teorías, respectivamente, el nombre de «primado del orden jurídico estatal» y «primado del orden jurídico internacional».

Si el conocimiento del mundo del Derecho, es decir, la construcción jurídica, como suele decirse, adopta por punto de partida el orden jurídico del Estado propio que directa o inmediatamente tiene en cuenta el jurista, y si cuantos fenómenos jurídicos se ofrecen a la consideración de éste los refiere al mismo punto de partida y los somete a la misma valoración, entonces hemos llegado a una posición epistemológica que significa la soberanía del Estado o, lo que es lo mismo, el primado del orden jurídico estatal. Ahora bien; no es en modo alguno una hipótesis meramente provisional, sino algo definitivo, el hecho de que el Estado del cual parte la investigación jurídica se convierte, por así decirlo, en el Estado por antonomasia. Este «Estado» propio es un orden jurídico, históricamente individualizado. Mientras la reflexión así enfocada se limita al orden jurídico estatal, la soberanía de este Estado no es problema, es casi evidente; puesto que en el campo visual de esta investigación no hay Derecho ni fenómeno jurídico alguno que no pueda comprenderse, en definitiva, como elemento del or-

den jurídico estatal en cuestión ; puesto que, en consecuencia, no existe más que un orden jurídico estatal único, no ofrece la menor duda que ese Estado es soberano, que sobre él no existe ningún orden ni poder superior. La dificultad de este punto de vista comienza en el instante en que la reflexión va más allá del orden jurídico estatal propio, es decir, más allá de aquel dominio que se considera de ordinario como orden jurídico estatal, hallándose ante objetos que aspiran al calificativo de « Derecho » con la misma razón que el orden jurídico del Estado, sin que por eso puedan considerarse como partes constitutivas de éste. El hecho de la existencia de otros « Estados » prueba que el mundo del Derecho no se agota en los límites del orden jurídico estatal.

Ciertamente, la primera reacción frente a tal fenómeno es la misma del hombre primitivo frente a lo extraño, a lo nuevo : ¡se le niega pura y simplemente! Esos Estados extranjeros no son verdaderos Estados, en el sentido que se habla del Estado propio ; su orden no es un orden « jurídico » ; sus componentes son hordas de bárbaros, rebaños de seres vivos cuyas mutuas relaciones no pueden explicarse de la misma manera que las del pueblo propio. Si bien todo esto no puede negarse como hecho natural perceptible por los sentidos, en cambio se le niega existencia en el mundo de lo social, en el reino del Derecho y el Estado. Pero a medida que se va decidiendo comprender con criterio social tales objetos, es decir, como elementos del mundo del Derecho y el Estado, se impone la misión de interpetrar esas « hordas bárbaras » como « Estados » idénticos al Estado propio, y el orden de las mismas como orden jurídico idéntico al propio Derecho.

Naturalmente, en este proceso de expansión de la conciencia social no se trata única ni principalmente de un progreso del conocimiento social. No sólo se trata de comprender a los bárbaros, sino que se quiere comerciar y guerrear con ellos, contraer matrimonios, etc.

La explicación teorética de los nuevos hechos sociales puede no ser sino un reflejo ideológico de estas relaciones reales; pero, en el marco de la Teoría del Estado, lo que interesa, precisamente, es sólo esta « superestructura » ideológica.

Hasta ahora, la Teoría del Estado no ha conocido, o no ha conocido lo bastante que, desde su punto de vista — que es un punto de vista teorético a la par que normativo —, no es posible aceptar la validez simultánea de dos o más órdenes jurídico-estatales, como sistemas aislados unos de otros. Es una ilusión creer que el problema se resuelve acudiendo al vulgarísimo recurso de decir que aquí está vigente tal orden jurídico y allá tal otro, que aquí existe el Estado propio y más allá, separado por fronteras inconmovibles, un Estado distinto. Cuantas veces se argumenta así, se olvida que al hablarse de Estado o Derecho, y al reconocerse que la comunidad superior al propio Estado constituye también orden jurídico estatal, no se tienen en cuenta hechos reales; no se trata del hecho de que los hombres se comporten de cierto modo, debido a la motivación que sobre ellos ejerce la representación psíquica de las normas, sino de la validez de los

sistemas normativos. No es que la reflexión sobre el ser del acaecer real pudiera renunciar a la unidad de su objeto. Es que el principio de unidad al que conduce este criterio es la ley de causalidad, y la unidad que postula ese punto de vista es la unidad del acaecer en la naturaleza. Pero la unidad que postula el punto de vista normativo, la reflexión sobre el conocimiento de las normas válidas, es la unidad necesaria del sistema normativo. Dos órdenes no pueden ser afirmados válidos como órdenes jurídicos, sino en tanto que su validez es referida a un fundamento unitario. Ya esa idea vulgar según la cual aquí existe el propio Estado y más allá un Estado diferente, afirmando aparentemente lo contrario, encierra, sin embargo, el pensamiento de que esos órdenes tienen que hallarse mutuamente limitados en su validez para que « aquí » pueda existir sólo uno y « allá » sólo el otro; es decir, presupone una norma u orden que determina el ámbito de validez de cada uno.

Y de hecho, la teoría del Estado ha tenido presente en todo tiempo esta tendencia irresistible de todo conocimiento a la unidad (ciertamente, sin darse cuenta exacta del carácter estrictamente epistemológico de sus propias construcciones, en servicio de aquella finalidad). Si se dice, por ejemplo, que para que un Estado valga como tal ante la comunidad jurídica de los Estados y, en especial, ante el Estado propio, ha de ser « reconocido » por éste, con esta teoría del reconocimiento se aspira a fundar la unidad del sistema del Derecho desde el punto de vista del propio orden jurídico estatal. El orden jurídico estatal extranjero vale en su dominio, en un dominio cuyos límites han sido previamente trazados merced a ese « reconocimiento » que emana del Estado propio, y en cuyo orden se funda ; por tanto, la validez de aquél se reduce, en definitiva, al propio orden jurídico estatal. Éste delega, en el « reconocimiento », al orden extranjero para un determinado ámbito; y de ese modo, convirtiéndose en orden universal, el Estado acapara toda la soberanía. Precisamente en esta teoría del reconocimiento se comprueba el principio según el cual la soberanía de un Estado es incompatible con la de los demás.

B. El reconocimiento del Derecho internacional por el Estado propio (primado del orden jurídico estatal)

No sólo los complejos normativos de los restantes Estados, sino también el Derecho internacional es dado, en principio, a la construcción que parte del orden jurídico propio, como un cuerpo extraño que en el transcurso de la teoría se va convirtiendo en « Derecho ». Y también frente a este complejo de normas se comprueba la tendencia hacia la unidad del sistema del Derecho en el sentido del primado del orden jurídico estatal, sosteniéndose que las normas del Derecho internacional, si han de valer para el Estado propio, tienen que ser « reconocidas » por éste.

El Derecho internacional, que regula ciertos aspectos de la conducta humana, explícase como un orden delegado del orden jurídico propio, soberano, y único competente para la regulación de todos los intereses.

Ciertamente, está muy extendida la errónea afirmación de que el Derecho internacional obliga a los Estados, mas no a los súbditos de los mismos, es decir, a los hombres. Ahora bien: ¿qué puede significar que el Derecho internacional obligue a los Estados, sino el hecho de que obliga a determinados hombres a realizar una cierta conducta, cuya determinación, empero, cae dentro de la esfera de competencia del orden jurídico de cada Estado? Los hombres cuya designación corresponde al orden jurídico estatal son los órganos del Estado; es posible, sin embargo, que los hombres cuya conducta regula el Derecho internacional, y cuya determinación corresponde al orden jurídico interno, no posean la cualidad de órganos en el sentido estricto usual de la palabra. Sólo el velo de la personificación podía ocultar este hecho. ¡Si el Derecho internacional no obliga a ningún hombre, si su contenido no es conducta humana, no obliga a nada ni a nadie! Parece, en verdad, que ésta y no otra es la intención oculta de esta teoría, que únicamente admite a los Estados y no a los hombres como sujetos de Derecho internacional. Éste no regula las relaciones entre los Estados, sino desde el momento que regula la conducta recíproca de los órganos y súbditos de distintos Estados.

Y aunque es el Derecho internacional positivo el que regula las relaciones entre Estados, el que delimita los respectivos ámbitos de validez y, en especial, el que estatuye la necesidad del reconocimiento del nuevo Estado por los Estados antiguos, todo ello lo realiza indirectamente el orden jurídico estatal propio, desde el momento que todo el Derecho internacional tiene el fundamento de su validez en el Derecho estatal, según la teoría del necesario reconocimiento de aquél por éste. El reconocimiento del otro Estado por el Estado propio puede ser contenido de una proposición jurídica positiva, incluso de una norma de Derecho internacional. Pero el «reconocimiento» del Derecho internacional por el propio Estado constituye una hipótesis de la ciencia jurídica, incluso en el caso de que una constitución estatal cualquiera regule positivamente ese reconocimiento, pues lo que no puede ser regulado por el Derecho positivo es el hecho de que el orden jurídico estatal constituya el punto de partida del conocimiento jurídico, y de que, por tanto, el Derecho internacional no pueda valer sino sobre la base del orden estatal, siendo necesaria una delegación a favor de aquél expedida por éste; todo eso es el «supuesto» de toda creación de Derecho positivo. Por eso el reconocimiento del Derecho internacional por parte del Estado es tan «hipótesis» como la fundamentación de la validez del Derecho interno en el «reconocimiento» de los individuos. En ambos casos, la teoría tiene que operar con la ficción del reconocimiento «tácito»; pero desde el momento que la validez del Derecho interna-

cional (y por tanto, directa o indirectamente, la de los órdenes estatales extranjeros) es referida al orden jurídico del propio Estado; desde el momento que todas estas zonas jurídicas se incorporan a la legislación interna, el fundamento de la validez de ésta constituye la fuente de todo Derecho, en general. Es decir: desde un punto de vista formal, el orden jurídico interno, individualizado por este fundamento de la validez, aparece como un orden jurídico universal que comprende todos los complejos normativos materialmente diferenciados; pero desde un punto de vista material — o en un sentido todavía más estricto — constituye uno de estos complejos de normas materialmente cualificados.

C. El Derecho internacional como Derecho político externo

A consecuencia de esta concepción, suele calificarse el Derecho internacional, desde el punto de vista de la soberanía del Estado, como « Derecho político externo »; o bien se le construye, como suele decirse, con los métodos del Derecho político. Esto se traduce, en la terminología de la « autolimitación », del modo siguiente: puesto que el Estado no puede ser vinculado sino por su propia voluntad — lo cual sólo quiere decir que es soberano —, también las llamadas obligaciones jurídico-internacionales del Estado deben referirse a su voluntad, y la norma de Derecho de gentes debe interpretarse como contenido de la voluntad estatal. Pero, aun admitido el reconocimiento por parte del Estado de lo que históricamente ha llegado a ser Derecho internacional, la determinación jurídica material de las relaciones interestatales queda completamente intacta por esta construcción; sólo se caracteriza de cierto modo la interpretación en torno al fundamento de la validez. Sobre todo, no puede afirmarse que la confección del Derecho internacional como Derecho político externo excluya la posibilidad de una vinculación contractual del Estado. Todo el Derecho internacional (también, por tanto, su principio fundamental: *pacta sunt servanda*) es «reconocido», integrado en la voluntad del Estado, convertido en parte constitutiva del orden jurídico estatal. La cláusula o norma jurídica de un tratado internacional reza del modo siguiente: « bajo la condición de que los órganos autorizados para ello por dos órdenes jurídico-estatales convengan en la realización de una determinada conducta de los órganos o de los súbditos de ambos órdenes, debe obrarse o abstenerse de obrar conforme se ha convenido en el pacto ». El Tratado es el acto de creación de una norma, el cual constituye un acto de Derecho internacional en el sentido de que las normas creadas por ese procedimiento valen en tanto que no son derogadas por un nuevo tratado, o en tanto que su validez no caduca conforme a lo prescrito en el pacto. Incluso en el caso de que la validez del Derecho internacional se apoye en la voluntad del Estado, no puede éste — una vez que ha reconocido aquel Derecho — obrar de modo contrario a las prescripciones de un convenio en vigor. Desechando el lenguaje personificador, esto se expresa del modo siguiente: toda con-

ducta contraria a lo pactado merece idéntica calificación que un acto legislativo anticonstitucional o que un acto administrativo o ejecutivo ilegal ; en general, que cualquier acto jurídico irregular.

Aun cuando en la construcción del Derecho internacional con los métodos del Derecho político se haya querido llevar consecuentemente a cabo el principio de la soberanía del Estado, lo cierto es que, por lo que afecta al problema de las relaciones entre el Estado propio, soberano, y los órdenes jurídicos de los demás Estados, no ha sido llevado a sus últimas consecuencias. También desde el punto de vista del dogma de la soberanía se creía en la posibilidad de admitir una multitud de Estados coexistentes, coordinados, simultáneamente soberanos. Esta idea es de importancia extraordinaria para la configuración de la imagen del mundo jurídico, pero es incompatible con la hipótesis de la soberanía del Estado propio. Si éste es soberano, él acapara toda la soberanía, y los restantes Estados no son coordinados sino subordinados, es decir, órdenes delegados del primero. Si el orden jurídico estatal propio es el soberano, constituye un orden universal frente al cual los restantes Estados no son sino órdenes parciales, a los que no puede reconocerse la soberanía. Ciertamente, la construcción jurídica puede partir lo mismo de un orden que de otro, y cualquiera que sea su punto de partida, ha de llegar a un sistema totalitario del Derecho, que puede hacer culminar en el orden estatal que más le plazca. Pero esta empresa sólo es posible en cada caso desde un punto de vista, con exclusión de los demás. La soberanía de un Estado es incompatible con la de los restantes. Y admitiendo que la soberanía constituye una característica esencial del Estado, tenemos en ella un criterio seguro para diferenciar el « Estado » de las comunidades no estatales y, en consecuencia, junto al Estado propio no es posible admitir la existencia de ninguna otra comunidad con carácter estatal. La soberanía no sólo hace del Estado la suprema comunidad, sino la comunidad única que abarca en su seno todas las demás y crea la unidad del sistema jurídico.

D. El primado del orden jurídico internacional

Si se admite como contenido esencial del Derecho internacional la idea de una multitud de Estados coordinados, puede decirse que la construcción de ese Derecho con los métodos del Derecho interno, con la vista puesta en el principio de soberanía, equivale a su plena desnaturalización. Y de hecho, las tendencias que construyen el Derecho internacional como Derecho político externo tienen muchos puntos de contacto con las corrientes que lo niegan de un modo absoluto, rehusando atribuir el carácter jurídico a las normas que se presentan bajo el nombre del Derecho internacional. La hipótesis de la soberanía del orden jurídico estatal propio tiene que conducir necesariamente a este último resultado, si se rechaza la ficción (harto problemática en muchos aspectos) del reconocimiento del Derecho internacio-

nal por el Estado. Esto no sólo tiene aplicación respecto de las normas contenidas en los pactos internacionales, acerca de las cuales no hay duda que constituyen Derecho interno, desde el momento que las constituciones de los Estados facultan, por regla general, a determinados órganos suyos para celebrar estos pactos, sino que es igualmente aplicable a otras normas del Derecho internacional, cuyo contenido no es determinado ni por vía contractual ni por la voluntad de los Estados obligados, y respecto de las cuales es difícil demostrar la existencia de un acto de reconocimiento por parte de aquéllos.

Si el Derecho internacional no contractual y, por tanto, los mismos tratados internacionales han de valer como normas jurídicas objetivas, independientemente de la voluntad de los Estados obligados; si ha de ser posible la idea de una coordinación de todas las comunidades dadas históricamente como Estados, y si ha de descartarse la idea de una subordinación de todos bajo un único Estado soberano, entonces es preciso que el conocimiento jurídico parta de la idea del primado del orden jurídico internacional, es decir, del supuesto de que las normas conocidas con el nombre de Derecho internacional constituyen un orden jurídico totalitario superior a los « Estados », que delimita los respectivos ámbitos de validez, que a todos coordina y a todos comprende como órdenes parciales. Pero esto significa que, en tal supuesto, ningún Estado es soberano, puesto que todos se hallan sometidos en la misma medida al orden de la comunidad jurídica internacional, en la cual recae toda la soberanía. Pero significa, además, que desaparece toda la distinción fundamental entre el Estado y las comunidades no estatales que lo integran, así como que solamente pueden considerarse « Estados » ciertas comunidades relativamente supremas, es decir, sometidas al orden jurídico internacional, sin que por eso desaparezca la posibilidad de que entre las comunidades históricamente dadas como « Estados » y la comunidad jurídica internacional se intercalen ciertos grados intermedios, como el Estado federal, que ocupan una posición media entre los Estados miembros y la comunidad internacional, y poseen, no obstante, la calidad de « Estados ». Todavía más: nada se opone, en principio, a que se atribuya el carácter de « Estado », de *civitas máxima*, a la comunidad constituída por el Derecho internacional — como ya se ha hecho con alguna frecuencia —, desde el momento que se reconoce que el Estado constituye, en esencia, un orden jurídico; ciertamente, sólo a condición de que al atribuir a la comunidad jurídica internacional el título de « Estado universal » no se pretenda expresar otra cosa que la unidad del Derecho internacional positivo y no la de otros postulados de índole político-jusnaturalista respecto de un desenvolvimiento ulterior del orden del Derecho de gentes. Tal es, en verdad, el caso cuando sólo se admite como « Estado » un orden jurídico que establece órganos de la creación del Derecho encargados de tareas especializadas, y cuando bajo el nombre de « Estado universal » se postula una estructura diferenciada del orden jurídico interna-

cional, con órganos propios de la legislación y la ejecución. La cuestión en torno al carácter estatal de la comunidad jurídica internacional es en absoluto idéntica con el problema acerca de si el Derecho internacional es o no verdadero « Derecho ».

E. La naturaleza jurídica del Derecho internacional

Pero esta eterna cuestión acerca de si las normas del Derecho internacional poseen, en efecto, carácter jurídico, ha de comprenderse del siguiente modo: ¿hasta qué punto y de qué manera debe ser integrado este complejo normativo en el sistema unitario de todo Derecho en el mundo jurídico? Pues esas normas no merecerán el nombre de Derecho en tanto que no integren, con todas las demás normas dotadas de validez jurídica, la unidad de uno y el mismo sistema. Frente a esto, es un punto de vista secundario el hecho de que las normas del Derecho internacional contengan o no el momento de la coacción. Precisamente en torno a esto gira toda la discusión acerca de la naturaleza del Derecho internacional. Aquí, como de ordinario ocurre, en lugar de la cuestión acerca de si la coacción es contenido de las normas jurídicas internacionales, acerca de si estas normas prescriben el uso de la coacción para ciertos casos, se introduce capciosamente la cuestión en torno a si el Derecho internacional se impone de hecho coactivamente, y en qué grado; y del « hecho » de que con frecuencia es violado, sin que se reaccione frente a la violación con un acto coactivo, se deduce que no es « Derecho ». Cuanto llevamos dicho nos excusa de refutar esta argumentación superficialísima. Baste indicar aquí que el carácter jurídico del Derecho internacional no sería problema ni aun en el caso de que sus proposiciones, formuladas como normas jurídicas, no contuviesen la menor referencia al momento de la coacción, pues siempre cabría discutir si se trataba de proposiciones jurídicas completas o de elementos constitutivos de tales proposiciones, las cuales lograrían su plenitud jurídica, unidas a otras proposiciones complementarias del orden jurídico estatal. Si el Derecho internacional consistiese únicamente en la proposición *pacta sunt servanda*, ésta no significaría otra cosa — como ya antes indicamos — que el instaurar una fuente de Derecho, una autoridad jurídica, de la misma manera que esta otra proposición: « debe prestarse obediencia a las leyes del monarca ». La proposición jurídica completa diría así: « supuesto que el monarca así lo dispone por ley, debe el juez castigar a quien comete un robo ». Si se castiga sin que el supuesto esté dado, el acto es nulo; no es un acto jurídico. Una cuestión distinta es la de si la conducta del juez puede ser sometida a pena (disciplinaria) por una proposición jurídica diferente. Las determinaciones que afectan a la creación del Derecho no establecen, en primer término, los hechos condicionantes del acto de coacción; por eso esas determinaciones no contienen deberes, no estatuyen lo que jurídicamente « debe ser », sino lo que jurídicamente se « puede » hacer. Son hechos sin los cuales no pueden

originarse los actos jurídicos. La reacción es en el sentido de la nulidad, no de la coacción.

Ciertamente, estos hechos pueden convertirse a su vez en contenido de los deberes de los órganos, castigándose la comisión de actos jurídicos defectuosos o, mejor, de actos seudojurídicos, o la omisión de actos jurídicos exigidos. Por tanto, si el Derecho internacional consistiese únicamente en la norma de creación en virtud de la cual fuese establecido el tratado como fuente de Derecho, con esto se habría dado tan sólo una delegación para crear Derecho estatal; se habría establecido un hecho común a las proposiciones jurídicas completas del orden jurídico estatal. La conducta de los órganos contraria a lo pactado sería nula, pero quedaría asegurada la naturaleza jurídica de la proposición *pacta sunt servanda*, como proposición jurídica incompleta. Someter la conducta del órgano contraria al pacto, a la amenaza de una pena (estatal), sería sólo una consecuencia secundaria.

Por lo demás, hay también normas de Derecho internacional que determinan la conducta de ciertos hombres y, de hecho, la someten a una sanción específica. Esta sanción es la guerra. También se aplica ésta en los casos de conducta contraria a un pacto internacional, con lo cual se convierte en deber jurídico el obrar con arreglo a las prescripciones de los pactos en que se ha convenido. Constituye, indudablemente, una deficiencia técnica del Derecho internacional el que este acto de coacción no sea realizado por órganos especiales instituídos exclusivamente para esa realización, sino por el mismo Estado que, en su opinión, ha sido injustamente dañado en sus intereses, por lo cual no precisa la existencia de un procedimiento que determine, con plena objetividad, el hecho irregular; por todo esto, el Derecho internacional constituye aún un Derecho de tipo completamente primitivo. Pero ello no es razón suficiente para negarle el carácter de Derecho, si bien sólo se establece — y acerca de esto no puede dudarse — que la guerra, en el sentido de las normas internacionales que la estatuyen, sólo es admisible como reacción contra una infracción del Derecho internacional, es decir, supuestas ciertas condiciones estrictamente determinadas, establecidas por aquél. La circunstancia de que se deje a los interesados el determinar por su cuenta si estas condiciones son dadas o no, y que, por tanto, sea altamente discutible si el acto coactivo significa realización del Derecho o una nueva ilegalidad, no constituye una diferencia cualitativa, sino meramente cuantitativa respecto del orden jurídico estatal, pues tampoco en el ámbito de éste se puede determinar de un modo absoluto, a pesar de los desarrollos del procedimiento procesal, si es dado o no el hecho antijurídico condicionante del acto de coacción; y aun en el caso en que en virtud de una norma jurídica positiva el establecimiento del hecho se haga de manera definitiva en una determinada etapa del procedimiento, y por tanto sólo esta fijación definitiva constituya la condición del acto coactivo, siempre será dudoso si se han observado las determinaciones relativas al procedimiento en última instancia y, por

tanto, si los actos son jurídicos o antijurídicos. Tampoco el orden jurídico estatal es capaz de garantizar absolutamente la regularidad de los actos estatales, de excluir por completo la posibilidad de que un acto nulo valga como acto jurídico.

F. El Estado como «situación» del Derecho internacional

Si se parte del primado del orden jurídico internacional, se le presupone como de superior jerarquía a todos los Estados, pues el fundamento de su validez no radica ya — como en la teoría del primado del orden estatal propio — en la voluntad del Estado, sino que, a la inversa, el fundamento de la validez del Derecho interno radica en el orden jurídico internacional, en la «voluntad» de la comunidad jurídica internacional. Como resultado de cuanto llevamos dicho, el fundamento de la validez constitutivo de la unidad del orden jurídico estatal se traduce en una norma, por medio de la cual se instaura una autoridad suprema, una fuente de Derecho. Desde el punto de vista del primado del orden jurídico estatal, esa norma tiene carácter hipotético: la norma fundamental no es creada por un legislador, sino «supuesta» por el conocimiento jurídico. Pero si se parte del primado del orden jurídico internacional, tiene que haber dentro de su ámbito una proposición jurídica positiva en la cual se determinen las supremas autoridades jurídicas dentro de los respectivos órdenes jurídico-estatales y se delimiten unos de otros, de modo fundamental, los respectivos ámbitos de validez — lo cual no es aplicable a la norma fundamental teorética en el caso del primado del orden estatal —. Con otras palabras: lo que desde el punto de vista del orden estatal es una hipótesis de la ciencia del Derecho, desde el punto de vista del primado del orden internacional es una proposición jurídica positiva. El supuesto teórico fundador de la unidad es, por así decirlo, ascendido en un grado; conviértese en la norma fundamental constitutiva del orden jurídico internacional y, por tanto, de la unidad del sistema jurídico total; es la hipótesis originaria del Derecho internacional. La proposición que constituye el fundamento de la validez del Derecho interno y, por tanto, su principio de individuación, se encuentra, de hecho, en toda norma jurídica internacional que determina bajo qué condiciones debe considerarse existente un Estado en Derecho internacional. Esto suele expresarse diciendo que el Derecho internacional determina las condiciones bajo las cuales es «reconocido» un Estado como sujeto de Derecho de gentes, como miembro de la comunidad jurídica internacional. Frente a la teoría correspondiente al primado del orden jurídico interno, que exige el reconocimiento del Derecho internacional por los Estados, hállase la teoría que, por partir de un punto de vista contrapuesto, exige el reconocimiento del Estado por parte de la comunidad jurídica internacional. Compréndese fácilmente que ambas teorías del reconocimiento se excluyen mu-

tuamente, lo mismo que las hipótesis a las que corresponden. Sin embargo, la mayoría de los autores suelen mezclarlas y confundirlas.

Según la concepción más acertada, el reconocimiento de un Estado que ingresa en la comunidad jurídica internacional no se verifica mediante la declaración individual de las voluntades de los Estados que ya forman parte de ella, sino mediante una norma jurídica general. Esta norma, universalmente reconocida como proposición jurídica internacional, suele formularse así: existe un Estado en el sentido de la comunidad jurídica internacional cuando se establece un poder independiente de dominación sobre hombres que habitan en un determinado territorio; con otras palabras: cuando adquiere eficacia real, dentro de un cierto ámbito, un orden coactivo de la conducta humana, que no tiene sobre sí otro orden que el del Derecho internacional. Ahora bien; éste delega en el Derecho interno el modo cómo se constituye el poder de dominación, es decir, el método — autocrático o democrático — de creación y el contenido del orden jurídico, con las únicas limitaciones que resultan del contenido de las normas internacionales que regulan directamente la conducta humana, y del de las determinaciones concernientes a los respectivos ámbitos, espacial y temporal, de la validez. Así, pues, desde el punto de vista del primado del orden jurídico internacional, no sólo queda determinada la existencia del Estado para el Derecho de gentes, o su mera existencia jurídica, sino el Estado mismo en cuanto tal; es decir, queda establecido y regulado aquel hecho fundamental que constituye la base de todos los hechos jurídicos, dentro del sistema total del Derecho.

De este modo, el origen del Estado, que desde el punto de vista del primado del orden estatal constituye un problema metajurídico, se convierte en problema de Derecho positivo, idéntico al que suscita el nacimiento de una asociación cualquiera dentro de la legislación de un Estado. Los autores modernos han insistido repetidamente en señalar esta analogía.

Así como la legislación de cada Estado enlaza determinadas consecuencias a ciertas manifestaciones humanas de la voluntad, de contenido específico, constitutivas del hecho de fundación de una asociación, del mismo modo el Derecho internacional enlaza a un hecho por él descrito — el nacimiento de un Estado, el ingreso de un Estado en la comunidad jurídica internacional — aquellas consecuencias jurídicas que representan el sentido subjetivo inmanente del hecho, el cual queda objetivado jurídicamente de ese modo. En el momento que se forman ciertas representaciones psíquicas de normas y alcanzan un cierto grado de real eficacia, debe ocurrir jurídicamente lo mismo que expresan esas representaciones: el Derecho internacional confiere carácter jurídico al acto efectivo de dominio, es decir, le confiere el auténtico carácter de un «dominio»; o con otras palabras: el Derecho internacional legitima, bajo ciertas condiciones, el sentido inmanente

de orden normativo, con el que se presentan ciertas acciones reales; este orden normativo es elevado a orden jurídico, y, dentro de los límites trazados por el Derecho internacional, constitúyese en orden parcial del sistema universal del Derecho. Así también la legislación de cada Estado determina que debe ser Derecho lo que las partes acuerden entre sí que lo sea, delegando en ellas, dentro de ciertos límites, la facultad de creación jurídica. La peculiaridad de la delegación del orden jurídico interno por el Derecho internacional consiste únicamente en que, entre las condiciones prescritas por éste para la validez de la legislación interna, figura un cierto grado de eficacia de los actos que tienden a realizar ese orden. Esto no es incompatible en modo alguno con la antinomia de ser y deber ser, pues ésta no es suprimida sino cuando se sostiene que sólo es válido lo que es, y que todo lo que es tiene valor. La proposición « si *a* es, debe ser *b* » carece de sentido si *a* es igual a *b*, y su sentido es meramente el de una proposición lógica y no normativa, en tanto que *a* difiere en algo de *b*, pero, no obstante, coincide casi en su totalidad con él. La norma por medio de la cual el Derecho internacional reconoce a un Estado, no dice: «si *A* manda y *B* obedece siempre, *A* debe mandar y *B* debe obedecer », sino « si *A* manda y *B* obedece la mayoría de las veces, *A* debe mandar y *B* obedecer siempre ».

El Derecho internacional establece no solamente el comienzo, sino el término de la validez del orden jurídico estatal, desde el momento que la norma determinante del hecho fundamental del Estado contiene el requisito de la eficacia. Si el Derecho de un Estado pierde su eficacia porque en lugar de la ideología hasta entonces dominante triunfa una ideología nueva — por ejemplo, en caso de revolución —, entonces comienza, con arreglo al Derecho internacional, la validez del contenido de la nueva ideología, que posee la eficacia necesaria. Es una norma de Derecho internacional, universalmente admitida, que la revolución triunfante o el usurpador victorioso se convierten en poder legítimo. Si « revolución » significa tanto como ruptura de la continuidad jurídica; si el concepto de revolución debe expresar que el orden jurídico interno no ha variado con arreglo a su ley inmanente, sino que ha sido sustituído por un orden distinto que no puede derivar del primero con arreglo a las determinaciones de éste relativas a la modificación de las normas: todo esto significa — partiendo del punto de vista del primado del orden jurídico internacional —, no que la mutación carezca de ley, sino que no se ha verificado con arreglo a la ley del orden jurídico interno, sino según una ley de grado superior, según una ley del Derecho internacional; así que la continuidad jurídica no se ha interrumpido más que relativamente y, en realidad, ha quedado asegurada, al mismo tiempo que se ha mantenido también, en el ámbito temporal, la unidad del sistema jurídico. De este modo se evita la idea de un caos de etapas jurídicas sucesivas, sin el enlace de una ley jurídica común; pero desde el punto de vista del primado del orden jurídico estatal, no hay ninguna vía que ponga en comunica-

ción el Derecho vigente con anterioridad, desplazado por una revolución, es decir, por una ruptura del Derecho, con el nuevo orden estatal creado mediante ese procedimiento.

§ 23. La mutua relación de ambas hipótesis jurídicas fundamentales: significación de cada una de ellas

A. La equivalencia jurídica de ambas hipótesis

Desde el punto de vista de una Teoría del Derecho positivo, hay que conceder el mismo valor a las dos hipótesis jurídicas aquí desenvueltas. No es posible atribuir la preferencia a una u otra por razones de índole jurídica, pues aquí se trata de los « supuestos » de la Teoría del Derecho. Puede concederse sin discusión que, desde el punto de vista del primado del orden estatal, ciertos hechos o normas que surgen con la pretensión subjetiva de valer como Derecho, no pueden ser interpretados objetivamente en ese sentido; así, por ejemplo, las normas de Derecho internacional no creadas por la vía contractual (las creadas por ese procedimiento pueden ser comprendidas jurídicamente, desde ese punto de vista, como elementos del orden jurídico interno, si la constitución determina que los tratados internacionales constituyen fuente de Derecho); así, especialmente, el principio según el cual la identidad del Estado no sufre lo más mínimo con una ruptura constitucional revolucionaria; así como la idea de la coordinación de los Estados (por ejemplo, desde el punto de vista del primado del orden jurídico interno, el Tratado entre el Estado propio y un Estado extranjero debe interpretarse de modo análogo a un arreglo entre el Estado y uno de sus municipios, el cual será, en este sentido, subordinado, no coordinado de aquél). Pero, dentro del ámbito del conocimiento jurídico, no hay la más mínima necesidad de reconocer el carácter jurídico de las normas y situaciones que, desde el punto de vista del primado del orden interno, no pueden comprenderse jurídicamente. Contra el que niega en absoluto el carácter jurídico del Derecho internacional, no se puede oponer ninguna argumentación que le obligue a pensar lo contrario. Del mismo modo que no se puede obligar a un anarquista a reconocer que los hechos que desde el punto de vista del primado del orden estatal se interpretan como Derecho, constituyen actos jurídicos y no actos de fuerza bruta. Sólo puede mostrarse la posibilidad de comprender el complejo de hechos o normas constitutivas del Derecho internacional dentro de un sistema unitario, en el cual se contienen todos los órdenes jurídico-estatales. El material que se interpreta como Derecho no constituye ya *a priori* « Derecho », sino que adquiere esa cualidad merced a la hipótesis jurídica que sirve para interpretarle.

El carácter radicalmente hipotético de este sistema unitario del Derecho, no puede ser eludido ni aun intentando asegurar la unidad del Derecho internacional, en general, y la « unidad de la imagen jurídica del mundo », construída sobre la base del Derecho internacional

cómo Derecho superestatal, por referencia a una relación inmanente al material jurídico, a una conexión « normativa » entre el Derecho internacional y cada uno de los Derechos estatales; hay actos jurídico-estatales que se remiten al Derecho internacional como Derecho superestatal (VERDROSS). Esta referencia es posible, sin duda. El sentido subjetivo del texto de muchos tratados internacionales consiste seguramente en presuponer la norma *pacta sunt servanda* como norma jurídica de un sistema de Derecho superior a las partes contratantes coordinadas. Pero ¿se legitima también objetivamente este sentido subjetivo? ¿Es también exacta la teoría implicada en este acto jurídico de los contratantes? — lo único que es dado —, pues hay actos jurídicos que expresan una teoría enteramente contraria; así, por ejemplo, cuando una constitución declara que el Derecho internacional es parte constitutiva de la misma, sin hablar de los innumerables actos jurídicos que afirman la soberanía del Estado. ¿Es republicana una constitución por el mero hecho de que ella así lo declare? ¿Es federal un Estado sólo porque así lo afirme su constitución? Hay actos jurídicos que por ser expresados en palabras pueden indicar por sí mismos algo acerca de su propia significación. Ésta es una distinción no carente de importancia, entre el material del conocimiento científico social o jurídico, y el material del conocimiento de la naturaleza. Constituye una *petitio principii* aceptar de antemano como objetivo el sentido jurídico que ciertos actos humanos pretenden tener subjetivamente, pues el hecho de que sean o no actos jurídicos, su posición en el sistema del Derecho, así como su importancia y significación para otros actos, depende de la hipótesis fundamental con arreglo a la cual sea creado el esquema de interpretación de los mismos. Y constituye igualmente otra petición de principio deducir la existencia de un Derecho internacional superestatal del hecho de que hay normas — por ejemplo, el Derecho internacional consuetudinario — que no son creadas por ninguno de los procedimientos del Derecho interno, pues sólo puede afirmarse el carácter jurídico de esas normas y el carácter no estatal de esos actos, supuesta la hipótesis que permite afirmar que esas normas son jurídicas y que esos actos no son estatales. Para quien no acepte esta hipótesis, ni hay tales proposiciones jurídicas ni semejantes procedimientos extraestatales.

B. La confusión de las dos hipótesis

No son, pues, razones de índole jurídica aquellas que pueden dar la preferencia a una u otra de las dos hipótesis cuyas consecuencias han quedado expuestas. Sin embargo, es preciso decidirse por alguna. Es uno de los errores más funestos de la Teoría actual del Derecho político e internacional su propensión a mezclar y confundir ambos supuestos del conocimiento jurídico, cuando, en realidad, son incompatibles, y a enlazar consecuencias de uno de ellos con las que sólo son posibles sobre la base del otro, operando al mismo tiempo con la afir-

mación de la soberanía del Estado y con la idea de un Derecho internacional superior a los órdenes estatales.

Igualmente inadmisible es el intento de enlazar mutuamente los dos opuestos puntos de vista — primado del orden jurídico estatal y del orden jurídico internacional — suponiendo la existencia de una delegación recíproca del Derecho internacional y del Derecho interno, deduciendo de ahí la coordinación de ambos sistemas : el orden jurídico estatal delegaría en el Derecho internacional (como Derecho político externo), pero, por otra parte, el Derecho internacional delegaría en el Derecho interno. Por tanto, ninguno estaría subordinado al otro; ambos se hallarían coordinados. Esto equivaldría al intento de sustituir la unidad del punto de vista, por su mutación constante. El resultado — que reduciría *ad absurdum* semejante supuesto — no sería el de que ambos órdenes jurídicos fuesen coordinados entre sí — pues esto sólo sería posible en el caso de que se hallasen sometidos a un tercero —, sino que se hallarían en una relación recíproca de supraordinación y subordinación, es decir, los dos tendrían que ser considerados al propio tiempo como delegados y delegantes ; cada uno tendría en el otro el fundamento de su propia validez, y al mismo tiempo fundamentaría la validez del otro, lo cual es, naturalmente, una petición de principio.

C. La construcción dualista

Es en vano intentar escapar del yugo de cualquiera de estas doctrinas — que tienden por igual a la unidad del sistema jurídico —, suponiendo que el orden jurídico estatal y el Derecho internacional constituyen dos círculos normativos enteramente independientes uno de otro, sin mantener entre sí el menor contacto, suplantando el monismo por una construcción dualista (la cual degenera en un «pluralismo jurídico», desde el momento que tiene que renunciar a la relación establecida por el Derecho internacional entre el orden jurídico estatal propio y los restantes órdenes jurídicos extranjeros). No cabe imaginar una multitud de zonas jurídicas aisladas unas de otras en el espacio y en el tiempo, porque es imposible admitir que todos estos diversos sistemas normativos constituyen órdenes jurídicos igualmente válidos, sin referirlos a un centro común que fundamenta la validez y atribuye el carácter jurídico a todos ellos.

Si se piensa que el Derecho internacional constituye un sistema normativo diverso del orden jurídico interno, sin mantener la menor relación jurídica con él, al modo, por ejemplo, del orden moral respecto del orden jurídico (y los que niegan el Derecho internacional insisten generalmente en señalar que éste es una especie de moral), es preciso deducir la consecuencia y negar todo género de validez de las normas jurídico-internacionales, del mismo modo que, desde el punto de vista del conocimiento jurídico, es decir, del conocimiento que sólo aspira a conocer el Derecho, no se reconoce la validez de las normas de la moral. Hoy suele recurrirse a un cómodo expediente para eludir

la dificultad, pero es inadmisible: el jurista invoca la validez de las normas internacionales cuando tiene interés en ellas, aun cuando haga la aclaración de que son normas de importancia subalterna; pero rechaza la validez de las mismas, invocando su falta de carácter jurídico, en el momento que está interesado en lo contrario. Si hay un criterio absoluto para averiguar el carácter científico del conocimiento del Derecho o del Estado, no puede ser otro que la unidad del punto de vista gnoseológico, la cual constituye, al propio tiempo, la unidad del sistema que recibe el nombre de Estado o Derecho.

D. La significación epistemológica de las dos hipótesis

Las dos teorías que han sido expuestas, la del primado del orden jurídico interno y la del primado del orden jurídico internacional, constituyen — en cuanto supuestos diferentes de la ciencia del Derecho — dos distintas hipótesis epistemológicas. La significación decisiva y el valor específico de cada una de ellas se advierten en cuanto se pone en claro la íntima conexión que media entre la gnoseología jurídica y la Teoría general del conocimiento, y se advierte que ambas hipótesis jurídicas, cuyas últimas consecuencias han quedado expuestas, no constituyen sino aplicaciones particulares de los dos principios fundamentales y generalísimos de la epistemología. Por eso la antítesis de la construcción jurídica se convierte en la contraposición de «subjetivismo» y «objetivismo» gnoseológicos y, en último término, en dos modos antitéticos de concebir el mundo y los valores.

Si la teoría del primado del orden jurídico estatal adopta como supuesto y punto de partida del conocimiento el Estado soberano propio, es decir, el orden estatal considerado como supremo y último sistema normativo, y sólo admite la existencia de otros «Estados» si son «reconocidos» o delegados por el orden estatal propio y, por tanto, no los reconoce más que como órdenes parciales, como partes constitutivas del orden jurídico propio que se extiende sobre todos los restantes, como un orden universal; si, por consecuencia, los restantes órdenes o comunidades carecen necesariamente de aquel carácter específico que constituye la nota peculiar exclusiva del orden propio tomado por punto de partida de la construcción, a saber, la soberanía, cuya unidad universal pretende ser excluyente, y si, por tanto, se afirma como único el Estado soberano, en cuya voluntad y por virtud de la cual se apoya el Derecho internacional con todas las restantes comunidades, tenemos la imagen — más que una imagen — de aquella teoría subjetivista que, para comprender el mundo, parte del propio «yo», y no acierta a salir de él desde el momento que declara el mundo sensible, la naturaleza, como representación, y el mundo de los valores como voluntad de ese «yo», convirtiendo de ese modo el propio soberano «yo» en un universo, incapaz, empero, de comprender a los otros sujetos, al «no yo» que surge con idéntica pretensión de soberanía,

al « tú » que aspira también a convertirse en « yo » y, por tanto, en centro del universo, porque es incapaz de hacer honor a su pretensión de soberanía ; pues si la unidad radica en el « yo », éste se convierte en el « único ». La exclusividad de la soberanía, la unicidad del « yo estatal » soberano no es más que la analogía, o más que la analogía de la ineludible consecuencia solipsista del subjetivismo.

La teoría subjetivista del Derecho internacional, que contrapone al Estado, como sujeto, todo el restante mundo jurídico, como objeto, y que por medio de la teoría del reconocimiento disuelve este objeto en función del sujeto, encuentra su continuación y complemento naturales (o visto desde el otro cabo, su comienzo y su punto de partida) — teniendo en cuenta la relatividad de la antítesis de sujeto y objeto — en la doctrina que fundamenta el Estado en la voluntad de los hombres y busca la justificación del Derecho, como orden jurídico estatal, en el « reconocimiento » de los súbditos, de los individuos humanos. Y de este modo, el mundo de los valores, y en especial el mundo del Estado o el Derecho, el Derecho y el Estado universales quedan convertidos — no sólo por analogía, sino de hecho y directamente —, por de pronto, en voluntad de cada Estado o en parte constitutiva del propio orden jurídico estatal, y en definitiva, siguiendo la suerte de éste, en voluntad del mismo sujeto que hace del mundo de la naturaleza « su representación ».

Cuando, por el contrario, una concepción objetivista del mundo y de los valores parte del mundo para llegar al «yo», presuponiendo una razón objetiva universal, un espíritu universal, del cual los individuos que conocen y quieren no son más que subjetivaciones y concreciones, formas manifestativas efímeras y provisionales, porque sus espíritus no son más que partes integrantes del espíritu universal, sus inteligencias emanaciones de la suprema razón universal, y sus «yos» feudatarios del «yo» universal, único soberano, pero hallándose coordinados y equivalentes, no como el « tú » y el « yo » del subjetivismo, que se desconocen mutuamente: tenemos la imagen, el modelo de la hipótesis de un orden jurídico universal — que afirma su validez en el mundo del Derecho —, de la teoría del primado del orden jurídico internacional — basada en el carácter objetivo del Derecho — dentro del cual los diversos órdenes jurídico-estatales constituyen comunidades coordinadas y equivalentes, pero — en cuanto órdenes meramente parciales — no «Estados» en el sentido de órdenes totalitarios de sujetos soberanos, sino que son abarcados por una unidad superior, por la totalidad de la *civitas maxima*, única soberana. Para el objetivismo, el individuo es mera apariencia. Y la teoría jurídica que afirma el primado del Derecho internacional, porque desprende las últimas consecuencias de la objetividad del Derecho, no sólo tiene que negar a cada uno de los Estados, como personificaciones de órdenes parciales, el carácter de unidades definitivas y supremas, sino que, proseguida lógicamente, tiene que llegar a reducir la persona «física», el sujeto « natural » de Derecho a su substrato, a parte constitutiva

del orden jurídico objetivo, disolviéndolo, como ya antes quedó indicado, en la personificación de un ordenamiento parcial.

Sin que esto signifique tomar partido por ninguna de las ideologías contrapuestas, precisa advertir que la teoría jurídica subjetivista tiene que ir a parar, en último término, a la negación de todo Derecho y, por tanto, a la desaparición del conocimiento y de la ciencia jurídica, pues la esencia eterna del Derecho, su existencia toda, radica en la objetividad de su validez. Es una tautología añadir que el Estado y las colectividades en general no son dadas más que a una concepción fundamentalmente objetivista o colectivista. Pero la tendencia subjetivista inmanente a la teoría del primado del orden jurídico estatal, conduce forzosamente a la negación no sólo del Derecho internacional, sino — al menos en esta esfera — de la idea misma del Derecho, y a la afirmación del punto de vista del poder. Si esta idea se la trasplanta a la esfera del orden estatal, tendremos el primado del individuo, la negación de todo Derecho y la proclamación del poder como idea suprema. Casi todos los argumentos que ponen en tela de juicio la existencia de la ciencia jurídica, proceden, en definitiva, de un principio subjetivista.

APÉNDICE

Estado e Iglesia

Un problema análogo, en parte, al que se plantea en las relaciones entre el Estado y el Derecho internacional, preséntase en las relaciones entre la Iglesia y el Estado. La « Iglesia » constituye un orden, una ordenación de la vida religiosa de los hombres, es decir, de la conducta por ellos seguida en la veneración de una divinidad. Si se parte del supuesto de que la relación con la divinidad constituye el fin supremo al que deben subordinarse todos los demás fines de la vida, entonces la Iglesia constituye un orden de la vida humana en todos sus aspectos, desde el supremo punto de vista de la idea religiosa.

Ahora bien, mientras este orden no surge con carácter coactivo, es decir, como orden jurídico, no hay problema, no existe el específico problema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Considerada la Iglesia como un mero conjunto de normas ético-religiosas, no se halla frente al orden jurídico estatal de modo distinto a como se encuentra cualquier otro sistema de moral; pero, en ese caso, es preferible hablar de « religión » más bien que de « Iglesia ». Desde el punto de vista del orden jurídico estatal, no puede afirmarse la existencia, es decir, la validez de tales normas religiosas, sino en tanto que están reconocidas por la legislación del Estado, bien porque ésta se remita a ellas, bien porque las acepte como elementos constitutivos propios. El « problema » de la relación entre la Iglesia y el Estado surge en el momento que las normas reguladoras de la vida religiosa se convierten en normas jurídicas, es decir, en el momento que el orden religioso se convierte en orden coactivo de la conducta humana, en el mismo sentido que el Estado; y entonces se origina la cuestión acerca de qué manera será posible enlazar en un sistema unitario de Derecho esa zona jurídica, con la de cada orden jurídico estatal y la del Derecho internacional.

Si la Iglesia es un orden jurídico, es un Estado; tanto más si el orden eclesiástico funciona mediante órganos especializados para realizar los actos coactivos por él estatuídos. Pero es un Estado de naturaleza peculiar; un orden estatal que regula la conducta humana atendiendo de modo especial al momento religioso: el honor a Dios.

La relación entre el Estado y la Iglesia es, pues, la relación entre la única colectividad conocida en la historia con el nombre de «Estado», porque sus fines no eran religiosos, sino de otra especie, y el Estado conocido históricamente con el nombre de « Iglesia ». Pero si la Iglesia no es más que un orden jurídico parcial, entonces es parte de un Estado.

Partiendo de nuestro punto de vista fundamental, resulta que el llamado «Derecho canónico» coincide con la Iglesia, considerada como orden jurídico; el Derecho canónico no es — como insistentemente se afirma — un Derecho nacido y existente con independencia del « Estado », porque también en este caso son idénticos los conceptos de orden jurídico y orden estatal; por tanto, sólo la restricción inadmisible del concepto de Estado al orden jurídico que sirve única o principalmente fines no religiosos suscita la apariencia de un Derecho independiente del «Estado», cuando en verdad se trata únicamente de un Derecho independiente de ese Estado que, a diferencia del que podríamos llamar «Estado religioso», constituye el Estado civil. El orden jurídico eclesiástico es un Estado — aunque con un contenido específico —, a no ser que constituya parte integrante de un orden « estatal » (en el sentido estricto de la palabra, como un orden enderezado a un fin capital distinto del religioso). El Estado-Iglesia católico y la teocracia judía son ejemplos de esto.

Pero también es inexacta otra concepción, muy extendida, según la cual el Estado y la Iglesia son comunidades que difieren una de otra de modo tan radical que es imposible subsumirlas bajo una unidad superior común, pues el Estado regula únicamente las relaciones civiles de los hombres, mientras que la Iglesia cuida de lo sobrenatural, de los negocios humanos en cuanto trascienden al « más allá ». Pero el orden eclesiástico, como todo orden, como todo sistema normativo, no puede tener por objeto otra cosa que conducta humana, y, en cuanto objeto de conocimiento, no puede regular más que conducta humana terrena, la única que podemos conocer. Ante el conocimiento del orden normativo eclesiástico cognoscible por el hombre, el hecho de que dicho orden prescriba una conducta de la cual cree el legislador que tendrá consecuencias en un ámbito sustraído a todo conocimiento, no posee una significación distinta que la estimación de los fines y motivos del orden jurídico terreno conocido como Estado. Esto es así, incluso en el caso de que el orden eclesiástico no constituya otra cosa que un sistema de normas ético-religiosas. Pero si se atribuye a la Iglesia el carácter de orden jurídico, se le reconoce al propio tiempo la pretensión de poder articular este complejo jurídico con las restantes zonas del Derecho en un sistema unitario.

Por eso es lógicamente imposible conceder que la Iglesia sea o posea un orden jurídico — a pesar de que sus fines van enderezados al más allá — y afirmar al mismo tiempo que sobre el Estado y la Iglesia no puede existir un orden común de carácter jurídico. No es cierto, aun cuando lo afirmen autores de gran prestigio, que el Estado y la Iglesia no puedan tener puntos de contacto en sus respectivos radios de

acción, o que sólo los tengan porque se dirigen en parte a los mismos sujetos; ni que entre uno y otra no pueda darse el menor conflicto, porque el ámbito de las respectivas competencias es diferente, o que, caso de darse, sea sólo por vía de excepción, en algunos dominios fronterizos cuya posesión se discute. Partiendo de estas premisas, hay canonistas que se creen autorizados a deducir la consecuencia de que el Estado y la Iglesia son comunidades coordinadas y soberanas cada una dentro de su ámbito respectivo de validez, si bien las dos afectan a los mismos hombres que habitan el mismo espacio. De ahí deducen todavía que el conflicto — posible aunque sólo sea por vía de excepción — entre ambas potestades no puede ser juzgado sino como una lucha de poder a poder, pues por falta de un Derecho superior común no es susceptible de solución jurídica (STUTZ). Pero lo cierto es que por constituir la Iglesia y el Estado órdenes jurídicos diversos que regulan total o parcialmente la conducta de los hombres y que persiguen fines distintos, tienen que incurrir necesariamente en conflictos, y no por vía de excepción, sino en múltiples respectos, ya que el fin religioso tiene que determinar la totalidad de la conducta humana, desde el momento que ese fin es el supremo para la Iglesia. Ese conflicto no puede evitarse más que si se hallan previamente delimitadas las respectivas competencias, estatal y eclesiástica. Y este límite tiene que ser un verdadero límite jurídico, suponiendo que el Estado y la Iglesia constituyan, en efecto, verdaderos órdenes jurídicos. Por eso es imposible la teoría de la coordinación de ambas potestades, a la que antes aludíamos, según la cual, tanto el Estado como la Iglesia constituyen órdenes soberanos cada uno en su ámbito, es decir, no sometidos a ningún orden superior que los delimite jurídicamente. Cuando esta teoría la sustentan autores eclesiásticos, dan tácitamente por supuesto que la delimitación de competencias entre ambas potestades — y supuesto, igualmente, el carácter jurídico de la Iglesia — no puede realizarla nadie más que la Iglesia, puesto que el fin religioso prima sobre todos los demás, y por eso es la única autorizada para deslindar el ámbito que ha de ser sometido a su regulación inmediata, abandonando lo restante al Estado. De ese modo pretende la Iglesia ocupar el puesto de un orden que delega en el Estado la regulación de las competencias que aquélla le cede; aspira a convertirse, por tanto, en un orden total superior al Estado, que constituye un mero orden parcial, sobre el cual afirma la Iglesia un derecho de regulación meramente indirecta. Tal es el punto de vista de la Iglesia católica, la cual aspira, por su misma esencia, al primado sobre todos los órdenes jurídicos de todos los Estados, sin excluir al mismo Derecho internacional, regulador de las relaciones interestatales. La teoría del primado de la Iglesia sobre el Estado ha ido tan lejos, que se atribuyó a la Iglesia católica, o a su órgano supremo, el Papa, una «potestas indirecta» sobre el dominio temporal — a diferencia de la «potestas directa» sobre el espiritual —, la cual permitía someter los actos estatales que tenían relación con el orden eclesiástico al control de los órga-

nos de la Iglesia, e incluso podían ser anulados dichos actos cuando eran anticanónicos. La concepción según la cual el Papa tenía incluso una «potestas directa» sobre el dominio temporal, no fué representada más que en la Edad Media.

En el polo opuesto a esta concepción de las relaciones entre la Iglesia y el Estado se halla situada aquella otra que afirma el primado, la supremacía del Estado sobre la Iglesia. Puesto que sólo se habla de Estados particularmente considerados, el orden eclesiástico que está bajo el orden estatal no puede sobrepasar en su ámbito espacial y personal de validez los límites de éste. El orden eclesiástico no es más que un orden parcial, caracterizado por su especial contenido, dentro del sistema complejo del orden estatal, cuyos fines no son los religiosos. Ahora bien, la legislación del Estado puede abandonar a la libre actividad de los individuos la satisfacción de sus necesidades religiosas, de tal modo que la ordenación de la conducta de una pluralidad de hombres con vistas al fin religioso puede no crearse de otro modo que mediante el libre asentimiento de esos hombres, como se crea una asociación cualquiera. De ese modo, la Iglesia o las distintas Iglesias ocupan dentro del Estado una posición análoga a la de las asociaciones, y están sometidas a la misma ley que éstas en lo que respecta a su nacimiento, funciones y extinción. En ese régimen, el orden eclesiástico es un «estatuto» creado por convenio de los miembros; la Iglesia es una asociación «privada» y, por consiguiente, un sector del orden jurídico o del Estado.

El orden jurídico estatal no contiene ninguna norma taxativa, con un contenido determinado y concreto, dictada por vía legal o como orden de la autoridad, que afecte a la conducta religiosa del hombre; se limita — en la ley de asociaciones — a poner a disposición de los súbditos formas jurídicas con arreglo a las cuales pueden dictarse, con plena autonomía, su ordenación religiosa. Normas que regulen concretamente la conducta religiosa del hombre sólo se encuentran, en este sistema, en la esfera del negocio jurídico. La ley no exige ninguna confesión religiosa, no pone ninguna religión como condición de ningún cargo público, no impone la enseñanza religiosa en las escuelas públicas, no se cuida de la formación ni de la retribución de los clérigos de ninguna confesión, etc. Este sistema, que puede ser desenvuelto más o menos consecuentemente, suele ser conocido con la denominación, no muy acertada, de «separación de la Iglesia y el Estado».

Próximo a este sistema se halla aquel otro en el que el Derecho estatal concede a las asociaciones religiosas una situación de privilegio frente a las demás, siempre que cumplan ciertas condiciones mínimas, como poseer un número suficiente de miembros, coincidencia de los preceptos religiosos con las concepciones morales generalmente admitidas, etc.; entonces se dice que el Derecho les atribuye la calidad de corporaciones o instituciones «de Derecho público». Esto significa que las asociaciones religiosas están autorizadas para cubrir los gastos necesarios a sus fines mediante impuestos que los miembros vienen

obligados a satisfacer en virtud de una norma dictada por un órgano determinado por la organización (eventualmente, la resolución de la mayoría de un órgano colegiado); y significa, además, que esas contribuciones de los miembros pueden ser exigidas coactivamente por la vía de la llamada «ejecución política». El aparato estatal coactivo entra en funciones, a instancia del órgano competente designado por la organización, contra el miembro que incumple sus obligaciones, sin que para ello haya sido precisa la previa presentación de querella ante el tribunal ordinario, ni la constatación del incumplimiento de la obligación, es decir, la previa sentencia del tribunal, con autoridad de cosa juzgada. Pero, en este sistema, las confesiones religiosas pueden estar autorizadas para imponer a sus miembros otras especies de deberes, coactivamente exigibles.

El sistema de separación de la Iglesia y el Estado y el de privilegio de las asociaciones religiosas van unidos generalmente con el principio de no prohibir jurídicamente ninguna confesión religiosa, siempre que no esté en contradicción con los preceptos del orden jurídico estatal; pero, por otra parte, no se prohibe tampoco la irreligiosidad, la no pertenencia a una confesión determinada. Allí donde impera el régimen de privilegio, la legislación prescribe generalmente, con carácter obligatorio, la enseñanza religiosa en las escuelas públicas para los pertenecientes a la confesión o confesiones privilegiadas, cuida de la formación y remuneración de los clérigos de todas o algunas religiones, prescribe una fórmula de juramento religioso en el procedimiento judicial o en la provisión de ciertos cargos públicos, regula el cambio de religión, etc. Allí donde, como en los dos casos precitados, no existe la libertad religiosa, sino que sólo se admite jurídicamente una única religión a la cual están obligados los súbditos, al menos en principio, a pertenecer, los órganos encargados de las funciones religiosas — los sacerdotes — no actúan como órganos directos de un orden parcial dentro del jurídico estatal, o de una comunidad parcial dentro de la comunidad jurídica del Estado, sino como órganos inmediatos del Estado, lo mismo que los demás; el jefe del Estado, especialmente, actúa como órgano supremo de la función temporal y como sumo sacerdote; entonces se habla de la «unidad del Estado y de la Iglesia». Según que, con arreglo al Derecho positivo, el fin religioso tenga una importancia primaria o secundaria y, por tanto, la supremacía corresponda a los órganos temporales o a los espirituales, y, especialmente, según que el jefe del Estado sea en primer lugar generalísimo, juez y administrador, y sólo en segundo término sumo sacerdote, o a la inversa, cabe hablar de una «Iglesia del Estado» o de un «Estado eclesiástico» (o «Teocracia»). Allí donde, como en el catolicismo, la idea religiosa se presenta con una pretensión de validez que sobrepasa al ámbito de cada Estado, la unidad de la Iglesia y el Estado se convierte en la primacía de aquélla sobre éste, es decir, en el primado de una Iglesia universal (como organización de toda la humanidad, diferenciada tan sólo en sus relaciones temporales) sobre todos y cada

uno de los Estados (como órdenes jurídicos de las comunidades parciales, diferenciadas entre sí en el orden temporal).

Como un residuo histórico del anterior Estado eclesiástico católico, sólo existe hoy, en el Derecho positivo, la llamada « personalidad internacional del Papa ». Con referencia a ella, hay que reconocer la posibilidad de tratados internacionales entre el Papa y los distintos Estados para la regulación estatal de los asuntos concernientes a la religión católica. Ese carácter poseen los llamados « concordatos ». Por lo demás, con arreglo al Derecho positivo en vigor, la Iglesia católica no posee otra posición que la que le corresponde, dentro de cada legislación estatal, conforme al sistema de separación de Iglesia y Estado, o al de privilegio de las confesiones religiosas.

CAPÍTULO QUINTO

El ámbito de validez del orden estatal

La teoría del territorio y el pueblo del Estado

§ 24. El ámbito espacial de validez del orden estatal (Territorio del Estado)

A. El espacio y el tiempo como contenidos de la norma jurídica

Admitido que el Estado es un sistema de normas cuyo contenido esencial, ya que no exclusivo, es la conducta humana, se admite implícitamente que el espacio y el tiempo son también contenidos de las normas. No sólo la conducta del hombre, sino todos aquellos hechos que regulan las normas estatales, hállanse encuadrados espacial y temporalmente. Con arreglo al sentido de las normas del Derecho, un hombre debe realizar en cierto lugar, en determinado espacio, y en alguna ocasión, en un momento determinado, un cierto hecho, como condición de que en cierta ocasión y en cierto lugar se realice otro, consecuencia del primero. La validez de las normas constitutivas del orden del Estado es, pues, una validez tempoespacial, en el sentido de que dichas normas tienen como contenido determinados acontecimientos, encuadrados espacial y temporalmente. Por lo demás, esto no constituye un momento específico de las normas del Derecho, pues toda norma, todo « deber ser » cuyo contenido sea la conducta humana, tiene que referirse al tiempo y al espacio en que aquélla se realiza. Pero sería un error suponer que, por este motivo, desaparece la antítesis entre el ser y el deber ser, porque el tiempo y el espacio son las formas de la intuición del ser — en cuanto realidad natural —. Si se negase que el espacio y el tiempo son contenidos normativos, si no quisiera reconocerse, por tanto, que la norma jurídica tiene que valer en algún sitio y durante algún tiempo (en el sentido de que enlaza normativamente hechos distintos acaecidos en algún lugar y en algún momento: « si acontece aquí y ahora tal cosa, debe acontecer allá y entonces tal otra »), ello equivaldría a sostener que la norma no valía en ningún tiempo ni lugar; por tanto, que carecía pura y simplemente de validez; no tendría ningún posible contenido ni, por tanto, validez posible. Pero, puesto que los momentos espacial y temporal, esenciales a la norma, son

ilimitados *a priori*, la validez de la misma se extiende a todo tiempo y lugar, mientras ella misma no se imponga limitaciones. En cualquier lugar y en cualquier momento que se realice el hecho condicionante, debe seguir la consecuencia jurídica, sin limitaciones. Tal es el sentido de la norma, cuando no contiene ninguna determinación especial concerniente a los ámbitos espacial y temporal de su validez. No es que la norma posea vigencia fuera del tiempo y del espacio, sino que no se circunscribe ni a un determinado espacio ni a un determinado tiempo. Pero la norma puede limitarse en ese doble respecto : puede circunscribirse a enlazar únicamente a los hechos condicionantes acaecidos en determinado momento y lugar, los hechos-consecuencia que deberán realizarse tan sólo en determinado lugar y momento. Entonces, la validez de la norma se halla limitada — en este sentido — tanto en el ámbito temporal como en el espacial.

B. El territorio del Estado como ámbito espacial de la validez de un orden jurídico

La validez del sistema normativo que constituye el orden jurídico estatal se circunscribe, en principio, a un determinado territorio. Los hechos que regulan esas normas tienen la nota especial de que han de ocurrir precisamente en un territorio determinado. Sólo en virtud de esta limitación del ámbito espacial de la validez de las normas es posible la vigencia simultánea de varios órdenes estatales, sin incurrir en conflicto unos con otros, dada la variedad de sus contenidos. Esta limitación del ámbito espacial de la validez no deriva en modo alguno de la esencia de la norma de Derecho considerada en sí misma ; no puede alcanzarse más que por determinación positiva.

Es una de las funciones específicas del Derecho internacional la delimitación de los restantes ámbitos de validez de cada orden jurídico. Incluso puede afirmarse que el concepto de orden jurídico estatal nace en virtud de esta delimitación. Aquí no interesa la cuestión acerca de si el Derecho internacional constituye un orden jurídico superior a los órdenes estatales, cuya validez respectiva delimita y a los cuales coordina, o si, por el contrario (partiendo del punto de vista de un Estado único, del Estado propio), no se ve en el Derecho internacional otra cosa que un « Derecho político externo », un elemento del orden jurídico estatal propio, un orden parcial subordinado que posee cierto ámbito espacial de validez, merced al reconocimiento de los demás Estados.

El espacio al que se circunscribe la validez del orden jurídico estatal es lo que se llama « territorio » del Estado, bien entendido que se trata del espacio de la « validez », no del ámbito de la « eficacia » del orden estatal. Este carácter completamente normativo se revela advirtiendo que sólo es « territorio » el espacio en el que « deben » realizarse ciertos hechos, especialmente los actos coactivos regulados por el orden jurídico ; no el espacio en el que de hecho se realizan, como se afirma co-

rrientemente, cuando se dice que el territorio es el escenario en el que el Estado actúa su poder. No cabe duda que este último espacio es ilimitado; pero el hecho de que en cierto lugar se realice un acto estatal, no es razón suficiente para que ese lugar pase a integrar el territorio de aquel Estado que, « de hecho », pero contraviniendo al Derecho internacional, ha cometido el acto de poder. En el concepto de territorio no puede prescindirse de considerar el elemento normativo, como lo comprueba de modo inequívoco el hecho de que la unidad del territorio — y es esencial que ese territorio exista y que constituya una unidad — no es una unidad natural o geográfica. El territorio puede estar compuesto de partes separadas entre sí por otros territorios, que pueden pertenecer a Estados diferentes o no pertenecer a Estado alguno (en el sentido estricto de « territorio »), como, por ejemplo, el alta mar. Si todas estas partes geográficamente inconexas constituyen un todo unitario, un territorio único, débese, única y exclusivamente, a que no son sino el ámbito espacial de la validez de uno y el mismo orden jurídico. La identidad del territorio del Estado no es más que la identidad del orden jurídico. Así, pues, toda la doctrina en torno al territorio tiene carácter puramente jurídico, y no tiene nada que ver con ninguna especie de conocimiento geográfico o naturalista.

C. El territorio del Estado como superficie o espacio tridimensional; fronteras; territorio en sentido estricto y en sentido amplio

Una de las particularidades del concepto corriente del territorio es representárselo como un plano, como un sector circunscrito de la superficie terrestre, sobre el cual se alza y descansa el Estado, como un cuerpo. Ahora bien; tanto el ámbito espacial de la validez del orden jurídico, como el espacio en el que el Estado ejerce su poder fáctico, poseen tres dimensiones. La validez del orden jurídico o, si se quiere, la eficacia del poder del Estado, se extiende no sólo en longitud y latitud, sino también en altura y profundidad. Los territorios de los distintos Estados no son partes de la superficie terrestre, sino cuerpos cónicos cuyos vértices se encuentran en el punto central de la tierra. Pero es importante observar, porque ello está en contradicción directa con la idea corriente de la delimitación del territorio en todos los sentidos, que dicho territorio no posee límites hacia arriba, por no existir preceptos positivos de Derecho internacional que impongan esa limitación. No existe todavía un espacio de «aire libre» análogo al espacio del «mar libre». Tampoco hacia bajo hay esos límites, al menos prácticamente, puesto que el límite ideal — el punto central de la tierra — está situado mucho más allá de lo que hoy puede alcanzarse.

Pero lo que se conoce con el nombre de « fronteras », es decir, los límites territoriales del Estado, tampoco constituye en modo alguno (aunque a primera vista pudiera parecer otra cosa) una limitación absoluta, firme e incondicionada de la validez espacial de un orden jurídico. Por de pronto, esa limitación no es aplicable a los hechos

condicionantes de grupos enteros de normas del sistema jurídico del Estado propio.

Así, por ejemplo, el Derecho penal de cada país amenaza con sanciones la comisión de actos delictivos, incluso para el caso de que se realicen fuera del territorio del Estado en cuestión. Las fronteras se aplican ante todo, aun cuando no exclusivamente, a los hechos condicionantes del acto coactivo y su preparación procesal (una orden administrativa, una sentencia judicial, etc.). Puesto que el Derecho es una norma que prescribe el ejercicio de la coacción en ciertos casos; puesto que el Estado es un aparato coactivo, debe comenzarse por marcar el campo de acción de los actos coactivos realizadores de los distintos órdenes jurídicos, para evitar conflictos. Por lo demás, ni aun respecto de esos actos es absoluta la delimitación del territorio del Estado. Hay excepciones múltiples, innumerables casos en los que pueden realizarse actos de soberanía, aun fuera de los límites del territorio estatal en sentido estricto.

En este sentido, el mar litoral puede considerarse también como territorio. Pero el alta mar es un dominio dentro del cual todos los Estados están autorizados a realizar actos de soberanía sobre sus buques. También en el caso de la ocupación en tiempo de guerra, el Estado ocupante realiza actos coactivos fuera de su territorio propio y dentro de un territorio ajeno. Lo mismo resulta aplicable a los actos diplomáticos — por ejemplo, una declaración de guerra — que el representante de un Estado realiza en el territorio de otro. También sobre la base de ciertos tratados internacionales puede permitirse a un Estado realizar actos de soberanía en territorio de otro Estado. Así, pues, el ámbito espacial de la validez de un orden jurídico es mucho más amplio que el territorio — en sentido estricto — delimitado por las fronteras. Las fronteras significan únicamente una limitación regular, mas no absoluta, del ámbito de la validez.

Abarcan tan sólo el territorio del Estado en sentido estricto. Si se considera ese territorio en un sentido amplio, como el ámbito total posible de vigencia de un orden jurídico estatal, no hay más remedio que reconocer que los territorios de los distintos Estados se penetran mutuamente.

D. Validez de un orden estatal (jurídico) extranjero dentro del territorio propio

Así como no puede afirmarse que el orden jurídico estatal rige únicamente dentro del territorio en sentido estricto, es decir, que sólo dentro de estos límites pueden realizarse actos de soberanía (si bien es cierto que el Derecho del Estado sólo vale dentro de ese territorio en sentido estricto, en la mayoría de los casos, por regla general), tampoco puede decirse que dentro del territorio en sentido estricto rige únicamente un orden jurídico estatal (si bien es cierto que, en principio, sólo un orden jurídico puede estar vigente dentro de esos límites).

En todos los casos en los que la validez del orden jurídico se extiende más allá de los estrechos límites territoriales, dentro de los límites territoriales de otro Estado, afirma su validez un orden jurídico diferente del propio de ese Estado — prescindiendo, naturalmente, del caso del alta mar —; ya antes mencionamos los casos de la ocupación militar, de los actos estatales diplomáticos y de la permisión pactada de actos estatales extranjeros.

En todos estos casos, para que los hechos en cuestión puedan valer como actos de un Estado determinado, tienen que ser calificados con arreglo al orden jurídico de ese Estado. Por tanto, ese orden jurídico tiene que ser supuesto como válido, incluso para el territorio extranjero, aun cuando, naturalmente, en pequeña medida.

Un caso especial de la validez o vigencia simultánea de dos o más órdenes jurídicos dentro del mismo territorio, es el llamado «condominio»: un territorio diferente del territorio — en sentido estricto — de dos Estados está sometido a un poder común; es decir, en ese territorio están vigentes ciertas normas especiales de Derecho, cuya validez podría referirse tanto al uno como al otro sistema jurídico. Son partes, de contenido coincidente, de dos órdenes jurídicos que poseen un ámbito común de validez.

Según eso, los órganos encargados de la creación de esas normas especiales son órganos comunes de los dos Estados; es decir, dichas normas se crean mediante el acuerdo de los órganos de ambos Estados.

Como un ejemplo de que, por vía de excepción, hay dos Estados, es decir, dos órdenes jurídicos vigentes en el mismo territorio, suele citarse el caso de ciertas uniones de Estados, como el Estado federal, especialmente, en las que el territorio de la Federación es al mismo tiempo el territorio de los Estados miembros. Sin embargo, este ejemplo no sirve más que cuando se reconoce previamente el carácter estatal tanto de la Federación como de los miembros. Pero este problema no puede discutirse mientras no estudiemos la doctrina en torno a las uniones de Estados (cfs. págs. 254 y ss.).

Así como el orden jurídico estatal rige dentro de los límites territoriales — en sentido estricto — del Estado, sólo en la mayoría de los casos, no en todos; y así como dentro de esos límites sólo por regla general hay vigente un único orden jurídico, del mismo modo el Derecho sólo en principio, no incondicionalmente, vale para todos los hombres que habitan el territorio; y no incondicionalmente, sino sólo en principio vale tan sólo para esos hombres.

Por lo que respecta al primer punto, obsérvese que las mismas legislaciones excluyen de su vigencia o validez, total o parcialmente, por medio de sus normas positivas, a determinados hombres. Es el caso, por ejemplo, del Jefe del Estado en las monarquías. Sin embargo, la exención no es más que parcial, nunca completa; generalmente se limita a las normas penales. Otro caso — basado en preceptos jurídico-internacionales — es el de los representantes diplomáticos. Pero hay

otros hombres que todavía podrían ser sustraídos a la validez del Derecho, si su conducta no constituyera un hecho regulado por la norma jurídica. De los ejemplos mencionados resulta que la legislación interna tiene validez incluso respecto de hombres situados fuera de los límites del territorio del Estado; en particular, casi todas las normas jurídicas tienen la pretensión de someter a sus preceptos a los propios ciudadanos, incluso cuando están fuera del territorio estatal. Pero éste es ya un problema acerca del ámbito personal de validez del Derecho.

E. El Derecho internacional y el territorio del Estado

Como el Derecho internacional es un orden jurídico que hace posible la coexistencia de una pluralidad de Estados — que constituyen meros órdenes parciales —, el hecho de que la validez del orden jurídico estatal — la existencia del Estado — se limite, al menos en principio, al territorio considerado en su sentido estricto, y por eso no excluya la vigencia posible de otros órdenes estatales, la existencia de otros Estados; ese hecho, decimos, es una función del Derecho internacional. Pero es también el Derecho internacional el que — del mismo modo que limita la validez de cada orden jurídico a un determinado territorio — suprime el carácter exclusivista de la vigencia territorial del Derecho, permitiendo, aun cuando por vía de excepción, la vigencia de otros órdenes jurídicos sobre el mismo territorio; de modo que puede decirse — recurriendo a la personificación — que dentro de un Estado se introduce un Estado distinto o, al menos, por regla general, ciertos actos estatales. Se parte del supuesto de que el Derecho internacional constituye un orden superior a todos los órdenes jurídicos parciales coordinados entre sí y subordinados a aquél, abarcándolos a todos, delegando en ellos la respectiva validez espacial. Ciertamente, partiendo del primado de un orden jurídico estatal concreto, hay que admitir la exclusividad de la validez del mismo. Con esto no sufre el menor cambio el contenido jurídico positivo; sólo varía la interpretación del hecho, pues todo Derecho que no sea el del Estado que constituya el punto de partida del conocimiento jurídico, tiene que aparecer desde este punto de vista únicamente como «reconocido» por él, como «delegado» de éste en un determinado ámbito. El orden jurídico del Estado propio es único y omnicomprensivo; vale para todos los territorios, al menos como instancia suprema delegante. Tal es la consecuencia — aunque no siempre es deducida — del primado del orden jurídico estatal.

Con la soberanía de éste — o del Estado — se nos ofrece naturalmente también la plena exclusividad de la validez o existencia del Estado, tanto en el interior como en el exterior; es decir, tanto en el territorio en sentido estricto, como en el territorio en sentido amplio. En cambio, desde el punto de vista del primado del Derecho internacional, esa exclusividad desaparece con la soberanía. Desde este punto de vista, el orden jurídico estatal, es decir, el Estado, en relación con

los demás, no aparece ya en la relación de supremacía y subordinación creada por delegación propia, sino que todos los órdenes jurídico-estatales, todos los Estados se hallan igualmente subordinados al Derecho internacional. Sólo éste adquiere la soberanía, el monopolio de la validez. Y no es que pueda decirse que las legislaciones estatales carecen de validez exclusiva dentro de su territorio, porque el Derecho internacional estaría en él, como en todas partes, en calidad de orden jurídico supraestatal; no es que los Estados no existan dentro de su territorio con exclusión de todos los demás, porque en ese territorio y en el conjunto de todos ellos existiría la comunidad jurídica internacional, como una especie de super-Estado primitivo; sino que los órdenes jurídico-estatales sólo tienen validez como órdenes parciales del orden jurídico universal; y los Estados sólo existen como corporaciones parciales de una más amplia comunidad. Conviene observar a este propósito que el orden jurídico estatal no puede pretender una validez exclusiva, desde el momento que no está autorizado a regular la conducta humana en todos sus aspectos. El Derecho internacional regula directamente ciertas competencias, porque el contenido de ese Derecho, como el del orden jurídico interno, es la conducta humana.

La teoría corriente, según la cual el Derecho internacional no regula las relaciones entre los hombres sino entre los Estados, olvida —como ya antes se indicó— que, incluso en este caso, los deberes y derechos del Estado no pueden ser más que derechos y deberes de hombres, aun cuando el Derecho internacional abandone al Derecho interno la regulación concreta de esta materia. Cuando se dice que el Estado está facultado u obligado a una determinada conducta, se emplea una abreviatura para explicar el hecho de que ciertos hombres —cuya determinación corresponde a la constitución de ese Estado— tienen el deber jurídico —prescrito por el Derecho internacional— de comportarse de tal o cual manera. Las conductas reguladas directamente por las normas del Derecho internacional, son objetos sustraídos a la competencia del orden jurídico interno. Las normas internacionales son creadas mediante un procedimiento diferente de aquél con arreglo al cual se crean las normas del Derecho interno. Si hay una contradicción entre ambos procedimientos, en el sentido de que el orden jurídico interno invade la esfera del Derecho internacional, se suscita el problema de una norma irregular por incompetencia del órgano creador de la misma. De esto se hablará en otra ocasión.

Pero aquí hemos de insistir en señalar que el exclusivismo de la validez de un orden jurídico estatal, o de la existencia de un Estado, no es imaginable más que supuesta la idea de soberanía, es decir, partiendo del primado de ese orden, pero no adoptando el punto de vista de la primacía del Derecho internacional.

F. La «impenetrabilidad» del Estado

El problema substancial de la teoría en torno al territorio del Estado, tal como de ordinario se la expone, es el del monopolio de la validez por el orden jurídico estatal. Como la mayoría de los problemas derivados de la cuestión fundamental de la validez de un orden jurídico, el problema en cuestión se presenta bajo el manto de la personificación del Estado, como el problema de la existencia exclusiva y excluyente del Estado en su territorio. También aquí vacila la teoría entre los dos puntos de vista radicalmente contrapuestos: el primado del orden jurídico estatal y el primado del orden jurídico internacional, enlazando elementos incompatibles de uno y otro sistema. No tiene idea ni de la íntima conexión en que se halla la teoría del territorio estatal con la construcción de las relaciones entre el Estado y el Derecho internacional, ni de la naturaleza de los principios establecidos, como meras interpretaciones de un hecho. No obstante, la doctrina dominante parte de la coexistencia de una pluralidad de Estados coordinados; y si bien esta idea de la coordinación — que hace imposible la «penetración» de un Estado en otro — se halla alejada infinitamente del primado del Derecho interno, y desemboca fatalmente en el primado del Derecho internacional superior a todos los restantes órdenes jurídicos, cuyas respectivas competencias delimita, la teoría del territorio acaba por ir a parar a un principio del todo incompatible con ese último punto de vista. Es el dogma de la llamada «impenetrabilidad» del Estado: es propio de la naturaleza del Estado llenar un territorio, aun cuando las demás corporaciones sean inespaciales. De estas últimas puede haber muchas sobre un mismo territorio; pero el espacio que ocupa un Estado es exclusivo de éste. La contradicción se evitaría si se tuviese en cuenta que ese Estado impenetrable que ocupa un determinado territorio no es más que una metáfora. Pero se declara seriamente que el Estado es un ser que ocupa un espacio, y en esta espacialidad del mismo se señala la diferencia esencial frente a las restantes corporaciones; de ese modo, hay que declarar que el Estado es, en efecto, un cuerpo, y hay que rechazar el carácter metafórico que le atribuímos. De ese modo, se abandona también la idea de que la «impenetrabilidad» del Estado no es una propiedad física del mismo, sino su soberanía, es decir, la soberanía del orden estatal, su validez exclusiva hipotética, excluyente de la de todos los otros sistemas normativos. Se entiende la «impenetrabilidad» del Estado como una función del territorio, cuando, en verdad, no es otra cosa que una consecuencia de su soberanía. Olvídase todavía que la exclusividad de la validez en el interior, es decir, en el territorio en sentido estricto, tiene que ir unida íntimamente a la exclusividad de la misma en el exterior, es decir, en el territorio en sentido amplio, puesto que la soberanía del Estado significa, justamente, que él es el único soberano. Pero si se supone que junto a un Estado existen otros Estados coordinados, y sobre todos ellos el Derecho inter-

nacional, desde el momento que éste limita a un determinado territorio la validez de cada orden jurídico, precisa admitir que puede también limitar la validez de éstos dentro de su propio ámbito. Y de hecho, así lo hace. No puede, pues, hablarse de una «impenetrabilidad» fundamental, en el sentido de una ilimitabilidad de la validez de un orden jurídico dentro de su territorio. Por esta razón, cuando la teoría de la «impenetrabilidad» del Estado se encuentra ante limitaciones efectivas, impuestas por el Derecho positivo, de la validez del orden jurídico estatal dentro de su territorio, se siente en situación embarazosa, y habla de «excepciones aparentes» (JELLINEK).

G. Las llamadas corporaciones territoriales

Es uno de los errores más característicos de la moderna teoría del Estado el considerar que la existencia de éste se diferencia de la de las restantes corporaciones en la base territorial de aquélla. Compréndese fácilmente que el Estado, considerado como un orden ideal, no puede ocupar un espacio, como no puede ocuparlo ningún otro sistema normativo. El Estado no son los hombres que vemos y tocamos y que ocupan un espacio, sino únicamente un sistema de normas que tienen por contenido una cierta conducta humana. Luego, en este punto, no hay diferencia entre el Estado y las restantes corporaciones, las cuales no son otra cosa que órdenes jurídicos parciales. ¿Por qué se reconoce el carácter ideal y, por tanto, inespacial de éstas, y no el del Estado? Sin embargo, el orden jurídico estatal — como sistema inespacial de normas — vale para un determinado territorio; ya antes se explicó lo que esto significa. Pero tampoco en este punto hay diferencia esencial con las demás corporaciones, pues también éstas son ordenaciones de la conducta humana y, por tanto, el contenido de las normas que constituyen dichos órdenes parciales tiene que hacer referencia al tiempo y al espacio en que se realiza la conducta que regulan. Tan sólo puede distinguirse entre aquellos órdenes cuya validez está limitada a un espacio claramente determinado y delimitado, y aquellos otros que no conocen esa limitación de su validez. En este sentido, pues, ninguna corporación puede ser inespacial. Puesto que se trata únicamente de asociaciones jurídicas, de corporaciones subordinadas y articuladas en el Estado, el ámbito espacial de validez de los respectivos órdenes no puede ser en ningún caso más amplio que el del Estado, puesto que su validez es la de órdenes parciales del mismo. Por tanto, sólo pueden distinguirse estas corporaciones según que el Derecho positivo les atribuya un ámbito espacial de validez menor que el del Estado, o coincidente con éste.

También es bastante discutible la rígida contraposición en que coloca la doctrina dominante a las corporaciones territoriales — entre las cuales incluye al Estado — con las demás comunidades. El pensamiento central es éste: puesto que es propio de toda corporación el poseer un determinado territorio, es función de éste someter al poder

de aquélla a todos los hombres que en él habitan, prescindiendo de sus diferencias jurídicas o naturales. Hay, pues, corporaciones que sólo comprenden a hombres de determinada calidad, por ejemplo, a los de determinada profesión, o a los representantes de ciertos intereses; y otras que comprenden a cuantos hombres habitan un territorio : pero en ambos casos, coactivamente. Aparte del Estado, el municipio es un ejemplo de esas corporaciones territoriales. Pero prescindiendo de que tampoco todos los hombres que habitan en el territorio de un Estado están sometidos a su poder — ya antes expusimos las importantes excepciones de esta regla —, precisamente desde el punto de vista del territorio no es ésta una distinción fundamental, sino una mera distinción gradual entre corporaciones territoriales y no territoriales. Obsérvese una vez más que el Estado, y mucho menos el municipio, no regulan todos los aspectos de la conducta de los hombres que habitan su territorio. Imagínense, por ejemplo, asociaciones obligatorias que agrupen a todos los hombres habitantes de un territorio, con un fin de consumo o de formación intelectual; todos los hombres tienen que comer, pero no todos tienen que ser cultivados espiritualmente. El paso de este tipo de corporaciones a la asociación obligatoria de todos los trabajadores manuales o a la colegiación libre de todos los ciclistas de un determinado territorio, es una transición meramente gradual : todas ellas son corporaciones con validez sobre un territorio determinado. El someter a los hombres a una ordenación coactiva, no es función de un territorio sin entronque alguno con un orden jurídico, sino función de este orden precisamente, el cual tiene como contenido la referencia espacial. La única corporación territorial perfecta en el sentido de la doctrina dominante estaría constituída por aquel orden competente para determinar, en principio, todos los aspectos y direcciones de la conducta humana. Ese orden, empero, es únicamente el orden jurídico total y soberano.

H. La relación del Estado con su territorio como relación jurídica

Una vez visto que el llamado territorio estatal no es otra cosa que la validez espacial o la limitación de la validez de un orden jurídico, tienen que desaparecer los seudoproblemas que suscita la doctrina dominante cuando, por un lado, considera el territorio en sentido físico-geográfico, sin la menor relación con el orden jurídico, y cuando, por otro lado, convierte al Estado en una realidad de la naturaleza, situándolo en la misma esfera existencial que al hombre, imaginándolo como un hombre o, mejor, como un superhombre. De este modo se origina la cuestión en torno a las relaciones entre el Estado y su territorio.

Lejos de corregir estas desviaciones, complica todavía más el problema el intento de volver a los cauces jurídicos considerando la relación del Estado con su territorio como una relación jurídica. Pero todo lo que llevamos expuesto acerca de la naturaleza de la relación jurídica

y acerca de la limitación espacial de la validez demuestra que la relación de validez expresada en el concepto de territorio estatal no puede ser una relación jurídica. A lo sumo se la puede « comparar » a las relaciones jurídicas, con el fin de facilitar la explicación y comprensión del problema.

Pero el error más peligroso surge en el momento en que la analogía se convierte en identidad, originándose entonces una discusión científica en torno a un problema tal como la especie de relación jurídica que puede unir al Estado con su territorio, cuestión análoga a la de las relaciones entre el hombre y las cosas. La falta de sentido de esta cuestión lleva aparejada, como consecuencia, la confusión de la misma teoría que se esfuerza en contestarla.

La teoría jurídica tradicional distingue dos clases de relaciones jurídicas: reales y personales. Las primeras implican una relación de la persona con las cosas; las segundas, una mera relación entre dos personas. La propiedad es el ejemplo típico de aquéllas; el derecho de crédito, el de éstas. Por lo demás, no hacen falta grandes investigaciones para comprender que no puede existir una relación entre una persona — o, mejor, un hombre — y una cosa, que no sea al mismo tiempo una relación de hombre a hombre. La posibilidad jurídica de gozar exclusivamente la cosa propia, es decir, excluyendo a los demás hombres, no consiste sino en las normas que sancionan con pena y ejecución los actos de disposición y goce sobre cosa ajena, y en la posibilidad concedida al propietario de provocar unilateralmente, mediante una simple manifestación de su voluntad — la acción procesal — la consecuencia jurídica contra el infractor. Cuando se define la propiedad como dominio jurídicamente exclusivo de un hombre sobre una cosa, ese « dominio » consiste únicamente en que aquél « domina » a los demás hombres por medio del orden jurídico, puesto a su disposición, cuando ejercen cierta conducta sobre determinadas cosas; puede mantenerlos alejados de esas cosas, las cuales son jurídicamente « suyas » sólo por esa razón, y sólo en ese sentido. Por tanto, también la relación jurídica real es personal. La diferencia consiste en que, en lugar de ser una relación *erga omnes*, se dirige a personas determinadas, concretas. Y se comprende que así sea, pues el orden jurídico regula precisamente la conducta humana. En particular, la « cosa » — la « res » del Derecho romano — no constituye contenido de las normas jurídicas, sino en tanto que hay una conducta humana que se dirige a ellas. Por esta razón la llamada « cosa » constituye también el contenido de las relaciones jurídicas personales, especialmente del derecho de crédito. Un hombre está obligado a prestar un servicio a otro, y éste, el acreedor, tiene derecho a la prestación del deudor, desde el momento que mediante una manifestación unilateral de su voluntad — la demanda — puede provocar contra el deudor que incumple su deber la aplicación de la consecuencia jurídica correspondiente. Lo mismo que en las relaciones jurídicas reales, el « servicio » no significa aquí sino la determinación más próxima de una conducta

humana. El acreedor domina jurídicamente al deudor, de la misma manera que el propietario a los demás hombres: por medio del orden jurídico, puesto a su disposición en contra del infractor; y «domina» también a la cosa que ha de prestarse, por medio de su dominio sobre el deudor.

Planteado el problema en estos términos, la discusión en torno a si la relación del Estado con su territorio es real o personal, o con cuál de estas relaciones puede ser comparada, pierde todo su valor. La relación del Estado con su territorio no es una relación jurídica personal ni real, aun cuando se la puede poner en parangón con una y otra. La exclusividad de la validez del orden jurídico estatal en su territorio tiene su correlato en el dominio exclusivo del propietario sobre su cosa, sobre todo si se presenta aquella validez como «dominio» del Estado sobre su territorio. Ésta pudo ser la razón de que la antigua teoría — y, en parte, también la nueva — caracterizase la relación del Estado con su territorio como propiedad sobre el mismo. Recientemente, se ha opuesto a esta concepción que el Estado no puede poseer esa propiedad, puesto que no domina directamente sobre su territorio, sino indirectamente, dominando a sus súbditos: el dominio sobre el territorio no es «dominium», sino «imperium»; no es de carácter real, sino personal. Pero tampoco esto último es cierto; no existe tal «imperium»: éste no se da sino de hombre a hombre, y significa tan sólo que al hecho de la manifestación unilateral de la voluntad de un hombre — el mandato u orden —, que tiende a provocar una determinada conducta de otro, va enlazado el deber jurídico de ese otro hombre, de poner de acuerdo esa conducta suya con la orden dada por el primero. El progreso de la nueva teoría — ensalzada como una de las grandes adquisiciones de la moderna ciencia del Estado — consiste únicamente en que la relación espacial de la validez del orden jurídico es puesta en parangón con una interpretación más exacta de las relaciones de propiedad, puesto que tiene cuenta del momento personal. Sólo reduciéndola a la afirmación de dicha analogía puede entrarse en discusión con la nueva teoría. Pero también hay que declarar completamente insostenible su intento de acusar el carácter personal de la relación que nos ocupa, afirmando que el territorio es una cualidad inherente a la persona del Estado, un momento esencial del mismo considerado como sujeto.

En esta última cualidad distínguese el territorio de su cualidad de objeto del dominio estatal. La oscuridad de esta distinción se basa, en último término, en que, aparte de la personificación hipostática del orden jurídico vigente en un territorio, se hace entrar ese mismo territorio en la persona del Estado. Esto sería una curiosidad inofensiva de la teoría, si no se dedujesen de ella consecuencias de contenido jurídico: puesto que el territorio integra la personalidad del Estado, del hecho de la personalidad del Estado se sigue el derecho de éste a la integridad de su territorio. Al afirmar el Estado su derecho territorial, su derecho a que le sea respetado su territorio, no se limita a esta-

blecer las prohibiciones corrientes de un propietario, sino que afirma pretensiones directamente derivadas de su personalidad; por tanto, de carácter jurídico-personal. Esto es, a todas luces, Derecho natural, pues la obligación de respetar el territorio se basa únicamente en normas positivas internacionales, y no en la personalidad del Estado — que no es más que una construcción auxiliar del conocimiento jurídico —; así como de la naturaleza del hombre no puede derivar tampoco ningún derecho.

I. Tendencias jusnaturalistas de la teoría del territorio estatal

Con tales argumentaciones, la moderna teoría del Estado marcha por la misma senda iniciada por la antigua doctrina (que piensa haber superado), la cual partía ingenuamente del supuesto de que la relación entre el Estado y su territorio era una relación de propiedad, deduciendo de ahí que todo fundo y posesión pertenecía no sólo al propietario, sino también al «Estado», es decir, prácticamente, al Rey como propietario «supremo»; que las cosas sin dueño situadas en el territorio del Estado no podían ser adquiridas en propiedad por los extranjeros por vía de ocupación; que el Estado tenía el derecho de privar a uno de su propiedad para entregársela a otro, si así lo exigía el interés público, etc. En todos estos casos, una construcción jurídica más o menos arbitraria hace las veces de una norma de Derecho positivo, que el constructor estima deseable. Ahora bien; esto es, precisamente, Derecho natural.

Igualmente constituye una construcción enteramente jusnaturalista el concluir de la unidad de la persona del Estado a la indivisibilidad de su territorio. El postulado político de mantener el territorio incólume, en la medida de lo posible, revístese aquí del carácter de un conocimiento teorético en torno a la esencia del Estado. Es curioso que este dogma de la indivisibilidad del territorio no se aplica cuando se trata de aumentarlo, lo cual sólo es posible, normalmente, mediante la desagregación de una parte de un territorio distinto; no se construye más que desde el punto de vista del Estado propio, y dedúcese de ahí, con toda ingenuidad, un principio a favor del mismo, pero que, naturalmente, va en contra de los demás Estados. Ahora bien; el dogma de la indivisibilidad del territorio estatal hállase en abierta contradicción con la posibilidad ofrecida por el Derecho internacional positivo, de desprenderse o de adquirir una parte de la totalidad de un territorio mediante un tratado. La moderna Teoría del Estado considera que esta posibilidad constituye una «excepción» del principio jurídico fundamental de la indivisibilidad, limitándose, por otra parte, a deducir de ese principio la inadmisibilidad de toda restricción territorial — desde luego, queda intacta la posibilidad de ampliación —, como las que eran frecuentes en las monarquías absolutas, cuando se dividía el territorio por actos de última voluntad o en virtud de las leyes de sucesión a la Corona. Esas divisiones territoriales pueden ser política-

mente perjudiciales; pero si tienen su base en el Derecho positivo vigente — que en las monarquías absolutas está constituído por manifestaciones de la voluntad del monarca — no puede objetarse nada en contra de ellas, desde un punto de vista estrictamente jurídico, Sobre todo, si se parte del supuesto de la soberanía del orden jurídico estatal. Por tanto, la ampliación o la restricción del ámbito espacial de validez de un orden jurídico, es decir, del territorio estatal en sentido estricto, no puede verificarse sino sobre la base de sus normas. Pero el Derecho internacional — considerado como sistema normativo superior — no excluye la posibilidad de mutaciones territoriales sobre la base de las normas internas de un Estado, sino que precisamente delega en ellas esa función. No necesitamos probar aquí que en la división del territorio estatal, sobre todo en el caso de una reducción del mismo, no se «divide» el Estado, es decir, el orden estatal — el cual, a fuer de incorpóreo, es indivisible —, sino que se «limita» su validez espacial; por lo cual es un burdo sofisma el concluir de la necesaria unida de indivisibilidad del Estado, a la inadmisibilidad de una reducción de su territorio. Pero quizá la técnica de este sofisma explica la incomprensible teoría según la cual el territorio está contenido en la persona del Estado y, por tanto, toda alteración o violación de aquél significa una violación o alteración de ésta, de su vida, no sólo de su propiedad, constituyendo, de este modo, el grado más alto de alteración y violación; del mismo modo que la violación y la salud del hombre es un delito mucho más grave que el mero daño causado en su propiedad.

K. La sedentariedad y el territorio del Estado

Uno de los errores metódicos que se cometen al exponer el problema territorial, consiste en confundir la cuestión de la «sedentariedad» de los hombres que constituyen el Estado, con la cuestión en torno al territorio; y todavía se complica más el asunto planteándose el problema de si al Estado le es esencial el territorio, es decir, la «sedentariedad». Partiendo del supuesto de que sólo hombres sedentarios pueden constituir un Estado, créese poder deducir lógicamente la consecuencia de que el territorio es un momento esencial del Estado como sujeto, el cual obtiene de ese modo la nota esencial de la sedentariedad.

En este sentido se declara que el territorio es un elemento esencial del Estado. Es indudable que un orden coactivo, sobre todo si crea órganos encargados de funciones especializadas, es independiente de la sedentariedad de los hombres, tanto por el contenido de su concepto, como respecto del origen efectivo de una ideología de ese contenido. También los pueblos nómadas han nacido bajo una organización estatal. Sin embargo, puede concederse que la sedentariedad es una condición favorable al origen y evolución diferenciada de una ideología del Derecho y del Estado. Pero ésta es una cuestión en torno a las condiciones naturales del origen y desenvolvimiento del Estado o del Dere-

cho, no la única admisible, para averiguar la substancia íntima de los mismos. El territorio del Estado, del cual sólo puede hablarse aquí desde ese punto de vista, es cosa distinta por completo de la sedentariedad. El territorio existe también en los pueblos nómadas. Es en absoluto irrelevante la identidad o constancia geográfica del mismo. Sólo si se identifica al Estado con una superficie geográfica es preciso arraigar en el territorio a cuantos hombres pertenecen de algún modo a él, para no perder ese «elemento» del mismo. La Teoría no se emancipa de todas estas representaciones ingenuas (de consecuencias frecuentemente perturbadoras) mientras no advierte que el territorio no es otra cosa que el espacio de la validez, el ámbito espacial de la vigencia del orden jurídico. Y, de hecho, ya existe una teoría recientísima que se ha propuesto superar la teoría en torno al territorio — de un primitivismo sin ejemplo —, viendo en él la competencia espacial del Estado (RADNITZKY, HENRICH).

El concepto de competencia no es más que un caso especial de nuestros conceptos de «ámbito» y de «limitación» de la validez. De las tres direcciones en que se despliega este concepto: ámbito espacial, temporal y material (de contenido) de la validez (así como de las respectivas limitaciones), el concepto de competencia comprende la primera y la última: el ámbito — y la limitación — espacial y material de la validez. No, en cambio, el ámbito temporal. Sin embargo, también éste nos interesa considerar, aun cuando ya no en el problema del territorio.

§ 25. El ámbito temporal de la validez del orden estatal

Es característico el hecho de que la doctrina dominante ha incluído el «espacio» entre los elementos del Estado, pero no el «tiempo», a pesar de que éste pertenece con el mismo derecho que aquél al orden jurídico estatal. Sobre todo si se considera con la actual Teoría (empírico-naturalista) que el Estado es una realidad natural, un ser dotado de cuerpo y alma; pues ese ser, esa realidad, ha de existir no sólo en el espacio, sino también en el tiempo. Y es curioso observar que precisamente en esa teoría falta toda investigación acerca de la relación del Estado con el tiempo, siendo así que a la relación espacial se dedican — en la teoría del territorio — las más serias investigaciones. Si, según la concepción corriente, el Estado es «impenetrable», esto no significa otra cosa sino que en el mismo espacio no pueden existir al mismo tiempo dos Estados distintos. Cuando se piensa en la exclusividad de validez sobre uno y el mismo territorio, tiene que pensarse justamente que esa validez es exclusiva en uno y el mismo tiempo, pues en tiempos sucesivos pueden existir varios Estados sobre un mismo territorio. Éste es un hecho que no podía ocultarse a la «Teoría naturalista del Estado», orientada al conocimiento de la realidad histórica. Si al considerar al Estado no se tiene cuenta del elemento temporal, débese, sin duda, a que la limitación espacial de la validez

del orden jurídico es mucho más clara y notoria que la temporal, que suele faltar por completo. Ésta es la realidad, si se atiende al contenido de las normas positivas. Cada orden jurídico surge con la pretensión de valer eternamente. Y por esto, sobre todo en las antiguas teorías, se encuentra citada entre las propiedades del Estado la perpetuidad, con lo cual dábase una nueva analogía entre la persona del Estado y la del Dios uno y único. Ciertamente, hay que guardarse de ver en esta « perpetuidad » otra cosa que una expresión del hecho de que el contenido de la validez del orden estatal supuesto soberano y convertido, por tanto, en orden universal, no tiene límites definidos. Sin embargo, el Derecho internacional contiene normas positivas que determinan en qué momento debe considerarse nacido un nuevo Estado, o desaparecido un Estado antiguo; con otras palabras: el Derecho internacional circunscribe el hecho con el cual comienza la validez de un orden jurídico estatal nuevo, y aquel otro con el cual termina esa validez. Prescindiendo del origen y desaparición de un Estado mediante un Tratado internacional, tenemos el caso de la revolución triunfante, reconocida por el Derecho internacional como condición del nacimiento de un nuevo Estado y de la desaparición de uno antiguo. Así, pues, al orden jurídico estatal se le marcan un principio y un fin en el tiempo, lo mismo que a las sociedades, asociaciones, cooperativas, corporaciones, etc., dentro de ese orden. Claro que, en el primer caso, los hechos condicionantes del nacimiento y la desaparición tienen que ser distintos que en el segundo. Desde este punto de vista debe considerarse también el problema de la identidad del Estado a través del tiempo (cfs. pág. 165 y ss.).

Pero es cierto que el orden estatal no contiene limitaciones directas de la validez temporal de cada una de sus normas y sistemas normativos. Bajo el supuesto de que aquél es un sistema de normas variables, una norma jurídica permanece, fundamentalmente, en vigor en tanto que no es suprimida por otra norma de contenido contrario. Así, según los principios positivistas, es preciso que el orden jurídico, o, mejor, cada norma de orden superior, determine no sólo « si » serán modificadas las normas jurídicas generales e individuales, sino la « forma » en la que esa variación se llevará a cabo. Una vez sabido que la modificación de una norma es la sustitución de una norma antigua por una nueva; admitido que la « modificación » equivale a la terminación de la validez de una norma y al comienzo de la validez de otra distinta referida al mismo objeto, tendremos el siguiente principio generalísimo de la duración de la validez de las normas jurídicas y sistemas normativos: la duración de la validez sólo puede ser limitada por determinación jurídica positiva, debiendo rechazarse como Derecho natural todo intento de derivar la cuestión en torno a la duración de la validez de una norma jurídica, de la « naturaleza de las cosas ».

Otros problemas derivados de este principio fundamental, como, en particular, la cuestión acerca de la naturaleza y las condiciones de va-

lidez del principio *lex posterior derogat priori*, pertenecen a un capítulo diferente. Lo mismo el problema acerca de los « efectos retroactivos » de las leyes (cfs. págs. 206 y ss.). E igualmente la cuestión de la fuerza jurídica de las normas, tanto generales como individuales, de la cual se ha hecho observar recientemente, con razón, que no es más que el problema en torno a su validez en el tiempo, es decir, el problema de la duración o la limitación temporal de dicha validez.

§ 26. El ámbito personal de validez del orden estatal

A. El concepto de « pueblo del Estado »

De los tres elementos del Estado, el segundo es el pueblo. A pesar de la tendencia a considerar situado al Estado en el reino de la naturaleza, el concepto de « pueblo » tiene un sentido normativo : el contenido regulado por las normas jurídicas es conducta humana. Lo mismo que la del territorio, la unidad del pueblo está fundada por la unidad del orden jurídico. Una pluralidad de hombres no constituye unidad sino porque existe un orden jurídico unificado. Se trata de una unidad puramente normativa, y ya antes se indicó que es un vano propósito considerar al pueblo (o al Estado, identificándolo con él) como una unidad natural, sin perjuicio de conceder que, cuanto más marcadas sean las tendencias hacia esa unidad (conocida bajo las formas de « interacción » psíquica, de « paralelismo » entre la volición, la representación y el sentimiento, etc.), tanto más favorables serán las condiciones naturales del nacimiento y desarrollo de la « ideología » del Estado. Pero, como rama de la Teoría general del Estado, la doctrina acerca del pueblo no se refiere a las cualidades físicas o psíquicas de los hombres que la constituyen ; no es una « etnología » (como disciplina científico-naturalista). Los problemas tratados en la teoría del pueblo estatal son más bien de naturaleza puramente jurídica : la teoría en cuestión es una teoría jurídica.

Si se considera que el Estado es un orden normativo, el elemento que contiene el concepto de « pueblo estatal » no es, propiamente, la unidad de una pluralidad de hombres, sino de acciones y omisiones humanas, pues el hombre no está sometido en la totalidad espiritual y física de su ser al poder del Estado ; el orden estatal no afecta sino a determinadas direcciones y aspectos de su conducta.

El hombre forma parte del pueblo del Estado solamente en tanto que está sometido al dominio estatal, en tanto que su conducta constituye el contenido del orden jurídico. Por esta razón no todos los hombres que se encuentran en el territorio de un Estado forman parte del mismo. Exceptúanse aquellos frente a los cuales limítase la validez del orden jurídico de un Estado, en virtud de normas positivas, sobre todo de Derecho internacional. En cambio, pertenecen al pueblo del Estado hombres que habitan fuera de su territorio en sentido estricto. Los « ciudadanos » no necesitan habitar el territorio del Estado a que pertenecen. Por esta razón hay que emanciparse de la idea corriente,

según la cual el Estado es una coexistencia en el espacio, un conglomerado corpóreo y espiritual al propio tiempo y, en consecuencia, la unidad de una pluralidad de hombres, existente con independencia de todo orden jurídico positivo. Este punto de vista, tan perturbador como primitivo, tiene que ceder su puesto a la idea de que el « pueblo » de un Estado no es otra cosa que la unidad de una pluralidad de hechos de conducta humana, que constituyen el contenido de las normas del Derecho ; unidad, a su vez, que ha sido creada por la unidad del orden jurídico. Ésta es la única unidad que, por relación a ese contenido, recibe los nombres de asociación, comunidad, corporación, etc. ; y esta asociación no se compone, en realidad, de hombres considerados en cuanto tales, sino de ciertos actos, acciones y omisiones realizadso por cada hombre. Y puesto que la asociación significa lo que ha de ser vinculado en una unidad, se identifica con dicha vinculación, ya que el contenido y la forma son una y la misma cosa, no siendo pensable el uno sin la otra. Por esto el Estado considerado como « pueblo » significa la vinculación, el entralazar a los hombres, o mejor, a los actos humanos unos con otros ; y es un entrelazar de acciones y omisiones humanas, en el niismo sentido que es vinculación de los hombres a la conducta debida ; entrelaza a los hombres en tanto que les marca obligaciones : en todo caso, realiza su función específicamente normativa.

B. La relación activa, pasiva y negativa del pueblo estatal con el orden jurídico (deber, derecho subjetivo, libertad)

Si se admite que el « pueblo » constituye el conjunto de hechos de conducta humana entrelazados en el contenido del orden jurídico, el problema del pueblo estatal se desenvuelve en esta cuestión : ¿de qué manera puede ser la conducta humana contenido del orden jurídico? De hecho, esta cuestión ha constituído la médula teorética de las discusiones planteadas en este capítulo de la teoría tradicional de los elementos del Estado. Compréndese fácilmente, habida cuenta de cuanto llevamos dicho, que las investigaciones acerca de la raza, el lenguaje, la situación económica de los hombres, etc., no entran en el ámbito de la Teoría general del Estado, aunque a nadie se le ocurra desconocer la gran importancia que poseen. Parece una paradoja que, a propósito del problema del pueblo estatal, se planteen cuestiones jurídicas de índole teorética, más ello es debido al desplazamiento hipostático que todos estos problemas han sufrido en la doctrina dominante ; pero la paradoja desaparece desde el momento que dichos problemas retornan a sus cauces normales — para lo cual les basta seguir una tendencia inmanente de la misma teoría tradicional —, desplazándose al « pueblo » de la esfera de la realidad natural — en la cual no puede encontrarse la unidad específica que lo constituye — al ámbito del conocimiento normativo.

La conducta humana puede hallarse en triple relación con el orden jurídico. O bien el hombre está sometido a la norma, o bien la produce

— es decir, participa en su creación de algún modo —, o bien está libre frente a la misma, es decir, no tiene con ella la menor relación. Sin embargo, se habla de libertad en un sentido amplio, siempre que la relación con la norma no es la de subordinación. En el primer caso, la relación del hombre es la de pasividad; en el segundo, la de actividad; en el tercero, la de negatividad.

El hombre está sometido al orden jurídico, en el sentido estricto y propio de la palabra, cuando su conducta constituye el contenido de un deber jurídico, es decir, cuando con la conducta contraria de la debida va enlazada la coacción jurídica. Por esta misma razón, el hombre es libre cuando su conducta no se halla de tal modo vinculada en un sentido normativo. La libertad es, pues, bajo ese aspecto, la ausencia de una vinculación jurídica a un deber. Ésta es también la significación estricta en la que el orden jurídico vale o no vale « para » los hombres, mientras que, en un sentido más amplio, el orden jurídico vale también para aquellos que participan en su creación; por tanto, para todos aquellos cuya conducta constituye de algún modo el contenido de las normas del Derecho. Puesto que el orden jurídico es, en esencia, un orden coactivo de la conducta humana, es esencial al orden estatal el tener sometidos a los hombres en el sentido de la vinculación normativa; y precisamente este momento es el que determina, en principio, el concepto de pueblo estatal. Obsérvese a este propósito que existe un límite entre la vinculación jurídica y la libertad, puesto que el Derecho no regula todos los aspectos de la conducta humana. La vinculación alcanza justamente hasta el límite en que la norma jurídica positiva regula la conducta humana. Bajo el supuesto de que el orden jurídico estatal es variable, el límite contra la libertad puede ser desplazado libremente. *A priori* no existen límites jurídicos absolutos contra la intervención del Derecho en la conducta humana, o a favor de la libertad del individuo contra los ataques del Estado. En principio, el orden coactivo estatal puede intervenir la totalidad de la conducta humana; puede vincular a los hombres en todas las direcciones posibles. El hombre es libre en tanto que, de hecho, no ocurre así, con lo cual resulta — insistimos en ello — que esta libertad frente al orden jurídico, este « estar libre » frente al Estado es, jurídicamente, una cualidad en absoluto negativa; es decir, la cualificación de esa situación es la de no estar jurídicamente determinada.

El orden jurídico afecta al hombre, es decir, vale « para él » en un sentido todavía más amplio; el hombre no es « libre » no sólo porque su conducta es contenido de un deber jurídico, sino porque ella es contenido, de alguna manera, del orden jurídico; por tanto, también cuando su conducta crea normas, cuando el hombre participa en la legislación o, dicho con otras palabras: cuando su conducta constituye el hecho calificado por el mismo orden jurídico como condición de la validez de normas nuevas. Mientras que la relación pasiva de la subordinación se traduce en el concepto de deber, la relación activa de la creación de normas aspira a traducirse en el concepto de derecho

subjetivo — según la denominación usual —, o facultad jurídica. De hecho, todas las significaciones esenciales bajo las que se manifiesta en la doctrina dominante el concepto, tan impreciso, de derecho subjetivo, pueden resumirse desde el punto de vista de la creación de las normas. Sólo desde ese punto de vista se revela — dando al traste con la construcción subjetiva — el sentido auténtico, es decir, objetivo a que aspira la teoría, a través de vacilaciones sin cuento y de no atribuirle la importancia que verdaderamente posee. Si se admite que este sentido lo constituye el momento de la creación normativa, en general, tan influyente en una concepción genérica del Derecho, puede explicarse hasta cierto punto el hecho curioso a que aludíamos en otro lugar, de que únicamente a esta relación se le dé el nombre de « Derecho », a pesar de que en ella no se expresa más que una determinada relación de la conducta humana con el orden jurídico, y a pesar de que — como ya se insistió anteriormente — también el deber jurídico merece el nombre de derecho « subjetivo ». Del mismo modo que el concepto de derecho subjetivo acostumbra a limitarse a la relación de la creación de Derecho, únicamente en dicha relación se atribuye a la actividad del hombre personalidad o subjetividad jurídica, a pesar de que la relación pasiva de la subordinación justificaría dicha cualidad, puesto que precisamente se operaría con ella. Así se explica también, si se reflexiona detenidamente sobre ello, que la distinción entre el llamado Derecho público y el Derecho privado — la cual suele presentarse como una antítesis, dentro del derecho subjetivo, de las relaciones jurídicas — no es otra cosa que la distinción de dos métodos distintos de creación de normas jurídicas, como ya hicimos notar con anterioridad.

C. Los derechos « públicos » subjetivos, especialmente los derechos políticos

Según que el hecho de la conducta humana condicione la creación de una norma general o meramente individual, y según cuál sea la forma en la que esta norma individual es creada, distínguense unos de otros los derechos subjetivos, y resulta posible diferenciar varios grupos de facultades. La creación de normas generales — leyes — puede realizarse directamente por aquellos para los cuales dichas normas poseen fuerza de obligar (democracia directa); entonces, el orden jurídico estatal es producido directa e inmediatamente por el « pueblo » (esto es, por los súbditos) reunido en asamblea ; cada ciudadano es titular de un derecho subjetivo de participar con voz y voto en dicha asamblea. O bien la legislación es obra de la representación popular ; el pueblo legisla indirectamente a través de los representantes por él elegidos (democracia indirecta, representativa, parlamentaria); entonces, el proceso legislativo — es decir, la formación de voluntad estatal en la etapa de las normas generales — comprende dos fases : elección del parlamento y resoluciones adoptadas por los miembros del parlamento

elegido por el pueblo (diputados); en ese caso hay un derecho subjetivo de los electores — un sector más o menos amplio de hombres —: el derecho electoral; y un derecho de los elegidos — en número relativamente menor — a participar en el parlamento con voz y voto. Estos hechos — las « condiciones » de la creación de normas generales — son los que reciben esencialmente el nombre de « derechos políticos ». En esencia, se les puede definir diciendo que son aquellos que conceden al titular una participación en la formación de voluntad estatal. Hay el inconveniente de que este concepto de la voluntad del Estado es demasiado estrecho; se la identifica con las normas generales, con las leyes; por otra parte, con arreglo a ese criterio, todo derecho subjetivo sería un derecho político. Por esa razón no puede dejar de tenerse en cuenta la distinción entre normas generales y normas individuales. Si la norma general no es creada por el « pueblo », es decir, por aquellos que están sometidos a la misma, ni directa ni indirectamente, sino por unos cuantos hombres que son los únicos « facultados », y todos los demás carecen de todo derecho (autocracia), entonces el « pueblo » no tiene derechos políticos, es decir, la conducta de los hombres — a excepción de la de unos cuantos — no es un hecho condicionante de la creación de normas. Sin embargo, existe un « pueblo », puesto que éste se constituye en cuanto tal, sólo por la relación de subordinación a las normas que estatuyen deberes. En cambio, el autócrata, el único investido de derechos políticos, no tiene que hallarse en esa relación de subordinación, no necesita pertenecer al pueblo, y en la idea pura del Estado autocrático no pertenece, en rigor, a él.

En la creación de normas individuales, el hecho condicionante del deber (que es siempre una manifestación de voluntad con el fin de provocar la conducta debida) puede contener o no la manifestación de voluntad del obligado, es decir: puede ser un acto bilateral o unilateral. El ejemplo típico de la segunda especie es el acto imperativo estatal: la sentencia judicial, la disposición administrativa. En realidad, el concepto de derecho subjetivo no tiene aplicación, en las teorías recientes, en este caso de la creación de normas o de formación de la voluntad estatal. Se considera dicho acto más bien desde el punto de vista de la función orgánica que del derecho subjetivo (si bien aquí no existe ninguna antítesis, puesto que el elector es considerado tanto como órgano cuanto como sujeto de un Derecho); y la participación en la formación de voluntad estatal — que es la definición oficial de los derechos políticos — tiene que ser necesariamente función orgánica. Es indudable que, en los casos de los actos políticos individuales, realizados por regla general por órganos investidos de la calidad de funcionarios, el carácter funcionarista desplaza la orientación subjetiva que late en el concepto de facultad jurídica. En general, no se habla del « derecho » del órgano, sino de sus « facultades », de su « competencia », entendiéndose por competencia no tan sólo el límite de su poder jurídico, sino ese mismo poder. Sin embargo, hay excepciones; así, por ejemplo, la com-

petencia de los monarcas recibe generalmente la denominación de derecho.

Un segundo caso de fundación unilateral de deberes existe por determinación de ciertas normas, las cuales hacen depender la realización del acto coactivo (así como la totalidad del procedimiento preparatorio del mismo) de una manifestación de voluntad del perjudicado, de la *actio*, demanda o querella. Precisamente en este caso se habla de la existencia de derechos subjetivos propiamente dichos. Realmente, es entonces cuando el interés individual es particularmente atendido. Pero desde el momento que el presunto titular de un interés tiene a su disposición el orden jurídico, participa en grado extraordinario en la formación de voluntad estatal — traducida en el acto individual de la sentencia o del acto administrativo.

El caso típico de la fundación bilateral de deberes constitúyelo el negocio jurídico del contrato. Las normas generales prescriben que, siendo dada la condición de la manifestación coincidente de la voluntad de dos hombres, ambos, o sólo uno de ellos, viene obligado a comportarse de acuerdo con lo pactado. Es el caso típico del derecho subjetivo privado, aunque también aquí el derecho subjetivo consiste en una participación en la formación de voluntad estatal, en la creación del orden jurídico; pues en ese hecho — conocido con el nombre de « autonomía privada » — no existe otra cosa que una delegación de la ley a las partes contratantes para determinar por sí mismas el contenido de las normas jurídicas individuales, es decir, para continuar el proceso de creación jurídica. Si se admite que, en este sentido, el derecho subjetivo significa la participación en el proceso de creación jurídica, puédese distinguir — como corrientemente se hace — entre el « Derecho » que es actuado en la celebración del negocio jurídico, y el Derecho que se manifiesta en la acción o querella, puesto que se trata de etapas diferentes del proceso objetivo de creación de Derecho. Esta distinción, por el contrario, no aparece con la claridad suficiente cuando la teoría tradicional sostiene que el primer Derecho implica una pretensión contra el adversario, mientras que el otro es una pretensión contra el Estado, contra las autoridades estatales, a las cuales se impone, de ese modo, el deber de comportarse de cierta manera. La pretensión planteada en la *actio* suele contarse, juntamente con todos los demás hechos de participación en la formación de voluntad estatal, entre los llamados derechos subjetivos « públicos ».

Recientemente se ha intentado distinguir entre los derechos políticos y los restantes derechos públicos subjetivos — especialmente, las facultades jurídicas traducidas en la acción y querella (por las cuales se pone en movimiento la actividad de los tribunales y de los funcionarios administrativos, encaminada a la realización del acto coactivo, por medio de una declaración de voluntad del titular de la facultad) —, tratando de explicar los primeros como la pretensión jurídica de ciertas prestaciones a favor del Estado, mientras que los segundos implican la pretensión de que el Estado realice determinadas prestaciones.

Puesto que en los dos casos se trata de participación en la formación de voluntad estatal, en uno y otro existe la pretensión de que sea permitido el ejercicio de una actividad del Estado. Por tanto, en los dos existe también la pretensión de que el Estado realice determinadas prestaciones, pues el proceso de formación de voluntad estatal se compone de las acciones de muchos hombres, las cuales se complementan mutuamente. El derecho electoral es el caso típico de pretensión de que sea permitido el ejercicio de una actividad estatal. Se trata de afirmar la pretensión de que sea aceptada la papeleta entregada por el elector, y de que el Estado, es decir, otros hombres encargados de otra función orgánica, hagan el recuento de los votos emitidos y proclamen el resultado de la elección. Tampoco es lo importante que si la pretensión se dirige a una prestación determinada del Estado — en el caso de la acción o querella — exista en el interés privado del titular; o en interés público, si se pretende el permiso para ejercer una actividad estatal. Ambos intereses entran en juego en los dos casos. El elector actúa su interés privado, y el demandante representa el interés público, puesto que contribuye a la realización del Derecho objetivo. Sin embargo, también la teoría ha hablado en este último caso de derecho subjetivo « público ».

D. Los llamados derechos de libertad

También la libertad frente al Estado, es decir, la ausencia de normas reguladoras de algún aspecto de la conducta humana, ha sido considerada como derecho subjetivo, e incluso existe una enumeración de derechos subjetivos de libertad que no son sino otras tantas libertades ; por ejemplo: el derecho de libertad personal, esto es, el derecho de no ser detenido o de no serlo más que con ciertas condiciones ; el derecho de libre emisión del pensamiento, especialmente el de libertad de prensa, el de a la libertad de la ciencia, el de libertad de conciencia, el de libre asociación y reunión, el de emigrar libremente ; el derecho a la libertad de la propiedad, es decir, a que el Estado no intervenga en el régimen de la propiedad privada, y así otros muchos. De cuanto llevamos dicho se desprende claramente que esos « derechos » no lo son, en realidad, puesto que se trata de una esfera extrajurídica, ajena al « Derecho » ; y la « libertad », en sentido de un « estar libre » frente al orden jurídico, no es determinable jurídicamente más que en su aspecto negativo. Pero también es notorio que el ámbito de la libertad jurídica puede descomponerse en una serie de libertades concretas, no determinables *a priori* de modo exhaustivo. El hombre es « libre » para realizar aquella conducta cuya contraria no sea contenido de un deber jurídico. Lo mismo podría decirse que el hombre tenía un derecho a respirar, a andar por la calle, etc., de la misma manera que lo tiene a emitir libremente sus ideas o a pertenecer a la religión que le plazca. Fuera del orden jurídico estatal — y la esfera que la teoría se afana por llenar con derechos

de libertad radica fuera del Derecho positivo — no puede haber « Derecho », ni siquiera un Derecho natural. Por eso nadie ha sostenido una pretensión jurídicamente calificable a una libertad frente al Estado o a una omisión del Estado, como se suele llamar a este supuesto derecho público subjetivo, por relación a la pretensión de que sea permitido el ejercicio de una actividad estatal.

Por lo demás, la teoría del Estado enlaza, en este punto, con una práctica harto discutible de las modernas constituciones. Por regla general, éstas contienen un catálogo de derechos de libertad. En eso siguen el ejemplo de la constitución francesa de la época de la gran revolución, la cual, a su vez, imitó las constituciones de los Estados de la Unión norteamericana. Estos Estados tenían, desde la época en que todavía eran colonias inglesas, una tabla de derechos de libertad, en la cual se marcaba una protección especial al derecho de libertad religiosa de los particulares frente a los ataques del poder estatal. La idea de la libertad religiosa constituye también el punto de partida que ha conducido a esa particularidad de la técnica jurídica. En la lucha de una determinada convicción religiosa contra las tendencias de los grupos influyentes y dominantes del orden estatal, constitúyese la idea de una esfera de libertad absoluta, innata al hombre, por así decirlo, en la cual no puede intervenir el Estado, originándose un conflicto si lo hace. Esta específica ideología jusnaturalista de casi todos los movimientos revolucionarios se apoya en la idea de que la validez del orden jurídico estatal se basa, en último término, en la libre voluntad de los particulares ; el orden jurídico no podría constituirse, al menos en principio, más que sobre la base del pacto, y, por tanto, el Derecho del individuo, el derecho «subjetivo» precedería al restante Derecho positivo surgido por las vías de la heteronomia, no sólo por su mayor valor, sino incluso en el orden del tiempo; por lo cual el Derecho objetivo, el Estado, no existiría sino para la protección del derecho subjetivo, y, por consecuencia, ni sería capaz de conceder tales derechos, ni estaría autorizado para desconocerlos y violarlos, puesto que derivan de la naturaleza del hombre y son absolutamente evidentes. De este modo, el « Derecho » se convierte en libertad frente al Estado (es decir, al Derecho positivo), y el Estado en límite de esta libertad, ya como protección de la misma, ya como ataque a ella (inadmisible, por lo demás). Ese ataque no debe realizarse, o realizarse tan sólo a condición de que el súbdito asienta: mediante un pacto. Al fundarse las colonias inglesas en Norteamérica, esa ideología se impuso en los documentos constitucionales, que fueron como las escrituras del contrato social.

La esfera de libertad frente al Estado, es decir, al Derecho positivo, fué delimitada por éste mismo ; estableciόse un catálogo de derechos de libertad, el cual no contenía, naturalmente, más que los derechos más importantes e indiscutidos, esto es, aquellos que han sufrido históricamente los más enojosos y desagradables ataques del orden estatal.

Pero lo paradójico de la situación consiste en que todos los principios de Derecho natural se desnaturalizan tan pronto como adoptan

la forma del Derecho positivo. No sólo dejan de ser Derecho natural para convertirse en Derecho positivo, sino que cambian por completo su significación. Primeramente, eran prohibiciones al Estado, normas que prohibían ciertos actos del Estado, emanadas de una instancia extraestatal. Después, conviértense en normas del Estado mismo; pero en ese caso son, cuando menos, superfluas, pues no tiene sentido prohibir actos al Estado, puesto que en tanto que dichos actos no están expresamente prescritos, en tanto que no hay hombres que tengan la facultad o la obligación de realizarlos en calidad de órganos estatales, no son posibles jurídicamente. El hombre puede hacer todo lo que no le está prohibido por el Estado, es decir, por el orden jurídico; pero el Estado o, mejor, el hombre investido de la calidad de órgano estatal, sólo puede hacer lo que le está permitido jurídicamente, pues únicamente aquellos hechos estatuídos por las normas jurídicas pueden constituir actos estatales. Esto no sólo es aplicable al Estado de Derecho en sentido técnico, sino incluso al Estado autocrático; ya que si en éste no se afirma expresamente el principio de la legalidad de los actos políticos individuales, es porque todo acto arbitrario realizado por el autócrata constituye implícitamente una ley. Por tanto, aun cuando las modernas constituciones contengan un catálogo de los derechos de libertad y declaren que es ilegítima la intervención del Estado en esa esfera de libertad, no variaría lo más mínimo la consistencia material del orden jurídico en el caso de que se prescindiese de esa parte dogmática, siempre que ésta no tuviese la función de suprimir la posibilidad actualmente existente de realizar tales ataques. La inutilidad de esas regulaciones de los derechos de libertad resalta con especial intensidad si adoptan la forma corriente: «las invasiones del Estado en la esfera de la libertad sólo podrán realizarse sobre la base de las leyes», pues todo acto del Estado necesita, ineludiblemente, una fundamentación legal. La regulación de los derechos de libertad no tiene relevancia jurídica más que en el caso de que tenga el carácter de ley constitucional formal, es decir, cuando la modificación de las normas reguladoras de dichos derechos no es posible más que bajo ciertas condiciones gravosas (por ejemplo, mediante una resolución parlamentaria adoptada por un *quorum* especial). Entonces, la facultad legal de invadir la esfera protegida de libertad no puede realizarse sino como revisión constitucional, por tanto, con mayores dificultades que una ley ordinaria; y así, la esfera de libertad goza, de hecho, de una cierta protección jurídica preferente, sin llegar por eso a convertirse en Derecho. Pero la garantía constitucional de los derechos de libertad no puede realizarse según la forma usual, declarando que la propiedad es inviolable y que la expropiación sólo será posible en virtud de una ley, o que la libre emisión del pensamiento sólo puede ser limitada por ley; pues en ese caso la garantía constitucional desaparece desde el momento que la constitución delega en la legislación ordinaria las invasiones en la esfera de la libertad.

E. Los derechos « bien adquiridos » y el llamado « estado de necesidad política » (derecho de legítima defensa del Estado)

En conexión estrechísima con la teoría de los derechos de libertad, especialmente con la libertad de la propiedad, hállase la doctrina de los derechos « bien adquiridos », la cual juega todavía hoy un cierto papel, sobre todo en la práctica jurídica. Con el auxilio de la idea de la prioridad del derecho subjetivo frente al objetivo, créese poder afirmar como proposición jurídica el principio de que el Estado tiene la obligación de proteger no sólo la propiedad, sino, en general, todos los derechos « bien adquiridos », es decir, adquiridos jurídicamente; que tiene que guardarse, por tanto, de invadir ese dominio, no estando autorizado ni para desconocer ni para mermar dichos derechos. Mientras que en el derecho fundamental de propiedad influye no sólo la idea de la protección del derecho subjetivo, sino la de que la propiedad privada es de algún modo esencial al Estado, en el concepto de los « derechos bien adquiridos » el centro de gravedad radica únicamente en la idea de una conservación de las clases poseedoras, protegidas por el manto del derecho subjetivo.

En esta tendencia a mantener el poderío económico de una clase poseedora radica el sentido político del dogma (completamente jusnaturalista) de la obligación del Estado de respetar los derechos bien adquiridos. Originariamente, se aplicó a la protección de la burguesía privada de derechos políticos, contra los monarcas absolutos; y así se explica que la teoría haya sido aplicada únicamente a los derechos privados, a los patrimoniales de modo especial, pero no a los derechos políticos, públicos. Después que la burguesía conquistó el poder político, utilizó el dogma de los derechos bien adquiridos contra ciertas tendencias de la legislación y la ejecución demasiado favorables a los intereses de las clases desposeídas, que luchaban por la conquista del Estado.

Por relación al Derecho positivo — esto es, por relación al Estado — el dogma en cuestión es insostenible. Los derechos bien adquiridos pueden ser limitados y suprimidos, tanto mediante normas individuales como mediante normas generales; sin embargo, la significación del principio en cuestión es distinta en cada caso. La expropiación o la enajenación del derecho de propiedad o de cualquier otro derecho subjetivo privado no ofrece dudas en el caso concreto, desde el punto de vista jurídico positivo, si bien no es posible más que sobre la base de una autorización legal; pero ésta no es en modo alguno una particularidad derivada de la idea de una protección del derecho subjetivo, sino únicamente la consecuencia del principio fundamental según el cual ningún acto individual del Estado es posible si carece de fundamento legal. Por eso la teoría de los derechos bien adquiridos limítase generalmente a la afirmación de que tales derechos, especialmente la propiedad, no pueden ser expropiados o limitados sino por razones de utilidad pública y mediante plena indemnización al sujeto afectado por la medida. En esos casos se habla de expropiación por utilidad pública.

No se trata de suprimir, sino de privar a alguien del derecho de propiedad trasladándolo a otro sujeto, sea el Estado, sea un particular. Si esto se realiza sin previa indemnización, háblase de « confiscación ». Indudablemente, el deber de indemnizar requiere fundamentación positiva: no se deduce de la naturaleza misma del derecho bien adquirido. La decisión de la cuestión en torno a si el Estado puede expropiar a los extranjeros la propiedad u otros derechos privados sin indemnización, depende exclusivamente de que exista una proposición positiva de Derecho internacional — contractual o consuetudinario — que lo autorice o lo prohiba.

La cuestión acerca de si el Estado puede intervenir mediante normas generales, es decir, especialmente por medio de leyes, en las relaciones jurídicas ya existentes (porque han nacido sobre la base de una ley anterior), es la misma cuestión en torno a la posibilidad de la « retroactividad » y, por tanto, un problema del ámbito temporal de la validez del orden jurídico. Si la legislación establece únicamente los órganos y el procedimiento de la legislación, pero no contiene determinaciones sobre el contenido de las leyes, sino que abandona esa tarea a los órganos legislativos, hay que admitir forzosamente que las leyes son ilimitadas tanto respecto de su contenido como respecto del tiempo de su validez, el cual, por su parte, no interesa sino como contenido de la norma. Si la constitución no impide la retroactividad, la ley puede pretenderla para sí. Por tanto, tampoco en esta dirección pueden constituir un límite los derechos bien adquiridos; ese límite no puede existir más que en el contenido de las normas jurídicas positivas constitucionales.

En contraposición a los derechos fundamentales naturales e innatos de los súbditos, afírmase a veces una especie de Derecho natural del Estado, derivado del mero hecho de su existencia, del cual, empero, no puede hacer uso sino en el caso de « estado de necesidad ». En el estado de necesidad, el Estado puede violar incluso los derechos bien adquiridos, invadir la esfera de libertad de sus súbditos incluso sin base legal, privarles de su propiedad, aun destruírsela sin previa indemnización; en definitiva, el estado de necesidad justifica toda infracción del orden jurídico y de la misma constitución por parte de los órganos estatales, especialmente por parte del jefe del Estado. Se habla de un « derecho de legítima defensa del Estado » y se argumenta del modo siguiente: el Estado tiene que vivir, y si es imposible que esto sea por la vía jurídica, los órganos superiores del Estado, especialmente el órgano supremo, el monarca, están obligados a hacer cuanto sea preciso para mantener el Estado. Naturalmente, esto no es más que un razonamiento político-jusnaturalista que, como de ordinario, intenta hacerse pasar por Derecho positivo. Tras la ingenua afirmación de que el Estado tiene que « vivir », suele ocultarse generalmente la voluntad desbordada de que el Estado viva de la forma que estiman justa aquellos que se aprovechan para sus fines particulares de la justificación del « estado de necesidad política ». Del derecho de legítima

defensa precisa distinguir la posibilidad (expresamente admitida en muchas constituciones) de suspender temporalmente, en caso de guerra o de alteraciones del orden público, las determinaciones referentes a los derechos de libertad de los súbditos, o incluso otros preceptos constitucionales: lo cual lleva aparejada la facultad concedida a las autoridades públicas de invadir ampliamente la libertad de los particulares. Esto es lo que constituye la proclamación del estado de sitio o estado de excepción.

F. Carácter esencial de la relación pasiva

Si se consideran las distintas formas en que la conducta humana puede constituir (como facultad) el contenido del orden jurídico y, por tanto, puede participar en el proceso de creación jurídica, resulta que la pluralidad de hombres que constituyen el «pueblo» en su calidad de subordinados, en la relación pasiva de la conducta que vienen obligados a realizar, no tiene que hallarse también, necesariamente, en la relación activa del derecho subjetivo. Mientras que el orden estatal, por naturaleza, tiene que vincular la conducta humana a la realización de ciertos deberes; mientras que una pluralidad de hombres no constituye un Estado sino en tanto que su conducta hállase determinada como contenido de deberes jurídicos regulados por un orden estatal, este orden puede, aunque no necesariamente, investir de facultades jurídicas a esa pluralidad de hombres concediéndoles una participación en el proceso de creación del Derecho, es decir, haciendo de su conducta, en algún sentido, la condición de la creación de normas, sea de normas generales, sea de normas individuales, que a su vez pueden surgir por vía unilateral o sinalagmática. Compréndese fácilmente que el pueblo no necesita tener derechos políticos, es decir, no es preciso que participe de algún modo en la creación de normas generales. En los mismos Estados modernos, la participación de los súbditos en la creación de orden jurídico en su forma general, la legislación, es reciente. Y aun ahora, el grado de esta participación es diverso. Está fuera de toda discusión el que también las mujeres pertenecen al «pueblo» del Estado, es decir, están sometidas al orden estatal, tienen deberes que cumplir; sin embargo, es objeto de luchas y discusiones la concesión de derechos políticos a la mujer. La democracia no es una forma esencialmente necesaria al Estado. Pero también en la fase de la producción de normas individuales, la autocracia significa, en principio, que sólo un hombre crea dichas normas, el cual está exceptuado de la validez del orden estatal en sentido estricto, y, por tanto, no se halla en la relación de subordinación, ni pertenece, en consecuencia, al «pueblo». De seguro, esta idea no es plenamente realizable; pero se recurre a la ficción de decir que los hombres de los que tiene que servirse necesariamente el autócrata — puesto que no puede hacerlo todo por sí mismo — en la creación de ciertas normas individuales, los actos imperativos de administración (sentencia judi-

cial, disposición administrativa), a los que, por tanto, tiene que concederles la participación que como órganos les corresponde en la formación de voluntad estatal, no son más que sus representantes, son el mismo, su *alter ego*. En todo caso, el número total de estos hombres, por relación a la masa del pueblo, es infinitamente pequeño. Y también en las modernas democracias se limita el principio democrático, es decir, el derecho subjetivo político, a la participación del pueblo en la legislación; mientras que la ejecución — jurisdicción y administración — hállanse todavía reguladas en forma fundamentalmente autocrática. Hasta ahora no existe un derecho político general de los súbditos a cooperar en la ejecución como ya lo hacen en la legislación; la evolución en este sentido hállase todavía en los comienzos. Tampoco es esencial al orden jurídico aquella otra forma del derecho subjetivo consistente en que la legislación se pone a disposición del particular para que éste actúe su interés por medio de la *actio* (demanda, querella); no es preciso que el Derecho conceda esta forma de participación en la voluntad estatal, aunque pudiera parecer otra cosa, porque esta modalidad técnico-jurídica hállase muy extendida, especialmente en el ámbito de las monarquías absolutas. La acción privada como condición de la realización del acto coactivo, va tan íntimamente unida al principio fundamental de la propiedad privada — como ya se hizo notar en otra ocasión —, que un orden jurídico que no admitiese esa propiedad, un Estado socialista, por ejemplo, no necesitaría hacer uso de ese instrumento de la técnica jurídica. Tal Estado no concedería en este sentido ningún derecho subjetivo. En cambio, si renunciase a estatuir deberes jurídicos, es decir, a poner ciertos hechos bajo la sanción del acto coactivo, semejante orden no sería un Estado, puesto que no sería un orden coactivo. Tampoco es esencial al orden estatal conceder un espacio a la autonomía privada. Un problema distinto es el de hasta qué punto sea ello posible, de hecho. Lo único que aquí se discute es si no sólo la relación pasiva, sino también la relación activa con el orden jurídico es esencial al Estado.

No puede considerarse esencial al Derecho el que el hombre constituya necesariamente el objeto de su protección, convirtiendo en condición de un acto coactivo contra el infractor toda conducta que viole la vida, la salud, el honor o los intereses económicos del hombre. Por regla general, esto es, hasta cierto punto, contenido del orden jurídico estatal. Pero el sector de hombres que son objeto de esa protección, es de extensión harto diversa. Piénsese en los Estados en los que un gran número de hombres, acaso la mayor parte — los esclavos —, no participaron en esta protección.

G. La ciudadanía

En un principio, también el extranjero, sinónimo de «enemigo», carece de protección y de derechos. Paulatinamente se le concede, primero, protección; después, ciertas facultades jurídicas o derechos

subjetivos. En contraposición al concepto de «extranjero», falto de derechos y de protección o, por lo menos, *capite-minuido*, surge el concepto de «ciudadano». Este concepto conserva todavía importancia, porque el extranjero no ha alcanzado aún la igualdad de derechos. Ciertamente, está equiparado al ciudadano, por regla general, en lo referente a los derechos privados y en una parte del Derecho público; particularmente, puede pretender la protección del orden jurídico por medio de la acción o la querella, lo mismo que el ciudadano, pero siempre le faltan los derechos políticos en sentido estricto.

Tampoco está sometido al servicio militar obligatorio, allí donde éste existe. Por lo demás, los extranjeros hállanse equiparados, en general, a los ciudadanos en cuanto a los deberes jurídicos. El deber de fidelidad y obediencia que con alguna frecuencia se afirma de los ciudadanos, no es más que un postulado político sin la menor significación jurídica, siempre que no se traduzca en concreto en deberes y consecuencias jurídicas. Por regla general, las autoridades hállanse autorizadas para expulsar del territorio nacional únicamente a los extranjeros, no a los ciudadanos. Sólo los ciudadanos gozan en el extranjero de la protección de los representantes diplomáticos de su Estado. Tal es el contenido medio que ofrece en el Derecho moderno la institución jurídica de la ciudadanía. Respecto a la adquisición y pérdida de la misma, las legislaciones difieren extraordinariamente unas de otras. Por regla general, el hijo legítimo sigue la ciudadanía del padre; el habido fuera de matrimonio, la de la madre; a su vez, la mujer sigue la condición del marido. A veces se adquiere la ciudadanía por nacer en el territorio del Estado en sentido estricto, o por residencia en el mismo durante determinado tiempo. Otros fundamentos de adquisición de la nacionalidad son: legitimación por el jefe del Estado de un hijo habido fuera de matrimonio; adopción y naturalización, es decir, concesión de la ciudadanía a un extranjero, a petición de éste.

Finalmente, los tratados internacionales conceden a ciertas categorías de hombres, en los casos de modificaciones territoriales, la posibilidad de adquirir por opción — es decir, mediante declaración unilateral — bien la ciudadanía del Estado que adquiere el territorio, o bien la del que lo pierde. La pérdida de la ciudadanía se realiza, generalmente, de modo paralelo a la adquisición de la misma. Precisa señalar especialmente los casos de pérdida de la ciudadanía por abandono del país o por larga ausencia del mismo, y de modo particular la expulsión de la comunidad estatal, que es el caso correspondiente a la naturalización. Puesto que las normas de las legislaciones positivas no suelen enlazar la adquisición de la ciudadanía a la condición de que la nacionalidad hasta ese momento existente se haya perdido con arreglo a las normas de su Estado, ni ponen tampoco como condición de la adquisición de la ciudadanía en país extranjero la pérdida de la propia, son frecuentes los casos de la doble nacionalidad, así como los de ausencia de toda ciudadanía. La primera existe cuando un mismo hom-

bre puede ser considerado ciudadano desde el punto de vista de dos legislaciones diferentes; la segunda, cuando ese hombre no tiene esa cualidad desde el punto de vista de ninguna legislación positiva. Estos conflictos — sobre todo en casos de guerra — sólo pueden evitarse por medio de tratados internacionales concernientes a la adquisición y pérdida de la ciudadanía.

Así como la ciudadanía significa — en cuanto condición de determinados derechos y deberes — una particular pertenencia a un Estado, la vecindad significa la particular pertenencia a un orden o comunidad parcial, el municipio. La vecindad es, por regla general, la condición del derecho a ser incluído en la beneficencia, suponiendo que el municipio esté encargado de esa tarea; a veces, es también el supuesto para el ejercicio de ciertos derechos políticos: la participación en la administración municipal. Los vecinos de un municipio no pueden ser expulsados, en principio, del territorio del mismo. Por regla general, sólo los cuidadanos pueden ser « vecinos » de algún municipio; además, todos los ciudadanos deben estar avecindados en alguno. Sin embargo, abundan las excepciones.

La ciudadanía y la vecindad son dos instituciones fundamentales del Estado moderno; sin embargo, ninguna puede considerarse esencial al Estado, considerado en sí mismo. El Estado necesita « súbditos »; no necesita « ciudadanos ». Por eso también el extranjero pertenece al pueblo estatal, desde el momento que está sometido al orden jurídico; puede carecer de derechos, pero puede estar jurídicamente obligado. El pueblo de un Estado no se compone únicamente de ciudadanos; éstos constituyen tan sólo un grupo de hombres investidos de facultades jurídicas particulares y de deberes especiales, dentro del pueblo estatal.

H. Tendencias jusnaturalistas de la teoría del pueblo estatal

1. El pueblo estatal como elemento del Estado-sujeto. La teoría dominante en torno al pueblo estatal es un ejemplo clásico de cómo a ciertos postulados ético-políticos se les hace pasar por doctrinas acerca de la esencia del Estado. Lo mismo que en el territorio, distínguese una doble cualidad en el pueblo estatal: el pueblo pertenece tanto al Estado-sujeto cuanto al Estado-objeto; es, al mismo tiempo, elemento del Estado como persona, y objeto del poderío estatal. Aquí, en la doctrina en torno al pueblo, descubre esta curiosa distinción del Estado en una dirección subjetiva y otra objetiva su sentido propio. Piénsase con ella que es esencial al Estado no sólo que éste domine al pueblo, es decir, que constituya un objeto, sino que el pueblo domine a su vez en la persona de aquél. En su calidad objetiva, el pueblo es un conjunto de obligados; en su calidad subjetiva, un conjunto de titulares de facultades jurídicas, de derechos subjetivos. El Estado en sentido subjetivo no es, pues, otra cosa que el Derecho en sentido subjetivo. Es indudable que, en ese concepto, el centro de gravedad recae en la cualidad subjetiva del pueblo, que se intenta

derivar directamente del concepto de Estado, al cual se le define a este fin como « corporación », sobreentendiéndose que la corporación es una comunidad en la que los miembros participan en la formación de la voluntad colectiva, es decir, están investidos de derechos subjetivos. Y de tal modo se insiste en esa cualidad subjetiva del pueblo, que una pluralidad de hombres que están sometidos a un poder careciendo de derechos, es decir, que no tienen con el orden jurídico otra relación que la pasiva de subordinación, no constituye propiamente un « Estado ». Por tanto, para que el pueblo constituya un « pueblo estatal » tiene que ser un conjunto de titulares de facultades jurídicas; tiene que participar en cierta medida en la formación de la voluntad del Estado. Sin embargo, no puede desconocerse que una pluralidad de hombres no se convierte en la unidad de un pueblo estatal, sino mediante la unidad del poder del Estado que la somete; es decir, mediante la validez vinculadora de un orden jurídico.

Esa notable preponderancia atribuída al momento subjetivo en la teoría del pueblo estatal, en virtud de la cual la facultad jurídica ocupa el primer plano, mientras que el deber se relega a un lugar secundario, es el síntoma característico de la irrupción en la misma de consideraciones de índole jusnaturalista ; indudablemente, sólo por la vía de los sofismas : el pueblo es un elemento esencial del Estado, éste es sujeto de Derecho, es decir, persona ; el pueblo es, por tanto, elemento de un sujeto de Derecho, contiénese en el sujeto de Derecho, participa, en consecuencia, de la subjetividad jurídica : luego los hombres que forman el pueblo son, necesariamente, sujetos de Derecho, es decir, titulares de derechos subjetivos en el sentido esencial de participantes en la formación de voluntad estatal. De este modo, el Estado democrático se convierte en « el Estado », pura y simplemente ; aunque, naturalmente, la dosificación del principio democrático queda al arbitrio del tratadista. Este ejemplo es también rico en enseñanzas, porque pone al descubierto el abuso que hace posible el desconocimiento de la diferencia esencial que existe entre el sentido de esta proposición : « el Estado — es decir, una persona jurídica — tiene un derecho » (o un deber), y el de esta otra : « el hombre tiene un derecho » (o un deber). En el primer caso, tenemos una personificación llevada a cabo por la Teoría ; una mera referencia a la unidad de un sistema; en el segundo caso, se trata de la afirmación de un determinado contenido jurídico, de un hecho específico, sin fundamento en el Derecho positivo (cfs. páginas 92 y ss.). El sofisma de la doctrina dominante consiste, justamente, en que trata de captar un hecho — que sólo puede tener una base positiva — valiéndose de lo que no es más que una representación auxiliar de la Teoría. Este juicio no puede ser modificado por el hecho de que ello ocurra en servicio de la política democrática, mientras que, bajo otros aspectos, la Teoría hállase influenciada por las tendencias autocráticas.

Se ha hecho notar repetidas veces que la antigua Teoría del Estado (que ha contribuído con tan valiosas aportaciones, sobre todo

en la doctrina acerca de las formas del Estado, y en la teoría constitucional) no se ha ocupado lo más mínimo de un problema tan importante para la moderna Teoría del pueblo estatal como el de los derechos subjetivos, especialmente de los derechos públicos subjetivos (JELLINEK). De cuanto llevamos dicho, resulta claramente que todos los problemas fundamentales pueden exponerse sin este concepto del derecho subjetivo, e incluso mejor que recurriendo a él. Si la antigua Teoría del Estado no utilizó el concepto de derecho público subjetivo, debióse a que dicho concepto, con su sentido jusnaturalista, se dirigía contra un orden estatal positivo autocrático, habiendo nacido en lucha contra la Monarquía absoluta. Este concepto, tras el cual se ocultaba el postulado político de la democracia, no tenía ningún fin en el Estado antiguo, en el que dicho postulado hallábase realizado.

2. Pueblo estatal y pueblo colonial. Por lo demás, en la doctrina en torno a la cualidad subjetiva del pueblo, influyen motivos distintos de los estrictamente democráticos, como lo comprueba el hecho de que, a consecuencia de esta teoría, el pueblo indígena de las colonias pertenecientes a un Estado no forman parte del pueblo del mismo, puesto que los indígenas se hallan dominados por el Estado, es decir, están obligados por su ordenamiento, pero no participan — como los miembros del pueblo propiamente dicho — en el Estado-sujeto, no tienen parte en la creación del orden jurídico. Puesto que, por regla general, existe la capacidad jurídica privada y, particularmente, la capacidad procesal de los indígenas, sólo la carencia de derechos políticos es lo que les excluye del « pueblo ». Sin embargo, los derechos políticos faltaron hasta hace poco, y aun ahora faltan a amplios grupos humanos que forman parte del Estado democrático, y, no obstante, se les cuenta entre el pueblo estatal. ¿No serán, pues, vanidades de raza lo que empaña, en este punto, la teoría en torno al pueblo del Estado? Del mismo modo, era vanidad de clases lo que determinaba a algunas teorías antiguas a considerar que el Estado se componía únicamente de los « hombres libres », a pesar de que los « no libres » eran ya sujetos de Derecho y, en parte, incluso de ciertas facultades jurídicas, aun cuando no de derechos políticos.

3. El pueblo estatal como límite del poder del Estado. La afirmación de que los hombres que forman el pueblo de un Estado tienen que poseer ciertos derechos, especialmente los políticos, en la medida de lo posible, derívase de la esencia o del concepto mismo del Estado ; pero, naturalmente, sólo en apariencia. En verdad, también dentro de la moderna Teoría del Estado, a pesar de su sentido positivista, se alberga una vieja idea de la ideología del Derecho natural : la prioridad del derecho subjetivo, como derecho del individuo, juntamente con la creencia de que sólo la voluntad del individuo constituye el fundamento último de la validez de todo Derecho. Según esta teoría, que en último término destruye todo el Derecho positivo, el hombre

posee independientemente del Estado y de « su » ordenamiento (esto es, el orden jurídico positivo), ciertos derechos indestructibles, « innatos ». Es sujeto de derecho, es persona con prioridad al Estado; y, en rigor, él es el que, en unión de los demás hombres, concede la subjetividad jurídica, la personalidad, al Estado. Ciertamente, la teoría no se atreve a deducir esta consecuencia sino en contados casos. Conténtase con afirmar que aquél tiene que reconocer la personalidad jurídica de los hombres que constituyen el pueblo del mismo, para llegar al extraño resultado de que un Estado que no lo hace no es tal Estado — siendo así que éste puede hacer jurídicamente cuanto quiere —. Desde el punto de vista de esta ideología jusnaturalista, contraria a las condiciones del Derecho positivo — por lo cual se fija únicamente en el momento de la « facultad » y no en el de « deber jurídico » —, compréndese por qué el deber jurídico no es considerado como « Derecho » en sentido subjetivo, y por qué el sujeto del deber no es sujeto de derecho, personalidad jurídica. Esa es la razón por la cual el pueblo tiene que ser, en su calidad subjetiva, un conjunto de titulares de derechos subjetivos. Por otra parte, tiene que concederse que el poder o el dominio, que, según la doctrina dominante, constituyen la esencia íntima del Estado, no consisten sino en la obediencia, en la sumisión de los hombres; es decir, se identifican con la validez del orden jurídico, consisten esencialmente en la relación pasiva del hombre con el Derecho, en la obligación. La contradicción es completa.

Así, no es de extrañar que en la moderna teoría en torno al pueblo del Estado surja con frecuencia, lo mismo que en la vieja doctrina del Derecho natural, el ámbito jurídicamente negativo de la libertad fuera del Estado — el cual se distinguiría esencialmente del ámbito positivo del poder jurídico, de la facultad jurídica, de la participación en la formación de voluntad estatal correspondiente al principio democrático, conocido también con la denominación de « libertad » — como derecho subjetivo, en el sentido de una limitación absoluta y evidente al poder del Estado, basada en la naturaleza de las cosas. Según la Teoría, el Estado no puede sobrepasar, sin negarse a sí mismo, esos límites, los cuales coinciden precisamente con los derechos de libertad codificados en las constituciones modernas. Pero lo que, como contenido de una ley, es Derecho positivo, conviértese en Derecho natural si se eleva a la categoría de principio teórico derivado de la esencia del Estado o de la personalidad del hombre. Las tendencias políticas que se ocultan tras esa teoría, resaltan claramente cuando la legislación estatal amenaza penetrar en alguno de los dominios reservados hasta ahora a la libertad, aun usando de toda la cautela de las normas que afectan a la revisión constitucional.

Y, en definitiva, se comprueba que todo aquello que se afirma como contenido esencial del ordenamiento estatal, o como « derechos innatos del hombre », no es otra cosa que intereses de grupo y de clase, que tratan de atrincherarse tras la teoría. Así, de modo especial, la inviolabilidad de la propiedad privada.

CAPÍTULO SEXTO

La estructura espacial del Estado
La teoría de la centralización y la descentralización, y de las uniones de Estados

§ 27. Centralización y descentralización

A. Concepto y naturaleza de la centralización y la descentralización

Si se admite que el Estado es un orden de la conducta humana, es decir, un sistema de normas que poseen una validez tanto espacial como temporal, el problema de su estructura territorial no es más que un caso particular del problema en torno a la vigencia en el espacio de las normas constitutivas del orden estatal. La representación normal del Estado parte del simple supuesto de que todas las normas que constituyen un orden estatal valen de la misma manera para todo el territorio, y emanan de una instancia única, de un «poder» único que domina sobre la totalidad del territorio estatal. En esta última idea, la del llamado «Estado unitario», enlázase con el concepto del ámbito espacial de validez de las normas estatales, el pensamiento de la unidad y pluralidad de los órganos creadores de Derecho. Sin embargo, ambos conceptos tienen que ser pulcramente diferenciados. Y puesto que el concepto de «Estado unitario» traduce la antítesis entre la centralización y la descentralización, ya que se opone (como comunidad jurídica centralizada) al tipo de la comunidad jurídica descentralizada, dicha antítesis se presenta, en principio, única y exclusivamente desde el punto de vista del ámbito espacial de vigencia de las normas constitutivas de un orden estatal, es decir, según un criterio estático, sin necesidad de recurrir al momento dinámico de la unidad o la pluralidad de los órganos creadores del Derecho.

Se ha hecho observar, con razón, que, especialmente por parte del Derecho natural, el tipo de Estado unitario ha constituído, pura y simplemente, «el Estado», por lo cual ha prescindido en absoluto de considerar el problema de su estructura territorial (JELLINEK). La idea de que las normas estatales rigen sobre la totalidad del territorio estatal, recibe un refuerzo con la hipótesis de que el orden jurídico de un Estado compónese, tan sólo, de normas generales, siendo idéntico

el orden estatal con las normas creadas bajo la forma de ley. En efecto, es frecuente el caso de que las leyes del Estado tengan vigencia sobre todo el territorio del mismo, no habiendo leyes que tengan validez únicamente para una parte de ese territorio. Si se considera, como es corriente, que el poder del Estado consiste tan sólo en el poder legislativo, la idea del Estado como comunidad jurídica centralizada, en principio, incurriría con frecuencia en conflictos con la realidad histórica del Derecho, con los órdenes jurídicos positivos. Pero si se piensa que también las normas individuales creadas en el acto administrativo y en la sentencia judicial, que concretan el contenido de las normas generales, pertenecen al orden jurídico estatal, tendrá que reconocerse que no ha habido apenas un Estado que haya realizado plenamente la idea unitaria, el tipo de la centralización, pues aun supuesto que las normas legales se dicten con validez para todo el territorio, no es raro el caso de que la concreción de las mismas en normas individuales se realice con vistas a la vigencia en sólo una parte de él, y por medio de órganos cuya competencia creadora de Derecho hállase igualmente limitada a un territorio parcial. Los Estados históricos, esto es, los órdenes jurídicos positivos de cada Estado, no han sido ni plenamente centralizados ni descentralizados por completo; siempre ha habido en ellos una parte de centralización y otra de descentralización, habiéndose aproximado más o menos, según los casos, a uno u otro de estos tipos ideales.

En principio, una comunidad jurídica centralizada es aquella cuyo ordenamiento consiste única y exclusivamente en normas que valen para todo el territorio; mientras que, por el contrario, la idea de la comunidad jurídica descentralizada es aquella cuyo ordenamiento consta de normas que no valen sino para distintas partes del mismo. Que una comunidad jurídica se descomponga en territorios parciales significa que las normas de ese orden valen únicamente para ciertas partes del territorio; en ese caso, el orden jurídico de la comunidad en cuestión consta de normas que poseen distintos ámbitos espaciales de validez. En la idea de la descentralización plena no cabe la existencia de normas válidas para todo el territorio. Ahora bien; puesto que la unidad de éste se determina con arreglo a la unidad de la validez normativa, parece dudoso si en el caso ideal de la descentralización puede hablarse todavía de «totalidad del territorio» y de «un» orden estatal. Pero la descentralización no existe sino en tanto que se trata de la articulación espacial de una y la misma comunidad jurídica, de la estructura de uno y el mismo territorio. Si la descentralización fuese tan lejos que coexistiesen varias comunidades jurídicas, varias legislaciones con ámbitos espaciales autónomos (separados unos de otros) de vigencia, sin que pudiese decirse que estos territorios formasen parte de una totalidad, por faltar una comunidad, siquiera relajada, entre ellos; entonces parece que se habría sobrepasado el límite extremo hasta el cual era posible la descentralización. Pero no puede imaginarse una pluralidad de comunidades u órdenes

jurídicos yuxtapuestos sin la existencia de un orden totalitario correlativo de una comunidad superior a todos ellos, a los que delimitaría mutuamente, según se expuso en otro lugar. Y así como todos los Estados, en su calidad de comunidades jurídicas coordinadas, son miembros de la superior comunidad jurídica internacional, del mismo modo todos los territorios estatales tienen que ser partes constitutivas del ámbito espacial de validez del orden jurídico universal. Por eso sería inexacto pensar que sólo dentro de un Estado son posibles la centralización y la descentralización, y que se sobrepasan los límites de este problema cuando se entra en la esfera de las relaciones interestatales, en el ámbito de la comunidad de Estados situada más allá de los órdenes jurídicos particulares, constituída por el Derecho internacional. El enlace de un Estado particularmente considerado con la comunidad jurídica internacional y con comunidades más reducidas (como la confederación, la unión o la federación), no puede estudiarse sino desde el punto de vista de la centralización y la descentralización. Más adelante se demostrará que ni siquiera la comunidad jurídica internacional representa el grado más amplio posible de descentralización. El Derecho internacional «general» nacido por vía consuetudinaria, constituye un «stock» de normas positivas que se hallan en vigor en la totalidad del ámbito espacial de vigencia del orden jurídico internacional. En cambio, las normas del Derecho internacional creadas por la vía de los tratados, no tienen validez sino para partes del territorio (para el territorio de los Estados contratantes). Se trata, pues, de un caso de descentralización meramente parcial. Si la descentralización completa no existe, en principio, sino en el caso de la inexistencia total de normas con validez sobre todo el territorio, esto no puede entenderse — atendida la necesaria unidad del orden — más que de este modo: no puede haber ninguna norma «positiva» válida para todo el territorio; pero tiene que haber al menos una norma fundamental «supuesta» o hipotética, con validez sobre la totalidad del ámbito espacial, el cual se descompone en territorios parciales, correspondientes a los órdenes parciales delegados de dicha norma.

La unidad del territorio, así como la unidad del orden jurídico totalitario en el que se hallan comprendidas como órdenes parciales todas las restantes comunidades jurídicas, tiene que constituirse en virtud de esta norma fundamental. El límite extremo de la descentralización es, pues, al mismo tiempo, el límite de la coexistencia de una pluralidad de comunidades jurídicas. El supuesto mínimo para poder hablar de descentralización es, al propio tiempo, la condición mínima para admitir la existencia de una pluralidad de comunidades jurídicas. Partiendo de este punto de vista fundamental, podrá hablarse de descentralización en sentido estricto en el momento que la unidad del territorio se constituya merced a normas positivas y no tan sólo en virtud de una norma fundamental hipotética. Sin embargo, esto es de importancia subalterna, puesto que la realidad jurídica no va nunca más allá de ese límite estricto, y el caso extremo de la

descentralización positiva, la articulación de la comunidad jurídica internacional en distintos Estados, corresponde también al mismo concepto de la descentralización en sentido estricto.

Si las normas de un orden jurídico poseen ámbitos diferentes de validez espacial, existe la posibilidad — no la necesidad — de que en cada parte del territorio existan normas de contenido diferente. La unidad formal del territorio jurídico no tiene que coincidir con la unidad material del contenido del Derecho. En el límite teórico, cuando la unidad del territorio no está basada más que en la norma fundamental hipotética, todas las normas positivas no tienen validez más que sobre partes determinadas del territorio, y existe un orden jurídico unitario sin necesidad de que exista un contenido de Derecho positivo que tenga vigencia sobre la totalidad del territorio. La exigencia de una diferenciación de los contenidos del orden jurídico en relación a los distintos territorios puede basarse en razones diferentes. Las diferencias de índole geográfica, religiosa y nacional que existen dentro del ámbito de una legislación, exigen imperiosamente ser tenidas en cuenta al estructurar en territorios la comunidad jurídica; y esto en grado tanto mayor cuanto más amplia sea la extensión del territorio, y cuanto mayores sean las posibilidades de diferenciación dentro de las relaciones sociales sometidas a regulación. Esta diferenciación material del orden jurídico en el aspecto territorial, la única que corresponde a la esencia de la descentralización, debe distinguirse de la diferenciación material del mismo orden en la relación personal. Ciertas normas de contenido diferente pueden hallarse en vigor sobre la totalidad de un territorio para hombres de distinta calidad, por ejemplo, de distinta lengua, religión, raza, sexo, etc., o incluso de distinta profesión. Si también en este último caso se habla de « articulación » del Estado, téngase presente que se trata de una articulación con arreglo al principio de personalidad y no al principio de territorialidad, que es el que determina el sentido usual y auténtico de la articulación o estructura del Estado. Puede hablarse también de « sistema provincial » si se da el nombre de « provincias » a los distintos ámbitos espaciales de vigencia de un orden jurídico.

B. Descentralización plena y parcial (centralización)

La descentralización o articulación territorial de la comunidad jurídica y, por tanto, la posibilidad de contenidos jurídicos diferentes para las distintas partes del territorio de la misma, puede tener diversos grados, considerada con criterio puramente cuantitativo. En el dominio de la realidad jurídica, la descentralización y la centralización no son nunca más que parciales, de modo que la articulación o descentralización refiérese bien únicamente a una determinada fase del orden jurídico, o — si se prescinde de eso — sólo a una determinada competencia; en este caso se trata de normas que regulan solamente determinados objetos. Finalmente, podría pensarse también el caso de que la

centralización y la descentralización alternasen sucesivamente dentro del mismo orden jurídico, como principios diferentes de organización. Naturalmente, tampoco es imposible una combinación de estas tres posibilidades.

Por lo que respecta al primer tipo, conviene hacer resaltar estas posibilidades características: el caso de que únicamente la constitución (en sentido jurídico positivo) se halle en vigor sobre todo el territorio, siendo común a todos los miembros del Estado, mientras que las simples leyes, así como las normas individuales que concretan su contenido, no regirían sino en partes del territorio. Sin embargo, cabe que todas las leyes, es decir, las normas generales valgan para todo el territorio, y que sólo las normas individuales tengan validez local. Ésta es la situación en el Estado unitario, si se prescinde de que, por regla general, los reglamentos dictados sobre la base de las leyes, pero constitutivos, en rigor, de normas de carácter general, limitan también su vigencia a una parte del territorio. Mientras que la limitación de la validez de las normas generales a una parte del territorio significa, generalmente, que tanto el hecho condicionante como la consecuencia condicionada (el acto coactivo) tiene que ocurrir (con arreglo al contenido de la norma general) dentro de esa parte del territorio, la articulación territorial o descentralización limitada únicamente a las normas individuales significa casi siempre tan sólo que la norma individual creada en el acto administrativo o la sentencia judicial no puede referirse más que al hecho condicionante que se realiza dentro del territorio en cuestión, mientras que para el mismo hecho, regulado por la misma norma general, pero realizado en otra parte del territorio, precisa crear una norma individual distinta. Si bien esta norma enlaza como consecuencia un acto de coacción al hecho por ella establecido, no es necesario que esa consecuencia se aplique dentro del mismo territorio, sobre el cual tiene validez la norma individual. La limitación de la validez refiérese justamente tan sólo al hecho condicionante. También en este caso la descentralización — limitada a las normas individuales — puede darse con la finalidad de tener en cuenta las particularidades del territorio parcial, dentro del margen de libre apreciación necesariamente concedido a la norma individual. Sin embargo, suponiendo que exista, dicha finalidad será tanto menos asequible cuanto más reducido sea ese margen de libre apreciación, cuanto menor sea la posibilidad de diferenciación, es decir, en este caso, cuanto menor sea la posibilidad de tratar el mismo hecho de modo diferente, en distintas partes del territorio, por medio de las respectivas normas individuales. Por lo demás, el fundamento de esta especie de descentralización no es, en general, la posibilidad de una diferenciación de los contenidos de las normas individuales, sino un fundamento de naturaleza diferente, sobre el cual habrá ocasión de insistir al exponer un momento secundario, pero característico de la descentralización. Sin embargo, afirmemos que no sólo es imaginable el caso de que la fase de la legislación se halle centralizada, y descentralizada

la de la ejecución, sino que también es posible el caso inverso, es decir, descentralización de la legislación y centralización de la creación de normas individuales (caso que se presenta en la unión real de Estados). El segundo tipo de descentralización parcial, o centralización, caracterizase por el hecho de que dentro de las normas constitutivas del orden jurídico se puede distinguir entre las que (con el mismo contenido) valen para todo el territorio, y las que (materialmente diferenciadas) sólo valen para una parte de él; pero el criterio de esa diferenciación no es el grado distinto de la validez, sino los distintos objetos regulados por el orden jurídico; así, por ejemplo, cuando las normas referentes al Derecho civil no pueden darse más que unitariamente para todo el territorio, mientras que las normas penales sólo están en vigor sobre una parte del mismo, adaptándose a las variedades locales; o cuando tanto las normas civiles como las penales están centralizadas, pero se hallan descentralizados algunos dominios de la administración, como los referentes a la industria, la sanidad, la enseñanza, etc. Si la descentralización de estas materias atraviesa todo el orden jurídico, cualquiera que sea el grado de su validez, la constitución (en sentido jurídico positivo) y las normas sobre la especie y manera de la creación de las leyes concernientes a estas materias tienen que estar descentralizadas. Tal es el caso, por ejemplo, del Estado federal, en el que las normas constitucionales referentes a la legislación de los Estados miembros valen como leyes de estos mismos Estados y no como leyes de la Federación. Por lo demás, es también posible que la constitución de los Estados miembros sólo en parte sea asunto de la competencia de los mismos, puesto que los rasgos fundamentales de dichas constituciones podrían estar trazados por una ley federal, con lo cual tendrían validez sobre todo el territorio de la Federación.

El caso de que la descentralización de ciertas materias o competencias del orden jurídico se refiera únicamente a las leyes y a los grados inferiores del reglamento y de la ejecución individual, se presenta en el tipo del Estado constituído sobre la base de provincias o cuerpos autónomos. Aquí, en el marco de una constitución unitaria y válida para todo el territorio, que regularía exhaustivamente todas las formas posibles de la legislación, existe la posibilidad de normas generales, de validez meramente local, que pueden recibir el nombre de «leyes», y de normas individuales que las concretan, sin que la « constitución » (en el sentido jurídico positivo y estricto de esta palabra) de estas provincias o cuerpos autónomos pueda ser objeto de la ley provincial.

C. El criterio estático y el criterio dinámico

Según resulta de cuanto llevamos dicho, el problema en torno a la centralización y la descentralización es un problema de estructura, de articulación territorial de la comunidad jurídica y, en primer término, un problema acerca del ámbito espacial de validez de las normas

constitutivas de un orden jurídico. Pero, subsidiariamente, a este momento estático del ámbito espacial de validez de las normas se añade un momento dinámico, el cual, si bien es absolutamente diverso e independiente del primero, suele andar confundido con él, siempre que se habla de centralización o descentralización. Mientras que desde el primer punto de vista se atiende únicamente a la validez de las normas según sus respectivos ámbitos de vigencia espacial, con arreglo al último criterio se mira con preferencia a la especie y manera de creación de dichas normas, al acto de creación normativa, a los órganos creadores de Derecho en sus distintos grados. Se distingue según que las normas válidas para todo el territorio o para parte de él sean creadas por un órgano único o por una pluralidad de órganos. Y si bien una comunidad jurídica centralizada o descentralizada (en sentido estático) es posible tanto con la unidad como con la pluralidad de los órganos creadores de Derecho, suele enlazarse, sin embargo, con el concepto de centralización la idea de normas (válidas sobre todo el territorio) creadas por un órgano único que constituiría, por así decirlo, el centro de la comunidad, y que incluso en sentido geográfico estaría situado en el centro de la misma; mientras que con el concepto de descentralización se enlaza la idea contraria, es decir, la de una pluralidad de órganos no agrupados en el centro, sino extendidos por la periferia, los cuales serían competentes para crear normas válidas sólo sobre determinadas partes del territorio. Puede afirmarse que en la terminología de la « descentralización » y la « centralización » referida a la articulación espacial de la comunidad, el momento secundario dinámico ocupa un lugar tan preferente, que la elaboración científica del problema ha abandonado por completo lo que constituye el elemento primario y fundamental del mismo.

Si se examinan las diversas posibles combinaciones en las que pueden entrar ambos factores, resulta lo siguiente:

1. En la centralización total. También en el caso ideal de la centralización, por tanto, en el caso de un orden jurídico cuyas normas valdrían incondicionalmente sobre todo el territorio, no existiendo ninguna especie de articulación territorial, existen dos posibilidades del momento dinámico: las normas de este orden pueden ser creadas por uno o por varios órganos. En el caso extremo, todas las normas del orden son creadas por un solo órgano, es decir, por un solo hombre. Tal es el tipo ideal de la autocracia, la cual es centralista por esencia. Sin embargo, el órgano único que crea las normas puede ser un órgano colegiado: la asamblea popular, el consejo elegido por el pueblo, etc. Por tanto, también la democracia puede ser centralista. Pero también en la plena centralización es posible una pluralidad de órganos relativamente autónomos. Así, por ejemplo, podrían existir órganos diferentes para la creación de las normas en sus distintos grados, sin necesidad de que existiese, teóricamente, una articulación territorial de la comunidad. Podría existir un órgano democrático para la legisla-

ción, y otro autocrático para la ejecución. De particular importancia es el hecho de que en la centralización completa pueden existir diferentes órganos para la creación de normas de distinto contenido, por ejemplo, para la creación de las normas que regulan el Derecho civil o todo lo concerniente a la industria, la sanidad, la enseñanza, etc. Se suele llamar a esto «sistema real»; es el sistema con arreglo al cual está organizada la administración de casi todos los Estados modernos, al menos en la instancia superior.

También recibe el nombre de «sistema de competencias», al cual se suele contraponer (y sólo a él, con notorio error) el sistema territorial o provincial, que es el sistema de la articulación territorial, es decir, el de la descentralización; pero eso no está realmente en contraposición con el sistema real, puesto que éste no es más que un caso especial de la centralización, que constituye la antítesis del sistema de articulación territorial. Si se combina el sistema de competencias con el antes citado sistema jerárquico, aplicando aquél sólo a la fase legislativa o sólo al grado superior de la ejecución, pero concentrando la legislación en un órgano único distinto de los ejecutivos, o bien estableciendo varios órganos de la legislación con competencias distintas (por ejemplo, un parlamento económico aparte del parlamento político, o un parlamento general y varios especiales, etc.); en cualquiera de estos casos se trata de una comunidad jurídica absolutamente centralista, con una pluralidad de órganos creadores de Derecho. Pero es irrelevante el hecho de que estos órganos tengan su sede en un centro común o estén repartidos por la periferia, puesto que lo decisivo es que su competencia espacial es la misma para todos: la totalidad del territorio. Pero en el Derecho positivo es también frecuente el caso de que los distintos órganos centrales tengan su sede en lugares diferentes del territorio estatal.

2. En la descentralización total. También es posible el caso de una descentralización total, tanto con la unidad como con la pluralidad de los órganos creadores de Derecho. Ciertamente, sólo en el supuesto de que bajo el nombre de «órgano» se entienda el hombre encargado de realizar la función orgánica, y se reconozca que la unidad del órgano consiste en la identidad psicofísica del mismo. Si se presupone la plena descentralización en el sentido de que la unidad del orden jurídico y, por tanto, la del territorio, no está fundada más que en la norma fundamental hipotética, de tal modo que no existen normas positivas válidas para todo el territorio sino sólo para partes del mismo, incompatibles entre sí, puede llegarse a este resultado, ya suponiendo la existencia de un solo órgano (personal o colegiado) establecido directamente por la norma fundamental, encargado de la creación de normas en sus distintos grados, o admitiendo que existe una multiplicidad de órganos (personales o colegiados), cada uno de los cuales tiene competencia sobre una parte del territorio. En el primer caso, un solo hombre puede tener competencia para crear todas las normas válidas sobre

una parte del territorio. Sin embargo, esa competencia no es idéntica a la del caso de la centralización, pues no se trata de un acto único, sino de tantos actos creadores de Derecho cuantos son los distintos ámbitos de validez que existen. Y ahí se comprueba que la identidad psicofísica del hombre que crea las normas no puede ser lo verdaderamente decisivo; que el mismo hombre creador de las distintas normas — con arreglo a su ámbito espacial de validez — no puede ser el mismo órgano, si se piensa, tras el hecho objetivo de la creación de una norma, en la representación auxiliar personificadora del órgano como sujeto. Por lo demás, este problema posee actualidad desde el punto de vista del Derecho positivo. La llamada «unión personal», en el sentido de una unión de dos Estados monárquicos unidos solamente en la persona del monarca — prescindiendo de la comunidad jurídica internacional que une también a los Estados mismos —, representa aproximadamente este caso de descentralización. Siempre se afirmó que el titular de la corona representaba dos órganos distintos, como emperador de A y como rey de B, a pesar de que era el mismo hombre el que tenía que establecer las leyes y actos de ejecución con validez, en un caso, para el territorio de A, y en otro para el territorio de B. Claramente resalta esto si se trata de monarquías constitucionales y no absolutas, en las que el órgano legislativo y el ejecutivo supremo no es el monarca por sí mismo, sino en unión del parlamento y del ministro responsable; la misma función se realiza para cada país por hombres distintos, y entonces coexisten dos órganos compuestos de hombres diferentes, que no tienen de común más que uno solo: el monarca. Lo mismo puede ocurrir en la relación de las provincias autónomas llamadas «países» con el Reich. La competencia legislativa hállase repartida entre los países y el Reich, por lo cual el monarca tendría que sancionar tanto las leyes del Imperio (votadas por el parlamento central) como las leyes locales (votadas por las respectivas Dietas). Ahora bien; puesto que estas leyes no tenían validez más que en el territorio local, puede afirmarse con razón que el monarca no las sancionaba como órgano del Reich, sino en calidad de soberano del país (cfs. págs. 250 y siguientes).

La unión puede también consistir en una comunidad de otros órganos, sobrepasando, naturalmente, la mera unión en la persona del monarca, especialmente la de todos o algunos ministros, o también en la comunidad de un cuerpo representativo encargado de funciones legislativas. Sin embargo, esto carece de trascendencia para determinar el grado de la descentralización, en tanto que dichos órganos no están facultados para crear normas con validez sobre todo el territorio, sino sólo para cada una de las partes del mismo. Una distinción fundamental resulta en el momento que uno de los órganos «comunes» es competente para crear normas válidas sobre la totalidad de los dos territorios. No obstante, entonces no existe ya descentralización total, sino meramente parcial. Y entonces, basta un acto único de creación normativa para establecer una norma válida sobre ambos territorios;

luego, en ese caso, el órgano creador es común a ambas comunidades jurídicas, por cuanto que constituye un órgano de la comunidad jurídica de los dos Estados, constituída por las normas válidas al mismo tiempo sobre los respectivos territorios; y entonces, finalmente, no sólo existe una mera identidad de hecho del titular del órgano a través de la diversidad de funciones y de órganos, sino que existe una comunidad jurídica de los dos Estados, dotada de órganos propios. Existe la inclinación de aplicar a esta distinción la antítesis, tan corriente en los autores, entre la unión personal y la unión real. Pero esto no podría hacerse sino a reserva de prescindir totalmente de los casos de un órgano legislativo común y, por tanto, de comunidades jurídicas en las que una parte de las normas generales tiene vigencia sobre la totalidad del territorio; pues estos casos corresponden más bien, según la terminología corriente, a las categorías de Estado federal, confederación de Estados y descentralización por autonomía. Sin embargo, el caso de que sólo sean comunes los órganos de la ejecución y, por tanto, exista la posibilidad de establecer normas individuales (y también generales, aun cuando no en forma de ley) con validez para todo el territorio, por ejemplo, tratados internacionales, disposiciones militares, presupuestos, etc., mientras que la esfera de la descentralización permanece plenamente descentralizada, es un caso típico de lo que se suele llamar « unión real » (cfs. págs. 269 y ss.).

El tipo de descentralización total adopta todavía otra forma característica, consistente en que para la creación de las distintas normas — en su respectivo ámbito de validez espacial — se establecen distintos órganos, incluso respecto del titular de los mismos; de modo que tampoco en este sentido existe un órgano común de las comunidades jurídicas constituídas por las diferentes normas, según los respectivos ámbitos espaciales de vigencia de las mismas. Si en el problema de la descentralización se atiende no sólo a las distintas normas que constituyen el orden jurídico total, con sus distintos ámbitos espaciales de validez, sino que se considera también la posibilidad de un contenido diferente de estas normas para las diversas partes del territorio, tendrá que confesarse que, desde un punto de vista puramente psicológico, es mayor la probabilidad que existe de una diferenciación material de los órdenes parciales entre sí, supuesta la diversidad de los hombres actuantes en calidad de órganos creadores de Derecho, que si es uno solo el que actúa como órgano para la totalidad de las distintas partes del territorio. En realidad, se apela a una unión personal cuando a pesar de mantenerse, en principio, la estructuración en territorios, y a pesar de la amplísima descentralización, se quiere tener garantías de que los órdenes jurídicos que se hallan separados unos de otros por lo que afecta a los ámbitos espaciales de su validez, podrán llegar a alcanzar una cierta coincidencia en sus contenidos. El caso de la descentralización total (supuesta la plena diversidad, no sólo de los órganos creadores de Derecho, sino de los titulares mismos de la función orgánica) no ha sido realizado en el Derecho positivo, y no lo ha sido porque

el orden jurídico universal (del cual son parte cada una de las comunidades jurídicas particulares) no es un caso de descentralización total. Por esa razón, la unión puramente personal que entre los Estados no puede existir sino dentro de la comunidad jurídica internacional, no puede ser juzgada tampoco sino relativamente, como un caso de descentralización total, supuesta la pluralidad de titulares de una misma función orgánica, abstracción hecha del grado de centralización creada por la propia comunidad internacional. Se apoya en un malentendido la hipótesis de que ha habido históricamente Estados en los cuales no han existido autoridades supremas sino para las diversas partes de los mismos, pero no un órgano central común ; Estados que sólo han sido, por así decirlo, un haz de provincias, si es que en ellos ha hallado aplicación el sistema provincial puro. No puede aceptarse que no haya habido ninguna norma con validez sobre la totalidad del territorio de tales Estados y que, por tanto, no haya habido tampoco ningún órgano encargado de establecer tales normas, pues supuesto tal grado de descentralización (que iría mucho más allá que la ya bastante relajada comunidad jurídica internacional), la terminología corriente no podría ya hablar de un « Estado »; tanto más cuanto que esa terminología rechaza enérgicamente considerar como Estado, como *civitas maxima*, a la comunidad internacional. Es indudable que se presupone, tácitamente, que el sistema provincial no se extiende sino a ciertos grados del orden jurídico, por ejemplo, a la administración y la jurisdicción, mientras que la unidad territorial se basa en la validez unitaria de las normas generales. Puesto que el Estado medieval no tenía propiamente órganos legislativos designados por vía constitucional, y la creación de normas jurídicas generales era más bien consuetudinaria en este caso — los órganos de creación de Derecho son los mismos súbditos que crean la costumbre o los tribunales que, aplican sus normas en cada, caso particular —, se comprende que frente a semejante organización se prescindiese de considerar el momento centralizador ; tanto más si sólo se miraba a la persona del órgano y no al hecho de la creación de la norma, hecho que no faltaba tampoco en las normas jurídicas consuetudinarias, aun cuando no pudiera proyectarse personificativamente sobre un hombre determinado.

3. En la centralización parcial (descentralización) ; el órgano « propio » de un orden parcial. El momento secundario del órgano creador de la norma reviste una importancia mucho mayor en los casos de centralización o descentralización parcial que en los de descentralización o centralización completa. En el primer caso tenemos dos complejos normativos : normas con validez para todo el territorio, y normas vigentes tan sólo en partes del mismo ; en consecuencia, una comunidad territorial completa, que abraza distintas comunidades territoriales parciales ; con arreglo a esto, precisa distinguir entre los órganos de la comunidad total y los de las comunidades parciales. Esta distinción, precisamente, juega un gran papel en la Teoría acerca de

aquellos tipos de comunidades jurídicas descentralizadas que reciben el nombre de « uniones de Estados ». De especial importancia para la doctrina dominante — que todavía se expondrá más a fondo — en torno a las uniones de Estados, es el concepto de órgano « propio « de una comunidad. Lo primero que conviene fijar es en qué sentido puede hablarse de un órgano del todo y de un órgano de la parte; qué significa el que un órgano pertenezca a un determinado orden o a una comunidad jurídica constituída como tal por aquél; qué sentido tiene llamarle órgano « propio » de un orden o de la comunidad por él constituída.

Teniendo en cuenta la doble calidad del órgano, el cual es tanto ejecutor como creador de la norma (cfs. págs. 341 y ss.), la unión de un órgano con un orden determinado puede verificarse en doble sentido. Se es órgano de aquel orden que se crea por medio de la función orgánica, de aquel orden que se crea o establece precisamente en calidad de órgano. Si ambos órdenes no difieren entre sí — respecto del ámbito territorial de su validez —, y la norma que establece el órgano vale para el mismo territorio que la establecida por éste, no existe el problema característico de la teoría de la descentralización. Ese problema nace en el momento que el orden en virtud del cual es establecido el órgano y el orden por él creado están en la relación de parte a todo.

Si la pertenencia del órgano se determina, pues, por el mismo orden que lo establece y le atribuye la competencia de crear normas jurídicas, es decir, por el mismo fundamento jurídico de su existencia como tal, aquél no es órgano directo más que de la comunidad jurídica que se constituye por las normas que él mismo crea; pero, mediatamente, lo es también de toda comunidad más amplia, con respecto a la cual tenga la primera el mero carácter de comunidad parcial, y el orden que la constituye, el de orden delegado del de la comunidad superior. Precisamente porque en este criterio de unión del órgano con su ordenamiento se trata, en rigor, de una cuestión en torno al fundamento de la validez, la imputación de la función orgánica al orden parcial, la calificación de un acto como acto de una comunidad parcial no puede ser definitiva, sino que tiene que tender a la unidad del orden total, si bien a través de distintas etapas intermedias.

Por eso, desde este punto de vista, no es posible derivar ninguna diferencia fundamental del hecho de que un sujeto sea afirmado como órgano « propio » de alguna comunidad jurídica (necesariamente parcial), mientras que, en otro caso, el sujeto que realiza una función análoga constituye un órgano « ajeno ». La distinción entre órgano propio y órgano ajeno no puede ser una diferencia cualitativa sino meramente gradual. Pero si la pertenencia del órgano se determina con arreglo al orden por él creado — en ejecución del que lo establece como tal —, entonces no sólo es órgano directo de este orden por él producido, sino — mediatamente — de todos aquellos órdenes creados por otros, sobre la base de las normas establecidas por el primero.

Si se atiende a la posibilidad de que los dos órdenes con arreglo a los cuales puede determinarse la pertenencia del órgano, difieran entre sí, por lo que afecta a los respectivos ámbitos de validez (por cuanto que se hallan en la relación de parte a todo), resulta posible que un orden válido sobre la totalidad de un territorio establezca un órgano para la creación de normas válidas solamente sobre una parte del mismo. Dicho órgano puede ser considerado entonces tanto como propio de la totalidad como sólo de la parte, según cuál de los dos criterios antes expuestos sea el que se acepte. Ejemplo: en la constitución federal se establecen los órganos legislativos de los Estados miembros. En ese caso, los parlamentos de los países formados con arreglo a la constitución federal pueden considerarse como órganos de la Federación, puesto que han sido establecidos por la constitución de la misma; pero son también órganos locales, porque sólo tienen competencia para crear normas jurídicas válidas para el Estado miembro, porque sólo establecen un orden jurídico parcial. Lo mismo ocurre con los órganos legislativos de una provincia autónoma, los cuales, en tanto que establecidos por la constitución del Estado, son estatales, y en tanto que realizan una función de la provincia, son órganos de ésta.

Pero ¿es posible también que un orden solamente válido para una parte del territorio (o la comunidad parcial por dicho orden constituída) establezca un órgano competente para crear normas con validez sobre la totalidad del territorio, por relación al cual el ámbito de validez del orden que establece dicho órgano no sería más que un territorio parcial, de modo que la comunidad completa se crearía por órganos que directamente sólo lo serían de la comunidad o comunidades parciales? Esto es imposible, pues constituye una *petitio principii*. El orden parcial que autoriza a crear normas con validez sobre un territorio que sobrepasa el ámbito del orden delegante, conviértese, por lo mismo, en orden estatal, y extiende el ámbito de su validez más allá de su propio territorio, pues la norma delegante aspira a valer sobre todo el territorio. Si se admite que el órgano pertenece al orden que lo establece como tal, la totalidad no puede ser constituída por los órganos de la parte, sino a la inversa, ésta por los de la totalidad.

Esto es casi siempre ignorado por la doctrina acerca de las uniones de Estados, que es un capítulo de la Teoría de la centralización. Se cree que es posible caracterizar la esencia de ciertas agrupaciones constituídas por varios Estados en virtud del hecho de que los órganos competentes para la creación de normas sobre la totalidad del territorio de las mismas no son órganos «propios» de la asociación, sino de los miembros; mientras que en otros casos, dichas agrupaciones deben tener órganos diferentes de los propios de los miembros constitutivos de la comunidad en cuestión. Éste es uno de los momentos que se suele tener en cuenta para distinguir de modo fundamental entre la confederación de Estados y el Estado federal. Según la concepción corriente, la confederación no tiene órganos propios como la federa-

ción, del mismo modo que no tiene un poder estatal distinto del poder de los Estados que la constituyen, y del mismo modo que carece de una personalidad jurídica, de un territorio y de un pueblo « propio » distintos del pueblo, del territorio y de la personalidad de los miembros : todo lo cual atribúyese, en cambio, al Estado federal. Los órganos confederales son órganos de los Estados miembros, comunes a éstos, así como el poder de la confederación no es más que el poder unificado de dichos miembros. Pero si se reflexiona más detenidamente, esta concepción resulta insostenible. Supongamos el caso de que se constituye una confederación de varios Estados con el fin de realizar una determinada política exterior y llevar a cabo una guerra ; dicha confederación posee — en virtud de una constitución confederal establecida como Tratado internacional — un órgano común encargado de velar por los fines de la misma, que se compone, por ejemplo, de los jefes de los Estados o de los ministros de Negocios extranjeros de los Estados miembros, y que recibe el nombre de « consejo confederal » ; el órgano de la confederación se compone, por tanto, de los órganos de los miembros ; y si se supone que las decisiones de ese *collegium* no pueden tomarse sino por unanimidad, parece darse de hecho el caso de que la confederación, careciendo de órganos propios, está constituída por los de las partes. Sin embargo, no es así. Ese consejo confederal es única y exclusivamente un órgano establecido en la constitución de la confederación, la cual constituye el contenido de un Tratado internacional, y precisamente en virtud de esta cualidad suya, la constitución confederal posee de antemano validez sobre la totalidad del territorio de todos y cada uno de los Estados, con los cuales crea una unidad ; que es lo que no podría hacer una ley de ninguno de esos Estados.

Esa constitución confederal es la que hace de la confederación una comunidad jurídica en la cual están comprendidos todos los Estados que la forman. El consejo confederal es un órgano de la misma, si se considera que la pertenencia del órgano debe determinarse por el orden que lo establece. El hecho de que los miembros de dicho consejo sean los hombres que, con arreglo a las constituciones de cada Estado miembro, son los presidentes o los ministros de Negocios extranjeros de los mismos, no puede introducir ninguna variación en la pertenencia del consejo confederal (que no se basa en las constituciones de ninguno de los Estados) a la confederación, ni en la propiedad de este consejo de ser un órgano « propio » de aquélla. Este hecho fundamenta únicamente la unión personal entre el todo y la parte, entre la confederación y los miembros de la misma. Existe en ese caso solamente identidad del « titular » de la función, pero no del órgano mismo, pues los mismos hombres que constituyen el consejo confederal establecido por la constitución, son órganos distintos en su calidad de consejeros y de jefes o ministros de sus Estados respectivos; e incluso en el caso de que la constitución confederal establezca para la realización de los fines de la confederación un solo órgano simple

de uno solo de los Estados miembros (por ejemplo, si el jefe de uno de los Estados se convierte en generalísimo del ejército confederal), ese funcionario es órgano «propio» de la confederación, y en cuanto «generalísimo» no es en manera alguna órgano del Estado a que pertenece. Únicamente en el «titular» se verifica la unión personal de las dos funciones. Sería más fácil evitar el error si en lugar de atenderse a la persona del órgano se mirase más bien a la función, que es lo jurídicamente decisivo. Si se aplica indistintamente el nombre de unión personal a la unión de dos funciones diferentes en un mismo hombre, por ser diversos los órdenes o normas que las establecen, y en el caso de la unión personal (en el sentido de la identidad del titular) se habla de órganos «comunes», puede darse el caso, en la descentralización parcial, de que exista una unión personal entre los órganos del todo y los de la parte, entre los órganos centrales y los descentralizados; es decir, de que el todo y cada una de las partes posean órganos «comunes». Sin embargo, los órganos del todo no podrían nunca ser considerados únicamente como de las partes. Los órganos de la confederación son tales no sólo porque se hallan establecidos por la constitución confederal, cuya validez se extiende a todo el territorio, sino también en el sentido de que son competentes para crear normas válidas sobre todo el territorio de la confederación. Éste es también el caso cuando las resoluciones del consejo confederal no obligan directamente más que a los Estados miembros, mientras que para poder obligar a los súbditos de los mismos necesitan, además, que esas resoluciones sean ratificadas y convertidas en leyes de cada uno de los Estados federados. Para la cuestión en torno al ámbito espacial de la validez de las normas creadas por los órganos confederales es indiferente el hecho de que su concreción o individualización tenga que recorrer una o varias etapas intermedias. La situación es esencialmente la misma que si una ley general válida sobre todo el territorio de un Estado requiere su concreción en las leyes de las distintas provincias autónomas, para poder traducirse en derechos y deberes concretos de los órganos (cfs. págs. 272 y ss.).

Para la cuestión acerca de si el consejo confederal — continuando el ejemplo de la confederación — es un órgano «propio» de la confederación o común a los miembros de la misma (cuestión idéntica con el problema de si la confederación tiene o no un poder propio, y a la cual se confunde a veces con la cuestión acerca de la personalidad jurídica confederal) es indiferente que las resoluciones de ese *collegium* deban tomarse por unanimidad o por mayoría de votos. En el último caso, se ve con toda claridad la diversidad de funciones realizadas por el órgano colegial y por el que está «personalmente» unido a él.

Es difícil considerar que un acto ha sido querido por aquel Estado cuyo órgano ha manifestado la voluntad contraria, pues el órgano del Estado miembro es el presidente o el ministro de Negocios extranjeros, mientras que el de la confederación está constituído precisamente por la totalidad del *collegium*. Pero aun supuesto que para el funciona-

miento del órgano común se requiera la unanimidad, se trata de un órgano compuesto diferente de los de cada uno de los miembros, a los que sólo está unido personalmente. A este tipo de descentralización corresponde no sólo la confederación de Estados, sino toda comunidad internacional de base contractual, e incluso la comunidad jurídica internacional universal.

D. El grado de descentralización de la comunidad jurídica internacional

Todos los tratados internacionales celebrados entre los Estados se realizan sobre la base de una norma de Derecho internacional general, en virtud de la cual la manifestación coincidente de las voluntades de los hombres a los que la constitución autoriza para determinar la conducta mutua de otros hombres igualmente determinados por los respectivos órdenes jurídico-estatales, constituye la condición de determinadas consecuencias jurídicas. Frente al orden jurídico internacional, el tratado es un hecho condicionante ; con respecto a los hombres obligados por él, es norma, orden jurídico total o parcial. El órgano que crea esta norma, este orden contractual, es un órgano compuesto. La función orgánica es realizada por las manifestaciones coincidentes de las voluntades de dos o más hombres, determinados individualmente por las constituciones estatales en virtud de una delegación del Derecho internacional. Es un órgano unitario, aun cuando no simple (cfs. págs. 363 y ss.), el que establece la norma u orden contractual para dos Estados ; no es tampoco un doble órgano, como cree la concepción tradicional, y es, finalmente, un órgano del Derecho internacional, de la comunidad jurídica internacional, y no de cada uno de los Estados contratantes, como suele afirmarse de ordinario, pues ninguno de los órdenes estatales en vigor únicamente sobre una parte del territorio puede autorizar a sus « propios » órganos a establecer normas que han de valer sobre el territorio de todos los Estados contratantes. Aun cuando parezca paradójico, no es más que la exposición de un hecho real el afirmar que los Estados no pueden contratar entre sí considerados particularmente, es decir, aislados unos de otros, sin vínculos comunes, como esencias separadas entre sí, sino únicamente en su calidad de órganos de la comunidad jurídica internacional. Si en el tratado se hallan frente a frente dos comunidades coordinadas, tiene que presuponerse la existencia de una comunidad superior a las dos, a las cuales coordina y en las cuales delega ciertas competencias ; en una palabra, hay que partir del primado del orden jurídico internacional. Pero desde este punto de vista, la conclusión de un tratado debe ser considerada como un acto de creación normativa, realizado por un órgano de la comunidad jurídica internacional. El orden jurídico internacional — como conjunto de las normas del Derecho internacional general — es un orden válido para el ámbito espacial de vigencia de todos los Estados particulares. Dicho orden prevé la posibi-

lidad — en su norma fundamental — de la creación de normas para el territorio de dos, varios o — eventualmente — de todos los Estados (mediante un tratado celebrado por todos ellos). La proposición jurídica *pacta sunt servanda* es la constitución del Derecho internacional. Las constituciones estatales no conceden más que la posibilidad de normas jurídicas válidas dentro de los límites de cada Estado. Y lo que se dijo respecto de la confederación de Estados — que, en rigor, no es otra cosa que un Tratado internacional especial —, puede decirse aquí, con carácter general, de la comunidad jurídica internacional: constitúyese no por medio de los órganos « propios » de los Estados vinculados por un pacto, sino por medio de un órgano del Derecho internacional mismo, pues el Derecho internacional delega en las constituciones estatales la determinación de los hombres que componen el órgano creador de las normas del tratado; pero en él y no en éstas se halla el fundamento de la validez de dichas normas; el Derecho internacional, y no los órdenes jurídicos estatales, es el que determina la función orgánica, el acto de creación de las normas obligatorias para los Estados, pues ninguno de aquéllos es competente para autorizar a sus órganos a establecer normas cuyo ámbito de validez ha de sobrepasar los límites del Estado en cuestión, para extenderse a los ámbitos de vigencia espacial de los demás Estados. Si la determinación del órgano creador del orden estatal se realiza delegando el orden jurídico internacional en las constituciones estatales la designación de los hombres cuya función establece el hecho del tratado, cada uno de estos hombres — que no realiza más que un acto parcial — es órgano de su Estado, desde el punto de vista de la constitución que lo designa; pero el órgano total, el órgano que establece el hecho completo y crea la norma contractual, no puede estar fundado más que en el orden jurídico internacional. Los hombres que lo componen, a fuer de órganos incompletos, son también órganos de sus respectivos Estados, pues en ellos se verifica, en su calidad de titulares, una unión personal entre dos funciones distintas; supuesto que, aparte de su participación en la celebración del Tratado internacional, posean otras funciones exclusivas. Y si se admite que esta participación en la celebración del tratado, que este acto incompleto por ellos realizado — en virtud de designación constitucional — constituye una función del Estado, entonces ese acto incompleto tiene una doble cualificación: de una parte, como acto estatal; de otra, como acto de la comunidad jurídica internacional creada por el Derecho de gentes. Pero el acto completo decisivo para el establecimiento de esta norma contractual no tiene más que la última calificación.

La comunidad internacional propiamente dicha representa, pues, el tipo de un orden jurídico parcialmente descentralizado, en el que las normas del Derecho internacional general se hallan en vigor sobre el ámbito espacial de validez de la comunidad jurídica completa, mientras que las legislaciones de cada Estado no valen sino para determinadas partes del territorio; pero la proposición jurídica *pacta sunt*

servanda, que pertenece a las normas del Derecho internacional general, concede la posibilidad de órganos (compuestos) para establecer normas del Derecho internacional particular, es decir, normas para el territorio de varios o, eventualmente, de todos los Estados; de forma que estos órganos del orden jurídico internacional constan de órganos incompletos o parciales, en cuyos titulares se verifica una unión personal con los órganos estatales. Para la cuestión en torno al ámbito espacial de validez, carece de importancia — como ya se hizo notar respecto a la confederación de Estados — el hecho de que los tratados obliguen únicamente a los Estados y no (de manera inmediata) a los súbditos.

E. La relación entre los órganos centrales y locales

Si en la descentralización parcial existen órganos centrales — órganos del orden totalitario vigente sobre todo el territorio — juntamente a los locales — órganos de los órdenes parciales vigentes sobre partes del territorio —, es indudable que los primeros pueden estar formados por los órganos locales. En qué sentido sea eso posible, lo revela el análisis que hemos hecho de la comunidad jurídica internacional general, y de la especial creada mediante un tratado, en particular la confederación de Estados: en el sentido de una mera unión personal (verificada en el titular) entre el órgano central y los órganos locales. En este mismo sentido, el órgano central puede estar compuesto de órganos locales. Un ejemplo típico de esta organización lo tenemos en el Estado federal, cuyo órgano legislativo central está formado por una representación popular prevista en su totalidad por la constitución y las leyes federales, y por una segunda cámara compuesta por los representantes de los Estados miembros, bien de manera que la constitución federal designa directamente a ciertos órganos de los Estados miembros (por ejemplo, a sus ministros-presidentes) para formar parte de la cámara de los Estados, o bien en forma que la constitución federal autoriza a un órgano del Estado miembro (por ejemplo, su parlamento o su gobierno) para elegir o nombrar su representante en la cámara federal. En este último caso, el órgano central no se compone inmediatamente de órganos locales, sino que es creado por ellos (lo cual ocurre, por ejemplo, en la confederación de Estados, no sólo en parte, sino en toda su extensión). La constitución central no establece como órganos a aquellos hombres que ya lo son según las constituciones locales, sino que delega en éstas la designación de los hombres que han de realizar funciones centrales. La explicación de este hecho se comprende con evidencia teniendo presente todo cuanto llevamos dicho. Quizá precisa insistir todavía en que también los órganos locales designados por la constitución central actúan como órganos centrales al establecer el acto de creación prescrito y regulado por aquélla. De ese modo, no sólo la cámara de los Estados, sino incluso los parlamentos de los Estados miembros que crean la cámara federal desde

el momento que eligen sus componentes, actúan como órganos de la federación, en el momento de la elección. Lo mismo puede decirse de la confederación, cuando su órgano central se forma mediante la elección de representantes por los parlamentos locales, o por nombramientos de los mismos por los gobiernos respectivos. Así que, en rigor, resulta inexacto decir que los órganos centrales son creados por los locales. Solamente los órganos centrales pueden crear otros de la misma naturaleza; pero puede existir una unión personal en los titulares del órgano central creador y de los órganos locales.

A la inversa, los órganos locales pueden ser establecidos por la constitución central, es decir, creados por órganos centrales, siempre que por aquéllos se entienda los órganos de las comunidades que forman parte de una comunidad superior, es decir, aquellos órganos cuya misión es establecer normas válidas solamente sobre ciertas partes del territorio, aquellos que crean órdenes parciales, supuesto que la pertenencia del órgano se determine según el orden que él crea y no según el orden que lo establece como tal. Si se atiende al criterio de las normas creadas por el órgano y, por tanto, se considera como órgano central aquel que crea normas para la totalidad del territorio, y como órgano local aquel que sólo puede establecerlas para ciertas partes del mismo, entonces el hecho de que un órgano central pueda designar uno local, significa que un órgano competente para establecer normas válidas sobre la totalidad de un territorio es designado para crear otro que sólo podrá establecer normas válidas sobre ciertas partes de dicho territorio. Ejemplos: el monarca al designar un gobernador provincial, o el caso del parlamento central que tiene que elegir ciertas corporaciones cuya función será establecer normas generales, dentro de una determinada esfera de competencia, con ámbito limitado de vigencia especial. Si la pertenencia del órgano se determina según el orden por él creado, entonces puede decirse que el órgano que crea un orden local constituye también, indirectamente, un órgano local. Desde este punto de vista, es un órgano local en el acto de creación, si bien, atendiendo a toda las demás funciones por él realizadas, constituye un órgano central. Sin embargo, aun en este caso, habría que declarar la mera identidad del titular de un órgano que realiza funciones esencialmente distintas, es decir, la unión personal entre el órgano central y el local.

Si bien el grado cuantitativo de la descentralización parcial no es afectado por las distintas variaciones que resultan de la posibilidad de una unión personal entre los órganos centrales y los locales (del mismo modo que el tipo ideal de la centralización y descentralización completas no es afectado por el hecho de que las normas centrales sean establecidas por uno o varios órganos, o de que el titular de un órgano esté en unión personal con otro, o de que las normas locales sean creadas o no por varios órganos), alcanza cierta importancia, atendida, de una parte, la diferenciación en la estructura material del orden central, y de los órdenes locales, de otra (del mismo

modo que también la diferenciación material, tanto de los distintos grados de un orden central como de los diversos órdenes locales, es influenciada por la diversidad de los órganos o titulares de los mismos encargados de la creación normativa). Si bien en el caso de la descentralización parcial existe un orden central común superior a los varios órdenes locales, no se trata, sin embargo, de que la unión personal entre el órgano central y los locales signifique la coincidencia más amplia posible de los contenidos de las normas establecidas por los mismos hombres (aunque a fuer de órganos cualitativamente diversos), como en el caso de la descentralización plena, en la cual coexisten varios órdenes locales sobre los cuales no existe un orden superior central común. Si se aspira a que el mismo hombre que establece las normas de un orden parcial cree también las del orden total, es con objeto de que las normas de este último orden no estén en contradicción con los intereses de aquellos hombres para los cuales rige el orden parcial, de aquellos con los que este orden constituye una comunidad jurídica particular (o, al menos, de aquellos hombres que ejercen una influencia decisiva en la formación del orden parcial, o de aquellos grupos cuya situación preeminente hállase garantizada por dicho orden). Pero el hecho de que el mismo hombre establezca las normas del orden total y las del orden parcial, no ofrece ninguna garantía sólida de que las primeras favorezcan o perjudiquen el interés de la comunidad particular. Sin embargo, aparte de la posición como órgano de la comunidad parcial, existen otros momentos que ofrecen las garantías necesarias. Por ejemplo, la unión de distintas comunidades parciales nacionales o religiosas en una comunidad total: el órgano de la comunidad parcial pertenece a la nacionalidad o religión de la mayoría de dicha comunidad, y sólo por eso tiene la tendencia, según todas las probabilidades, a no consentir que las normas de la comunidad completa, por él creadas o establecidas con su cooperación, contradigan a los intereses nacionales o religiosos de la comunidad parcial a la que pertenece. O bien puede darse el caso de que el hombre que actúa a la vez como órgano central y local tenga más interés, por motivos materiales o éticos, en su función como órgano local que en su posición como órgano central; o bien esta posición depende de ciertos hombres interesados exclusivamente en los asuntos locales, bien porque ellos lo hayan elegido o nombrado, o porque dependa de ellos su reelección o destitución. Puesto que todas las comunidades parciales participan igualmente en la formación de voluntad colectiva — en el sentido de una unión personal entre los órganos centrales y los locales —, tiene que ser difícil el que los intereses de aquellas comunidades resulten antitéticos o incompatibles. Ciertamente, en la misma medida se hallan protegidos dichos intereses con respecto al orden total. También esta consideración suele ser decisiva para determinar el grado de la descentralización.

F. Descentralización perfecta e imperfecta

Aparte de la distinción esencialmente cuantitativa entre la descentralización total y la parcial, es necesario distinguir, desde otro punto de vista, entre la descentralización perfecta y la imperfecta; a diferencia de la primera, esta distinción es puramente cualitativa. Para que la descentralización sea perfecta, el establecimiento de normas únicamente válidas para una parte del territorio tiene que ser «definitiva» e «independiente». Definitiva, en cuanto no exista la posibilidad de que la norma local sea suspendida y suplantada por otra central; independiente, es decir, que el contenido de la norma local no sea determinable por una central. Entendemos por norma central — para simplificar el lenguaje — tanto aquella que vale para todo el territorio como la que procede de un órgano central — es decir, de un órgano autorizado para establecer normas válidas para todo el territorio —. En cambio, entendemos por norma local aquella que sólo rige para una parte del territorio, establecida por un órgano que sólo tiene competencia para crear normas de esa categoría.

1. En el dominio de la legislación. La antítesis entre la descentralización perfecta y la imperfecta puede presentarse tanto en el estadio de las normas generales como en el de las individuales, tanto en la legislación como en la ejecución. La descentralización en el dominio legislativo es imperfecta — por no tener carácter de definitiva — cuando, por ejemplo, la legislación se halla repartida (respecto de ciertas materias) entre un órgano central y varios órganos locales legislativos (como en el Estado federal), pero respecto de otras o todas las materias abandonadas a la legislación local, la legislación central se reserva la competencia, ya sólo para ciertos casos, ya haciendo uso del principio *Reichsrecht bricht Landrecht* (es decir, cuando la ley local contraria a una ley central puede ser suspendida y suplantada por ésta bajo ciertas condiciones especiales, o en todos los casos y circunstancias). Pero también es posible el caso de que lo único que pueda hacer la norma de un órgano central sea suspender una ley local; así, por ejemplo, cuando una ley local, que sólo puede ser sustituída por otra nueva ley local, es casada por un Tribunal central en virtud de su inconstitucionalidad. Pero la descentralización es también imperfecta cuando la competencia legislativa está dividida por materias entre un órgano central y otro local (sin perjuicio de que el contenido de algunas materias propias de la competencia de la legislación local se halle determinado por una ley central), sea de manera que la ley central necesite de las distintas leyes locales para poder obligar directamente a los súbditos — así, por ejemplo, si un código de comercio aprobado por el consejo federal para los Estados miembros es puesto en vigor por leyes locales, cuyo contenido está plenamente determinado por la norma central —, sea que la competencia legislativa respecto de una determinada materia se halle dividida entre el órgano

central y el local, de forma que la ley central no contenga más que las bases, cuyo desenvolvimiento corresponde a las leyes locales. El contenido de la ley local no se halla determinado más que en parte por la ley central, que no es más que una « ley de bases ». Y este caso merece ser distinguido con toda pulcritud de aquel otro en el que una materia corresponde totalmente a la competencia de la legislación local, de manera que ésta no tropieza con ninguna limitación material en el ejercicio de su competencia. En ese caso, la descentralización imperfecta coincide con la descentralización parcial, es decir, la limitada únicamente a los grados inferiores. No se distingue claramente una de otra más que cuando se plantea la cuestión acerca de las relaciones entre la constitución y la ley, pues la constitución (en sentido material), como grado superior del orden jurídico estatal, no determina a la ley material sino formalmente, es decir, no cuanto a su contenido, sino sólo cuanto al procedimiento de su creación.

2. **En el dominio de la ejecución.** La distinción entre la descentralización perfecta e imperfecta alcanza singular relieve en el dominio de la ejecución. Aquello que suele ser generalmente conocido con el nombre de « descentralización administrativa », y que se opone a la llamada «descentralización por autonomía», es, en esencia, una descentralización de la ejecución — tanto de la jurisdicción como de la administración —, es decir, de la creación de normas individuales. Cuando, para los fines de la ejecución, se divide generalmente en parcelas el territorio estatal — el Estado en provincias, las provincias en comarcas, las comarcas en partidos judiciales, éstos en municipios —, y a la cabeza de cada uno de estos territorios se pone un órgano con una competencia limitada al ámbito de los mismos, no se hace ello en virtud de aquella posibilidad por la cual existe la descentralización perfecta, a saber, la diferenciación material de los órdenes con un ámbito espacial distinto de vigencia ; al contrario, en la llamada descentralización administrativa existe una serie de garantías para evitar esa consecuencia de la descentralización, para asegurar la unidad de contenidos de las normas establecidas para los distintos territorios parciales, para lo cual se crea una serie de instancias desde las autoridades locales a las centrales, que permite suspender y suplantar por una norma del poder central la ley otorgada por los órganos locales ; e igualmente se establece el derecho de las autoridades centrales a inspeccionar y destituir a las locales, con lo cual no sólo la ley local puede ser suspendida y suplantada por la central, sino que incluso ésta puede determinar plenamente el contenido de aquélla. Si no se contenta con crear únicamente órganos centrales, es en virtud de motivos diferentes de aquellos que conducen a la descentralización perfecta (aunque parcial). Existe, verdaderamente, la necesidad de aproximar en la medida de lo posible la creación de normas, especialmente individuales (acto administrativo, sentencia judicial) — que concretan el contenido de las normas generales y, por decirlo así, se aplican directamente al

súbdito —, al lugar en que habita el sujeto que las necesita, y, por otra parte, de acercar todo lo posible el órgano creador de normas al lugar de los hechos que ha de juzgar o sobre los que ha de decidir. Tal es el motivo de la creación de pequeñas circunscripciones administrativas o judiciales. Pero como las decisiones y resoluciones de las autoridades locales administrativas y las sentencias de los juzgados y audiencias no son definitivas y, además, el contenido de las primeras no es independiente (porque es determinable por las normas del poder central, puesto que la estructura territorial va unida a una organización jerárquica, a una pirámide de autoridades en relación de superioridad y subordinación, organizada en una serie de instancias), resulta que el proceso de creación de normas individuales se acaba definitivamente o puede terminar en los órganos centrales, y, por tanto, el principio de la descentralización no aparece realizado sino de modo imperfecto.

El carácter imperfecto de la descentralización, por carecer las normas locales del carácter de definitivas, manifiéstase en el dominio ejecutivo, en el hecho de que contra la decisión o resolución de las autoridades administrativas locales, o contra la sentencia de un juzgado o audiencia local, existe durante cierto tiempo un medio jurídico para provocar la decisión o sentencia de una instancia superior, es decir, de una autoridad competente sobre un más amplio territorio (el cual incluye, naturalmente, el ámbito espacial de competencia de la primera instancia). Puesto que la posibilidad de recurrir a una instancia superior está limitada a cierto plazo, transcurrido éste, la norma establecida por la primera instancia adquiere carácter definitivo — prescindiendo, claro está, de otras posibilidades —. Por tanto, el carácter provisional basado en la posibilidad de recurrir ante instancias superiores es limitado, por regla general.

La norma creada por la instancia superior puede o bien casar la norma de la primera instancia, con lo cual ésta puede crear la nueva norma que sustituye a la anterior, o bien puede la instancia superior reformar la norma objeto de discusión, es decir, puede decidir, resolver y juzgar sobre la cosa y, por tanto, sustituir por otra la norma suspendida.

En este punto, es importante distinguir según que la suspensión de la norma local por la norma (relativamente) central se lleve a efecto en virtud de « irregularidad » de la misma, es decir, por infracción de la norma general que había de ejecutar, o si puede efectuarse también por « inconveniencia » de la norma, es decir, en virtud del modo y manera en la que el órgano local ha actuado, dentro del margen de libre apreciación a él concedido por la norma general.

Si la instancia superior, el órgano central, sólo está autorizado para suspender las normas locales en virtud de irregularidad de las mismas, pero no lo está para sustituir las facultades discrecionales del órgano local por las suyas propias, entonces la norma local es definitiva en cierto sentido, al menos dentro del margen de libertad concedido por la norma general. Atendiendo a su carácter provisional, los actos locales de ejecución (normas individuales) de la administra-

ción no se distinguen, por lo general, de los de la jurisdicción. La serie de instancias desemboca en dos autoridades centrales distintas entre sí: un tribunal supremo y un ministro competente. Desde el punto de vista de la centralización o la descentralización, no supone ninguna diferencia el hecho de que la última instancia de los actos administrativos sea un ministro competente o un tribunal contencioso, siempre que éste pueda no sólo casar sino reformar y, por tanto, invadir la esfera discrecional de las instancias inferiores. Pero si esto último se halla prohibido a las autoridades, entonces la existencia de un tribunal central de lo contencioso administrativo significa, de hecho, un grado menor de centralización que la autoridad administrativa central. Por lo demás, debe observarse que el carácter definitivo no sólo de las normas individuales, sino de las generales, incluyendo leyes y reglamentos, puede desaparecer organizando otras clases de instancias. Así, por ejemplo, contra las disposiciones de las autoridades locales puede concederse una especie de *actio popularis*, un medio jurídico (al que cualquiera podría recurrir), que determina la revisión y suspensión del acuerdo por una autoridad central. El Derecho positivo establece también la posibilidad de revisión de las leyes por inconstitucionalidad de las mismas, pudiendo concederse el derecho de recurrir contra ellas tanto a los particulares, como a determinados órganos especialmente establecidos para ello.

La imperfección de la descentralización por falta de independencia en la determinación del contenido de la norma local es dada de antemano en el dominio de la ejecución, ya que éste consiste en la creación de una norma individual necesariamente determinada por la norma general que aplica. Sin embargo, puede existir una cierta limitación, ya que puede concederse el derecho de revisión de la legalidad de los reglamentos. Éste es el caso de los tribunales de justicia, cuyas sentencias son independientes en su contenido incluso respecto de las normas individuales de los órganos del poder central (por ejemplo, las órdenes disciplinarias de las autoridades), mientras que las decisiones y las disposiciones de los órganos administrativos están ligadas a las normas individuales emanadas de los órganos centrales. Así, pues, los actos administrativos locales no son, por regla general, ni definitivos ni independientes; en cambio, las sentencias de las autoridades judiciales locales no son definitivas, pero sí independientes.

§ 28. Los llamados «cuerpos autónomos»

A. Concepto de la autonomía

Sin embargo, incluso en el ámbito de la administración hay normas locales definitivas, cuyo contenido no puede ser determinado por ninguna norma central; es decir, también allí existe la descentralización perfecta. Si ésta alcanza un amplio grado de desarrollo, extendiéndose a determinadas competencias, de modo que resulte

un orden parcial — compuesto por una multiplicidad de normas —, puede hablarse de comunidades administrativas locales dentro de la comunidad jurídica estatal. Tal es el carácter de los llamados « cuerpos autónomos ». En el concepto corriente de la « autonomía » suelen andar mezcladas y confundidas dos ideas, que no tienen nada que ver la una con la otra desde el punto de vista sistemático : la idea de la democracia y la de la descentralización. Al hablarse de « autonomía » se piensa en un orden parcial descentralizado, cuyas normas son creadas mediante métodos democráticos, y cuyo contenido no es meramente administrativo sino también jurisdiccional ; además, la descentralización no debe referirse tan sólo a las normas individuales, sino a las generales, en particular a las « leyes » en sentido formal.

Cuando se contrapone la « descentralización por autonomía » a la « descentralización administrativa », se parte del supuesto tácito de que la autonomía o, mejor, la democracia implicada en el principio autonómico, conduce a una especie peculiar de la descentralización : la descentralización es, pues, consecuencia de la democracia, y a la inversa. Si la democracia es el principio de la autodeterminación y, por eso, implica necesariamente el hecho de que las normas sean creadas por los mismos que han de ser sus súbditos, con exclusión de todo influjo extraño, parece que este principio de la democracia coincide, en efecto, con la tendencia característica de la descentralización, a la que antes aludíamos : independizar la determinación de los contenidos de las normas locales de toda instancia central. Y esto aun en el caso de que la instancia central no esté organizada autocrática, sino democráticamente. Entonces, en la creación de la norma central participan incluso los súbditos de la norma local — como parte de la totalidad — ; pero, entonces, queda satisfecha la exigencia democrática aun supuesto que el contenido de la norma local esté determinado por la norma central.

Pero si se exige que en la creación de las normas locales sólo intervengan los súbditos de las mismas, por tanto, sólo esa parte del « pueblo », pero no todo él — como totalidad de los súbditos del orden central —, entonces no sólo se aspira a un grado superior de descentralización, sino también a un grado más amplio de democracia, pues la libertad, en el sentido de la autodeterminación, es tanto menor cuanto mayor es el número de individuos que participa en la creación de normas a las que no están sometidas. Si la creación normativa se lleva a cabo por el procedimiento de decisión mayoritaria ; y si todo el pueblo ha de establecer las normas locales, es posible que la mayoría se componga por completo de aquellos individuos no sometidos a las normas por ellos votadas, porque no pertenecen a la « comunidad » o « pueblo » parciales constituídos por dicho orden local ; lo cual, especialmente cuando se trata de comunidades minoritarias religiosas o nacionales, se interpreta como imposición autocrática.

B. Autonomía y autocracia

Prescindiendo de este caso, en el que la tendencia democrática marcha paralelamente a la tendencia descentralizadora, la descentralización es compatible tanto con la autocracia como con la democracia. La creación de un orden limitado en su esfera de vigencia a una parte del territorio, pero perfectamente descentralizado porque sus normas son definitivas y su contenido no se halla determinado por ninguna norma central, puede realizarse tanto por la vía democrática como por el procedimiento autocrático; para establecer las normas puede ser competente lo mismo un órgano inmediatamente designado por el orden local (órgano personal, que no necesita de un acto de creación), que un órgano compuesto por todos los súbditos del orden local; lo mismo un monarca hereditario que el pueblo. Pero también el caso de que el órgano simple (es decir, formado por un solo hombre) a quien se confía la misión de establecer el orden territorial parcial haya sido creado, y no precisamente elegido por el pueblo del cual es órgano (local), sino designado autocráticamente por otro órgano local, carece de relevancia jurídica para determinar el grado de descentralización, siempre que las normas establecidas por dicho órgano sean definitivas e independientes. (Dejamos a un lado la cuestión acerca del influjo real ejercido por el hecho de la designación.)

El tipo histórico del *self-government* inglés — del cual adoptó el continente no sólo el nombre, sino también, en gran parte, la idea misma de la «autonomía» — representa originariamente un caso de descentralización, en el sentido autocrático a que antes nos referíamos. A la cabeza de los condados — que durante largo tiempo constituyeron el modelo de la autonomía — se hallaban funcionarios honoríficos nombrados por el rey, los cuales, en su función de autoridad, es decir, en cuanto creadores de normas, se hallaban ligados únicamente a las leyes centrales, no a las normas individuales, a las órdenes disciplinarias del poder central. Sin embargo, en la misma administración inglesa hay elementos democráticos contrapuestos al elemento autocrático (por ejemplo, las asambleas de los condados). El *self-government* representa, en realidad, una forma mixta.

Para la forma continental de la autonomía, la idea democrática es el elemento decisivo: nada de administración de la comunidad local por los funcionarios designados por el poder central — en el cual impera una organización autocrática —, sino administración por las corporaciones elegidas por la misma comunidad local; tal es el sentido que va implicado de modo fundamental en la idea de la autonomía. Pero más tarde se mostrará que, en el continente, el principio de la descentralización — que tiene más puntos de contacto con el tipo inglés de la administración autónoma que con el principio democrático — queda un tanto relegado a segundo término. En el continente, la lucha por la autonomía es, ante todo, una lucha por la democratización de la administración local, y no puede separarse de la lucha por la parti-

cipación del pueblo en la formación de voluntad estatal. Si el concepto de autonomía ha sido definido de los modos más distintos — existen las definiciones más variadas, opuestas en puntos esenciales, y aun contradictorias —, débese, ante todo, a que con dicho concepto se pretende casar no sólo dos puntos de vista teóricamente distintos, como los de descentralización y democracia, sino dos tipos históricamente diversos, como el *self-government* inglés y la autonomía continental.

C. La antítesis entre la administración autónoma y la administración estatal

La doctrina dominante suele caracterizar la autonomía situándola en una tal oposición a la administración del Estado, que quedan separadas como cosas enteramente distintas la administración autónoma y la administración estatal. Se habla de que sólo una parte de la pública administración es dirigida por el Estado, mas no el resto, que es llevado por corporaciones autónomas que cuidan de ciertas tareas administrativas públicas en lugar del Estado. En gran número de casos, el Estado se limita a ordenar una materia administrativa mediante una ley, dejando la ejecución de la misma a cargo de una corporación autónoma (FLEINER). Esta ejecución recibe el nombre de « autonomía », y sus titulares reciben el nombre de « cuerpos autónomos ». Su representante característico es el municipio, en los Estados continentales. Sin embargo, la descentralización no se limita en ese caso, por regla general — aunque otra cosa pudiera desprenderse de lo dicho —, a la esfera de las normas individuales. Los órganos del municipio pueden tener competencia también para establecer normas generales que no tendrán el nombre de « leyes », pero que lo serán, en el fondo, desde el momento que habrán sido establecidas por un cuerpo colegial representativo, por un consejo municipal o ayuntamiento elegido por los vecinos del municipio. Se habla de « estatutos autónomos »; pero cuando se trata de comunidades más amplias, que abrazan en una corporación autónoma a varios municipios, por ejemplo, una provincia o región autónoma, existe una mayor inclinación a dar el nombre de « leyes » a las normas generales votadas por esa corporación. El reglamento de funcionarios municipales votado por un ayuntamiento dentro de su esfera de competencia, es una « ley municipal »; lo mismo que el reglamento de servicios votado por una « dieta » o parlamento regional es una « ley regional ». Si no se le da el nombre de « ley del Estado », es porque este término se reserva a las normas generales dotadas de validez sobre la totalidad del territorio, establecidas por los cuerpos centrales representativos. Por lo demás, precisa tener en cuenta que la capacidad de crear normas generales no corresponde a los municipios y corporaciones regionales sino en pequeña escala y, desde luego, en un grado que no es el que correspondería a una descentralización perfecta (cfs. pág. 253).

Ni las normas generales, ni los actos de ejecución realizados por los órganos de un municipio en el sentido estricto de normas individuales, suelen ser considerados como actos estatales, como administración del Estado, sino como administración autónoma ; y los órganos que los realizan no son, para esa concepción, órganos del Estado, sino órganos públicos de calidad específica, órganos municipales no estatales. El concepto de Estado, que, por esencia, comprende todas las comunidades parciales que constituyen la comunidad jurídica total, rompe todo vínculo con las comunidades locales democráticas y descentralizadas, los « cuerpos autónomos ». Y la idea de una antítesis completa entre los cuerpos autónomos, especialmente el municipio y el Estado, se lleva a tales términos en la teoría dominante, que incluso se admite la personalidad jurídica independiente de los primeros, a los que, de ese modo, se pone en oposición con el Estado.

D. Los cuerpos autónomos como personas jurídicas

Fácil es de comprender la razón por la cual se contraponen, en la doctrina dominante, los cuerpos autónomos al Estado, viendo en aquéllos una creación jurídica distinta e independiente de éste. La particularidad de la comunidad local — constituída por un orden válido únicamente para el territorio de la misma — creada por la descentralización o, más aún, el interés político en una descentralización cada vez más amplia, hace olvidar la relación inevitable y esencial de unidad en que dicha comunidad jurídica se halla respecto del Estado a que pertenece, y que sólo dentro de él puede ser considerada como tal comunidad jurídica infraestatal, por muy amplio que se considere el grado efectivo de descentralización. Esta misma particularidad se insinúa en la construcción favorita de la persona jurídica, que es el medio del cual se sirve el pensamiento jurídico para expresar la individuación. En la personificación de los órdenes parciales constitutivos de los cuerpos autónomos no se expresa, en realidad, otra cosa que la relativa unidad e individualidad de dichas comunidades. Ciertamente, la personalidad jurídica del municipio significa una limitación específica de la responsabilidad, en tanto que, originariamente, aquél no constituía sino el sujeto de una administración patrimonial autónoma. Pero la competencia del municipio se extiende mucho más allá del ámbito de una mera administración económica, en sentido jusprivatista. Por el contrario, conviértese en sujeto de una administración pública ; y sólo entonces adquiere la calidad de cuerpo autónomo en sentido específico y adopta el carácter de persona jurídica — con significación diferente de la limitación de responsabilidad —. Pero esta personificación — de la que podemos servirnos o no, y en virtud de la cual se adopta un centro provisional de imputación para los actos del orden parcial — no debe tampoco engañarnos — por más que lo pretenda — acerca de que el fundamento de la validez del orden constitutivo de los cuerpos autónomos no es otro que el orden central

válido para la totalidad del territorio estatal, así como que los actos administrativos del municipio tienen que imputarse, en último término, al Estado como unidad de la totalidad; ya que aquél no es más que un órgano, una parte del Estado, y no existe sino en virtud de una delegación estatal. Si los actos administrativos que realizan el ayuntamiento y el alcalde elegidos por el pueblo, hubieran de ser realizados por un órgano designado por el jefe del Estado sobre la base de las leyes centrales o de las locales delegadas de éstas — todas las cuales tienen su fundamento último en la constitución —, no habría ninguna dificultad en considerar a dicho órgano como estatal, y al acto por él realizado como acto del Estado. Y del mismo modo que la imputación al Estado — implícita en las calificaciones de « acto estatal » y « órgano estatal » — no podría ser afectada por el hecho de que las normas locales generales e individuales — que tienen en la unidad de aquél el fundamento de su validez — fuesen definitivas, inatacables por ningún medio jurídico, e independientes, porque su contenido no podría estar determinado por la orden disciplinaria de ninguna autoridad central, tampoco se suprime esa imputación al Estado por el hecho de que los órganos de creación normativa tengan carácter democrático. No es posible desgarrar la administración « pública » en dos ámbitos distintos e independientes uno de otro, la administración « estatal » y la « autónoma », supuesto que en ambos casos esa administración pública debe tener carácter jurídico, ser ejecución de normas de Derecho. Pero esto presupone su unidad, la unidad del orden del cual son miembros una y otra. Y como el concepto de Estado tiene, ante todo, la misión de expresar la unidad de ese orden, es inadecuado aplicar ese concepto únicamente en un sentido, renunciando así a la única expresión posible de la totalidad. Tanto más si, consciente o inconscientemente, se tiene el propósito de desprenderse de la idea de esa unidad. Cuando se dice — recurriendo al lenguaje de la personificación, que a tantos deslices se presta — que el Estado no tiene el monopolio de la administración pública, la cual puede ser dirigida también por otras personas — los cuerpos autónomos —, no se hace otra cosa que describir con harta inexactitud el hecho de que la ejecución no necesita realizarse forzosamente por órganos centrales, autocráticamente establecidos, sino que puede también llevarse a cabo por medio de normas locales, creadas por procedimientos de democracia.

E. Funcionarios honoríficos y funcionarios profesionales

La idea de una antítesis entre la administración autónoma y la administración estatal suele apoyarse en el hecho de que la primera se realiza mediante funcionarios honoríficos, mientras que ésta la llevan a cabo funcionarios profesionales. De hecho, esta circunstancia ha contribuído mucho al supuesto de un aparato administrativo estatal distinto de los cuerpos autónomos. Pero esta distinción entre la administración central y ciertas administraciones locales no existe, en realidad,

sino cuando la administración del Estado — en su sentido amplio, comprendiendo tanto las normas generales como las individuales — se halla organizada autocráticamente en la instancia central; cuando la legislación y la ejecución — con pretensiones de validez sobre todo el territorio — se verifican por el monarca y los órganos burocráticos por él nombrados, permaneciendo adscritos de por vida a su cargo oficial, y recibiendo una remuneración segura del fisco. Frente a esta administración central, tiene que surgir y diferenciarse con toda claridad una administración local dirigida por ciertos órganos elegidos por el pueblo para un corto período de tiempo, los cuales ejercen su cargo honorífico juntamente con su profesión particular. Especialmente la falta de una relación económica con la Hacienda central — dicha relación sería un fundamento puramente ilusorio de la imputación al «Estado» — favorece esa idea de la independencia de los cuerpos autónomos. Pero la distinción entre la administración dirigida por funcionarios honoríficos y la administración burocrática, decrece a medida que también la administración central se democratiza y que, por otra parte, la administración local gana en intensidad y en extensión. La representación popular del parlamento central elegido por los ciudadanos, corresponde plenamente — por lo que respecta a la cualificación de los órganos — a la representación municipal elegida por los vecinos. Y el Gobierno central elegido por el parlamento o nombrado por el jefe del Estado bajo la influencia decisiva del parlamento, no se distingue mucho de los órganos ejecutivos del municipio elegido por el ayuntamiento, sobre todo si los ministros pueden ser destituídos en todo momento por la Cámara popular, o los Gobiernos están constituídos principalmente por parlamentarios. A su vez, aun cuando los ministros cobren sueldo y cesantía — lo que no ocurre siempre, ni mucho menos —, se hallan, por regla general, fuera del estado de los funcionarios profesionales estatales, adscritos pragmáticamente a un empleo; tampoco la misión que ha de realizar el ministro en su cargo implica una especialización técnica, como la función de otros órganos estatales. Por otra parte, los municipios, especialmente los de las capitales de cierta importancia, y las corporaciones provinciales o regionales, suelen v rse obligados a designar funcionarios profesionales en calidad de auxiliares de los órganos elegidos por el pueblo, que ejercen honoríficamente su cargo. Por regla general, al menos, en los grandes cuerpos autónomos, estos funcionarios locales tienen la misma posición jurídica externa que los funcionarios públicos, es decir, que los órganos del orden central; quedan sometidos a un reglamento especial y, por tanto, adscritos a una función técnica como los funcionarios públicos, en el sentido estricto de la palabra. Pero la dificultad y complicación creciente de las tareas administrativas obligan, al menos a los órganos ejecutivos elegidos por el ayuntamiento, a dedicarse a su cargo de modo exclusivo, a tomarlo como su profesión principal durante el período de su función, lo cual va a parar a que esos órganos perciban, directa o indirectamente, como los ministros, una remuneración

segura, y a veces cesantía. La relación entre ellos y los funcionarios profesionales nombrados por el ayuntamiento o la provincia es la misma que entre los ministros parlamentarios y su burocracia. El Estado se ha convertido, incluso en su organismo central, en cuerpo autónomo, al paso que el municipio ha recibido un aparato autocrático y burocrático. Aquí no interesa, naturalmente, el hecho de que ese aparato se sostenga gracias a una fuente patrimonial relativamente autónoma — los impuestos específicamente municipales cedidos al ayuntamiento por las leyes del Estado, es decir, por las leyes centrales —, tanto más cuanto que no siempre basta esta fuente dineraria descentralizada, y precisa recurrir a las aportaciones directas que la Hacienda central hace a las haciendas locales. Por eso es una doble inconsecuencia el que, a pesar de todo, se siga diciendo que la situación jurídica del funcionario local se diferencia de la situación jurídica del funcionario del « Estado » en que ésta es de Derecho público y aquélla de Derecho privado, por lo cual, los litigios entre las entidades locales y sus funcionarios se resuelven, generalmente, ante los tribunales ordinarios; pues, de una parte, la relación es idéntica, en el fondo, a la del funcionario público (en sentido estricto) con el Estado ; y, de otra, hay que reconocer que las entidades locales, en cuanto cuerpos autónomos, son también corporaciones de Derecho público. Es digno de notarse que la equívoca antítesis entre Derecho público y privado se adapta perfectamente a la contraposición entre un orden (o comunidad) jurídico central y uno local (o descentralizado).

F. La antítesis entre la organización autocrática y la democrática

Pero la razón decisiva de que los cuerpos autónomos y, en especial, el municipio, se contrapongan al Estado — identificado con la administración central — como cosas extrañas por naturaleza, como comunidades por entero diferentes de la estatal, parece consistir en que, en un principio, la antítesis entre municipio y Estado fué la misma oposición de democracia y autocracia. Los municipios son las democracias más antiguas, y lo eran ya en un tiempo en el que la administración central y todos los restantes dominios de la administración local se hallaban organizados sobre bases estrictamente autocráticas; en eso, continuaban una tradición histórica que se remonta a mucho más atrás de la era del absolutismo. El municipio no era « Estado » porque no constituía el aparato autocrático y burocrático con el que se identificaba al Estado — cuya organización tenía, corrientemente, dichas cualidades —. Lo que no era sino una diversidad de métodos de creación de las normas del mismo orden estatal válidas sobre todo el territorio y sobre determinadas partes del mismo ; lo que no era sino la diversidad de formas políticas de la totalidad y de alguna de sus partes, convirtióse abusivamente en antítesis de dos comunidades, cada una de las cuales fué considerada como totalidad. La antítesis política entre la comunidad local organizada democráticamente, y la comunidad cen-

tral, organizada autocráticamente, y, de modo especial, la lógica aspiración de los interesados en la democracia a ensanchar continuamente la competencia de los cuerpos autónomos democráticos a costa de la competencia del poder central, hicieron imposible toda idea de una comunidad que acogiese en su seno tanto al orden central cuanto a los órdenes locales.

G. El derecho «propio» y el radio «autónomo» de acción del municipio

Ésta es también la razón — quizá inconsciente — de que se haya considerado a los cuerpos autónomos no sólo como sujetos de derecho, en general, sino como sujetos de un derecho especial a la gestión de ciertos asuntos, como titulares de un derecho «propio» o «natural», por así decirlo, a un mínimo de competencias que el municipio posee — lo mismo que el hombre sus derechos naturales o innatos — sin que le haya sido concedido por el Estado, contra el cual lo puede hacer valer. Aquí se describe una idea manifiestamente jusnaturalista: el orden estatal, el orden del Derecho positivo es contrapuesto a un orden local distinto de él, derivado de la naturaleza de las cosas. Así como el Derecho natural — de acuerdo con su orientación fundamentalmente individualista — acepta una subjetividad jurídica fundada en la existencia natural del hombre psicofísico, distinta, por tanto, del orden jurídico positivo, del mismo modo afirma hoy todavía una administración local independiente del orden jurídico estatal, fundada en un dato natural «sociológico», cuyo contenido es aceptado íntegramente por la legislación positiva, que se limita a reproducirlo. En verdad, esta teoría no pretende otra cosa que atribuir un valor absoluto a ciertos postulados políticos; empresa análoga a la que intentà la doctrina jusnaturalista de los derechos innatos, basados en la naturaleza psicofísica del hombre. El principio democrático trata de asegurar, frente a la autocracia omnipotente, un mínimo de competencia para las entidades locales por él afirmadas, suponiéndolas existentes con independencia del Estado, y basadas en la esencia misma de esas entidades «naturales». Es superflua una refutación de estos argumentos del Derecho natural, que reaparecen a cada instante. Compréndese fácilmente que la parte no puede existir sin el todo, y que sólo en virtud de él existe; que un hecho de la naturaleza y un orden jurídico son cosas harto diversas; que las entidades locales, por esencia, no son otra cosa que orden jurídico, aun cuando condicionado por hechos naturales. Del mismo modo se comprende que la prioridad temporal de esos hechos no autoriza a deducir ante la ideología jurídica que el municipio haya sido anterior al Estado. Si eso fuera cierto, es decir, si la comunidad parcial hoy existente como municipio hubiera precedido a la comunidad totalitaria que conocemos bajo el nombre de Estado, es que el Estado habría coincidido con el municipio, es decir, el municipio habría sido el Estado. Todo esto es una consecuencia de cuanto llevamos dicho hasta ahora. Y se confirma, si observa-

mos que es sencillamente imposible determinar cuáles son los asuntos propios de la competencia « natural » del municipio, cuál es el contenido apriorístico del llamado *pouvoir municipal*. De ordinario, suelen contarse entre estos asuntos — de los que el municipio debe cuidar por « derecho propio » y que constituyen lo que más tarde se llamó el radio de acción « propio » o « autónomo » del mismo — los siguientes: la administración del propio patrimonio comunal — lo cual, sin embargo, no constituye más que una tautología — y la administración de ciertos negocios « locales », entre los que se incluyen ciertos aspectos de la policía sanitaria y de seguridad. Pero aun cuando sea evidente la utilidad de crear órganos locales para estos asuntos, y si bien es muy conveniente la organización democrática de esta administración local, no podrá probarse, sin embargo, la razón por la cual la administración de esos asuntos debe ser objeto de una descentralización « perfecta ». Prescindiendo de esto, es un hecho, que no siempre se creyó propio de la competencia local la policía de seguridad y sanitaria, en la totalidad de sus aspectos. Sin embargo, no hay ningún límite « natural » para determinar hasta dónde debe llegar la competencia municipal en ese asunto. Se pueden sostener los más opuestos puntos de vista y sustentar las opiniones más variadas acerca de la cuestión en torno a los negocios que deben ser cedidos a una administración local democrática y perfectamente descentralizada; es decir, sobre cuáles de esos negocios son específicamente « locales ».

Según este « municipalismo jusnaturalista », el « Estado » tiene que abstenerse de invadir el radio de acción « propio » de las entidades locales, en el mismo grado que en la esfera de libertad de los individuos. Pero, o bien este principio es falso — al afirmar un límite absoluto —, o es una vulgaridad. Si por « Estado » se entiende el poder legislativo, esa afirmación contradice al Derecho positivo, pues nada impide que la competencia municipal que una ley ha determinado, sea limitada o ampliada por otra ley; pero si se comprende por « Estado » los órganos centrales ejecutivos, entonces ese principio significa que estos órganos no están autorizados para invadir la competencia legal de los restantes; por tanto, se trata de una aplicación del principio fundamental de la legalidad de la administración. Una particularidad jurídico-positiva — que no puede fundar el municipalismo jusnaturalista, porque no es más que la consecuencia de esta teoría — consiste en que, por regla general, contra las extralimitaciones de los órganos centrales se concede a los municipios, lo mismo que a los particulares, un derecho de reclamación, ejercido en nombre de la entidad local por un órgano designado por ésta. Dicho derecho debe ejercitarse en el procedimiento administrativo, ante las autoridades administrativas centrales y ante los tribunales de lo contencioso. Pero el hecho de que un órgano estatal actúe como parte en un proceso, no es ninguna anomalía, puesto que también los conflictos de competencia se zanjan con arreglo a una técnica igual o semejante a la de los litigios entre particulares; así, por ejemplo, un tribunal puede resolver, a

instancia de una de las partes, un conflicto de competencia surgido entre dos autoridades. Cuando el «Estado» invade la esfera autónoma de acción del municipio, en el fondo no hay otra cosa que un conflicto de competencia entre un órgano local y otro estatal (central).

Si el derecho «subjetivo», «propio» del cuerpo autónomo, se traduce en el Derecho positivo únicamente en esta posibilidad jurídica de provocar — a ser posible, por los tribunales administrativos — un procedimiento de protección de la competencia legal de los órganos locales, carece de importancia la distinción que con gran aplomo sostiene la doctrina dominante entre cuerpos autónomos «activos» y «pasivos», entre los que tienen un derecho subjetivo a la autonomía y los que carecen de él. Es inexacto formular la distinción diciendo que la corporación activa manifiesta su voluntad como expresión de un derecho subjetivo, que le corresponde como tal corporación, mientras que la meramente pasiva la manifiesta como realización del Derecho objetivo, mediante la cooperación de todos los miembros de la misma, a los que son oportunamente concedidos los derechos y deberes comunales (HATSCHEK); pues en el primer caso se sirve del instrumento de la personificación, pero no en el segundo, siendo así que lo mismo se podría renunciar a él en el primer caso, aplicándolo al segundo. Esta distinción entre corporaciones autónomas activas y pasivas, sólo puede sostenerse con ayuda del erróneo concepto — repetidamente denunciado — de que una comunidad (que no es dada jurídicamente sino como «orden») puede «tener» deberes y derechos en el mismo sentido que el hombre. Pero se desploma tan pronto como se advierte que los derechos y deberes de la corporación son siempre y únicamente derechos y deberes de los hombres que la forman, estatuídos en el ordenamiento de la misma.

H. El radio «cedido» de acción

El supuesto de un radio de acción natural o autónomo del municipio ha ido a parar a que la mayoría de las constituciones modernas hablan de una órbita «otorgada» o «cedida» cuando dejan a la administración de los órganos locales otros negocios que aquellos que, convencionalmente, se consideran propios de la órbita autónoma de las entidades locales. La distinción entre ambas órbitas «(cedidas» las dos, porque las dos se basan igualmente en una delegación) se basa únicamente en que las normas de la una — al menos en principio — están descentralizadas perfectamente, mientras que las de la otra sólo lo están imperfectamente, porque las normas establecidas dentro de la llamada órbita autónoma de competencia son definitivas, mientras que en el otro caso existe una serie de instancias ante las autoridades centrales, las cuales poseen, además, un derecho de destitución de las autoridades locales. Actualmente, dada la democratización creciente de las autoridades centrales, es altamente discutible la oportunidad de esta dife-

renciación, explicable tan sólo por motivos históricos. En ella se oculta, una vez más, la idea del « municipalismo jusnaturalista ». No se la supera considerando esa órbita autónoma como una derivación del derecho privado de asociación, es decir, tratando de derivar la administración del patrimonio y la gestión de los asuntos locales — que, necesariamente, son « administración autoritaria », porque, como función de policía, desembocan por necesidad en la realización de actos coactivos —, de los fines de la corporación municipal ; no es suficiente decir que estos actos administrativos del municipio han sido creados por su « propia » voluntad, que tiene validez en tanto que le sea reconocida por una norma jurídica estatal limitadora : ni basta con afirmar — aunque esta teoría sostenga, contradiciéndose, lo contrario — que la competencia local tiene existencia jurídica independientemente del orden jurídico estatal, no delegada de él, porque sólo en los fines de la corporación tiene su límite (JELLINEK). Esta construcción no es otra cosa que una paráfrasis del municipalismo jusnaturalista, aun cuando aparezca frecuentemente en contraposición con él. Y acaba por enredarse en un cúmulo de contradicciones cuando convierte la administración de los asuntos « locales », dotada de todas las características convencionales de la « publicidad » — la policía municipal —, en actividad administrativa « privada ».

I. Los cuerpos autónomos superiores (provincias, regiones)

El municipio, como corporación no estatal, se contrapone al Estado, sólo en cuanto titular de una órbita autónoma de competencia, en cuanto que realiza actos administrativos, no como órgano del Estado, sino por « derecho propio ». Pero esta antítesis, afirmada por la teoría, no es exacta en el sentido de que la órbita « autónoma » de la competencia del municipio tenga siempre, en el Derecho positivo, la estructura de la descentralización perfecta. Prescindamos de que, por regla general, la competencia entre el « Estado » — como poder central — y el municipio no está repartida de manera que ciertas materias jurídicas se abandonen en su totalidad a las entidades locales. En general, lo que pudiéramos llamar, en sentido amplio, la « legislación » municipal — comprendiendo tanto las normas generales como las individuales — no constituye más que la ejecución de las normas del Estado, por lo cual, en este sentido, carece de independencia, porque su contenido hállase determinado por los órganos centrales (cfs. pág. 253).

Es de importancia observar que, con frecuencia, los municipios se hallan mancomunados respecto de su órbita propia de competencia en un cuerpo autónomo más amplio, la comarca, la provincia autónoma, etc., y que, por eso, hay también una serie de instancias contra las disposiciones y decisiones adoptadas por los municipios dentro de su esfera de autonomía, ante un órgano relativamente central de la comarca, de la provincia, etc. Estos cuerpos autónomos se aproximan tanto exteriormente — en virtud de su extensión territorial — al tipo medio

del Estado, que — en el Estado federal — reciben el nombre de Estados miembros o « fragmentos del Estado », siendo considerados como estructuras casi estatales o semiestatales, desapareciendo en ellos, o, por lo menos, no teniendo tanto relieve, la antítesis primitiva entre el municipio y el Estado. Pero, ante todo, se concede al « Estado », es decir, a las autoridades centrales, por regla general, un cierto « derecho de inspección » frente al municipio, incluso por lo que afecta a su órbita autónoma de competencia, el cual da la posibilidad de casar los actos del municipio por actos del Estado — es decir, de que los órganos centrales suspendan los actos de los órganos locales.

Y esto, no sólo por la razón de que el municipio haya sobrepasado la esfera de su competencia, sino, eventualmente, también por otros motivos — supuestas ciertas circunstancias, en casos de cierta gravedad —, por ejemplo, por infracción de los estatutos de autonomía municipal, etc. Tampoco es imposible que, por ejemplo, el « Estado » pueda encargar al municipio que adopte una determinada resolución o disposición en un asunto de su competencia propia, si bien el « cómo » de la misma se sustrae por completo a la influencia de las autoridades centrales.

Y no sólo por referencia al grado de descentralización, sino también por lo que afecta a la dimensión democrática, son posibles distintas combinaciones y formas, especialmente en los cuerpos autónomos constituídos por las entidades de tipo superior. Como órganos de estos cuerpos autónomos pueden coexistir juntamente con los órganos, personales o colegiados, elegidos por los miembros de la comunidad en cuestión, los funcionarios nombrados por las autoridades centrales; así, por ejemplo, pueden ser un órgano meramente ejecutor de los acuerdos de la asamblea elegida, o tener el derecho de confirmar dichos acuerdos o de ponerles el veto ; o bien las asambleas pueden no tener más que un derecho de presentar proposiciones a los órganos personales designados por el poder central o tener un carácter meramente consultivo, etc.

§ 29. Los fragmentos del Estado o « países »

A. Territorios protegidos ; colonias

Junto a la descentralización por autonomía se distingue, a veces, una « descentralización por países », pretendiéndose ver en el concepto de « país » o « fragmento estatal » una estructura diferente, tanto del cuerpo autónomo como del Estado. Esta forma de descentralización se la supone nacida del hecho de que hay Estados en los que no todos los elementos (territorio, pueblo, poder) constituyen una unidad (JELLINEK). Nuestra concepción de los elementos del Estado tiene que declarar lógicamente imposible ese supuesto. Esto se ve todavía con mayor claridad si se analizan los diversos tipos particularmente característicos que integran el concepto de país o fragmento estatal.

El Estado con territorios protegidos o colonias suele presentarse como el caso de un Estado cuyo territorio y cuyo pueblo no constituyen una unidad jurídica. Se supone que el territorio protegido posee un territorio y un pueblo propios, que no son el pueblo ni el territorio estatales. En cambio, el Estado hace funcionar su poder también en los territorios protegidos (cuyo territorio y cuyo pueblo no pertenecen al Estado). Añadamos aquí — desde el punto de vista de la teoría de la articulación territorial del Estado —, a lo que en otra ocasión dijimos (cfs. pág. 212), que tales territorios protegidos constituyen provincias descentralizadas, autocráticamente regidas, a diferencia, frecuentemente, de la forma del Estado al cual pertenecen.

Hay que admitir que la constitución del Estado — tanto en sentido lógico-jurídico como jurídico-positivo — tiene validez también sobre los territorios protegidos cuando sobre la base de la misma — y sin esa base nada es posible jurídicamente — son designados ciertos órganos con facultad para establecer normas tanto generales como individuales sobre dichos territorios. Este recurso a la constitución tiene que ser posible de algún modo, puesto que en otro caso no habría ninguna razón para admitir la pertenencia jurídica del territorio protegido al Estado o a un poder estatal unitario. Pero, supuesta la unidad de constitución o poder estatal, hay que admitir igualmente la unidad del territorio y el pueblo del Estado, pues sólo dentro de esa unidad es posible distinguir dos pueblos y dos territorios parciales diferentes. La constitución común tiene que interpretarse en el sentido de que para el territorio del Estado, en sentido estricto, se establece un método democrático o monárquico-constitucional de creación normativa, mientras que para el territorio protegido rige un método autocrático. Sin embargo, no sólo suele ser común la constitución en este sentido, sino que también pueden serlo otras leyes dictadas por los órganos legislativos del Estado democrático, cuya validez espacial se extiende al territorio protegido, ya ilimitadamente, ya limitada tan sólo a los ciudadanos (en sentido estricto) que en él residen, con exclusión de los indígenas. Sólo la gran diversidad de la forma política existente en cada uno de los territorios parciales, así como ciertos momentos de naturaleza ético-política (cfs. pág. 212), pueden velar la unidad jurídica y conducir a la hipótesis perturbadora de una forma peculiar de la descentralización, cuya peculiaridad, empero, no puede fundarse en nada.

B. Los « países » en sentido estricto

El segundo caso importante de comunidades jurídicas, que se ha creído en la obligación de comprender bajo el concepto específico de « país », y que bien pudo ser el que ocasionó la formación de ese concepto, lo tenemos cuando la comunidad descentralizada posee un órgano legislativo « propio » o « particular », distinto del central, es decir, un órgano facultado para establecer normas generales, válidas

solamente sobre esa parte del territorio. El órgano legislativo tiene que ser un parlamento, esto es, un cuerpo representativo elegido por la población del territorio en cuestión. Aun cuando la teoría no insista de modo especial en este punto — limitándose a hablar de « órganos legislativos particulares » —, tiene, sin embargo, una importancia decisiva. Según la teoría, estos órganos locales legislativos y, eventualmente, también los otros órganos legislativos de esta comunidad son, por esencia, órganos « estatales » y no « locales », si bien no sean, propiamente, « órganos del Estado », esto es, de aquel Estado del cual constituye el « país » una comunidad parcial; puesto que ésta no es un municipio, no es un mero cuerpo autónomo, pero no es tampoco un « Estado », sino una cosa intermedia entre ambas, un fragmento del Estado. Cierto que este país no posee un territorio y un pueblo propios, como el protectorado, pero tiene, en cambio, un poder estatal — bien que harto desmedrado y rudimentario —. Este poder se traduce en el órgano legislativo « propio », que falta completamente a los cuerpos autónomos, en los cuales puede hablarse de « estatutos locales » pero no de « leyes ». El proceso legislativo es « estatal » y no comunal, y los órganos que en él participan son « estatales » y no locales. A diferencia de los estatutos locales de los municipios u otros cuerpos autónomos, las leyes del « país » son otorgadas por el poder « estatal » y las « dietas » de los países participan en el proceso legislativo, en calidad de órganos estatales. Ahora bien, no son « directamente » órganos del Estado mismo, sino que son órganos propios del país. Son, por tanto, órganos « estatales », pero no « órganos del Estado » (JELLINEK).

Esta teoría debe su origen y desarrollo al caso concreto de la descentralización representado por la monarquía austríaca, cuyos miembros ostentaban oficialmente el nombre de « países ». La constitución dividía, por materias, el poder legislativo entre un órgano central y varios órganos locales. Los órganos legislativos locales, que podían crear dentro de su esfera de competencia normas generales que recibían el nombre de « leyes », válidas sobre el territorio del país, estaban formados por una Dieta elegida por la pob'ación del país, y el monarca común; el órgano legislativo central componíase, a su vez, del senado elegido por la población del territorio total llamado « Reich », y del mismo monarca. Tanto la legislación del Imperio como la de los países estaban previstas en la constitución imperial otorgada por el monarca — entonces absoluto — para todo el territorio del Reich. De ese modo, el territorio del « país » vino a coincidir, en parte, con territorios que en otro tiempo habían pertenecido a Estados independientes, cuyos habitantes mantuvieron tenazmente la ideología de una comunidad jurídica lo más autónoma posible. Y ésta es la razón por la cual, en la terminología oficial, no se dió a estas comunidades el nombre de « provincias », sino el de « países », o, mejor, el de « reinos y países », de modo que el título oficial de cada uno de ellos — « reino » de Bohemia, « reino » de Galitzia, « ducado » de Estiria, etc. — mantuvo, con la sombra de un monarca independiente, la apariencia del carácter estatal o casi

estatal de los mismos. Cuanto menos se ofrecía en descentralización real a las aspiraciones federalistas de los países; cuanto más se aspiraba a vigorizar el Imperio, tanto más importante y necesario parecía evocar, por medio de la titulación exterior, la apariencia de que el Estado austríaco no constituía sino un haz relajado de Estados independientes, y no un Estado único, descentralizado en cuerpos autónomos. Por eso, dicho Estado mantuvo, hasta su fin, el nombre de «los reinos y países representados en el consejo del Imperio» *(Reichsrat)*. Esta apariencia, suscitada por motivos políticos, que contradecía abiertamente al Derecho positivo, no puede obligar a la teoría — que no pretende más que el conocimiento de la situación representativa de la realidad jurídica — a sacrificarse a sí misma, recurriendo al desesperado intento de reconocer a dichas comunidades como «Estados» y, al mismo tiempo, como «no Estados», y de ver en sus órganos unos «órganos estatales», pero no unos «órganos del Estado».

De cuanto llevamos dicho acerca de las relaciones entre la parte y el todo estatales, resulta con evidencia que es imposible que el órgano de la parte no lo sea también del todo. Si las Dietas de los países eran órganos de la comunidad parcial del país, porque votaban las leyes del mismo, eran también, por lo menos, órganos del Imperio, es decir, órganos del Estado, lo mismo que el *Reichsrat* o parlamento central, porque tanto esas Dietas como este parlamento estaban creados por la misma constitución otorgada para todo el territorio imperial, cuya unidad constituía. Ya antes demostramos que la cuestión en torno «a quién pertenece» propiamente un órgano, versa acerca del fundamento existencial del mismo; es un problema de «imputación». En el fondo, es el mismo problema acerca de a quién pertenece el «poder» público ejercido por la comunidad parcial. Si se atribuye a los países un poder público «rudimentario», no quiere significarse otra cosa — a través de turbias referencias a realidades histórico-políticas — sino el hecho jurídico de que la imputación, el acto orgánico en cuestión encuentra un punto «provisional» de referencia en el orden parcial, fundado por el momento de la individuación de la limitación territorial de la validez; pero que ese punto no puede ser un término «definitivo» de dicha imputación. El «poder» de la comunidad apellidada «país» no es, jurídicamente, otra cosa que la validez del orden constitutivo de la comunidad parcial; es un poder «estatal» sólo porque tiene su fundamento en la validez de la constitución del orden totalitario, porque es un poder delegado del poder central, porque y en tanto que es poder del Reich.

Si los parlamentos de los países son órganos «estatales», es porque son órganos del Reich. Una cuestión distinta (acerca de la cual hemos de insistir al tratar la doctrina de las uniones de Estados) es la de si poseen también esa cualidad por el hecho de ser órganos del «país», supuesto que éste es un «Estado» dentro del Estado. En todo caso, es falso el fundamento aducido por la doctrina dominante, a saber: que los países tienen un órgano «legislativo» y, por eso, no son meros

cuerpos autónomos. De nuestras anteriores observaciones, resulta que la ley, en sentido material, no es otra cosa que la norma general (cfs. página 240). Sin embargo, existe la tendencia a no reconocer como leyes — en sentido formal — más que aquellas normas generales que proceden de ciertos órganos relativamente centrales, siempre que estos órganos sean, a ser posible, cuerpos representativos. Pero esto no pasa de ser una particularidad terminológica. Del hecho de que una norma general reciba el nombre de « ley » no se sigue nada para la esencia del órgano que la establece o del orden establecido. Desde luego, no puede deducirse de ahí que ese órgano sea « estatal » o que el orden por él establecido sea un Estado o un semi-Estado. Las normas generales votadas como leyes por un cuerpo representativo local no se distinguen en nada de las dictadas en calidad de «reglamento» o de «decreto» por un órgano local administrativo, autocráticamente designado. Desde el punto de vista jurídico positivo, es irrevelante ese valor político preferente atribuído a unas normas sobre otras, que se traduce en el lenguaje usual. Por la misma razón, no existe tampoco la menor diferencia entre la ley material, creada por el órgano de un municipio con el nombre de « carta municipal », y la norma votada por un cuerpo representativo local, pero que lleva el nombre de parlamento, y a la cual se da el nombre de « ley »; pues nada se opondría a hablar de « leyes municipales » (votadas por los ayuntamientos). El proceso legislativo municipal es también « estatal », y los órganos municipales lo son también por la misma razón que la legislación de los países es función estatal : porque el fundamento de su validez se basa, en último término, en la constitución, que crea la unidad del Estado. Pero si se quiere limitar el concepto de Estado (en sentido jurídico-material) a ciertos actos de creación normativa relativamente centrales, lo mismo se puede calificar a las leyes de los países de actos « estatales » que « no estatales », del mismo modo que se podría incluir indistintamente a las normas generales dictadas por los órganos de las provincias y regiones entre las « leyes del Estado » o entre los meros « estatutos locales ». No hay posibilidad de separar rígidamente tales dominios.

C. Cuerpos autónomos, países, Estados miembros

Si, pues, los parlamentos y demás órganos de los países no tienen más derecho que los órganos locales a recibir el calificativo de « estatales », existe entre ellos, sin embargo, una distinción importante (a la que ya aludimos) precisamente por lo que afecta a la forma de la descentralización.

La descentralización por países es más completa que la descentralización por autonomía ; pues, en el primer tipo, la posibilidad de creación normativa en ciertas materias se deja a la regulación jurídica del país, en toda su amplitud, de modo que el contenido de las normas locales generales — leyes de los países — no se halla determinado lo

más mínimo por ninguna instancia superior. En cambio, la competencia que los cuerpos autónomos poseen de regular, mediante normas generales e individuales, los asuntos que caen dentro de su esfera de autonomía, suele ir unida, por regla general, a idéntica competencia de los órganos centrales, es decir, a la posibilidad de que éstos regulen también mediante normas generales aquellos asuntos; de modo que, supuesto que se haya concedido a las entidades locales la facultad de crear normas generales, esa facultad no puede desenvolverse sino dentro de las normas dictadas por un órgano central acerca de la misma materia, es decir, hallándose su contenido esencialmente determinado por una instancia superior.

Este momento — que la doctrina dominante no ha tenido en cuenta — justifica, en efecto, una diferencia meramente gradual, no fundamental — atendiendo al grado de descentralización — entre dos tipos, a uno de los cuales se puede llamar « país », si se quiere reservar exclusivamente para el otro la designación de « cuerpo autónomo ». Y partiendo de ese mismo punto de vista, resulta la posibilidad — ya antes indicada (pág. 218) — de una diferencia ulterior, según que la descentralización respecto de ciertas materias se extienda no sólo a la etapa de las leyes, sino al grado de la constitución; es decir, según que las normas generales que un país puede poner en vigor sobre su territorio puedan indicar o no, no sólo cuál será el contenido, sino la forma de las mismas, esto es, según que puedan establecer o no un proceso legislativo. Si las normas generales locales no sólo pueden versar sobre el contenido de ciertas materias — atribuídas a la competencia de la comunidad parcial —, sino también acerca del modo y manera cómo deban crearse; si también la « constitución » de la comunidad parcial puede constituir el contenido de las legislaciones locales — en el lenguaje personificador diríamos: si la comunidad parcial puede darse también su constitución —; si la autonomía se extiende también a la esfera constitucional — lo cual no es posible más que dentro del marco y sobre la base de la constitución total —, entonces tenemos el caso de un grado todavía mayor de descentralización, al cual corresponde, en líneas generales, la posición de los Estados miembros dentro de los dos tipos de « uniones de Estados » que representan el Estado federal y la confederación.

§ 30. Las uniones de Estados

A. Concepto jurídico y división de las uniones de Estados

Las dos formas fundamentales a las que se pueden reducir todas las llamadas « uniones de Estados » son el Estado federal y la confederación, advirtiendo que damos al concepto de confederación un sentido más amplio del que generalmente se le atribuye, incluyendo en dicho concepto tanto las « uniones » (en sentido estricto) como las relaciones de protectorado y vasallaje, lo cual habrá ocasión de justificar a su

debido tiempo. El concepto de unión de Estados implica la existencia de un vínculo jurídico entre ciertas comunidades de índole estatal, y esto no significa otra cosa sino que dichas comunidades — personificaciones de los órdenes, que las constituyen — hállanse ensambladas en una unidad por un orden jurídico superior. Este orden jurídico puede ser el orden universal del Derecho de gentes, sobre el cual se basa la unión general de todos los Estados en la comunidad jurídica internacional; o también una unión particular de sólo ciertos Estados, basada en un ordenamiento jurídico parcial o especial, válido por delegación del Derecho de gentes.

Teóricamente, siempre hay que mantener la relación jurídicamente decisiva con el orden jurídico internacional como última fuente, como supremo principio, como orden jurídico supremo, del cual derivan su fuerza obligatoria todos los órdenes jurídicos parciales.

La confederación y el Estado federal, estos dos tipos capitales de uniones de Estados, no se distinguen uno de otro sino por el grado de centralización o descentralización. En ambos casos, se trata de comunidades jurídicas cuyo ordenamiento consiste en normas válidas sobre todo el territorio y en normas vigentes tan sólo en ciertas partes del mismo; advirtiendo que la extensión y la importancia de los objetos que son regulados por las primeras, es decir, por las normas centrales, es mayor que la importancia y la extensión de las materias reguladas por las normas locales; de modo que el orden jurídico vigente en la totalidad de un territorio y el conjunto de todos los órdenes parciales recibe, en un caso, el nombre de «Estado» — indudablemente, debido al grado de centralización —, mientras que en otro se le llama «confederación» de Estados. Aparte de esta distinción, entran en juego otros momentos formales, de organización técnica, los cuales, sin embargo, no pueden aportar ninguna diferenciación ulterior entre la confederación y el Estado federal y no suministran, lo mismo que el primer criterio, más que una diferencia gradual, en modo alguno fundamental entre ambas clases de uniones.

Sin embargo, la doctrina dominante acepta la existencia de una diferenciación fundamental entre una y otra, suponiendo que sólo uno de esos tipos constituye «Estado», es decir, una totalidad jurídica, mientras que el otro es una mera comunidad de Estados soberanos, cada uno de los cuales constituye un todo jurídico, calidad de que carece la «unión», por lo cual no es tampoco una verdadera comunidad jurídica superior a los miembros. Según eso, el concepto de unión de Estados contiene — en la teoría tradicional — dos especies esencialmente distintas: un Estado y una entidad de naturaleza extraestatal; un «Estado federal», que es una unión de Estados «de Derecho interno», y una «confederación», que es una unión «de Derecho internacional».

Suponer que esta diferencia entre el Estado federal y la confederación es fundamental y no meramente de grado, sólo es posible sobre la base de hacer del Estado una categoría absoluta y ver en él una «totalidad jurídica». Que «dentro» de un Estado haya otros «Estados»,

es tan imposible como que existan «fuera» de él en un plano de coordinación y en cierta comunidad con el mismo, si no se presupone una totalidad superior que los enlaza y coordina, convirtiéndolos en « miembros » del complejo orgánico supremo que ella representa. Pero si se sustrae al « Estado » esta significación de totalidad suprema, si se relativiza el sentido de lo que esa palabra representa, tiene que desaparecer nuevamente la diferencia de fondo que la doctrina tradicional busca entre el Estado federal y la confederación. Y la investigación del problema tiene que enderezarse únicamente hacia aquel momento cuya diferencia de grado constituye la distinción entre los dos tipos de uniones de Estados: la descentralización.

Este es el mismo camino que conduce, a través de distintas etapas, a la comunidad más amplia y definitiva del Derecho positivo, a la *civitas maxima* del Derecho internacional. Demostrado de este modo que todas las comunidades jurídicas tratadas hasta aquí — municipios, cuerpos autónomos, países, Estados miembros de la federación, Estados propiamente dichos, confederaciones y comunidad jurídica internacional — sólo se distinguen, en principio, por el grado de descentralización (la cual constituye una serie en la que cada forma se enlaza con la de distinto grado sin soluciones de continuidad), demostrado esto, pues, es un puro convencionalismo terminológico el ponerse de acuerdo acerca de a cuál o a cuáles de los miembros de esta serie quiere reservarse el nombre de « Estado ». Lo que interesa en primer término, desde el punto de vista científico, es afirmar que los complejos jurídicos en cuestión no se hallan separados entre sí por diferencias cualitativas; que no hay ningún punto por referencia al cual pueda decirse que unos se hallan « dentro » y otros « fuera », pues no existen sino diferencias meramente cuantitativas, y todos ellos se hallan « dentro », es decir, en el « interior » de la comunidad jurídica internacional universal, que constituye el sistema unitario más amplio, la totalidad jurídica dentro de la cual se halla comprendido todo el Derecho. Y una vez asegurado el principio de unidad, la integración, sólo puede tratarse de establecer el principio de diferenciación cuantitativa, el principio de individuación con arreglo al cual se obtiene, dentro de la unidad del Derecho, la variedad de complejos y órdenes jurídicos parciales.

B. Uniones de Estados de Derecho interno y de Derecho internacional

1. Nacimiento de la unión de Estados. La antítesis fundamental constituída por la doctrina dominante entre la confederación y el Estado federal, coincide con una división de fondo de los diversos tipos de uniones de Estados. Atendiendo a su nacimiento, se dividen en uniones de Derecho interno y de Derecho internacional, según que el hecho jurídico fundador de las mismas haya sido un Tratado internacional — confederación — o una ley, una constitución — Estado fe-

deral —. Con esto se supone existente una antítesis esencial entre el tratado como negocio jurídico, como mero acto de aplicación de Derecho, y la ley, como acto de creación jurídica ; antítesis que no puede admitirse, como se demostrará más adelante (cfs. págs. 301 y ss.). El Tratado internacional, considerado como acto de fundación de un orden jurídico entre varios Estados, constituye tanto aplicación de Derecho (por relación a la norma *pacta sunt servanda*) como creación del mismo. En cuanto actos de creación, la ley y el tratado no se distinguen entre sí sino por el hecho de que éste tiene que consistir necesariamente en el acuerdo de las voluntades obligadas, mientras que en aquélla no es forzoso que sea así, aun cuando pueda serlo — en el caso extremo de legislación ultrademocrática —. Frente a la afirmación que hace basar la confederación de Estados en un Tratado internacional y al Estado federal — en cuanto Estado propiamente dicho — en una constitución que es su propia ley, precisa sostener que los conceptos de tratado y constitución, de constitución y ley no son excluyentes, puesto que el contenido del tratado es la constitución confederal y, al mismo tiempo, dicho tratado es la « ley » de los obligados por el mismo, la norma obligatoria, la *lex contractus*. El Estado federal, pues, puede basarse en una constitución y, sin embargo, haber nacido en virtud de un tratado; del mismo modo que la confederación tiene su constitución y, no obstante, fué un tratado lo que le dió origen. Sería una petición de principio afirmar que la constitución del Estado federal nació como ley del mismo, en el mismo sentido que una ley federal cualquiera, es decir, aprobada por un órgano legislativo de la federación previsto en la constitución federal. Sin embargo, no es imposible que el Estado federal haya debido su origen a una ley — en el sentido de una norma no estatuída, en principio, por aquellos a los que había de obligar —. Pero entonces se trata únicamente de la ley de un Estado que se federaliza por el hecho de que su ley fundamental establece una descentralización que responde al tipo del Estado federal. De hecho, la historia muestra los casos de federaciones surgidas en virtud de un Tratado internacional entre Estados hasta entonces «soberanos» (es decir, sometidos única y directamente al orden jurídico internacional), junto a los casos de « federaciones » creadas por la ley de un Estado centralizado que se descentraliza. Y nada se opone tampoco a que, mediante una revisión constitucional, un Estado unitario se transforme en confederación, si bien este caso no parece probable por razones políticas. La objeción de que una ley no puede dar origen a nuevos Estados — los miembros de una federación o confederación — es tan insostenible como aquella que supone que tampoco un Tratado internacional puede crear un Estado nuevo — el Estado federal —. Ambas objeciones parten del supuesto de que el Estado es un orden absolutamente supremo, soberano en este sentido, cuyo origen escapa por entero al conocimiento jurídico, pues el origen jurídico de un orden no es pensable sino en virtud de un hecho al cual enlaza un orden superior una consecuencia jurídica: el hecho de un nuevo orden. Este dogma

de la soberanía por el cual elévase el Estado a la esfera de lo absoluto, es también la razón — inconfesada, desde luego — de que, según sostiene una teoría harto extendida, el origen del Estado federal se pierde en la zona de lo metajurídico — constituyendo, por ejemplo, una decisión nacional —. Si bien los casos más significativos de Estados federales han surgido históricamente mediante un convenio entre Estados hasta entonces independientes, sometidos tan sólo al Derecho internacional, desde el momento que la primera constitución federal — lo mismo que la constitución de la confederación, surgida de modo análogo — es el contenido del tratado ; la teoría, aferrándose al principio de que ningún Estado puede surgir por un tratado, se ha creído autorizada para ignorar el hecho contractual, y pensar que la federación significa una creación originaria de Derecho en medio de un cosmos jurídico que muda sus leyes. La teoría condúcese a sí misma *ad absurdum* admitiendo esta *generatio aequivoca* jurídica.

2. La teoría del tratado constitutivo. Hay una teoría que aspira a hallar un camino intermedio, refiriendo el origen del Estado federal (con la mira puesta en una distinción de fondo respecto de la confederación) no precisamente a un hecho metajurídico, sino a un hecho que — a diferencia del tratado o de la ley — tiene virtud creadora de Derecho, no conferida por una norma superior, y, que sin embargo, posee carácter jurídico. Esta propiedad pertenece al « acuerdo normativo » *(Vereinbarung)*, el cual, según esta teoría, se distingue de un tratado corriente, en su virtualidad creadora de Derecho, sin constituir, sin embargo, aplicación o ejecución del mismo — desconociendo completamente que, con la sola excepción de la hipótesis de origen, todo hecho «creador», «aplica», sin embargo, Derecho —. Suponiendo que el Estado federal se basa en un acuerdo de esta índole y no en un tratado ordinario, se pretende interpretar el Tratado internacional — en cuya virtud han nacido, según la concepción corriente, todos los Estados federales de importancia histórica decisiva, y más allá del cual no puede ir la teoría que no aspira sino a conocer el origen de este tipo de unión de Estados, aparte de que los representantes de ciertos intereses políticos invocan de continuo dicho hecho — de forma que desaparece su carácter de negocio jurídico, dejando de ser aplicación de la norma superior de Derecho internacional que delega en los pactos, y convirtiéndose tan sólo en factor de creación jurídica. Dícese que el « acuerdo normativo » es un mero acto de fundación de Derecho, al cual falta la propiedad del tratado ordinario: la de ser al mismo tiempo un acto ejecutivo. Se habla de un tratado « constitutivo », cuya calidad radica en ser una unión de voluntades que no tiene el carácter de un negocio jurídico creador de derechos y obligaciones para los contratantes, sino que crea más bien un orden jurídico nuevo, al cual se someten las partes; de tal modo, que entre éstas no existirían derechos y deberes meramente contractuales, sino un orden jurídico, una constitución, una ley ante la cual tendrían que inclinarse. Pero

todo tratado crea un orden jurídico, al cual tienen que someterse los contratantes, desde el momento que estatuye derechos y obligaciones de los mismos. Y estas obligaciones y estos derechos no son posibles sino admitiendo que han sido estatuídos por un orden jurídico «contractual», por una *lex contractus*. Los deberes y derechos no son más que la traducción subjetivista de un sistema de normas designado como orden jurídico, por referencia a una validez objetiva. Pero no hay ningún criterio para diferenciar entre el tratado como negocio jurídico y el tratado constitutivo. De ese modo, compréndese que la cuestión acerca de cuándo el hecho jurídico de un contrato tiene carácter constitutivo, tiene que resolverse en un círculo vicioso. El hecho exterior no se distingue en nada del de un tratado corriente: una coincidencia manifiesta de voluntades. A su vez, el hecho interno, el contenido del tratado puede ser, fundamentalmente, el mismo que el de una ley. Del concepto de tratado no se sigue nada que pudiera impedir la hipótesis de que todo cuanto puede ser regulado por ley fuese susceptible de ordenación contractual. Por eso la teoría del tratado constitutivo no puede romper este círculo: un tratado es constitutivo si crea un orden jurídico; y crea un orden jurídico si es constitutivo.

Pero el sentido auténtico, inmanente a la teoría del tratado «constitutivo», es cosa harto distinta que pone de relieve la diferencia entre dos formas contractuales. De lo que se trata no es de saber si el tratado crea un orden jurídico — cosa que todo contrato realiza —, sino de averiguar si este orden jurídico es total o parcial. La distinción que precisa hacer es ésta: si la construcción jurídica deduce la fuerza obligatoria del tratado, las normas enlazadas como consecuencias a este hecho — las facultades y deberes jurídicos, en una palabra, el «orden jurídico contractual» — de una proposición jurídica que es, a su vez, parte integrante de un orden jurídico «superior» (es decir, más general); por tanto, en este caso, de la proposición jurídica del Derecho internacional *pacta sunt servanda;* o si, por el contrario, la construcción jurídica presupone el orden contractual como supremo o, mejor, si supone que la fuerza obligatoria deriva de una hipótesis originaria que se la concede directamente a ese tratado concreto. No se olvide a este propósito que el tratado en cuanto tal, como hecho de la coincidencia de voluntades, no es nunca «constitutivo».

En el primer caso, solamente el orden jurídico internacional superior a las partes y, en definitiva, la hipótesis del Derecho internacional posee carácter «constitutivo», es decir, de fuente última de la validez jurídica, de la fuerza de obligar del Derecho, de la vinculación jurídica; en el segundo, ese carácter corresponde directamente a la hipótesis especial de origen. Considerar que el tratado que da origen a un Estado federal es constitutivo, no tiene otra significación que la siguiente: se hace abstracción del Derecho internacional, en cuanto orden jurídico superior a todos los Estados, incluyendo, por tanto, a los que integran el Estado federal; se rechaza el Derecho internacional como fundamento jurídico de la construcción del Estado federal o, mejor, se

repudia la hipótesis del primado del orden jurídico internacional; por el contrario, se supone soberano al orden jurídico nacido del tratado, derivando esa cualidad, por deducción lógica, de la hipótesis especial, a pesar de que desde el punto de vista del primado del orden internacional, dicho orden sería meramente parcial; es decir, se le atribuye la calidad de «Estado» en el sentido del dogma imperante de la soberanía, y se cae así en la primacía de ese orden jurídico estatal concreto.

3. Significación de la antítesis entre las uniones de Estados de Derecho interno y de Derecho internacional. Éste es el sentido de la distinción entre las uniones de Estados de Derecho interno y de Derecho internacional; distinción que la doctrina dominante hace coincidir con la antítesis entre el fundamento contractual y el fundamento constitucional (o legal) de las uniones de Estados que representan, respectivamente, la confederación y el Estado federal. La razón única de que ambos tipos respondan, en efecto, a categorías fundamentalmente distintas, no es la de que el uno sea un tratado y el otro una constitución (lo cual no es una verdadera antítesis), sino la de que la construcción jurídica basa la confederación en un tratado, el cual, al mismo tiempo, se basa — en calidad de orden parcial — sobre un orden totalitario: el Derecho internacional; mientras que la constitución pactada del Estado federal es supuesta como suprema, como soberana, como orden estatal, como Estado, en una palabra. Así, ya existe una antítesis absoluta — en modo alguno relativa — entre la confederación y el Estado federal. La «constitución» del Estado federal se distingue esencialmente del «tratado» de la confederación, del mismo modo que la «constitución» confederal distínguese del «tratado» de la federación: pues sólo la constitución o pacto del Estado federal posee carácter de primordialidad, puesto que su fuerza obligatoria deriva directamente de esta hipótesis de origen, de la pura posición de un supuesto.

Nunca se insistirá lo bastante en afirmar que esta distinción establecida por la doctrina dominante entre la confederación y el Estado federal, no tiene la menor significación lógico-sistemática admisible, pues los elementos diferenciados no pertenecen al mismo sistema del conocimiento. La diferencia fundamental entre la confederación y el Estado federal, atendiendo a la diferencia de origen — constitucional o contractual — de los mismos, significa la diversidad de dos hipótesis jurídicas que por esencia son incompatibles. En el momento que la teoría se ocupa de determinadas organizaciones jurídicas (como la constitución del Imperio alemán, o de la confederación helvética o la de los Estados Unidos de Norteamérica), abandona la hipótesis del primado del orden jurídico internacional — inevitable desde el punto de vista de una unión de Estados coordinados — y se sitúa en el punto de vista del primado de aquel orden jurídico que quiere reconocer como Estado. El postulado político de atribuir carácter estatal a una determinada constitución — surgida por la vía de un Tratado internacional —, fuerza a los juristas, imbuídos del dogma de la soberanía,

a suponer este orden jurídico como supremo, como soberano, y sólo esta supuesta soberanía impide ver en el Estado federal una Confederación de Estados; lo cual, en cambio, no impide a los mismos juristas — por motivos políticos de otra índole — declarar que el Estado federal constituye una unión de Estados, y renunciar a reconocer la soberanía de los miembros de la misma; y esto es lo que hace posible tratar juntamente, en la teoría de las uniones de Estados, al Estado federal y la confederación, a pesar de la diversidad esencial que se afirma existir entre uno y otra (cfs. pág. 296).

C. La relación del orden total con los órdenes parciales en las uniones de Estados (la soberanía)

Si se renuncia al concepto formal de la soberanía, en virtud del cual el orden o comunidad soberana aparece con las notas de supremacía, unidad, exclusividad y totalidad, y se piensa en el contenido posible del orden, en la competencia positiva del mismo, se tiende a hablar, en el Estado federal, de una «soberanía dividida» entre la federación y los miembros, por cuanto que el contenido del orden local aparece dividido en un orden central y varios órdenes locales. Nada se opondría a trasladar estas ideas a la confederación de Estados. Si no se hace así, si la doctrina de la soberanía dividida ha surgido específicamente como teoría del Estado federal — el cual se distingue de la confederación porque en ésta la soberanía corresponde íntegramente a los miembros, sin que quede ningún resto de la misma a la unión, a pesar de que, tanto en un caso como en otro, el contenido del orden total divide la competencia de establecer normas entre un órgano central y varios órganos locales —, débese a que se busca diferenciar entre el concepto formal y el concepto material de la soberanía, y a que no se llega a desprender el concepto de Estado del momento formal de la soberanía. Por razones políticas, se quiere mantener la calidad de «Estados» a las comunidades estatales, hasta entonces «soberanas» y ahora vinculadas en un Estado federal; y, al propio tiempo, se quiere atribuir también a la federación el nombre y la dignidad — íntimamente ligada a ese nombre — de Estado. Supuesto — y con razón — que el valor o categoría específicas que se expresan en este concepto de Estado radican en la soberanía, no hay inconveniente en atribuir dicha soberanía tanto a la federación como a los miembros. Esta posibilidad la ofrece la aplicación del concepto material de la soberanía. Una vez que, con ayuda de este concepto, se ha afirmado el carácter soberano tanto de la federación como de los miembros, se pasa de la significación material de la palabra — que sirve de bien poca cosa — a la significación formal de la misma: puesto que la competencia se halla plenamente dividida entre la federación y los miembros, cada uno es independiente de los demás en su respectivo ámbito; cada una es una comunidad soberana, suprema en su orden. Así, pues, en el Estado federal coinciden dos soberanías, dos comuni-

dades soberanas : la federación y los miembros. Pero, una vez que el concepto formal de la soberanía ha suplantado al concepto material, ya no hace falta, realmente, hablar de soberanía « dividida ». La federación y los miembros, en tanto que coordinados y no subordinados entre sí, son soberanos, lo mismo que son soberanos los Estados que coexisten dentro de la comunidad jurídica internacional. En la confederación no son aplicados estos conceptos porque — siempre por motivos políticos — no quiere reconocerse a la misma la dignidad y la categoría de un « Estado ». Pero esa argumentación es un puro sofisma. Se basa en la hipótesis de que entre el orden total y los órdenes parciales no existe una relación de dependencia o delegación. Sin embargo, un análisis minucioso demostrará lo contrario. Supongamos un orden jurídico, como el del Estado federal, compuesto de normas que poseen un ámbito territorial de vigencia diferente ; en ese orden hay que distinguir tres elementos : ante todo, la constitución, en virtud de la cual se establece la unidad del orden total. Esta norma (o complejo normativo) tiene que extender su validez (tanto en el respecto territorial como en el de las competencias) a la totalidad del ámbito de vigencia del orden total, a pesar de que — en virtud de ello — divide la competencia entre un órgano central y varios órganos locales ; con otras palabras : porque y en tanto que se limita a delegar en un órgano central y varios órganos locales la creación de normas, de las cuales unas valdrán sobre todo el territorio y otras sólo sobre determinadas partes del mismo. Esta « constitución total » es necesariamente Derecho positivo ; no puede ser, en modo alguno, un mero supuesto lógico-jurídico. Sobre la base de esta constitución, y por delegación de la misma, se hallan dos círculos normativos ulteriores que son, por relación a aquélla, órdenes parciales delegados : uno, con validez espacial sobre todo el territorio ; y varios, con vigencia circunscrita a determinadas partes del mismo. Si al primero se le llama « unión » o « Estado superior », y a los últimos « Estados miembros », es indudable que, de hecho, son coordinados y que entre ellos no existe una relación de delegación. Los Estados miembros no están, pues, subordinados al « Estado superior », y éste lleva indebidamente ese nombre.

Pero es falso reconocerles la soberanía — en sentido formal — porque ello supone ignorar el hecho de que ambos órdenes parciales han sido delegados de la constitución total, sin la cual ninguno de ellos hubiera sido posible. Del mismo modo que de los Estados que integran la comunidad jurídica internacional no puede considerarse que se hallan coordinados sino por referencia al Derecho internacional situado sobre todos ellos, delegándolos, no es posible hablar tampoco de una coordinación entre el Estado superior y los miembros, en el Estado federal, sino por referencia a la constitución total que delega en ambos órdenes parciales. Esta constitución es la que merece propiamente el nombre de Estado federal y la que le representa en el sentido de una totalidad que abraza tanto a la unión como a los miembros — a la manera de como un marco abraza su contenido —. Del

hecho de que ambos órdenes parciales — unión, Estados miembros — no se hallen entre sí en relación de delegación, no se sigue que sean independientes, que no estén subordinados a nada, que sean soberanos. Éste es el sofisma que conduce a la teoría de la soberanía dividida entre la federación y los miembros, o a la de la doble soberanía.

Por lo demás, urge advertir lo siguiente: desde el punto de vista de la consideración genética, el órgano creador de la primera constitución federal (la comunidad de los órganos de los Estados federados competentes para celebrar un Tratado internacional), o el órgano legislativo de un Estado unitario que se transforma en federal, no puede ser al mismo tiempo el órgano de la federación nuevamente creada, delegado para establecer normas válidas sobre todo el territorio; pero, supuesto que la constitución es siempre revisable, el órgano legislativo de la federación es competente, por regla general, para efectuar dicha revisión. Ese órgano no sólo ha de crear, pues, el orden parcial del Estado superior, sino que ha de perfeccionar y desarrollar la constitución federal como constitución totalitaria y delegante de los dos tipos de órdenes parciales. Ésta es la razón por la cual — en un acortamiento de las perspectivas — se confunden indebidamente en un solo orden el orden parcial de la federación con la constitución federal propiamente dicha. Si bien el órgano revisor de la constitución federal debe distinguirse del órgano creador del orden parcial de la federación, a pesar de la identidad del titular, esta identidad es causa de que se confundan en uno ambos complejos normativos. Esto es lo que se piensa cuando al hablar de la federación — en el sentido de « Estado superior » — se la designa con los nombres de unión, Imperio, Estado federal, etc. En este sentido, los Estados miembros son subordinados de la federación, puesto que son sus delegados, es decir, los delegados de una norma que forma parte del complejo normativo de ese orden.

D. Teoría de la corporación

Cuando la mayor parte de los teóricos modernos admite que la diferencia fundamental entre el Estado federal y la confederación consiste en que, en ésta, los Estados miembros conservan la plenitud de su soberanía, se aduce todavía la razón de que la antítesis entre ambos tipos de uniones de Estados, no es más que un caso especial de la antítesis entre « sociedad » y « corporación », estudiada en Derecho privado. En el hecho de que en la confederación — a diferencia del Estado federal — no exista sobre las personas jurídicas de los Estados confederados una persona jurídica nueva, distinta de las anteriores, porque no existe una voluntad diferente de la voluntad de los miembros (de modo que la voluntad de la confederación — a diferencia de la del Estado federal — no es más que la suma de las voluntades de los miembros, una voluntad « común », pero no una voluntad nueva ni extraña); en ese hecho, decimos, quiere verse un síntoma de que los Estados mantienen su soberanía en la confederación, pero no en el

Estado federal, en el cual existe una persona jurídica superior a la de aquéllos. Repitamos una vez más que si se personifica el Estado federal, nada se opone a personificar también la confederación.

Si, con el fin de representarse más gráfica y sencillamente las cosas, se quiere ver en la constitución federal un ser, un ser colectivo, un sujeto de Derecho, una persona jurídica, ello es igualmente posible con la constitución confederal. Por falta de un conocimiento exacto de la mecánica de la personificación, ha surgido en el Derecho privado la lamentable teoría de la antítesis entre la sociedad y la corporación. Ciertamente, la existencia de una voluntad « superior » diferente de las voluntades de los sujetos « vinculados » es decisiva para el supuesto de una persona jurídica nueva. Pero esta nueva voluntad « superior » no es más que el orden jurídico que está « sobre » los sujetos, ya sea el orden jurídico universal o un orden jurídico parcial, por insignificante que se le considere ; y la persona jurídica no puede ser sino la personificación de este orden, cuya validez objetiva, frente a los sujetos sometidos, se traduce en la imagen de la voluntad extraña, así como su unidad se traduce en la imagen de la persona.

Seguramente, habrá algunas colisiones entre la objetividad de la validez del orden personificado y el contenido de la voluntad psíquico-empírica del sujeto sometido. En menor escala, éste es el caso cuando el contenido del orden objetivamente válido es creado por la voluntad de los sujetos sometidos, es decir, cuando es el contrato y no la ley el fundamento del orden ; cuando la modificación del orden requiere la decisión unánime y no meramente mayoritaria de los súbditos ; cuando la creación y la aplicación del Derecho está encomendada a órganos especializados y no a todos los súbditos, etc. Pero estos momentos materiales, con arreglo a los cuales pueden distinguirse unos órdenes de otros, no son decisivos para la cuestión de la posibilidad de su personificación, desde el punto de vista formal de la teoría jurídica: únicamente, desde el punto de vista psicológico, se acercan más o menos a la personificación. Pero como en la literatura andan constantemente confundidos los puntos de vista formal y material, declaran unos que la confederación es una persona jurídica, a pesar de haber nacido gracias a un tratado, por poseer órganos especializados y porque la constitución confederal establece el principio mayoritario ; mientras que otros, fijándose especialmente en el fundamento contractual, declaran inesenciales el principio mayoritario y los órganos especializados, y niegan la personalidad jurídica de la confederación. La argumentación, en este caso, es sencillísima : los órganos encargados de realizar funciones especializadas no son los órganos de una nueva comunidad superior, sino órganos comunes a todos los Estados confederados ; en la decisión mayoritaria va implicada la voluntad de todos y cada uno de los Estados, puesto que éstos se comprometieron en el tratado fundacional a someterse a los dictados de la mayoría ; y se llega incluso a suponer que también la ejecución contra cualquiera de los Estados se basa en la « voluntad » de los mismos, fingiéndose así la identidad de

la voluntad objetiva del Derecho y la voluntad subjetiva de los particulares. Pero es indudable que esta argumentación puede aplicarse del mismo modo al Estado federal. Porque los unos afirman que la esencia del Estado federal consiste en una personalidad jurídico-autónoma, tienen los otros un motivo fácil para negar en absoluto el concepto y la existencia del mismo, es decir, para renunciar a la personificación del orden federal, como representación auxiliar — y no otra cosa es la persona jurídica —; y, a la inversa, este método que confunde la esencia con la apariencia — la llamada teoría de la corporación — puede aplicarse a la confederación, e ir tan lejos en ella, que, al realizar su personificación, afirme también su carácter estatal, negando la soberanía y, en definitiva, la estabilidad a los distintos Estados que la componen. Naturalmente, no faltan tampoco tratadistas que afirman y niegan al mismo tiempo la personalidad jurídica de la confederación. «En el interior», la confederación es una sociedad; pero, «en el exterior», es una corporación; no tiene personalidad jurídica ante el Derecho interno, pero sí ante el Derecho internacional. Esta construcción implica una contradicción íntima si se admite la concepción general de la persona jurídica, concepción que, naturalmente, es compartida también por esos tratadistas. Si no se reconoce que la persona jurídica no es más que una mera representación auxiliar de la que el jurista puede servirse o no; si se cree que la persona jurídica es un dato jurídico objetivo o algo «otorgado» por el Derecho; si se cree, en fin, que cuando el jurista afirma la existencia de una persona jurídica se limita a describir hechos jurídicos, a constatar la presencia de ciertos datos preexistentes, entonces toda estructura jurídica puede ser persona o puede no serlo ninguna. Si se es de opinión que entre la relación jurídica y el sujeto de Derecho existe una diferencia esencial, entonces no puede afirmarse que algo sea al mismo tiempo lo uno y lo otro. Si se admite que la persona jurídica es una construcción abandonada al arbitrio del jurista, por medio de la cual puede personificarse — aunque no es preciso recurrir a ella — toda relación jurídica, es decir, todo orden jurídico total o parcial, nada se opone a tratar como persona una misma relación jurídica solamente en una dirección, pero no en la otra. En verdad, no es probable que el pensamiento personificador recabe sus derechos con esas limitaciones; pero en todo caso, no es imposible que sea así. Por lo demás, los tratadistas a los que nos venimos refiriendo, están lejos de proceder así. Como ya se mostró al distinguir entre la validez de los contratos de Derecho interno y la de los tratados internacionales, entre las uniones de Estados de Derecho interno y de Derecho internacional, etc., significa una mutación del punto de vista epistemológico el distinguir — en la confederación — un ámbito interior y otro exterior, y afirmar que uno y el mismo objeto pueda mudar su esencia jurídica, según que se halle en uno u otro de estos ámbitos. «De Derecho interno» significa tanto como primado del orden jurídico estatal; «de Derecho internacional» equivale, en esta antítesis, a una negación más o menos consecuente, más o menos amplia del primer

punto de vista, un acercamiento a la idea del primado del orden jurídico internacional; debiendo advertirse a este propósito que eso no significa que se lleve a efecto en su pureza lógica la idea de un orden parcial — la constitución federal — superior a todos los Estados — la cual aparece ciertamente insinuada en la personificación de la federación, especialmente por lo que afecta a los órganos establecidos por la constitución federal para dirigir los asuntos exteriores —, ni la idea de un orden jurídico internacional superior a su vez a la constitución federal, como lo muestra la temerosa contradicción en la que incurren estos teóricos, los cuales tienen ciertamente el valor de declarar que la subordinación de los Estados bajo un orden jurídico parcial — la constitución federal — es incompatible con la soberanía de los mismos; y, sin embargo, sostienen que la subordinación general de todos los Estados bajo el orden jurídico internacional — del cual deriva cada orden parcial su validez, su existencia jurídica entera — es compatible con la soberanía intacta de esos Estados.

Ciertamente, el hecho de que los internacionalistas, sin excepción, y sin hacer el menor caso de las constituciones del Derecho político, hayan tratado tanto a la confederación como al Estado federal como personas jurídicas — ignorando de ese modo la supuesta diferencia esencial entre una y otro —, debió haber sorprendido a la Teoría del Derecho político, y haberla llevado al convencimiento — al que ya se aproximó en muchas ocasiones — de que toda la distinción se basa única y exclusivamente en diferencias materiales de contenido jurídico.

E. División de las uniones de Estados según el contenido jurídico

Si el fundamento de la distinción entre confederación y Estado federal radica en el contenido de los respectivos órdenes de cada comunidad jurídica — y ninguna de las distintas teorías podría renunciar a echar mano de ese momento material para fundamentar la división —, resulta una contradicción aferrarse aún al criterio del origen o fundamento jurídico — constitución o tratado —, pues sobre cada uno de estos fundamentos pueden desarrollarse los contenidos más variados; así, por ejemplo, mediante un Tratado internacional puede fundarse una comunidad radicalmente centralista, así como una constitución — ya se la considere como decisión nacional o como ley de un Estado — puede dar origen a una comunidad radicalmente descentralizada. La doctrina dominante se encuentra en una situación típica al mezclar los dos puntos de vista; comienza por considerar un momento material cualquiera como distintivo característico esencial, para afirmar en seguida que ese momento puede darse tanto en un orden jurídico de origen contractual como en uno de base estrictamente constitucional.

Desde el momento que se busca la distinción entre la confederación y el Estado federal en una nota concreta, de contenido jurídico, se

rompe el círculo en que se mueve la seudoargumentación, que, en lugar de demostrar la diversidad de dos hechos diferentes, suministra infundadamente dos interpretaciones distintas de un mismo hecho o de un hecho no lo suficientemente diferenciado para ser objeto de una doble interpretación. Es inadecuado diferenciar la confederación del Estado federal buscando para cada uno un esquema interpretativo diferente, suponiendo que, en el primer caso, los miembros son soberanos, y no en el otro; pues esta interpretación no tiene un fundamento suficiente en el material interpretado. No hay razón para afirmar que los Estados miembros conservan su soberanía en la confederación pero no en el Estado federal, o que la confederación no es un Estado y sí lo es el Estado federal, pues esta diferencia de interpretación no se apoya en ningún elemento material jurídico. No hay motivo para suponer la existencia de una diferencia fundamental entre dos hechos entre los que sólo media una diferencia de grado (con arreglo a su cualificación por el Derecho positivo), según que en un caso el momento material resalte con más fuerza que en otro. La doctrina dominante hace un recorrido a través de todos los momentos materiales que pueden interesar a la confederación y al Estado federal, y encuentra que ninguno de ellos repugna a la esencia de ninguno de dichos tipos de unión de Estados. Pero, en lugar de deducir la consecuencia para la interpretación jurídica — o, como suele decirse, para la construcción jurídica — que se derivaría de esta investigación del material jurídico positivo, se añade: pero los miembros son soberanos en un caso y no en otro, y el todo sólo es un Estado en uno de estos casos y no en el otro. Se sustituye la falta de datos jurídico-positivos por una construcción infundada y, por tanto, insostenible — precisamente por esa carencia de datos —. Se opera con una hipótesis que no está referida a ningún material.

Comparando los tipos históricos de la confederación y el Estado federal, se llega al siguiente resultado:

1. Alianzas, uniones administrativas. Ya hicimos notar en otra ocasión que la confederación representa un grado más amplio de descentralización que el Estado federal, por cuanto que la extensión e importancia de los objetos atribuídos a la competencia del orden central, es menor en la primera que en el segundo. Aquello que de modo general es considerado como el «fin» de la unión, es lo que aquí se considera, desde un punto de vista puramente jurídico, como contenido del orden válido sobre la totalidad del territorio de los Estados vinculados. Es la cuestión en torno a la manera cómo la constitución federal (en el sentido más amplio de la palabra) — creadora de la unión — reparte las competencias entre el orden central y los órganos locales. Pero desde este punto de vista, puede hacerse también una distinción entre la confederación de Estados en sentido estricto y otras uniones a las que, en sentido amplio, se debería dar el mismo nombre. No se da el nombre de uniones de Estados — o de «confederaciones» en sentido amplísimo — a los tratados internacionales en virtud de los cuales obliganse

los Estados contratantes a realizar por una sola vez una determinada acción conjunta. Pero tampoco son incluídas entre las uniones o confederaciones de Estados (en sentido amplio) — en virtud de la duración limitada de su validez — aquellos otros tratados por los cuales comprométense varios Estados a la defensa o al ataque común en ciertos casos previstos de antemano (las llamadas « alianzas »). Lo mismo puede decirse de las uniones administrativas, que son aquellos tratados por los cuales se unen varios Estados para ciertas finalidades de índole administrativa, es decir, para una acción conjunta en determinadas ramas de la administración — así, por ejemplo, la « unión postal universal » —. Todos estos tipos no suelen ir incluídos en la enumeración de las uniones de Estados en sentido estricto, a pesar de que, con frecuencia, poseen incluso órganos « propios » adscritos a la realización de tareas especializadas, como las comisiones internacionales, entre otros. La razón de que no se hable en estos casos de « uniones de Estados » radica en la relativa limitación del fin, o también, como suele decirse, en que estas uniones no invaden la esfera de los Estados unidos sino en pequeña escala y en negocios de poca importancia.

2. Uniones paritarias y no paritarias de Estados (Protectorado, Estado de Estados).

Entre los criterios materiales característicos de las uniones de Estados, es de gran importancia fijar si el orden colectivo es producido o aplicado por órganos peculiares, es decir, por aquellos cuyo titular es distinto del de los órganos de los Estados asociados. Sin embargo, se habla también de órganos peculiares o propios, incluso en el caso de que se trate de un órgano compuesto, el cual, en esta composición específica, no tiene que realizar sino funciones propias de la unión; o cuando cada uno de los hombres que forman el órgano compuesto — en el caso de una unión personal — es al mismo tiempo titular del órgano realizador de funciones propias de los Estados asociados; así, cuando el órgano de la unión consiste en una corporación compuesta de órganos especiales, por ejemplo, de los ministros de Negocios extranjeros de cada uno de estos Estados. Un órgano semejante es indispensable, al menos cuando el orden de la unión créase en virtud de un tratado (cfs. sobre esto la pág. 229). Por lo demás, la ejecución del orden totalitario puede cederse a los Estados asociados, es decir, a los órganos de los mismos. Por eso, sólo en un sentido muy relativo es exacto hablar de una antítesis entre las uniones de Estados « organizadas » y las « no organizadas ».

El contenido del orden colectivo puede obligar y facultar a los miembros de la unión en forma paritaria; de modo especial, puede prescribir que el desarrollo y la ejecución del orden colectivo se verifique mediante una participación igual de todos los miembros. Háblase entonces de « uniones paritarias » de Estados, de sociedades o asociaciones de Estados; pero puede también repartir desigualmente los deberes y las facultades, de modo que exista una dependencia jurídica

de uno de los Estados asociados respecto de algún otro. Entre el primer tipo de uniones de Estados se cuentan las « uniones » propiamente dichas, la confederación en sentido estricto y el Estado federal. Entre el segundo, el protectorado y el « Estado de Estados ».

El protectorado es una unión de Estados en la que uno de ellos — el protector — se obliga a la protección internacional del otro, especialmente en caso de ataque bélico por parte de un tercer Estado ; a cambio de lo cual, el Estado protegido renuncia al ejercicio de determinadas funciones, especialmente en el dominio de la política exterior, de forma que en todas o en las más importantes de las relaciones internacionales aparece representado por el Estado protector, es decir por los órganos de éste.

Como « Estado de Estados » — o como Estado superior con Estados sometidos — desígnase aquel tipo de unión por el cual se funda una relación de vasallaje entre dos Estados. El Estado sometido — a semejanza del protegido — no tiene ninguna función que realizar en el dominio de la política exterior o, al menos, ninguna función esencial. De ello se encarga por él el Estado superior. Añádase a esto que el Estado sometido está obligado a poner a disposición del Estado superior tropas y determinadas prestaciones en dinero o en especie — « los tributos » —, con lo cual tiene, en cambio, una pretensión jurídica a la protección de aquél. La teoría jurídica (que apenas si se ha ocupado de esta forma, que sólo en Oriente existe) da el nombre de « Estado semisoberano » al Estado protegido, vasallo o sometido.

Aquí, el concepto de soberanía es usado, indudablemente, en sentido jurídico material : como suma de todas las competencias. Una renuncia contractual al ejercicio de ciertas competencias significa, entonces, una disminución de la soberanía.

3. Las uniones. Por lo general, inclúyense el protectorado y el Estado de Estados entre las uniones estatales en sentido estricto. Lo mismo ocurre con las llamadas « Uniones », en las cuales la unidad de monarca constituye el objeto de la unión. Distínguese entre uniones personales y uniones reales. Sin embargo, el criterio distintivo es inseguro. Si la unidad de monarca o, mejor, la identidad del titular del órgano, no se basa en un fundamento jurídico, es decir, en un tratado entre los distintos Estados unidos ; si, por tanto, la unidad de monarca es casual desde el punto de vista del Derecho, no existe una verdadera unión de Estados en sentido jurídico, como ya han hecho observar con razón determinados autores. Si a esto se le da el nombre de « unión personal », ésta no constituye sino un caso particular del hecho (que no se limita, por cierto, únicamente al órgano llamado « monarca ») de la identidad del titular de dos órganos distintos. Únicamente la unión real constituiría un caso de « unión de Estados » en sentido propio, la cual se apoyaría en un tratado o en la ley de un Estado unitario que se desdoblase en dos, ligados únicamente por el monarca común. Del

hecho de que la unidad del monarca tenga un fundamento de Derecho, no se sigue necesariamente que haya de ser duradera, que no pueda limitarse a la persona y a la vida de un solo monarca, sino que tuviera que extenderse también a los sucesores, de forma que también el orden de sucesión al trono hubiera de ser común. Precisamente este último elemento es muy tenido en cuenta cuando se contrapone la unión real a la mera unión personal. Por lo demás, el lenguaje se inclina también a buscar un sentido a la antítesis entre unión personal y unión real, dentro de las uniones de Estados de fundamento jurídico. Así, por ejemplo, se habla de unión personal cuando la unión radica únicamente en la persona del monarca, y de unión real cuando la comunidad se extiende a otros órganos, es decir, a otras esferas de competencia. Puesto que, por regla general, el monarca — incluso en las monarquías constitucionales — tiene el papel fundamental de representante del Estado frente a los otros Estados, y de jefe supremo del ejército y la armada, parece indudable que la unidad de monarca debería conducir a la comunidad de otros órganos diplomáticos y militares. Éste es el supuesto — especialmente en la Monarquía constitucional — de que en el ámbito de la política internacional y de los asuntos militares se realicen actos estatales comunes a los dos Estados, es decir, se establezcan normas válidas para el territorio de dos comunidades políticas. Éste es el único criterio jurídicamente decisivo, como ya se indicó en otra ocasión. También supuesta la identidad — pactada — del hombre que, en dos Estados diferentes, realiza la función de un solo monarca, sería posible que sólo estuviese permitido realizar actos válidos, únicamente para uno de los Estados. Si, por ejemplo, los actos del monarca están sujetos en los dos Estados al refrendo del ministro responsable, y los ministros no son comunes porque cada Estado tiene los suyos, entonces es lógico que los actos estatales se realicen separadamente para cada Estado en todos los dominios, de modo especial en el de la política exterior y en lo relativo a la guerra. Puede ser que de hecho, coincidan, si es que son compatibles; pero siempre serán necesarios dos actos de creación normativa; por lo cual precisa admitir la existencia de dos órganos diversos; en consecuencia, aun en el caso de una unión basada en un fundamento jurídico, sólo puede existir identidad del titular del órgano, no del órgano mismo (prescindiendo, por supuesto, del acto estatal creador de la unión). Otra cosa es si la unidad de monarca tiene el sentido de que haya de realizar ciertos actos comunes a los dos Estados, es decir, si está autorizado a establecer, por un sólo acto, normas — aunque sean meramente individuales: actos administrativos — con validez para el territorio de los dos Estados; tanto más si esa facultad la concede la constitución de la unión, ya tenga la forma de ley o la del tratado. Únicamente en este caso existe algo más que la mera identidad del titular del órgano — en tanto se trata de las funciones realizadas sobre la base de la constitución de la unión —. Aquí hay comunidad o, mejor, identidad del órgano; es decir, existe un órgano común, esto es, creador de un orden común.

Esto es completamente posible en la Monarquía absoluta. Pero en la Monarquía constitucional, en la que el monarca no es más que un órgano incompleto que necesita complementarse por un acto correspondiente de un ministro responsable, para alcanzar ese grado de comunidad, es decir, de centralización, es necesaria también la identidad del titular del órgano con el ministro refrendatario, sobre todo con aquel ministro dentro de cuyo ámbito de competencia son posibles los actos centrales de creación normativa. Ciertamente, sería posible también el caso de que, con arreglo a las prescripciones de la constitución de la unión, los actos estatales comunes del monarca necesitasen el refrendo de cada uno de los ministros que en cada Estado estaban adscritos a la misma rama de la administración. Pero la realidad histórica de las uniones muestra más bien el primer tipo: comunidad del ministro de negocios extranjeros y de sus órganos auxiliares, los representantes diplomáticos y consulares; comunidad también del ministro de la guerra, y comunidad del ejército. En todo caso, lo que se perseguía con la comunidad de otros órganos, más allá de la persona del monarca, era esto: creación de normas centrales en el ámbito de competencia de esos órganos. En la existencia de este orden central parcial radica el momento que diferencia esencialmente este tipo de unión de aquel otro en el que dichas normas no son posibles — prescindiendo siempre de la constitución, base de la unión —. La comunidad de otros órganos, aparte de la persona del monarca, no es más que un momento secundario, en el cual se fijó la teoría — por ser exteriormente perceptible — únicamente cuando quería diferenciar la unión real de la mera unión personal.

Como ya se indicó en otra ocasión, es propio del tipo de la unión real el hecho de que el monarca y los restantes órganos comunes estén autorizados para establecer normas centrales individuales, pero no generales. Por lo menos, los órganos comunes no pueden crear ninguna norma general que lleve el nombre de «ley». Por regla general, existe una administración común, no una común legislación. Las leyes sobre cuya base se administra para los dos Estados, son leyes coincidentes de cada uno de éstos. Ciertamente, hace falta un acto específico en virtud del cual se establezca esa coincidencia; precisa un acuerdo entre los dos Estados, por el cual se obliguen a dictar leyes que tengan el contenido acordado. Ahora bien, para llevar a cabo estos acuerdos no hay órganos especiales, como para la dirección de la administración común. Estos actos son realizados por los órganos establecidos para la realización de los fines peculiares de cada Estado, por lo cual no resalta suficientemente su carácter de «actos comunes», a pesar de que lo son en absoluto. Precisamente, por referencia a ellos, la unión real constituye una confederación de Estados en sentido estricto, o por lo menos se le aproxima extraordinariamente.

§ 31. Confederación de Estados y Estado federal

A. Extensión de la competencia central

El fin primordial de la confederación de Estados en sentido estricto es la protección en el exterior. En el caso normal (nacimiento de una confederación en virtud de un Tratado internacional) únense varios Estados autónomos — es decir, sometidos hasta entonces únicamente al orden jurídico internacional — para defenderse — esto es, para defender su territorio — contra los ataques de otros Estados y, eventualmente, para atacar directamente a éstos. Esta finalidad de la confederación tradúcese jurídicamente en la atribución de los negocios internacionales y militares a la competencia del orden central, basado en la constitución confederal, válida sobre el territorio de todos los Estados federados. Sin embargo, por regla general, los fines de la confederación sobrepasan estos límites e invaden la esfera de ciertos asuntos de orden interior de los Estados. En este punto, el Estado federal distínguese de la confederación por el grado notablemente mayor de la competencia reservada al orden central. La unidad jurídica, es decir, la extensión de los asuntos respecto de los cuales rigen en el Estado federal normas unitarias sobre todo el territorio, es mucho mayor que en la confederación. Es un hecho característico del Estado federal que todo el Derecho civil, penal y procesal, o gran parte de los mismos, y amplios dominios del Derecho administrativo, son Derecho común, mientras que la confederación posee una esfera de competencia propia relativamente pequeña. También es característico para el Estado federal el hecho de que en su territorio hay unidad monetaria, económica y comercial o, por lo menos, existe una fuerte tendencia en este sentido.

La repartición de competencias puede realizarse enumerándose taxativamente en la constitución las competencias reservadas a la unión, es decir, al orden central, entendiéndose que todas las demás corresponden a los miembros, o a la inversa; pero también es posible que la competencia de la unión se halle delimitada en una cláusula general, de modo que la unión debe cuidar de los intereses comunes a todos los miembros, para lo cual precisa decidir en todo caso cuáles son los negocios que a todos interesan. Generalmente, la constitución federal (en la que la competencia de los órganos centrales tiene una extensión considerable) se sirve del primer método, mientras que la constitución de las confederaciones utiliza más bien el segundo.

Si las definiciones corrientes de los dos tipos de unión de Estados — confederación y Estado federal — implican puntos de vista enteramente diversos, débese a que la competencia de la unión (como orden parcial central frente a la competencia de los Estados miembros de los órdenes parciales locales) está limitada en la confederación a una esfera reducida de competencias, mientras que en el Estado federal existe la tendencia contraria, es decir, a ampliar en todos los sentidos la com-

petencia de la unión. Defínese la confederación desde el punto de vista del fin de la unión, del contenido material jurídico del orden central; mientras que al definir el Estado federal se prescinde deliberadamente del fin, y no se atiende más que a la forma jurídica. Defínese la confederación como una unión de Estados soberanos con el fin de la protección en el exterior y de la realización en común de ciertas finalidades estatales de orden interno; en cambio, el Estado federal se define como un Estado soberano compuesto de varios Estados. No es posible enumerar uno por uno los fines de la federación; mientras que en la confederación, la protección en el exterior constituye su finalidad eminente, su contenido fundamental. La verdad es que con estas definiciones, de orientación tan dispar, no es posible comparar los dos tipos por ellas representados, como pretendía la teoría tradicional.

B. Autonomía constitucional; supremacía de competencia

Según se desprende de las consideraciones de índole general que llevamos hechas sobre la esencia de la descentralización, hay una cuestión importante, aparte de la relativa al reparto de competencias entre el orden central y los órdenes locales: la de saber si este reparto se refiere a todos los grados de la creación de Derecho, o no; con otras palabras: si los órganos centrales y locales están autorizados para regular las materias atribuídas a su competencia por medio de normas, tanto generales como individuales, es decir, si su competencia comprende la legislación y la ejecución, o si únicamente les corresponde, total o parcialmente, una u otra; pero sobre todo, interesa averiguar si poseen o no, y en qué grado, la competencia «constituyente», es decir, la «autonomía constitucional». Por lo que respecta a esto último, el órgano encargado de regular el proceso de creación de este orden, es decir, de la constitución de la unión, es, tanto según la constitución confederal como según la del Estado federal, el órgano legislativo de la unión, el órgano central creador de las normas generales válidas sobre la totalidad del territorio de la confederación. Ese órgano no sólo posee competencia legislativa, sino constituyente. Ello implica la facultad de determinar la esfera de competencia de la unión y, por tanto, — al menos indirectamente — también la de los miembros. Como ya se hizo observar anteriormente, el órgano de la unión — como orden parcial — tiene a su disposición no sólo la constitución de ese orden sino también la constitución total, siendo ésta la razón de que, de ordinario, se las confunda y se suponga que son una y la misma cosa (cfs. pág. 263). Esta idea se traduce en la declaración de la «supremacía de competencia» a favor de la unión, pues desde el momento que el órgano legislativo de la unión puede modificar, ampliar o restringir, por sí y ante sí, los límites de la competencia entre el orden central y los órdenes locales, trazados por la primera constitución de la misma, queda determinada *ipso facto* la competencia de los miembros, a los cuales corresponde únicamente la regulación de aquellos asuntos que

no han sido reservados a la unión. Obsérvese, sin embargo, que la modificación de los límites de competencia trazados por la primera constitución «total» — la que comprende tanto el orden central como los órdenes locales — es también una función del orden totalitario, si esa función es atribuída al órgano que no tenía competencia, en principio, sino para la creación de un orden parcial: el orden central de la unión. La supremacía de competencia corresponde, por tanto, siempre al orden total, jamás a ninguno de los órdenes parciales. Por eso, cuando se habla de que la «unión», pura y simplemente, posee la supremacía de competencia, debe pensarse en la unión como orden totalitario, no como mero «orden central». También — con esta limitación — en el caso de que — como en la confederación — el órgano del orden parcial central autorizado para modificar las competencias se componga únicamente de representantes de los miembros, y de que sus decisiones hayan de ser tomadas por unanimidad, así como en el caso de que esta modificación de las competencias de la unión y de los miembros necesite del asentimiento de una y otros; o incluso en el caso de que esa revisión puedan realizarla por sí mismos ya el órgano legislativo del orden central, ya los órganos legislativos de cada uno de los órdenes locales; pues, en todo caso, el acto de modificación de las competencias es acto del orden total, y el órgano que lo realiza es órgano de la totalidad, aun cuando esté compuesto de hombres (los titulares del órgano) que, en principio, no posean facultad sino para realizar funciones de uno de los órdenes parciales — central o local —. Con esto queda refutada la doctrina, harto extendida, según la cual la supremacía de competencia radica en la unión, en el Estado federal, mientras que en la confederación pertenece a los miembros. Naturalmente, es posible también el caso de que la primera constitución de la unión declare invariables los límites de la competencia. Entonces, todo el problema desaparece.

La competencia constituyente de los miembros, tanto de la confederación como del Estado federal, suele hallarse limitada en el sentido de que la constitución total — cuya revisión o desarrollo corresponde a los órganos legislativos del orden central — contiene determinaciones concretas acerca de la forma de gobierno de los miembros. La constitución de la unión, ya sea monárquica o republicana, estamentaria o constitucional, representativa o de democracia directa, garantiza, es decir, establece como deberes de los miembros ciertos derechos fundamentales de los súbditos. No es raro que las constituciones de los Estados federales contengan una codificación completa de los derechos fundamentales y de libertad, de modo que en las constituciones de los Estados miembros esté de más la «parte dogmática» de las mismas. Incluso es posible que la constitución federal regule, al menos en sus líneas generales, las constituciones de los miembros, de tal modo que, por ejemplo, el órgano legislativo de la unión — autorizado para la revisión de la constitución federal — pueda modificar las constituciones de los miembros, al paso que los órganos legislativos de estos

Estados pueden tener su competencia constituyente circunscrita en el marco de la constitución federal, por lo cual sólo con hartas limitaciones podrían disponer de su « propia » constitución. Por eso, a medida que el Estado federal limita la autonomía constituyente de sus miembros, aproxímase al tipo de un « Estado unitario » dividido en provincias o cuerpos autónomos. Naturalmente, no existe más que una diferencia meramente gradual entre la obligación de atenerse a una determinada forma de gobierno — obligación corriente también en las constituciones confederales — y la regulación de las líneas generales de las constituciones de los miembros, que es un caso que puede presentarse en el Estado federal.

C. La legislación y la ejecución en el Estado federal y en la confederación de Estados

Tanto en la confederación como en el Estado federal, la competencia reservada a la unión se realiza, bien en forma legislativa, es decir, mediante normas generales, bien en forma de ejecución, esto es, mediante normas individuales. En ambos tipos hay leyes de la unión incluso en sentido formal, es decir, con el nombre de « leyes ». Más tarde se hará referencia a una distinción existente entre uno y otro tipo en el ámbito de la legislación. También puede corresponder a la unión, en cualquiera de sus dos formas, el poder de dictar reglamentos. Y lo mismo de las dos formas de la ejecución, administración y jurisdicción, puede disponer la unión en la confederación y en el Estado federal. Sin embargo, la jurisdicción puede faltar plenamente a la unión, cuando los tribunales actúan como órganos de los Estados miembros. En los Estados federales existe generalmente una jurisdicción federal limitada, a decir verdad, a casos muy concretos; y esto se compagina perfectamente con el tipo de la confederación. Aquí suele existir especialmente una jurisdicción para decidir los litigios entre los Estados confederados.

Al repartir las competencias entre la unión y los miembros, no es preciso que el sector de la legislación coincida con el ejecutivo. No es necesario — ni siquiera en el Estado federal — que la unión disponga de la ejecución en todos los dominios sometidos a su competencia legislativa. Es posible que la ejecución de las leyes federales corresponda a la competencia de los miembros; o a la inversa, que la unión sea competente para ejecutar las leyes dictadas por los Estados miembros. Especialmente en el Estado federal, puede darse el caso de que la unión posea la competencia legislativa — en sentido formal — respecto de determinada materia, mientras que de la ejecución no le corresponda sino el derecho de dictar reglamentos.

1. Legislación indirecta. Respecto de las facultades legislativas de la unión, existe una diferencia importante entre la confederación y el Estado federal, desde el momento que las normas generales establecidas por los órganos de la unión no obligan inmediatamente a los súb-

ditos de aquélla, mientras que en el Estado federal ocurre lo contrario. Para que las leyes de la unión tengan fuerza obligatoria para los súbditos, necesitan, en las confederaciones, que sean publicadas como leyes de cada uno de los Estados que la forman. Bien es verdad que los Estados confederados están obligados por la constitución confederal a esa publicación. Algo semejante es posible en el Estado federal cuando — como ocurre frecuentemente respecto de muchas competencias de la unión — a la unión no le corresponde sino la regulación de las bases que han de ser desarrolladas por las leyes de los Estados miembros, de modo que sólo con estas leyes votadas dentro de la competencia reservada a la unión, existen normas obligatorias para los súbditos. Todavía hay otra forma de la legislación mediata en el Estado federal: obsérvese que el reparto de competencias entre la unión y los miembros no se realiza de modo totalmente inequívoco, porque un mismo objeto puede ser juzgado desde distintos puntos de vista (por ejemplo, desde el punto de vista de la legislación penal — reservada a la unión — y desde el de la policía forestal — encomendada a los miembros —). Si, por ejemplo, los negocios extranjeros son reservados a la unión, pero todo lo concerniente a la industria queda entregado a la competencia de los miembros, ¿qué sucede si la unión firma un tratado referente a la industria? En tales casos, los Estados miembros pueden estar obligados a votar todas las leyes y disposiciones necesarias para poner en práctica el tratado celebrado por la unión.

El carácter indirecto de la legislación, característico de la confederación de Estados — porque es la regla general —, no puede deducirse en ningún caso (por más frecuente que sea el hacerlo), de la naturaleza «internacional» de la confederación, relacionándola con la errónea doctrina según la cual el Tratado internacional que le da origen sólo obliga a las personas jurídicas de los Estados, no a las personas físicas de los súbditos, a los hombres. Puesto que sólo los hombres pueden ser obligados, y el contenido de todo deber jurídico no puede ser más que conducta humana, la afirmación anterior no significa otra cosa sino que mediante un Tratado internacional sólo pueden quedar obligados aquellos hombres que realizan, sobre la base de las respectivas constituciones estatales, la función de órganos legislativos o de órganos superiores de la ejecución; de modo que si en el Tratado internacional se tiene cuenta de una determinada conducta de los súbditos, ese tratado no puede tener otro sentido que el de establecer que los deberes jurídicos en cuestión sean estatuídos por normas que estos órganos están obligados a crear. Ésta es la teoría llamada de la «transformación», según la cual el contenido del tratado necesita transformarse en fuente de Derecho según la legislación de los Estados componentes de la unión, para alcanzar, de ese modo, efectos jurídicos «en el interior». El Tratado internacional puede tener este sentido; no es necesario, empero, que lo tenga. Es muy posible que los Estados celebren un Tratado internacional cuyo sentido sea el de obligar directamente a los súbditos.

A priori, nada se opone a esto ni por parte del Derecho internacional ni por parte del orden jurídico interno. De ese modo, hay también constituciones que establecen como fuentes de Derecho obligatorio para los súbditos los Tratados internacionales, de la misma manera que las leyes. Por eso carece de todo fundamento la hipótesis de que dos o más Estados no serían capaces de crear, mediante un Tratado internacional, un órgano competente para establecer normas generales con fuerza directa de obligar a los súbditos. Las constituciones de los Estados federales nacidas en virtud de un tratado internacional prueban justamente lo contrario. No es cierto que la legislación directa de la unión sólo sea posible cuando ésta sea un « Estado », un Estado federal y no una mera confederación, sino que si la constitución — cualquiera que sea su origen — permite una legislación inmediata de la unión, dase a ésta el nombre de « Estado » y al conjunto el de « Estado federal », o bien se reconoce en ese punto uno de los momentos que distinguen la federación de la confederación; de Estados. Por lo demás, urge advertir que la distinción — en la que tanto insiste la teoría — entre el carácter indirecto de la legislación confederal y el carácter inmediato de la misma en los Estados federales, no se refiere sino a una fase subalterna del proceso legislativo: a la publicación. Ésta — y sólo ella — hállase descentralizada en las confederaciones, mientras que en el Estado federal es realizada por órganos centrales. Sin embargo, esta publicación no es negocio que quede al libre arbitrio de los Estados integrantes de la confederación, sino que es uno de los deberes impuestos por su constitución. La falta de publicación — y, por tanto, la ausencia de obligatoriedad de la norma para los súbditos — implicaría una violación de la constitución confederal. Y a esta violación van enlazadas, en principio, consecuencias jurídicas, del mismo modo que a la no publicación de las leyes votadas por el parlamento de un Estado unitario — ya que sin ese requisito no hay obligatoriedad de las normas para los súbditos.

2. Ejecución mediata; consideración especial de la « ejecución confederal ». No sólo la creación de normas generales por los órganos de la unión, sino también el establecimiento de normas individuales puede tener carácter meramente indirecto. Es posible que, tanto los actos administrativos como las sentencias judiciales establecidas por los órganos de la unión con validez sobre todo el territorio, requieran — para poder obligar a los súbditos — un acto intermedio cuya realización corresponda a los órganos de aquellos Estados cuyos súbditos hayan de ser obligados, o contra los cuales haya de dirigirse el acto de coacción. Sin embargo, en la confederación no son imposibles en manera alguna los actos de ejecución con eficacia jurídica directa para los súbditos, y en el Estado federal no son raros los actos de ejecución indirecta de la unión. Por lo que respecta a la administración, más bien que a la jurisdicción propiamente dicha, es lo más corriente que en el Estado federal no correspondan a la unión sino los actos de

ejecución indirecta; pues para la realización de sus fines ejecutivos ha de servirse de los órganos de los Estados miembros — ya de la totalidad de su competencia o sólo de una parte de la misma —, a los cuales corresponde realizar, dentro de su órbita de competencia delegada, los actos de ejecución confederal, especialmente los actos de coacción dirigidos contra los súbditos en particular. Sobre esto habrá todavía ocasión de insistir. De todo ello resulta que la afirmación, tan generalizada, de que el poder de la unión en la confederación — a diferencia del Estado federal — se ejerce tan sólo sobre los miembros de la misma, es decir, sobre los Estados, es una regla que tiene abundantes excepciones.

Este principio aplícase, sobre todo, a la llamada «ejecución confederal», esto es, los actos coactivos que debe realizar la unión (tanto en la confederación como en el Estado federal) en el caso de violación del orden de la misma (ya se trate de la constitución o de simples leyes ordinarias); entonces es cuando el «poder federal» se manifiesta exteriormente de modo inequívoco. Sin embargo, en sentido estricto y propio, no se entiende como «ejecución confederal» aquellos actos coactivos que se realizan por los órganos directos o indirectos de la unión contra aquellos hombres que han infringido ciertas normas de la misma, directamente obligatorias para los súbditos. Así, por ejemplo, el caso de que un tribunal federal condene a un individuo a una determinada prestación, procediéndose al embargo, ya sea por medio de órganos directos de la unión, o por órganos de los Estados miembros encargados por aquéllos de esta función. Tampoco se habla de «ejecución confederal» en este sentido específico cuando los órganos de la unión castigan, utilizando el procedimiento judicial o el meramente administrativo, a aquellos órganos de los Estados miembros que han incumplido los deberes que su constitución les imponía con respecto a la unión, o cuando dirigen contra ellos un acto individual de coacción; lo cual ocurre principalmente en el Estado federal, pero no es incompatible en modo alguno con la esencia de la confederación. Lo que la teoría conoce propiamente como «ejecución confederal» es un acto coactivo de la unión que se dirige contra alguno de los Estados integrantes de la misma en su calidad de tal Estado, y se realiza en el caso de que el mismo incumpla alguno de los deberes que le impone la constitución de la unión o alguna de las leyes de la misma, dictadas sobre la base de dicha constitución. Según esta teoría, tanto la constitución de la confederación como la del Estado federal contienen determinaciones que hablan expresamente de esa ejecución que debe dirigirse contra los Estados miembros en calidad de tales. Ahora bien, hemos de demostrar más adelante (cfs. pág. 324) que es imposible una ejecución contra un Estado como persona jurídica. El Estado no puede ser más que sujeto, jamás puede ser objeto de un acto de coacción. Con esto no quiere decirse que las prescripciones constitucionales relativas a la ejecución confederal carezcan de todo contenido jurídicamente relevante. Ahora bien, el hecho que constituye el contenido de dichas prescripciones es falsamente interpretado en esas normas

constitucionales. Como ocurre a menudo, el legislador se sirve de una teoría jurídica inexacta. ¿Cuál es, pues, la verdad del hecho, y cuál es su recta interpretación?

Cuando se habla de deberes impuestos a los Estados miembros por la constitución de la unión o por las leyes dictadas en cumplimiento de la misma, quiere decirse — como ya se hizo observar — que las normas del orden de la unión establecen como debida la conducta de aquellos hombres que señalan las constituciones de los Estados miembros de los que son órganos. Sólo la conducta humana puede ser contenido de un deber. Obligar a un Estado a una determinada conducta, no significa sino obligar a un hombre a realizar esa conducta en calidad de órgano de un Estado, a cuya constitución corresponde determinar en concreto quién ha de ser ese hombre. El que una norma obligue a un Estado a una determinada conducta, significa lo siguiente: tal conducta es obligatoria; ahora bien, determinar quién o quiénes son los hombres que han de realizarla, es cosa que se delega en la constitución de aquel Estado cuya conducta es contenido del deber. Puede darse el caso de que el deber quede incumplido. Entonces, la reacción jurídica puede ser doble. O bien se trata de un acto de coacción contra el hombre que incumple su deber jurídico, o bien dicho acto no se dirige en concreto contra nadie, sino que queda al arbitrio del órgano encargado de la ejecución el determinar no sólo la especie de coacción, sino contra quién ha de dirigirse. Pero esta determinación: « contra el Estado que incumple su deber », tiene unos límites tan elásticos, que todos los súbditos del mismo podrían ser comprendidos en ella, si no hubiese otras fuentes de Derecho positivo que marcasen en concreto las limitaciones. Los actos coactivos que, según el texto de casi todas las constituciones, constituyen la ejecución confederal, se realizan por medio de la fuerza armada de la unión, por lo cual tienen el carácter de acción militar, y son los siguientes: ocupación del territorio del Estado rebelde, es decir, alojamiento coactivo de tropas en las casas particulares; requisición de alimentos a los propietarios; ocupación de los edificios oficiales; destitución de los órganos estatales; detención de los que oponen resistencia y, eventualmente, en caso de resistencia armada, posibilidad de fusilar a los rebeldes. La finalidad de estos actos de coacción es la provocación de la conducta debida. Obsérvese que una acción semejante puede y tiene que afectar a muchos hombres, y que el incumplimiento del deber por parte del Estado no lleva aparejada ninguna «culpa»; por lo cual, la ejecución confederal significa, lo mismo que la guerra, la sustitución de la responsabilidad individual por la responsabilidad colectiva, y de la responsabilidad por culpa por la « responsabilidad restitutoria ». Esto ofrece graves dificultades cuando no existen normas limitativas del ejercicio de la ejecución confederal; tanto más si — con la doctrina dominante — no quiere verse en dicha ejecución una guerra en el sentido del Derecho internacional; y si, por tanto, es dudoso que puedan aplicarse al caso en cuestión las normas internacionales limitativas de los usos y prácticas bélicas.

Cuando la doctrina dominante se niega a reconocer el carácter bélico de la ejecución confederal que los órganos de la unión habrán de realizar en ciertos casos, con arreglo a las prescripciones de la constitución (únicamente en el caso de que ésta nada dispusiese a este efecto podría la unión, en la confederación de Estados, declarar la guerra al Estado miembro que se negase al cumplimiento de sus deberes confederales), olvídase de que también dentro de la comunidad jurídica internacional propiamente dicha la guerra no es sino la reacción contra una violación jurídica, la ejecución del Derecho internacional, el acto coactivo determinado por el orden jurídico interestatal. Ciertamente, hay una diferencia entre la guerra llevada a cabo dentro de la comunidad jurídica internacional y la ejecución confederal realizada en la confederación y en los Estados federales: la resistencia contra la ejecución confederal llevada a cabo dentro de las prescripciones constitucionales, no es acto jurídico o estatal, no es « guerra » en sentido jurídico, sino acto ilegal, « revolución ». Esto es así tanto en el Estado federal como en la confederación de Estados. Únicamente desde el punto de vista del orden jurídico del Estado rebelde, sería lícito ver en la resistencia una guerra, es decir, un acto estatal jurídico, como si los órganos de aquel orden realizasen, al resistir, los actos de coacción constitutivos de la resistencia, haciendo caso omiso de la constitución de la unión; es decir, la resistencia contra la ejecución federal no puede interpretarse como guerra, sino negando la constitución de la unión. Si el Derecho internacional considera como guerra tanto el acto de coacción de un Estado contra otro, como la reacción de éste contra el primero, débese a que en ese Derecho falta una instancia objetiva que decida cuál de los dos Estados litigantes ha realizado la antijuridicidad (cfs. págs. 163 y ss.). Pero cuando la constitución de la unión confía a un órgano de la misma la ejecución confederal, ha delegado, de hecho, en la unión — y no en ninguno de sus miembros integrantes — la decisión inapelable acerca de si ha habido o no infracción o incumplimiento de los deberes impuestos a los Estados federados.

Tanto la constitución de las confederaciones como las de los Estados federales pueden renunciar a estatuir una ejecución confederal específica; pero los motivos son diferentes en cada caso. La ejecución confederal es superflua en los Estados federales si los órganos designados por las constituciones de los Estados miembros para el cumplimiento de los deberes de la unión son personalmente responsables en virtud de la constitución federal, y si en el caso de incumplimiento culposo de dichos deberes, el acto de coacción dirígese contra esos órganos y sólo contra ellos. En ese caso, corresponde al tribunal decidir si ha habido o no infracción del deber; de modo que entonces la realización del acto coactivo no es sino la ejecución de una sentencia judicial. A esto se añaden otras medidas que hacen superflua esa institución, tan primitiva desde el punto de vista de la técnica jurídica. Así, por ejemplo, debe citarse la casación por un tribunal

federal de los actos contrarios a la constitución realizados por los Estados miembros, especialmente de las leyes y reglamentos que tengan vicio de inconstitucionalidad; la devolución de la competencia de los Estados miembros a la federación en el caso de incumplimiento de actos jurídicos a cuya realización hallábanse obligados aquéllos, etc.

3. Territorio y pueblo (ciudadanía). Partiendo del supuesto de que, para una teoría de la confederación de Estados, es esencial el principio de que el poder confederal no puede ejercerse sino sobre los Estados mismos en calidad de tales, dedúcese todavía una serie de propiedades esenciales de este tipo de unión interestatal. Según esa teoría, como quiera que el poder confederal no se ejerce propiamente sobre hombres (no siendo, por tanto, un poder «estatal» en sentido estricto), la confederación carece de territorio y pueblo propios, no habiendo más que el pueblo y el territorio de cada uno de los Estados que la componen.

En cambio, el Estado federal tendría un territorio y un pueblo propios, desde el momento que posee un específico «poder estatal» directamente ejercido sobre los hombres. Por tanto, en el Estado federal, cada parte del territorio (como cada ciudadano) es objeto de doble cualificación: como territorio o como ciudadano del Estado miembro; y como ciudadano, o como territorio parcial de la federación. Es inexacto decir que el poder de la confederación carece del carácter estatal porque no se ejerce sobre hombres, sino sobre Estados, pues dicho poder — que no es sino la validez del orden de la unión — ejércese contra hombres, cuya única particularidad es la de que su determinación corresponde a las constituciones de los miembros, prescindiendo de la posibilidad ya mencionada de que el orden confederal se refiera directamente a los súbditos, si el caso está previsto por la constitución. Sin embargo, aun en el caso de que toda creación normativa no se ejerza por los órganos de la unión sino de modo indirecto, por así disponerlo la constitución, existe una unidad del territorio confederal, un territorio distinto del de los Estados componentes, que no es la mera suma de esos territorios parciales, y que representa el ámbito espacial de vigencia de la constitución total de la unión y del orden central de la misma, como orden parcial integrante de aquélla. Del mismo modo, cuando las normas de este orden necesitan de un acto intermedio de los órganos de los Estados miembros para adquirir fuerza de obligar a los súbditos, el ámbito espacial de vigencia de las mismas es la totalidad del territorio de la unión, pues su validez es anterior a dicho acto; y aun cuando por mediación de éste se amplíe el ámbito «personal» de su vigencia, el ámbito espacial tiene que extenderse sobre todo el territorio, puesto que de otro modo no podrían obligar a los órganos de todos los Estados miembros; y téngase en cuenta que el concepto de «territorio estatal» no tiene otra significación que la de «ámbito espacial de validez de normas». En consecuencia, en la confederación puede y debe hablarse

de un territorio de la unión en el mismo sentido que en el Estado federal: como cosa distinta del territorio de cada uno de los Estados componentes de la unión; y, de hecho, ya se hace así. Por regla general, tanto en la confederación como en el Estado federal requiérese el consentimiento de la unión para introducir modificaciones en el territorio de la misma, que impliquen al mismo tiempo modificaciones del territorio de uno de los miembros — adquisiciones o pérdidas territoriales de un Estado miembro en contra o a favor de un Estado que no forma parte de la unión —. En cambio, la confederación no suele intervenir en las alteraciones territoriales ocurridas en el seno de la misma; es posible que la unión no intervenga tampoco, en el Estado federal, en tales casos. Finalmente, las modificaciones del territorio de la unión por readmisión de un miembro de la misma, requieren necesariamente en ambos tipos de uniones de Estados la intervención de la unión.

Si se considera la ciudadanía como una institución jurídica determinada, cuya significación no es otra que la de constituir el supuesto de ciertos derechos y deberes (por ejemplo: sólo los ciudadanos gozan del ejercicio de derechos políticos, del derecho de residencia, del de protección diplomática, así como sólo ellos están obligados al servicio militar), es rigurosamente exacto que, en la confederación, el orden parcial de la unión no contiene la institución de la ciudadanía, mientras que en los Estados federales existe una específica ciudadanía federal. La confederación no la necesita, porque no existen en ella los derechos políticos de los súbditos — que son precisamente la razón de ser de la ciudadanía —. Por regla general, el nombramiento de los órganos de la unión — que es lo que podría constituir el contenido de los derechos políticos — no se verifica en las confederaciones mediante un acto de creación de los súbditos, como todavía habrá ocasión de mostrar más al detalle. Ahora bien, la diferencia que de aquí deriva entre la confederación y el Estado federal no puede interpretarse, como corrientemente ocurre, en el sentido de ligar la falta de una ciudadanía específica de la unión a la supuesta ausencia del carácter estatal de la misma; pues, como ya se probó anteriormente (cfs. págs. 208 y ss.)., la ciudadanía está lejos de ser una institución esencial del Estado.

Entre las dos ciudadanías existentes en el Estado federal — la de la unión y la del Estado miembro — tiene que haber necesariamente una cierta conexión. Sería posible que la adquisición y la pérdida de las mismas estuviesen reguladas con entera independencia una de otra, de modo que el ciudadano de un Estado miembro no tuviese que serlo también de la unión, y viceversa. Pero la regla general es la existencia de alguna conexión entre ellas; de ordinario, la adquisición de ciudadanía en un Estado miembro tiene por consecuencia la adquisición de la ciudadanía federal.

Mas también podría darse, en teoría, el caso contrario, aun cuando hasta ahora no exista apenas en el Derecho positivo. Pero, de hecho, existió en muchos Estados federales la posibilidad — excepcional, cier-

tamente — de adquirir o perder la ciudadanía federal sin adquirirla o perderla al mismo tiempo en un Estado miembro; la posibilidad, por tanto, de ser ciudadano de la federación sin serlo de ninguno de los Estados componentes de la misma.

4. Hacienda, Ejército y Negocios extranjeros. Si la confederación no puede obligar directamente a sus súbditos por medio de sus leyes y, sobre todo, si sus órganos directos no pueden realizar — salvo en casos excepcionales — actos coactivos contra los súbditos, parece evidente que los ingresos necesarios para cubrir los gastos confederales no pueden exigirse directamente a los súbditos sobre la base de las leyes tributarias de la unión, ya que éstas no tienen fuerza de obligar a aquéllos sino después de publicadas como leyes de los Estados componentes, ni pueden ponerse en práctica sino por órganos de estos Estados. Por eso las necesidades financieras de la unión se cubren mediante las cuotas contributivas, es decir, las sumas que los gobiernos de los Estados, en proporción a su capacidad económico-financiera, vienen obligados a entregar; esta cantidad puede estar fijada de antemano en la constitución; o bien ésta puede indicar solamente el procedimiento con arreglo al cual deberán repartirse los impuestos en cada caso concreto, o durante ciertos períodos de tiempo. Queda al arbitrio de la legislación de cada Estado el determinar la manera de arbitrarse los recursos necesarios que habrá de exigir a sus ciudadanos. Ésta es la forma típica en la que la confederación regula esta materia. El Estado federal ofrece condiciones técnicas mucho más favorables para la reclamación financiera directa de la unión a los súbditos: leyes tributarias directas y órganos federales propios para la recaudación. En este caso, precisa que las fuentes de ingresos estén proporcionalmente repartidas entre la federación y los miembros. Por lo demás, en el Estado federal no es tampoco imposible el sistema de cuotas. Y muchas veces existe una especie de inversión del sistema: los Estados miembros reciben aportaciones de la federación, si los recursos propios de que disponen son insuficientes para cubrir sus gastos.

De modo semejante se distingue la organización militar de la confederación de la del Estado federal. Éste dispone de un ejército propio, regulado por una ley de la unión, la cual establece el deber del servicio militar de los ciudadanos, ya con carácter general, ya en virtud de un contrato; de ese modo, los Estados miembros carecen de ejército, porque no tienen competencia alguna en los asuntos militares, aun cuando se les puede permitir poseer un ejército con limitado número de individuos, y sólo para la defensa del orden en el interior. En cambio, en la confederación, sólo los Estados componentes de la misma poseen ejército, estando obligados a poner a disposición de la unión, en caso de guerra, un cierto contingente establecido en la constitución. Únicamente el mando supremo es función que corresponde directamente a la unión; las determinaciones acerca del nombramiento de generalísimo están contenidas en la constitución confederal. Sin em-

bargo, también hay Estados federales con el mismo sistema de contingentes militares, o algo parecido a él. En la práctica, las diferencias pueden consistir en que un Estado miembro tenga que poner a disposición de la unión todo su ejército y no sólo una parte del mismo, de modo que toda la competencia en asuntos militares corresponde a aquélla.

Este asunto va íntimamente ligado a la regulación de las competencias en el dominio de la política internacional. Es propio del Estado federal el que todo lo relativo a la política exterior sea de la competencia exclusiva de la federación, de modo que es imposible que un Estado miembro declare la guerra por sí y ante sí a un Estado no integrante de la unión. En cambio, en la confederación, la competencia en el dominio de la política internacional va unida a la amplia competencia de los Estados componentes y, generalmente, se limita a los fines de la confederación. No está permitida la guerra entre los Estados de la unión; puede estarlo entre un miembro de la misma y un Estado extranjero, aun cuando esto exige algunas limitaciones. La representación diplomática activa y pasiva corresponde por igual a la unión y a sus integrantes. Peró también en los Estados federales conservan los miembros algún resto de esa competencia, por ejemplo, el derecho de legación y el de celebrar tratados con otros Estados acerca de las materias no reservadas a la unión.

D. Órganos y métodos de la creación normativa

El grado más amplio de descentralización — en virtud de lo cual distínguese la confederación del Estado federal — hállase representado por el hecho de que, en las confederaciones de Estados, el establecimiento de normas no implica una validez inmediata para los súbditos; a lo cual se unen otras características, más o menos íntimamente ligadas con la primera. Pero la diferenciación de ambos tipos se manifiesta también en el nombramiento y composición de los órganos encargados de la creación normativa, y en los métodos seguidos en esta creación.

1. Los órganos legislativos. En la confederación, el órgano legislativo de la unión es, por lo general, un *collegium* formado por representantes de los Estados componentes de la misma, es decir, por hombres cuya determinación corresponde a los órdenes jurídicos de esos Estados. Puede ocurrir que un mismo titular ejerza una función como miembro del órgano legislativo de la unión y, además, tenga vinculado en su persona el ejercicio de una función como órgano de alguno de los Estados federales; así, por ejemplo, un ministro de uno de estos Estados puede formar parte del parlamento central. Pero lo característico de las confederaciones es que estos órganos incompletos de la unión no son directamente designados por el pueblo del Estado al que pertenecen, sino mediante nombramiento del Jefe del Estado o del Gobierno y, eventualmente, por elección del parlamento (en las

constituciones democrático-republicanas de los Estados); en todo caso, se requiere un acto especial de creación que no es realizado por el pueblo. Cuando a este órgano incompleto de la corporación encargada de la tarea legislativa de la unión se le considera como «representante» de aquel Estado cuyo orden designa el titular del órgano en cuestión, quiere darse a entender únicamente la probabilidad de que ese órgano cooperará a la función que le está encomendada tratando de defender los intereses de la mayoría parlamentaria que le dió su voto, o del gobierno que le otorgó el nombramiento. Se trata, pues, fundamentalmente, de un hecho extrajurídico. Sin embargo, las mismas constituciones de los Estados pueden regular esta dependencia del órgano creado respecto del órgano creador, ligándolo, por ejemplo, a las instrucciones recibidas, o estableciendo la posibilidad de revocación de su mandato, etc. La constitución de la unión no sería un obstáculo para ello. En este sentido, puede hablarse de la influencia ejercida por los Estados federados en la formación de la voluntad confederal.

Todos los Estados tienen, al menos en principio, dentro del órgano legislativo de la unión, la misma influencia en la formación de aquella voluntad, puesto que o todos los Estados envían igual número de representantes, o todos ellos tienen igual número de votos, prescindiendo del número de representantes enviados. Esta igualdad responde a la idea de los Estados coordinados en el seno de la comunidad jurídica internacional. Por lo demás, nada se opone a que la constitución de la unión — cualquiera que sea su origen — establezca diferenciaciones, según determinados puntos de vista, en el grado de influencia que cada Estado podrá poseer en la formación de la voluntad confederal. De hecho, la realidad nos muestra tales limitaciones del principio de igualdad a favor de los grandes Estados, los más poderosos políticamente, exigiéndose, por ejemplo, la unanimidad para poder adoptar ciertas resoluciones, mientras que para otros casos se establece una desigualdad en el número de votos poseídos por cada Estado, en proporción más o menos exacta a su magnitud e importancia.

Las resoluciones del órgano legislativo de la confederación deben adoptarse por unanimidad únicamente cuando se trata de revisar la constitución de la unión o de legislar sobre ciertos negocios particulares, que afecten de modo particular a los intereses de los Estados confederados. En lo demás, impera el principio mayoritario. Pero tampoco es imposible que la reforma constitucional se lleve a cabo por simple acuerdo de la mayoría, si bien ésta suele requerir un *quorum* especial, por ejemplo, de dos tercios o tres cuartos. Esto supone ya una aproximación al tipo del Estado federal. Si se unen desigualmente la representación de los miembros y el principio de mayorías, existe la posibilidad de que uno de los Estados confederados, sea por sí solo, o con el apoyo de una minoría de otro, cree una mayoría en la formación de voluntad confederal. Córrese entonces el peligro de que la unión pierda su carácter «paritario» — al menos en sentido material — y desaparezca así una de las características más acusadas del tipo confederal.

El Estado federal ofrece particularidades de organización técnica (por lo que respecta al establecimiento de normas centrales) que le separan notablemente del tipo de la confederación. El órgano legislativo consta de dos órganos parciales, de los cuales el uno está formado de manera enteramente análoga a la del órgano legislativo confederal, recibiendo el nombre de « Cámara » de los Estados o « Cámara de los países », puesto que está constituído por las representaciones de los Estados miembros, mientras que el otro es elegido por el sufragio directo del pueblo, a la manera del parlamento en los Estados unitarios; por eso recibe el nombre de « Cámara popular ». Los acuerdos se toman exclusivamente por mayoría, y — supuesto que los mandatos hállanse repartidos proporcionalmente por todo el territorio federal — la influencia del « pueblo » (es decir, de los electores) de cada Estado miembro corresponde, en la composición de la Cámara, al número de población, y los intereses individuales de los miembros reléganse a segundo plano en la formación de voluntad federal — en la cámara popular —. Pero también la composición de la Cámara de los Estados muestra, en el Estado federal, una tendencia más potente que en la confederación a tener en cuenta las diferencias de magnitud de los miembros. Las constituciones de algunos Estados federales, en particular las de aquellos que fueron en un principio confederaciones, se atienen estrictamente al principio de la representación igualitaria. Pero en los Estados nuevos se ha impuesto el principio de que la cámara de los países responda en su composición a la idea de proporcionalidad, repartiéndose los mandatos entre los distintos Estados miembros según el número de su población. Si este principio se llevase a sus últimas consecuencias, la distinción entre la cámara popular y la cámara de los países consistiría únicamente en que los miembros de la primera serían elegidos directamente por el pueblo, mientras que los de la segunda serían elegidos por los parlamentos locales, o designados directamente por los gobiernos, con lo cual perderíase por completo el sentido prístino de dicha cámara. También dentro de ella impera absolutamente el principio mayoritario. Puede no existir la posibilidad jurídica de vincular la actividad de los miembros de la cámara de los países a la voluntad de los órganos de los Estados miembros que los designaron, especialmente si esos órganos fueron los parlamentos locales. A su vez, puede acentuarse la diferencia con la confederación, si la cámara de los países no se halla en el proceso legislativo en un plano de igualdad con respecto a la cámara popular, no siendo necesario — como ocurría en los antiguos Estados — que las leyes federales requieran para su definitiva validez la ratificación de la alta Cámara, sino que ésta no tiene más que un derecho de veto suspensivo contra las resoluciones adoptadas por la primera o, más bien, sólo contra ciertas de estas resoluciones; un derecho, por lo demás, que pierde su eficacia desde el momento que la Cámara popular puede ratificar su anterior acuerdo, ya por simple mayoría o mediante un *quorum* especial.

En el Estado federal — lo mismo que en la confederación — la reforma constitucional reviste un interés excepcional para los miembros del mismo, ya que su misma existencia puede ponerse en peligro mediante una revisión de la ley fundamental que altere las competencias, tal como actualmente se hallan delimitadas unas de otras; y ya sabemos que, en las federaciones, la «supremacía de competencia» corresponde exclusivamente a la unión. Sin embargo, es corriente en los Estados federales que la reforma de la constitución siga los trámites de la legislación federal. A veces, una simple ley ordinaria basta para efectuar la reforma constitucional.

Pero, por regla general, se imponen limitaciones esenciales al poder constituyente de la unión. Aquí podemos prescindir de los requisitos generales de toda reforma constitucional, que se dan en todos los Estados, incluso los unitarios, y que, en todo caso, se basan en consideraciones oportunistas (cfs. pág. 330). Aquí interesan esencialmente sólo aquellas instituciones en las que se traduce el peculiar influjo de los miembros sobre la revisión de la constitución federal. Mientras que — según ya hicimos notar — en la confederación la unanimidad requerida para la reforma constitucional implica el asentimiento de todos los Estados confederados (esto es, de sus representantes en el órgano legislativo de la unión), esta influencia hállase mucho más limitada en el Estado federal, consistiendo únicamente en el papel más relevante que juega la cámara de los países, la cual sólo con ciertas restricciones puede otorgar su asentimiento a la reforma. Aun cuando, en general, dicha Cámara no tiene sino un derecho de veto suspensivo, se le puede conceder el derecho de asentir o no a las reformas constitucionales, incluso a aquellas que sólo afectan a su propia situación jurídica y política. Sin embargo, por regla general, no está admitida la participación directa de los Estados miembros en el procedimiento de reforma de la constitución federal. Sólo si la constitución de la unión o algunos tratados especiales celebrados con motivo de la fundación de la misma conceden a alguno de los Estados confederados ciertos derechos peculiares que difieren de la forma general de organización, puede requerirse el asentimiento de los Estados titulares de esa situación de privilegio para una reforma constitucional que tendiese a la supresión o modificación de aquélla.

Resumiendo cuanto llevamos dicho acerca de la organización y métodos de creación de voluntad política en los Estados federales, resulta que, en éstos, la voluntad de la unión — traducida en la legislación federal — puede estar en contradicción con los intereses de los miembros (o, mejor, con los intereses representados por la mayoría parlamentaria o los gobiernos de esos Estados) con más facilidad y en más amplia medida que en el Estado federal; pues, en la confederación, los intereses de los miembros (en el sentido antes indicado) influyen de modo más intensivo en la formación de la voluntad de la misma que en el Estado federal. Precisamente este momento juega un papel esencial en la diferenciación de ambos tipos. Insistimos también en

señalar el hecho de que en el caso que la representación de los miembros en la Cámara de los Estados no responda, en esencia, al principio de igualdad, uno solo de los Estados puede influir de modo decisivo en la formación de voluntad federal; de manera que, bajo la forma jurídica de la federación, puede ocultarse una verdadera hegemonía de un Estado sobre los demás.

2. **Los órganos ejecutivos.** En las confederaciones, el sistema de los órganos ejecutivos propios de la unión hállase poco desarrollado. El órgano legislativo de las mismas es, al mismo tiempo, el órgano supremo de la ejecución; en algunos casos se elige una comisión reducida que actúa como órgano colegiado, ejecutivo.

También en algunos casos, y siempre con misiones especializadas, establécense órganos ejecutivos confederales; así, por ejemplo, un generalísimo para los casos de guerra, tribunales para decidir los litigios entre los Estados miembros, etc. Por lo demás, la ejecución de leyes confederales corre a cargo de órganos de los miembros, por regla general en última instancia. No existen autoridades centrales administrativas de la unión, ni un ministerio confederal al cual estuviesen sometidos los órganos de los Estados y en el cual se agotase el procedimiento administrativo. En cambio, en los Estados federales existen, aparte de los órganos legislativos y perfectamente diferenciados de los mismos, los órganos ejecutivos de la unión. Existe en ellos una administración central y un gobierno análogo al de los Estados unitarios, sobre el cual puede haber o no un jefe de Estado propio (Presidente federal). A su vez, los miembros pueden tener, aun cuando no necesariamente, su propio jefe de Estado (cfs. págs. 390 y ss.). El gobierno central de la unión puede estar organizado con arreglo al sistema colegial o al ministerial. En el último caso, a la cabeza de cada rama de la administración sobre la cual tenga competencia la federación, hay ministros responsables ante el parlamento federal. Aparte de las autoridades centrales, puede también poseer la unión autoridades locales propias, cuyo ámbito territorial de competencia puede coincidir con el territorio de los miembros, pero cuyo carácter respecto de la ejecución de la unión, es el de provincias administrativas. Éstas, a su vez, pueden hallarse divididas en comarcas administrativas, regidas por órganos federales inferiores. De ese modo, junto al aparato administrativo de los miembros, existe el de la unión. Sin embargo, éste puede hallarse limitado a las autoridades centrales, corriendo a cargo de los órganos administrativos de los miembros — en calidad de delegados de la unión — la dirección de las instancias inferiores de la administración local. En este caso puede hablarse de una administración federal mediata o indirecta, a diferencia de la administración directa del primer caso.

Sin embargo, trátase en todo momento de actos de administración federal y no de la administración de los países o miembros, como lo demuestra el que la vía gubernativa llega en estos asuntos hasta las

autoridades centrales de la unión; las cuales poseen, además, respecto de los órganos locales encargados de la administración federal indirecta, un derecho de inspección que puede extenderse hasta la destitución del órgano y la invalidación del acto ilegal cometido por el mismo. La razón de que los órganos que funcionan en las instancias intermedias e inferiores sean considerados como órganos federales «indirectos», radica en que los respectivos titulares son al mismo tiempo órganos de los miembros y, en cuanto tales, son establecidos por las normas del orden de los Estados miembros y no son nombrados por las autoridades centrales ni elegidos por el pueblo de la unión o alguna parte del mismo. El derecho de inspección puede corresponder también al gobierno federal, únicamente respecto de los órganos supremos de la administración de los miembros — por ejemplo, los gobiernos —, o incluso sólo respecto de un miembro del gobierno responsable ante la unión de la administración federal indirecta, de modo que no sea posible una intervención directa del gobierno federal sobre los órganos inferiores a los gobiernos de los países, sino que sus intervenciones tienen que ceñirse a estos gobiernos o a los órganos responsables de los mismos ante la administración central. Para hacer efectiva la situación de dependencia del aparato administrativo de los Estados miembros respecto del gobierno central en la administración federal indirecta, precisa partir del principio de que los órganos de la misma son responsables ante el gobierno central de la regularidad de su administración. Cabe combinar los sistemas de administración federal directa (llevada a cabo por órganos centrales propios) e indirecta, adoptándolos por separado en las distintas partes de la competencia central. El interés de los Estados miembros habla más bien a favor del sistema de administración federal indirecta; el de la unión, por el contrario, exige el sistema opuesto.

La constitución del Estado federal puede atribuir la jurisdicción a la competencia de los órganos ejecutivos de la unión: bien toda la jurisdicción civil y penal, bien sólo alguna de éstas, o bien parte de una y otra. Dicha jurisdicción puede limitarse también a la instancia superior cuando el procedimiento de los tribunales locales desemboca en un tribunal supremo federal. También es posible que exista un tribunal administrativo central que ejerza el control jurídico, no sólo sobre la administración de la unión, sino también sobre la de los miembros. Pero esto ya es un grado de centralización que casi sobrepasa los límites del tipo del Estado federal; sobre todo, si el tribunal administrativo central posee competencia no sólo para casar, sino incluso para reformar los actos administrativos irregulares, ya procedan de las autoridades de la unión o de los miembros.

En la confederación de Estados, la competencia legislativa de la unión es mucho más amplia que su competencia ejecutiva. En el Estado federal, en principio al menos, ambos sectores coinciden, de manera que la ejecución de la unión es la ejecución de las leyes federales; sin embargo, puede ocurrir también que la competencia legisla-

tiva de la unión sea más amplia que su competencia ejecutiva, de modo que los Estados miembros podrían ejecutar las leyes federales en uso de su competencia autónoma; por tanto, sin realizar con ello un acto federal indirecto. Supuesto que se trate siempre de administración, en tales asuntos no existe ni el derecho de inspección de las autoridades centrales de la unión, ni una vía gubernativa o judicial hacia ellas. Entonces se presenta el problema técnico de garantizar la legalidad de dicha ejecución, desde el punto de vista de las leyes federales: problema cuya solución es más que dificultosa. Un medio de conseguirlo consiste en la creación de un tribunal administrativo central. Si en la composición de dicho tribunal se concede cierta influencia a los Estados miembros, puede evitarse la objeción de centralismo. También es posible el caso inverso, esto es, que corresponda a la competencia de la unión la ejecución de ciertas materias cuya regulación legal corresponde a la competencia de los miembros; entonces la unión tendría que ejecutar las leyes de los Estados componentes de la misma.

E. Relaciones entre el Derecho de la unión y el de los miembros. («El Derecho del Reich prevalece sobre el de los países»; derecho de anulación)

Para estudiar las relaciones entre el Derecho de la unión y el de los Estados integrantes de la misma, ofrece peculiar interés el caso de un acto antijurídico de la unión, es decir, de un acto que lesiona directa o indirectamente el Derecho de los miembros. El caso típico de esto lo tenemos en la ley de la unión que sobrepasa la esfera de su propia competencia. Mientras que para el Estado federal se afirma el principio de que el Derecho de la unión prevalece incondicionadamente sobre el Derecho de los países — *Reichsrecht bricht Landrecht* —, se acepta en las confederaciones la capacidad de sus miembros para declarar la nulidad de los actos irregulares de la unión y para negarles obediencia por tal motivo. Esto es lo que se llama «derecho de anulación», que representa un caso particular del derecho de examen de la regularidad de las normas cuya ejecución corresponde a los miembros, acerca del cual hemos de tratar más adelante (cfs. págs. 370 y ss.). Dicho derecho existe a falta de una limitación jurídico-positiva. Por eso, si en la constitución de la unión no se encuentra la menor limitación de esa posibilidad de examinar la regularidad de las normas — generales o individuales — establecidas por los órganos centrales, no hay más remedio que reconocérsela a los órganos locales encargados de su ejecución. En ese caso, el Estado miembro ha de decidir en última instancia acerca de la regularidad de las normas cuya ejecución le está encomendada, pudiendo llegar a la casación de las mismas (aunque no con carácter de generalidad, sino sólo en su validez para ese Estado concreto). Sin embargo, las constituciones preveen a veces la «ejecución confederal» para el caso de desobediencia, y entonces no es el Estado miembro, sino el órgano encargado de dicha ejecución el que ha de

decidir en última instancia si la norma cuya regularidad niega el Estado, a cuya ejecución está encomendada y a la cual niega obediencia es, en efecto, una norma regular o irregular —puede ser también que esa decisión corresponda a un tribunal especial distinto del órgano de la ejecución—. Entonces, no puede afirmarse la existencia del derecho de anulación a favor del Estado. Y, desde luego, no puede pensarse en derivar dicho derecho del carácter soberano del Estado miembro de la confederación, aun cuando ello sea demasiado frecuente.

El principio *Reichsrecht bricht Landrecht*, que se supone característico del Estado federal y que, de hecho, ha sido formulado en muchas constituciones federales, no tiene importancia práctica sino en tanto que significa una indicación hecha a los órganos ejecutivos para que, en el caso de una contradicción entre una norma federal y la norma de un Estado miembro, declaren la nulidad de la última y apliquen como válida solamente la primera —prescindiendo de que sea anterior o posterior en el tiempo a aquélla—. Dicho principio podría estar limitado al Derecho legal o a su aplicación por los tribunales, los cuales habrían de tener entonces la competencia de examinar la regularidad (esto es, la conformidad a las leyes de la unión) de las leyes dictadas por los miembros, para que aquel principio fuese eficaz. Puesto que es demasiado posible el conflicto entre una norma federal y una norma local, si ambas se refieren al mismo objeto, una de las dos ha tenido que sobrepasar su esfera de competencia. En ese caso, el principio según el cual el Derecho central prevalece sobre el Derecho local, significa que la norma federal debe afirmar su validez, aun cuando sea ella la que ha ido más allá de su esfera de competencia. Aplicado a las leyes, esto tendría por consecuencia que, aun supuesto que la reforma de la constitución federal estuviese sujeta a ciertos requisitos que la dificultasen, una ley federal ordinaria podía ensanchar la competencia de la unión y reducir la de los miembros. Esto, naturalmente, es harto problemático, pero todavía son más graves las consecuencias de la aplicación de ese principio a las normas individuales. En definitiva, con él se pone en tela de juicio el sistema vigente de distribución constitucional de competencias entre la unión y los miembros. Pero si se le interpretase diciendo que sólo el Derecho constitucional (regular) de la unión prevalece sobre el Derecho local anticonstitucional, perdería todo su sentido, pues entonces tendría que afirmarse también el principio opuesto, a saber, que el Derecho local constitucional (regular) prevalecería sobre el Derecho inconstitucional de la unión.

Si es cierto que uno de los elementos esenciales de la constitución federal es la distribución de competencias entre la unión y los miembros (por lo cual la reforma constitucional no puede nunca llevarse a cabo por una ley ordinaria, porque ese límite asignado a la competencia de la unión es la garantía de existencia de los Estados miembros), no puede serlo que el principio *Reichsrecht bricht Landrecht* (que es la negación pura y simple de todo límite a la competencia central) no puede basarse en la naturaleza del Estado federal, como se afirma

corrientemente. Igualmente equivocado es derivarlo de la soberanía o de la supremacía de competencia de la unión. Dicha supremacía consiste en que las determinaciones constitucionales concernientes a los límites de competencia pueden ser modificadas por una ley constitucional de la unión. Sólo allí donde no existe diferencia entre la legislación federal constitucional y la ordinaria, podría modificarse a favor de la unión la distribución de competencias mediante una ley ordinaria — nunca por reglamento o por medio de normas individuales, a no ser que ello fuese objeto de especial determinación positiva —. Por eso, aun cuando la constitución federal no acepte el tantas veces repetido principio, no atenta ni a la soberanía ni a la supremacía de competencia de la unión; ni aun cuando dicha constitución determine, además, que puedan ser anuladas no sólo las leyes inconstitucionales de los países, sino las mismas leyes federales contrarias a la constitución, o que sobrepasen su esfera de competencia. Esto puede ocurrir de forma que todos los tribunales, y aun todas las autoridades, tengan el derecho de examinar la constitucionalidad de las leyes; o bien concediendo a un tribunal único — « tribunal de justicia constitucional » — el derecho de examinar de oficio o a instancia de parte la constitucionalidad de las leyes tanto federales como locales, y de casar aquellas que adolezcan de vicio de inconstitucionalidad. Si los demás tribunales y órganos ejecutivos carecen del derecho de examinar la constitucionalidad de las leyes, no tienen sino que aplicar la ley más reciente — sea de la unión o de alguno de los miembros — según el principio de la *lex posterior*. Pero si están en posesión de aquel derecho, hállanse obligados a rehusar la aplicación de la ley inconstitucional — sea de la unión o de los miembros —. El derecho general de casación puede ser cedido, no obstante, a un tribunal único de justicia constitucional. Compréndese fácilmente que no son toleradas las normas individuales, centrales o locales, con vicio de ilegalidad, es decir, de incompetencia; por lo cual deben existir, y de hecho existen, garantías constitucionales para su anulación.

F. Disolución de la unión (derecho de secesión)

Hay una opinión muy difundida según la cual una de las diferencias esenciales entre la confederación y el Estado federal consiste en que aquélla puede disolverse por acuerdo unánime de sus miembros, mientras que éste no puede terminar jurídicamente por ese procedimiento. En íntima conexión con esta doctrina hállase aquella otra según la cual los Estados integrantes de la confederación poseen el derecho — irrenunciable — de separarse de la misma, si la permanencia en la unión pone en peligro sus intereses vitales; en cambio, en el Estado federal no existe bajo ningún concepto este « derecho de secesión » de los miembros. Ambas afirmaciones aparecen como derivadas de un concepto específico de la confederación y del Estado federal, y por eso — en cuanto que se refieren a contenidos jurídicos — tienen

que estar en oposición con el Derecho positivo. Parten del supuesto —anteriormente declarado inadmisible— de que la confederación se basa en el tratado, por lo cual implica un vínculo de Derecho internacional, mientras que la base del Estado federal es la constitución, y por eso el vínculo jurídico que el mismo representa es de Derecho interno. Un tratado puede ser suprimido por el mismo procedimiento que le dió origen, es decir, por la voluntad de las partes, mientras que la validez de una ley es independiente de la voluntad de los súbditos. Estas tesis son patrimonio de la actual ciencia jurídica ; ello no obsta para que sean radicalmente inexactas.

Refiérense tanto a la duración de la validez, al ámbito temporal de vigencia de las normas o complejos de normas de Derecho (órdenes jurídicos), como al posible contenido de dichas normas. Ahora bien, una pregunta acerca de la duración de la validez de las normas jurídicas no puede contestarse sino consultando el contenido de las mismas, pero no recurriendo a la « naturaleza de las cosas » ; hacer esto último sería recaer en el Derecho natural. Completamente « jusnaturalista » es también el supuesto de que la duración de la vigencia de una norma u orden establecidos por un tratado pudiese acabar (*a priori*, por así decirlo) por un procedimiento análogo. La duración de un tratado declárase o en el mismo tratado, o en la norma que lo establece como acto creador de Derecho. Si ni uno ni otra determinan un fundamento para declarar terminada la validez, no ha de buscarse en la teoría jurídica. Es completamente equivocada la afirmación según la cual la perpetuidad del tratado es incompatible con la soberanía de los Estados integrantes de la confederación, puesto que con esta soberanía es ya incompatible la misma vinculación contractual, ya que ésta — y, por tanto, la propia confederación — no es posible sino bajo el supuesto de un Derecho internacional superior a todos los Estados particulares. El principio de que una norma contractual puede cesar de valer, « evidentemente », en virtud de un nuevo tratado — he ahí un caso especial del dogma del *contrarius actus* —, carece de todo fundamento desde el punto de vista del positivismo. No puede defenderse sino partiendo del supuesto de que la norma que concede efectos jurídicos al hecho del tratado, delega en las partes contratantes tanto para establecer el contenido general de la norma, como para determinar en concreto la duración de su vigencia; y de que corresponde a la intención tácita, no expresa, de las partes (por natural y evidente), el que la validez de las normas contractuales pueda terminar igualmente por el procedimiento contractual. Esto puede ser exacto en algunos casos, pero, en último término, se trata de una *quaestio facti*. No puede derivar de la falta de un precepto relativo a la terminación de la validez normativa, pues dicha falta podría significar la voluntad de celebrar un tratado eterno. Precisamente los tratados de fundación de las confederaciones implican la voluntad de constituir una unión perpetua. A veces, esta intención aparece manifiesta en las mismas constituciones. En todo caso, jamás se crea una confederación para un tiempo limitado. Por tanto, la regla

de interpretación del *mutuus dissensus* es más que problemática, referida a las constituciones confederales. Tal regla no existe si, por ejemplo, la constitución misma se declara eterna, o si contiene una renuncia expresa de los miembros al supuesto derecho de disolver la unión por *mutuus consensus*. Es harto dudoso que las determinaciones de la constitución de la unión concernientes a su reforma, puedan aplicarse también a la desaparición de la misma, de manera que pudiera decidirse su plena supresión en igualdad de condiciones y con idénticos requisitos que la modificación. Ésta es una cuestión de hermenéutica, que ha de resolverse con arreglo a los principios generales de la interpretación.

Tan insostenible como la antítesis entre tratado y constitución (en la cual suele basarse la diferencia entre la confederación y el Estado federal), lo es también una especial diferenciación que trata de señalarse respecto de la disolución de ambos tipos de uniones.

La validez de una constitución, en su calidad de ley, es independiente de la voluntad de los súbditos; pero esta afirmación es exacta únicamente en el sentido de que con ella se indica la objetividad de la validez; y, por lo demás, es enteramente compatible con el hecho de que la voluntad de los súbditos participe de modo decisivo en la creación y, por tanto, en la desaparición de la norma. Esto no constituye sino un método peculiar de creación normativa, el democrático; y nadie dudará que la ley es adoptada por decisión del mismo pueblo que está sometido a ella y que, en consecuencia, la duración de su vigencia puede ser igualmente establecida por decisión popular. En este punto no existe la menor diferencia entre el tratado y la ley — el tratado es ley —, y la ley posee carácter « contractual » cuando se exige, por ejemplo, que sea adoptada por unanimidad.

También la validez de la *lex contractus* es puramente objetiva, es decir, determinada tan sólo por su contenido, con independencia del querer subjetivo de los súbditos de la misma; ese querer puede determinar la validez de la *lex contractus* sólo en cuanto que constituye un contenido de la norma contractual; pero en esa relación, los « súbditos » de la misma no son ya tales súbditos. Lo mismo puede decirse respecto de las leyes y los hombres que las crean. De la esencia de la ley no se sigue en modo alguno que — en su calidad de constitución — no pueda contener determinaciones sobre el término de su validez. El Derecho positivo muestra abundantes casos de normas con una vigencia temporal limitada. También la constitución de un Estado federal puede contener determinaciones análogas, y con mayor motivo si tuvo su origen en un Tratado internacional. Podría preverse, por ejemplo, la disolución del Estado federal mediante una reforma constitucional realizada en ciertas condiciones, trasladando todas las competencias a los Estados miembros; con lo cual desaparecerían, jurídicamente, la unión y todos sus órganos. Si esa constitución responde al tipo del Estado federal, el carácter federalista no desaparece por el hecho de que se asigne a sí misma una duración limitada. Es verdad que dicha determinación no ha existido en ninguna de las constituciones federales

conocidas hasta ahora; pero ese hecho no puede fundamentar la teoría de que tal limitación de la validez sea incompatible con la esencia del Estado federal. En realidad, aquí surge bajo nueva forma la concepción jusnaturalista de la «eternidad» del Estado, aplicada al Estado federal (cfs. págs. 194 y ss.).

Un caso especial de la disolución de la unión constitúyelo el llamado *jus secessionis*, el cual corresponde, según la doctrina dominante, a todos los miembros de la confederación, mas no a los de un Estado federal. Es posible que tal derecho sea concedido expresamente a los miembros por la constitución de la unión; en ese caso, establécese el fundamento jurídico de la terminación de la misma. Pero se comprende fácilmente que ese derecho de abandonar la unión no puede concederse sin limitaciones, pues entonces carecería de todo sentido el tratado fundacional, que necesariamente habría de estatuir ciertos deberes de los miembros. Significaría tanto como establecer dichos deberes sólo a condición de que los miembros quisieran aceptarlos en cada caso concreto. Tendríamos entonces una forma normativa desbordada por el contenido: «debes si quieres» (cfs. pág. 23).

Sólo con ciertas condiciones puede concederse, pues, el derecho de retirarse de la unión. Pero si no es concedido bajo ninguna condición, no hay ningún fundamento de Derecho positivo para afirmar su existencia. Para poder afirmar la existencia de un derecho de secesión a favor de los miembros de una confederación creada por un Tratado internacional, hay que recurrir a la famosa cláusula *rebus sic stantibus*, que no existe como proposición positiva del Derecho internacional. El tratado de la unión no sería obligatorio en el momento que, variadas las circunstancias, estuviese en oposición con los intereses vitales del Estado. El tratado es para los Estados, no los Estados para el tratado, y de ese modo se sigue argumentando para afirmar la supremacía del orden estatal, no sometido a ningún orden superior, «soberano», por tanto, en el momento que esa afirmación conviene a ciertos intereses de grupo; sin perjuicio de que cuando a dichos intereses convino lo contrario, se invocó la cláusula de la santidad de los pactos, incompatibles con la soberanía del Estado. Es muy frecuente ver que dicha teoría, para poder afirmar la posibilidad de un derecho de secesión, incurre en un punto de vista completamente fáctico: el Estado integrante de una confederación tiene el «poder» de incumplir el pacto que le perjudica y de abandonar la unión. Lo mismo hace cualquier infractor del orden jurídico que logra eludir las consecuencias de su acción. Ahora bien, la violación de un tratado es una «antijuridicidad» en el mismo sentido que la infracción de una ley penal. No sólo se infringe la *lex contractus*, sino la norma internacional *pacta sunt servanda*, que ya no debe su origen a ningún tratado, porque es ella la que convierte al tratado en fuente de Derecho. Y a la violación del tratado va unido un acto coactivo de la misma naturaleza que el castigo o la ejecución del Derecho interno —ya sea la guerra en el sentido estricto de la palabra, o la ejecución confederal—. Por eso carece de todo sentido

jurídico aceptable establecer una nueva diferencia entre la confederación y el Estado federal, sosteniendo que el ejercicio del derecho de secesión no concedido constitucionalmente constituye, en la primera, un verdadero acto antijurídico — ¡raro derecho aquel cuyo ejercicio constituye antijuridicidad! —, si bien ese hecho sería «únicamente» ruptura de un tratado, pero no «rebelión»; mientras que, en el Estado federal, la salida de la unión poseería este último carácter. Puesto que el derecho de secesión no existe sino cuando es legalmente concedido bajo ciertas condiciones — y entonces su ejercicio regular no implica violación de pacto alguno —, no es preciso renunciar a él para considerarlo inexistente. La doctrina dominante es consecuente al afirmarlo a pesar de su renuncia positiva, puesto que lo deriva de la soberanía del Estado miembro de la unión. Pero véase el círculo recorrido por su argumentación: los Estados son soberanos aun dentro de la confederación: luego tienen un derecho de secesión; pero, por otra parte, su soberanía no puede deducirse del hecho de que — a diferencia de los miembros del Estado federal — poseen ese derecho. No se ve la razón por la cual la doctrina dominante no aplica a las federaciones la misma argumentación, puesto que las constituciones federales pueden deber su origen a un Tratado internacional, lo mismo que la confederación. En verdad, los Estados miembros del Estado federal carecen de un derecho de secesión por el mismo motivo que no lo tienen en la confederación: porque tal derecho — o, mejor, tal fundamento de la limitación temporal del orden jurídico de la unión — no se halla concedido por la constitución.

Aquí tenemos una última razón, de índole radicalmente política, de la diferencia entre uniones de Estados de Derecho interno y de Derecho internacional, que ya en otro lugar demostramos ser insostenible (cfs. págs. 256 y ss.). Puesto que la teoría tradicional se atiene, para el dominio del Derecho internacional, a la cláusula *rebus sic stantibus* y, por tanto, afirma a favor de los miembros de la confederación «internacional» — por deber su origen a un tratado — la existencia del derecho de secesión, compréndese que busque para el Estado federal (sobre todo cuando representa la forma jurídica de la unidad nacional) un fundamento más firme que el que puede ofrecer un Derecho internacional tan incompleto.

Para que el Estado federal no pueda ser destruído en cualquier momento por el Derecho de secesión de los miembros, derivado del Derecho internacional, hay que variar la argumentación y declarar que el tratado que da origen a la federación — y que la coloca en el ámbito del Derecho internacional — es un contrato de Derecho interno; de ese modo se tienen los dos tipos contrapuestos de uniones de Estados, de los cuales, el uno descansa en una «constitución», y el otro en un «Tratado» internacional.

LIBRO TERCERO

La creación del orden estatal (Dinámica)

CAPÍTULO SÉPTIMO

Las etapas de la creación
Teoría de los poderes o funciones del Estado

§ 32. Unidad del poder estatal y pluralidad de los poderes o funciones del Estado

A. La doctrina de los tres poderes del poder unitario estatal

Como quiera que el sentido auténtico de lo que se conoce de ordinario bajo el nombre de «poder estatal» es la validez de un orden jurídico y, por tanto, implícitamente, la unidad de este poder, mientras que la idea de una partición de esta validez es un absurdo, pueden predicarse también como consecuencias del concepto del poder del Estado la unidad e indivisibilidad del mismo. Pero si el concepto de poder público adquiere una significación substancial — como ocurre frecuentemente en las teorías tradicionales del Estado —, la teoría de la indivisibilidad del poder estatal tiene que perder el carácter de verdad teorética derivada del concepto, pues la substancia es divisible. El principio de la indivisibilidad del poder público adopta el carácter de postulado político, con el fin de no disminuir, sino de aumentar en lo posible el poder efectivo del Estado y de mantenerlo *salva rei substantia*, si se permite la expresión. Partiendo de este supuesto, profesado como una verdad esencial, se va a parar irresistiblemente a la teoría de la indivisibilidad del Estado.

La contradicción entre dicho supuesto (que implica la desnaturalización del concepto de Estado) y la indivisibilidad (como supuesta consecuencia del mismo) muéstrase claramente en el hecho de que, a pesar de la insistencia en predicar las notas de unidad e indivisibilidad del poder público, distínguense, sin embargo, varios poderes del Estado. Y esta distinción va ligada íntimamente a la teoría de la separación de dichos poderes, es decir, de la partición del ejercicio de los mismos entre varios órganos, del funcionamiento aislado de los poderes. El poder estatal unitario e indivisible consta, según la teoría, de tres poderes coordinados idealmente y, por tanto, separables en cuanto a su organización y funcionamiento: el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial. No se dice claramente cómo es posible que esta trinidad cons-

tituya una unidad. Poco significa que (para dejar a salvo, al menos terminológicamente, la unidad del poder estatal) se hable de «funciones» — legislación, ejecución, jurisdicción — en lugar de «poderes» del Estado, si no se abandona decididamente la idea de que esas funciones coexisten sin tener entre sí la menor relación, y si en lugar de una mera afirmación de unidad (incompatible con esa idea) no se proclama de modo claro y enérgico el principio unitario.

B. Articulación lógica de las funciones del Estado; consideración especial de las antiguas teorías

No hay que creer que este principio de la unidad haya sido completamente desconocido hasta ahora. Se le ve surgir en todo tiempo, cada vez que se intenta articular la actividad del Estado, las múltiples manifestaciones del Derecho, en la tendencia siempre renovada a establecer una jerarquía entre los «poderes», «funciones», «derechos» o como quiera llamarse a la realización de los actos estatales. Ocurría, únicamente, que no se tenía una conciencia clara de la significación lógico-jurídica del problema cuya solución se buscaba; por lo cual siempre fué ésta oscura y descaminada. Por otra parte, en este dominio suelen ir siempre unidos en impura mezcla la aspiración cognoscitiva y la intención política de atribuir o conservar para el titular de ciertas «funciones», o poseedor de ciertos «derechos», una cierta situación de preferencia. Y la idea de conocer una jerarquía de sus actos, derivada de la esencia misma del Derecho, fué siempre enturbiada por el deseo de hacer aparecer como verdades teóricas primarias la realización de ciertos actos considerados importantes desde el punto de vista de ciertos intereses especialísimos, porque la participación en aquéllos es uno de los objetivos de la lucha política. Y hay que comprender como cosa natural que la teoría en torno a la esencia del Estado y las funciones que racionalmente derivan de la misma, ha de sufrir la influencia mayor o menor de la forma de organización del Estado o Estados de la época en que vive el teórico. No falta necesariamente todo conocimiento esencial, aun cuando en lugar de la articulación racional y lógica del proceso jurídico, se introduzca fraudulentamente la manifestación exterior más o menos típica del mismo; o si en lugar de un examen de la esencia del Derecho, se realiza una descripción de los órganos exteriores que efectúan dicho proceso: pues también en la organización exterior, en la distribución de los órganos estatales se manifiesta, hasta cierto punto, la articulación esencial del proceso jurídico. Ahora bien; si se le quiere conocer de modo exhaustivo, no es posible que el conocimiento se ciña a la estructura jurídica concreta del aparato de la organización.

Por eso, todos aquellos intentos de una articulación lógica de las funciones o poderes del Estado que se reducen a una división del contenido posible del orden jurídico o, lo que es lo mismo, de los fines posibles del Estado, no pueden llevar a puerto seguro. A este propósito,

es típica la doctrina (representada por las antiguas teorías del Estado) sobre las cinco direcciones o ámbitos de la actividad estatal: negocios extranjeros, administración interna o policía, finanzas (administración cameral), justicia y defensa nacional; justicia y finanzas fueron consideradas como dominios especiales de la administración interior en sentido amplísimo; así como de la defensa nacional se hizo una función particular del Estado, junto a la de la política exterior y de la administración interior.

Es completamente secundario atribuir a estos distintos contenidos los nombres de «derechos de la soberanía», «derechos del gobierno», «derechos de la majestad», «regalías», etc. En el fondo, es el mismo vano empeño que ya advertimos al estudiar los intentos de comprender la soberanía en sentido jurídico material. Frente a esto, significa un progreso decisivo la división tripartita de la moderna teoría del Estado, siguiendo en este punto las huellas de más antiguas doctrinas; pues la contraposición que plantea entre la legislación, de un lado, y la administración y la jurisdicción, de otro, responde exactamente a la antítesis, de importancia decisiva para el problema en cuestión, entre lo general y lo individual, lo absoluto y lo concreto.

§ 33. La legislación y la jurisdicción como creación y como aplicación de Derecho

A. «Legis latio» y «legis executio»

En la función legislativa, el Estado establece reglas generales, abstractas; en la jurisdicción y en la administración, despliega una actividad individualizada, resuelve directamente tareas concretas; tales son las respectivas nociones más generales. De este modo, el concepto de legislación se identifica con los de «producción», «creación» o «posición» de Derecho. Por tanto, la actividad individualizada del Estado, supuesto que se la considere como acto jurídico, no puede ser más que «aplicación» o «protección» del Derecho, con lo cual se sitúa en principio en un plano opuesto al de la función creadora. Pero esta determinación refiérese propiamente — como ya lo da a entender la misma terminología — tan sólo a la llamada «jurisdicción» o «poder judicial». Por regla general, la función designada con los nombres de «administración» o «poder ejecutivo» no suele considerarse ni como creación ni como aplicación del Derecho, sino como algo esencialmente distinto de toda función jurídica: como una actividad al servicio de los fines de poder o de cultura del Estado, por tanto, como una función negativa por referencia al Derecho; por eso se la define como aquella función del Estado que se realiza cuando ya no queda nada por hacer a la legislación (creación de Derecho) ni a la jurisdicción. Así, pues, la teoría corriente en torno a las funciones del Estado afirma que entre el poder legislativo, como creación del Derecho, y el poder judicial, como aplicación del mismo (o protección jurídica), debe existir alguna

relación jurídica positiva: pero la distinción lógica que aspira a formular entre la legislación como función general y la administración como función individual (análoga a la jurisdicción) se destruye, a su vez, por cuanto que el concepto de administración traduce la antítesis (referida puramente a los contenidos del orden jurídico) entre el fin de Derecho y el fin de poder o de cultura del Estado, no admitiendo que la administración sea una función jurídica, sino algo esencialmente distinto de la misma. De ese modo, abandónase una vez más el único principio director que podía constituir la médula de la teoría de las funciones del Estado, principio que reaparece de continuo para desaparecer seguidamente: la distinción entre *legis latio* y *legis executio*.

Para penetrar en la médula de verdad que contiene esta vieja distinción, hay que romper previamente con los dos errores que la envuelven como una cáscara. En primer lugar, no hay que identificar el concepto de creación de Derecho expresado en el concepto de legislación, *legis latio*, con la actividad de ciertos órganos históricamente individualizados, que realizan una tarea especializada, confundiendo de ese modo el concepto de Derecho con el de «ley». Pero, en segundo término, urge advertir que la antítesis de legislación y jurisdicción, esto es, de creación y aplicación de Derecho, no es absoluta, sino relativa.

B. El concepto de ley: la norma general (abstracta)

El término «legislación», que en la doctrina de los poderes del Estado significa tanto como producción, creación o establecimiento de normas jurídicas, no constituye, en realidad, sino un caso particular de la creación del Derecho, del mismo modo que la «ley», en el sentido técnico de la palabra, no representa sino un caso particular, una forma posible del «Derecho». Llámase «legislación» a la actividad de ciertos órganos especializados, encaminada conscientemente al establecimiento de normas jurídicas. Sería restringir demasiado el significado que el concepto de legislación posee en la teoría tradicional de los poderes, si bajo ese concepto no quisiera incluirse más que la actividad creadora de los órganos constituídos democráticamente, por ejemplo, una asamblea popular o un parlamento, pero no la actividad legisladora de un autócrata; pues también el monarca absoluto dicta «leyes», y también su «legislación» puede distinguirse de la aplicación que de la misma realizan sus órganos. En las teorías tradicionales, esta tendencia a restringir el concepto de legislación es harto visible; indudablemente, responde a una mentalidad imbuída del Derecho natural. Compréndese que cuando la legislación y la ejecución, como funciones orgánicas, estaban unidas, potencialmente al menos, en una sola mano, fuera difícil darse cuenta de la diferenciación teórica implicada en la antítesis de legislación y jurisdicción; por eso es tan característico el hecho de que la teoría de los poderes del Estado, sustentada en los tiempos de la Monarquía absoluta, del «Estado policía», no inclu-

yese a la legislación entre los cinco « derechos de la soberanía » ya citados, como un derecho especial o « regalía ». En cambio, precisa admitir que, en el concepto de « legislación » de la teoría de los poderes, sólo debe comprenderse la norma general. Si bien es la función del Estado, es decir, el acto mismo, lo que recibe el calificativo de « general » o « abstracto », puede ser también el producto de este acto — que en sí mismo considerado sólo puede ser concreto e individual — lo único que tenga un sentido general o individual, abstracto o concreto. Con la palabra « ley » se piensa, única o principalmente, en normas generales o abstractas. Y si se identifica por completo la legislación con la creación de Derecho, débese a que se concibe el Derecho como una suma de normas generales, a que se le considera únicamente bajo su forma abstracta y general. Pero hemos de demostrar en seguida que este concepto del Derecho es demasiado reducido y que, por eso, tiene que ir a parar a contradicciones insolubles.

C. Derecho escrito y consuetudinario

Pero, ante todo, urge advertir que el concepto de creación o producción de Derecho que traduce el término « legislación », es también demasiado estrecho, porque la creación jurídica — aun referida a sólo las normas generales — no es posible únicamente como establecimiento consciente de las reglas del Derecho por órganos determinados, sino que puede darse también como formación consuetudinaria de las mismas, mediante el uso de todos los miembros de la comunidad jurídica. También el « Derecho consuetudinario » es Derecho « estatuído », « positivo », producto de una producción o creación jurídica, aun cuando no de un acto concreto de determinación autoritaria. Pero ocurre que este modo de la creación normativa, extremadamente democrático, no llama demasiado la atención de la conciencia teorética de los juristas; y por ese motivo, el conocimiento jurídico se deja escapar la antítesis existente entre el establecimiento de normas generales y la llamada aplicación del Derecho o jurisdicción. Por lo demás, la distinción existe, y tiene que existir necesariamente, una vez sabido que aquello que la teoría de los poderes conoce con el nombre de aplicación del Derecho o jurisdicción, y que contrapone a la creación o establecimiento de normas, no es otra cosa que la posición de normas jurídicas individuales, concretas ; de modo que la distinción fundamental no es otra que la diferencia que media entre la creación de normas generales e individuales.

D. El Derecho individualizado

Ahora bien, esta distinción es puramente lógico-esencial, e independiente de todo contenido del Derecho positivo. Aun allí donde sólo parecen darse actos jurídicos individuales, por ejemplo, en una tribu con un jefe que asume las funciones de monarca absoluto y juez único

que en cada caso concreto castiga a su libre arbitrio a los delincuentes y priva a la fuerza a los deudores de sus bienes para entregarlos a los acreedores, sin que existan normas generales de Derecho civil o penal en qué basarse, ni ninguna otra especie de normas generales positivas, escritas o consuetudinarias; aun allí, sin embargo, para explicar estos hechos de fuerza del jefe de la tribu como actos jurídicos, como actos de la colectividad, como actos estatales, y para poder decir que el hombre que los realiza es tal «jefe», es decir, un órgano de una comunidad, hace falta una norma que no será positiva, esto es, «estatuída», sino «supuesta», hipotética, la cual instituirá a ese hombre en autoridad jurídica, y determinará que en las condiciones que el mismo determine en cada caso, deberá realizarse un acto de coacción, cuya modalidad será igualmente determinada en cada caso por él. Por naturaleza, esta norma es general y abstracta. Y sin esta «ley» fundamental, que es «aplicada» en los actos jurídicos individuales, no es posible comprender el carácter jurídico de los mismos. Éste es el solo caso — un caso extremo, puramente teórico — en el que la única norma general es la misma norma fundamental hipotética.

E. La individualización (concreción) de las normas generales (abstractas)

La práctica individual del Derecho da siempre origen a normas generales positivas; no importa que aquella práctica constituya la costumbre jurídica: también la costumbre es creadora de Derecho (de normas jurídicas generales). En estas normas, un determinado hecho abstracto enlázase a una consecuencia jurídica igualmente abstracta. Pero para que esta norma general — ya sea consuetudinaria, o ya sea una «ley» creada por los órganos técnicos competentes — alcance un sentido concreto, necesita de la «individualización». Precisa establecer si es dado *in concreto* el hecho que la norma general ha determinado *in abstracto*; y si el hecho existe, precisa establecer un acto concreto de coacción (esto es, un acto previamente dispuesto y, después, realizado), el cual se halla igualmente prescrito *in abstracto* en la norma general. La sentencia, el acto en el que se traduce exteriormente la función judicial, recibe el nombre de «jurisdicción», que significa «declaración del Derecho», como si se limitase a hacer una declaración de lo que ya es Derecho en la norma general. Pero esta terminología no sirve sino para oscurecer el verdadero significado de la función jurisdiccional y de la misión del juez; y de seguro que andan de por medio intenciones políticas más o menos ocultas, pues la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él, y verifica en concreto dicho enlace. Así como los dos hechos — condición y consecuencia — van unidos por la ley en el dominio de lo general, tienen que ir enlazados en el ámbito individual por las sentencias dictadas por el poder judicial. El enlace de los mismos en

la ley no hace inútil la nueva unión verificada en la sentencia. La ley dice: «el autor de un robo deberá ser castigado con una pena de prisión que oscilará entre seis meses y dos años»; pero la sentencia judicial dice: «*A* ha cometido en tal lugar y momento un robo, por lo cual debe ser castigado con un año de prisión, que comenzará a contarse desde tal día, y que cumplirá en tal parte». Sin la sentencia, el Derecho abstracto carecería siempre de forma o estructura concreta. Por esto, la sentencia que declara ser dado el hecho legal en el caso concreto y falla que debe aplicarse la consecuencia jurídica concreta, no es otra cosa que una norma jurídica individual, la individualización o concreción de las normas generales o abstractas. (Sin embargo, la sentencia judicial no es el único procedimiento de concreción del Derecho. También el negocio jurídico realiza tal concreción; pero de esto se tratará en capítulo aparte.)

F. La legislación y la jurisdicción como etapas diferentes del proceso de creación jurídica

Por ese motivo, el acto de jurisdicción es creación, producción o posición de Derecho como el acto legislativo, y uno y otro no son sino dos etapas diferentes del proceso de creación jurídica. La unidad de los mismos se basa en la necesaria subordinación de la etapa inferior a la superior, por cuanto que la norma de orden más elevado — es decir, la norma general, abstracta — determina más o menos el contenido de la norma de grado inferior — esto es, de la norma individual, concreta —. Todo el proceso de creación jurídica constituye una sucesión continuada de actos de concreción e individualización crecientes del Derecho. Éste no existe únicamente en la forma de ley, en la etapa de las normas generales, como se piensa de ordinario. La «ley» no es ni el grado único ni siquiera el grado supremo del orden jurídico, como ha demostrado con vigor extraordinario una reciente teoría, la cual, además, ha prestado a la ciencia del Derecho el valioso servicio de mostrar la estructura graduada, jerárquica del orden jurídico (MERKL). La legislación es aplicación del Derecho lo mismo que la jurisdicción es creación jurídica — a pesar de que la doctrina tradicional contraponía ambos conceptos como creación y aplicación, respectivamente —. La sentencia judicial es aplicación del Derecho si se la considera en relación con el grado normativo superior de la ley, por la cual es la sentencia jurídicamente determinada. Pero es creación de Derecho si se la considera en relación con aquellos actos jurídicos que han de realizarse «sobre la base» de la misma — por ejemplo, los actos de ejecución —, o en relación con las partes cuyos deberes concretos son estatuídos por la sentencia. Del mismo modo, la ley, que es creación de Derecho por relación a la sentencia, es aplicación del mismo por relación a una fase normativa superior, por la cual son las leyes jurídicamente determinadas.

G. La constitución como grado supremo

Se reconoce este grado superior recordando que la característica del Derecho es la de regular su propia creación (cfs. pág. 128), es decir, que la vía legislativa (el procedimiento de creación de las normas generales) puede estar determinada a su vez por una norma positiva general. Esta norma recibe el nombre de norma «constitucional»; y la constitución representa, por relación a la ley, un grado superior del orden jurídico. La constitución es «aplicada» por la ley, en el sentido de que el procedimiento legislativo se halla determinado en los preceptos constitucionales, del mismo modo que la ley determina la sentencia judicial que la aplica.

No se diga que constituye una diferencia esencial el hecho de que la sentencia hállase determinada no sólo cuanto a su procedimiento sino cuanto a su contenido por el Derecho procesal formal, de una parte, y por el Derecho substantivo civil y penal, de otra; mientras que la constitución deja indeterminado el contenido de las leyes, y sólo regula el «procedimiento» de la legislación. A esto puede responderse, primero, que tampoco el contenido de las sentencias judiciales se halla completamente determinado por el Derecho substantivo, ni puede serlo, por razones que más tarde se explicarán; y, segundo, que también el contenido de las leyes puede estar determinado por la constitución, esto es, por otra ley. La constitución prohibe que las leyes tengan cierto contenido y ordena que posean tal otro; de modo que la ley es «ejecución» de la constitución, de la misma manera que la sentencia es ejecución de la ley.

H. Jurisdicción y protección jurídica

Cuando se dice que la jurisdicción es la «protección jurídica», revélase cuán confusa es la idea que se tiene de las relaciones entre aquélla y la legislación. ¿Es el Derecho lo protegido?, y, en ese caso, ¿por quién?, ¿por el Estado, acaso?, o ¿es que el Derecho protege algo distinto de él, por ejemplo, un interés? En cierto sentido puede afirmarse lo uno y lo otro, y en ninguno de los dos casos se habrá dicho nada esencial para distinguir la sentencia de la ley, pues también la ley protege el Derecho, y el Derecho protege por medio de la ley. Si se dice — partiendo de un punto de vista completamente subjetivo — que la sentencia judicial es «protección» de intereses individuales, lo mismo puede decirse, y con mayor razón, de la ley, cuyas normas generales tienen que proteger en abstracto los intereses individuales para que éstos puedan luego ser protegidos en concreto por la sentencia. La ley es «Derecho» y «protección jurídica» en el mismo sentido que la sentencia; una y otra no son sino dos fases de la protección jurídica de los intereses. El razonamiento ingenuo, que se queda en la superficie de las cosas, hace comprensible que se llame tan sólo a la sentencia «protección», por hallarse, subjetivamente, más cerca

de las partes. Pero, a su vez, dícese que el «Derecho» es protegido por la sentencia judicial, y viene a identificarse al juez con el «Estado» que está «tras» el «Derecho» — igualmente identificado con la «ley» — para protegerlo con su poder coactivo, imponiéndolo y aplicándolo contra las voluntades rebeldes. Pero ¿no es también el «Estado» el que «establece» las normas generales de la ley, del mismo modo que ha dictado la sentencia? ¿No se trata en ambos casos de un mismo órgano establecido por el Derecho, que una vez ha creado la norma general, y otra la norma individual? Por tanto, no tenemos sino dos fases de un proceso que se desarrolla con arreglo a leyes inmanentes. El Estado «protege» el Derecho en la sentencia, exactamente en el mismo sentido que lo «establece» en la ley. Que el Derecho sea «protegido» en la sentencia no significa sino que la norma general de la ley se halla lógicamente contenida en la sentencia, que ésta ha de ser «legal», que es, en consecuencia, el mismo Derecho cuya creación comenzó en la constitución, siguió en la ley — en la cual se halla representado del modo más claro para el pensamiento del hombre ingenuo, porque es donde su contenido se halla más claramente establecido — y continuó en la sentencia, que le individualiza y concreta.

§ 34. Ley y reglamento

A. La ley en sentido formal

Como la antítesis de lo individual y lo general, de lo abstracto y lo concreto no es absoluta sino relativa; como la vía de la individualización o concreción puede recorrer diversas etapas, el proceso de creación jurídica puede tener también varios grados; y téngase presente que el orden jurídico, considerado con un criterio dinámico, no es otra cosa que dicho proceso, el cual puede adoptar una forma u otra, en las normas positivas que lo regulan. En principio, la constitución establece un solo órgano para la creación de normas generales: el «legislador» en sentido formal; pero este órgano suele estar autorizado para delegar en otros órganos, dentro de ciertos límites, la facultad creadora de normas generales de Derecho.

Así, por ejemplo, en todos los Estados modernos existen autoridades que no son órganos «legislativos», pero que dictan «reglamentos» sobre la base de las leyes; es decir, órganos que crean normas generales que desenvuelven y aplican el contenido de las leyes. Por eso los «reglamentos» son leyes en sentido material, en su calidad de normas generales, y aun de simples normas. De leyes en sentido formal háblase tan sólo en el caso de aquellas normas creadas por los órganos determinados directamente por la constitución, los órganos de grado relativamente superior. Leyes formales son, pues, las normas generales de la etapa superior de la creación normativa. Sin embargo, el órgano conocido con el nombre de «legislador» puede establecer normas no generales, normas individuales, actos jurídicos que, sin embargo, van

incluídos en el concepto tradicional de las «leyes en sentido formal». Por eso es más conveniente hablar de la «forma de la ley», incluyendo en ese concepto todo acto del legislador, sin referencia a su contenido. El concepto de ley hállase, pues, determinado unas veces por el contenido del acto —norma general—; otras, por el órgano realizador del mismo.

B. El concepto de reglamento

Lo mismo puede decirse del concepto de reglamento. De una parte, entiéndese por reglamento todas las normas generales dictadas por una autoridad distinta de los órganos legislativos; pero al propio tiempo, tampoco se acostumbra a decir que todas esas normas generales constituyan reglamentos. Lo que constituye el concepto de reglamento en sentido formal es la autoridad de la que procede la norma general. Ante todo, conviene diferenciar dicho concepto del de «negocio jurídico», si bien el límite que entre ambos existe no es más que relativo, y muy inseguro por lo que respecta al contenido de cada uno. Cuando la ley, la norma general, determina que bajo el supuesto de un convenio entre dos «particulares» deben éstos comportarse con arreglo a lo pactado, quedando sometidos a ejecución en caso contrario, establece una delegación a favor de las partes para crear Derecho. La norma jurídica que concede valor a los pactos no es más que una especie de «cheque en blanco», el cual se encargan de llenar las partes, por lo que respecta al hecho condicionante, del mismo modo que la ley lo es por el reglamento; así, pues, los particulares no hacen sino continuar el proceso de creación jurídica. Por relación a la norma legal que concede validez a los pactos, el negocio jurídico es aplicación de Derecho; pero por relación a las partes y aun por relación a los tribunales que intervienen en caso de interposición de acción procesal, es creación normativa. El hecho del negocio jurídico llena en el caso concreto, con un contenido concreto, la norma general que le concede validez. Sin este hecho, dicha norma no sería aplicable ni aun por los tribunales. El negocio jurídico puede establecer normas individuales, pero también normas generales, según que en él se acuerde una conducta de las partes que ha de realizarse una sola vez, o que haya de repetirse siempre que se den ciertas circunstancias. Piénsese, por ejemplo, en los contratos de sociedad, en los contratos colectivos de trabajo, en las tarifas de ferrocarriles, y otros casos análogos. Son normas generales, obligatorias para las partes. El hecho de que el método de su creación sea «democrático», puesto que su contenido determínanlo los mismos que por él son obligados, no puede privarles de su carácter estrictamente normativo; tanto más si se tiene en cuenta que, muchas veces, en estas formas intermedias, como estatutos, tarifas, etc., el supuesto asentimiento de los obligados no es más que una ficción. La diferencia entre el negocio jurídico y el reglamento, dictado unilateral y autocráticamente por una autoridad, es muy pequeña; y menor todavía si

procede de un órgano de constitución democrática. Y si quisiera decirse que la diferencia entre el reglamento y el negocio jurídico se basa en que el primero procede de un órgano del Estado — autocrático o democrático —, mientras que el segundo es obra de los particulares, contestaremos diciendo que el concepto de órgano estatal no puede ser delimitado tan fácilmente de los conceptos de «parte» y de «súbdito», como se cree de ordinario. Acerca de ello habrá ocasión de insistir más adelante (cfs. págs. 351 y ss.).

§ 35. La administración

A. Administración y Derecho

De cuanto llevamos dicho, resulta que tampoco la función del Estado que se conoce con el nombre de «administración» puede comprenderse de otro modo que como individualización o concreción de normas generales (leyes), y que no existe una diferencia esencial entre ella y la función jurisdiccional por relación a la legislación, ni tampoco entre ésta y aquéllas.

La doctrina dominante, poniéndose en contradicción con sus propios supuestos, afirma la existencia de una antítesis de fondo entre dichas funciones; ello se debe a que para determinar el concepto de administración se fija en el contenido o «fin» del Estado, mientras que para definir los conceptos de las otras funciones o poderes acude a la forma del Estado: el Derecho. Defínese la administración como aquella actividad del Estado encaminada al cumplimiento de los fines y tareas del mismo, especialmente los fines de poder y de cultura. La relación de esta función con el Derecho, ya que no puede ser totalmente eliminada, relégase, sin embargo, a un puesto secundario, insistiéndose en que la administración constituye una actividad «libre» del Estado, con lo cual se suscita la apariencia de que sería posible comprender el Estado administrador independientemente del Derecho, como si la naturaleza de la administración no tuviese nada que ver con el Derecho, a pesar de que tendría que mantener alguna relación con él. Ahora bien; por lo que dijimos al tratar la teoría del fin del Estado (cfs. páginas 55 y ss.)., resulta que la administración estatal, como cualquier otra actividad del Estado, no puede comprenderse sino como contenido de normas de Derecho, ni puede traducirse en otra cosa que en actos jurídicos; que los fines de poder o cultura, así como el fin jurídico, no son dos opuestos contradictorios, porque el Derecho es la forma o el medio específico de afirmar el poder o impulsar la cultura; y, en fin, que desde el punto de vista teleológico, también la «función jurídica» del Estado — legislación y jurisdicción — es un medio al servicio del fin de poder o de cultura, es decir, una función que sirve para afirmar el primero e impulsar la segunda.

B. La ley y el reglamento como fundamentos de la administración

He aquí en qué consiste la técnica jurídica de la administración: mediante leyes y reglamentos, el Estado convierte en deber una determinada conducta humana, estatuyendo que la conducta contraria será sancionada con pena o ejecución. Así, por ejemplo, los preceptos relativos a la reglamentación de la industria o a la policía sanitaria. Si el fin de las normas del Derecho administrativo (como las del Derecho civil y penal) es la conducta cuya realización debe omitirse, entonces los actos de la administración no cumplen sino mediata e indirectamente el fin de la misma, y aun el fin jurídico, en general. La situación en ese caso es análoga a la de aquella otra actividad «jurisdiccional» que suele oponerse a la administración. La ley y el reglamento son fundamentos de la administración, lo mismo que de la jurisdicción; si bien se da el caso curioso de que la legislación es considerada como función jurídica, mientras que el «poder reglamentario» se cuenta como una de las potestades de la administración. Sin embargo, distínguese también entre leyes administrativas y leyes judiciales, es decir, leyes destinadas para su aplicación por los tribunales. Y a pesar de que la potestad reglamentaria se considera como uno de los atributos del poder ejecutivo, todavía suele distinguirse entre «reglamentos jurídicos» y «reglamentos administrativos», entendiéndose por los últimos aquellos que obligan tan sólo a los órganos del Estado, a diferencia de los primeros, que obligan también a los súbditos. Nada se opone a distinguir los reglamentos según este punto de vista. Pero es inadmisible suponer que sólo los reglamentos jurídicos contienen normas de Derecho, y no los administrativos. Si estos reglamentos vinculan jurídicamente a los órganos estatales y les marcan deberes jurídicos — y ¿qué otra clase de normas y de deberes podría haber en «Derecho» administrativo? —, es imprescindible atribuir carácter jurídico a los reglamentos administrativos. ¿Por qué razón se les niega dicho carácter? Hela aquí: estas normas quedan dentro del ámbito del aparato administrativo, no exceden los límites del «Estado», y al no ser «más que» Estado, no son Derecho. Pero ¿es que el «aparato estatal» es otra cosa que un sistema de normas jurídicas? No es preciso entretenerse en una refutación de tal modo de ver las cosas; baste señalarlo como síntoma de la tendencia dominante en la teoría a excluir la administración del ámbito del Derecho: sin perjuicio de estudiarla, con toda ingenuidad, como «Derecho administrativo». Aun cuando afirmemos que también los reglamentos administrativos contienen normas de Derecho, por lo cual no pueden distinguirse en ese aspecto de los reglamentos jurídicos, no pretendemos ocultar las diferencias existentes entre unos y otros con arreglo al Derecho positivo; sobre todo, por lo que respecta a la publicación y a la posibilidad de que los jueces examinen o no su regularidad. No hay inconveniente en sostener, por ejemplo — y la idea aparece reforzada por algunas razones de política legislativa —, que los reglamentos administrativos (que afectan tan sólo a la conducta de los

órganos del Estado, en sentido estricto) no necesitan publicarse en la Gaceta o en los Boletines oficiales para ser obligatorios, como los reglamentos jurídicos; y que, además, dichos reglamentos hállanse sustraídos al examen de su regularidad y a su casación por los tribunales (cfs. págs. 370 y ss.).

C. La administración como jurisdicción (administración estatal indirecta)

Aquellas leyes y reglamentos que, en atención a su contenido, reciben tradicionalmente el nombre de preceptos «administrativos» —como las leyes relativas a la industria, a la sanidad, a la enseñanza, etc.—, son aplicadas en concreto exactamente del mismo modo que las llamadas leyes judiciales: una autoridad constata el hecho establecido por la norma general como condición del acto coactivo, y aplica la consecuencia jurídica, la «coacción administrativa»: una pena pecuniaria o contra la libertad, una ejecución. El acto administrativo puede considerarse (con la misma razón o sinrazón que la sentencia judicial) como establecimiento del Derecho litigioso u oscuro. En ambos casos, realízase un acto de jurisdicción, de creación de normas individuales. La distinción entre uno y otro es una mera diferencia técnica; ocupan una posición diferente las autoridades que realizan la coacción o que determinan el procedimiento preparatorio del acto coactivo. En un caso, tribunales independientes; en el otro, autoridades administrativas subordinadas. Los tribunales poseen independencia en tanto que, en su jurisdicción, no están ligados a las indicaciones de ninguna autoridad, sino que se limitan a aplicar las normas jurídicas según su propia convicción. Por el contrario, las autoridades administrativas están de ordinario ligadas a las instrucciones de los órganos superiores. Añádase a esto que las leyes regulan al detalle el procedimiento judicial, el cual hállase organizado con arreglo al principio de publicidad y articulado en una serie de instancias, mientras que, en un principio, no ocurriría así en el procedimiento administrativo; éste, sin embargo, cada vez se asemeja más al procedimiento judicial, en el Estado moderno, con lo cual desaparece poco a poco la diferencia técnica de organización que entre ambos existía; acerca de esto hemos de insistir aún. La distinción entre autoridades judiciales y administrativas no se explica sino por motivos históricos. Entre las circunstancias que contribuyeron a esta evolución en todos los Estados modernos, puede contarse el hecho de que en todas aquellas materias cuya concreción jurídica fué encargada a tribunales independientes, el interés de los súbditos era más fuerte que el de los príncipes absolutos. Se trata del Derecho civil y penal, es decir, de la protección de la vida, el honor y la libertad privada. Por lo demás, la delimitación entre los asuntos judiciales y administrativos es, más o menos, una arbitrariedad histórica. Por lo que afecta, especialmente, a la distinción entre asuntos penales judiciales y administrativos, basta decir que los

últimos son delitos de importancia secundaria, a los que se aplican penas no degradantes. Pero no es posible trazar tampoco en este caso un límite racional.

D. Administración directa por el «Estado» (concepto jurídico material del Estado)

Pero en la administración, el Estado no puede limitarse —hablando en la terminología usual— a obligar a los súbditos a una determinada conducta (que fomente el fin de poder o de cultura), es decir, a cumplir sólo mediata o indirectamente el fin de la administración, sino que puede también establecer, realizar directamente los hechos que fomentan aquellos fines. El «Estado» puede construir hospitales y atender a los enfermos, crear escuelas y prodigar la enseñanza, explotar ferrocarriles, etc. Pero aun en este caso, son normas coactivas generales e individuales las que garantizan la conducta deseada. La particularidad consiste en que dicha conducta es el deber de los órganos profesionales, establecidos para ejercer esa actividad, pagados del presupuesto del Estado. Desde un punto de vista jurídico-técnico, es una distinción importante la de averiguar si los «particulares» están obligados, bajo alguna pena, a crear escuelas y sostener maestros, o si todo esto es el contenido de ciertos deberes de los funcionarios, cuya realización está garantizada por el Derecho disciplinario; o si los gastos son cubiertos por los particulares, o corren a cargo del presupuesto estatal. Cuando en este último caso se habla de «escuelas del Estado», de «ferrocarriles del Estado» y, por tanto, de la correspondiente actividad o «administración» estatal, se opera, evidentemente, con un concepto del «Estado» que es distinto por completo de aquel otro que supone el concepto formal de «función del Estado». Hay hechos que reciben el nombre de administración estatal, porque son realizados por hombres que ocupan una peculiar posición jurídica y están encargados de una misión técnica. Tenemos aquí un concepto especialísimo, altamente complicado, exclusivamente jurídico-material del Estado, acerca del cual insistiremos al tratar la doctrina de los órganos estatales (cfs. págs. 357 y ss.).

Cuando se imputan al Estado, supuestas ciertas condiciones, no ya actos coactivos (o su preparación procesal) sino hechos que representan una conducta, cuya contraria es ilícita, entonces nos hallamos ante una función estatal no en el sentido de función jurídica formal, sino en un sentido específicamente material. Según nuestra teoría de la proposición jurídica, ésta enlaza, por medio del «deber ser», un hecho condicionante con una consecuencia constitutiva de un acto de coacción. Con esto queda establecido que el Derecho es, en esencia, un orden coactivo, y el Estado un aparato de coacción. Un acto del Estado, una función estatal es, por tanto, la reacción específica del Derecho: el acto coactivo (o su preparación procesal, sea por los tribunales o por las autoridades administrativas). Naturalmente, en sen-

tido amplio, todo hecho jurídico es «acto» jurídico, atendiendo a su establecimiento; de modo especial, aquel que constituye el contenido de la norma secundaria, es decir, la conducta debida (cfs. págs. 66, 339 y ss.). Cuando la cualidad de un hecho como acto o función estatal deriva de su posición en el sistema del orden jurídico y, especialmente, cuando un hecho constituye un acto estatal porque ese hecho es la reacción jurídica, la consecuencia jurídica, se opera con un concepto puramente formal de la «función» y del «Estado». Pero entre los actos de la administración dotados de la cualidad de actos estatales, hay algunos que no son actos jurídicos más que en el sentido de que se hallan prescritos por la norma secundaria como conducta debida.

Así, por ejemplo, la actividad de las autoridades docentes no puede comprenderse jurídicamente sino como contenido de normas secundarias. La conducta opuesta es contenido de proposiciones jurídicas disciplinarias. Ahora bien, todos los súbditos realizan tales hechos, desde el momento que se comportan con arreglo a las leyes. Por eso, si bien es posible considerarlos como órganos jurídicos (o estatales) en el sentido más amplio y estrictamente formal de la palabra, precisa no ignorar la clara distinción existente entre la conducta jurídica, en general, y los actos administrativos «estatales», en sentido estricto y específico. Dichos actos no quedarían suficientemente caracterizados desde el punto de vista jurídico, diciendo que constituyen conducta jurídica, conducta «debida», y que son contenido de normas secundarias. Es más: su cualidad de actos «estatales» en este sentido nuevo y específico no deriva de su posición en el sistema; los hombres que los establecen no son órganos del Estado porque realizan funciones públicas, sino a la inversa: dichos actos son estatales porque los hombres que los realizan son objeto de una especial cualificación jurídica; porque son órganos del Estado en un sentido específicamente material. En este sentido, los órganos del Estado deben recibir el nombre de «funcionarios públicos» (simplificando esencialmente el hecho complicadísimo que representa esa designación).

En aquellos órdenes estatales que han alcanzado un amplio grado de desarrollo técnico, solamente los «órganos» en el sentido jurídico material de la palabra, los «funcionarios públicos» son los que realizan los actos estatales en sentido formal constitutivos de la «reacción jurídica», esto es, los actos de coacción (y su preparación procesal) prescritos por el orden jurídico. Esos actos reúnen, de ese modo, la doble cualidad de actos del Estado en sentido formal y material. A medida que la evolución avanza, esos órganos en sentido jurídico-material, esos funcionarios públicos son confiados con funciones distintas de la mera realización del acto coactivo. El aparato estatal (formado por los órganos en este sentido estricto) despliega otro género de actividades, aunque siempre en la forma del Derecho. Esta forma consiste en que dicha actividad constituye el contenido de las normas secundarias. Partiendo de este concepto del Estado, precisa admitir que el «Estado» que edifica escuelas y organiza enseñanzas, que cons-

truye y explota lineas férreas, etc., realiza hechos análogos a los que realizan otros sujetos que no tienen la cualidad de «órganos del Estado» en este sentido específico. Los actos de coacción son establecidos únicamente por el «Estado», es decir, por sus funcionarios; pero los actos que evitan que dicha coacción se aplique, son realizados «también» por el Estado en este sentido jurídico-material. En este dominio, el «Estado» actúa en libre concurrencia con sus súbditos; en el primero, por el contrario, posee el monopolio de la actuación.

E. El fisco

En particular, este «Estado» puede realizar actos referidos a las transacciones patrimoniales que verifican los ciudadanos entre sí, los cuales están regulados por normas de Derecho privado, y que fundamentan, en concreto, la competencia de los tribunales. Así, por ejemplo, puede adquirir la propiedad de bienes muebles o inmuebles, enajenarla, gravarla, constituir derechos reales o personales, obligaciones, etc. El Estado, como sujeto de tales derechos y obligaciones patrimoniales, recibe el nombre de «fisco», o «Hacienda», es decir, una determinada masa patrimonial cuya creación, utilización, aumento y disminución están reguladas por normas especiales, existiendo ciertos órganos del Estado, los cuales han de adoptar determinadas disposiciones en la forma prescrita por aquellas normas. El hecho del fisco surge en el momento que la economía privada de los «órganos» se separa de la economía estatal, y el patrimonio de los funcionarios, del del Estado. En otro lugar hablaremos acerca de la conexión existente entre el «fisco» y los órganos estatales en sentido específicamente jurídico-material (cfs. págs. 353 y ss.).

El «fisco» es la personificación del complejo (más o menos claramente delimitable) de normas reguladoras de este objeto.

Urge advertir que el establecimiento de los actos jurídicos en virtud de los cuales se constituye el fisco, realizados por los órganos del Estado, está previsto por el orden jurídico, siendo necesario que existan órganos competentes para realizarlos. No es evidente *a priori* que el «Estado» pudiera hacer todo esto, y menos aún la forma de hacerlo. Y tampoco es evidente que las normas del Derecho civil hubiesen de hallar aplicación a dichos actos, es decir, que, para adquirir un patrimonio, tuviera que servirse el Estado de las formas del Derecho civil. Es posible, y en el Estado moderno es siempre el caso, que el Estado recurra a dichas formas como cualquier otra persona jurídica; cabe perfectamente que los órganos del Estado (en sentido jurídico-material) realicen actos que logren para el patrimonio fiscal los efectos jurídicos determinados por el Derecho civil. Pero también es posible que en este punto imperen normas radicalmente distintas de las generales y corrientes en materia de obligaciones y contratos: sea que ciertos hechos tengan consecuencias jurídicas distintas si son realizados por el Estado, es decir, por sus órganos en sentido jurídico-material, que si los reali-

zan otros sujetos; sea que de antemano sean previstos hechos por completo diferentes para cumplir los fines de la Hacienda. El Estado puede aumentar o disminuir su patrimonio mediante compra o venta, explotando ferrocarriles o fábricas de tabaco; entonces podrá considerársele como un patrono o empresario cualquiera. Las determinaciones del Código civil o de la legislación industrial pueden ser tan generales, que si el «Estado» realiza los hechos allí regulados, se apliquen automáticamente las mismas consecuencias que a cualquier otra persona jurídica; de modo que los preceptos del Código civil pueden valer para el Estado si éste compra o vende, o acepta un depósito, etc. O bien puede ocurrir también que existan normas especiales que prescriban la subordinación del Estado a aquellas proposiciones jurídicas. Sin embargo, se le pueden conceder ciertas ventajas jurídicas de naturaleza substantiva o formal (procesal). Pero, por otra parte, el fisco obtiene beneficios (por medio de los impuestos, aduanas, expropiaciones, etc.) en formas jurídicas desconocidas para el Derecho civil, puesto que tanto el deber jurídico de los particulares de tributar, como el deber funcional de los órganos ejecutivos, se fundan en un acto unilateral y autoritario del Estado. La relación jurídica de servicio del órgano del Estado (en sentido jurídico-material: el «funcionario»), puede hallarse regulada totalmente por los preceptos civiles relativos a la locación de servicios, tanto por lo que respecta a su fundamento y contenido como a la disolución de la misma. A veces se habla, a este propósito, de una norma específica de «Derecho público», para señalar la distinción con el Derecho privado, enteramente dominado por la idea de la autonomía individual. Pero esta radical antítesis no existe. Precisamente con referencia a las relaciones jurídico-patrimoniales, los límites que separan el Derecho público del privado son harto inseguros. Así, por ejemplo, el derecho del funcionario al sueldo se incluye tanto en el *jus publicum* como en el *jus privatum* (cfs. acerca de esto págs. 105 y ss.). Según eso, el averiguar si en los litigios patrimonia es en los que el Estado interviene como «fisco», la competencia corresponde a los tribunales ordinarios o a otras autoridades, es cosa que depende completamente de lo que en cada caso prescriba el Derecho positivo. Si se pretende derivar la respuesta a esta pregunta de la «naturaleza» de la relación, nos movemos en el siguiente círculo vicioso: si la relación es de Derecho privado, acúdase a los tribunales ordinarios; pero el carácter «privado» de la relación se funda en el hecho de que la jurisdicción ordinaria es competente para entender en el litigio.

Es lo más corriente que las leyes no prescriban nada acerca de este punto, lo cual se debe a que el legislador está bajo el influjo de una teoría que afirma que el Estado tiene carácter de «fisco» en las relaciones jurídico-patrimoniales y que, en virtud de esa cualidad, es sujeto de Derecho privado, hallándose sometido a las normas de éste y, por tanto, a la competencia de los tribunales ordinarios. Esta teoría es puro Derecho natural, y surgió en los tiempos de la Monarquía

absoluta con el fin de asegurar a los súbditos, frente a las autoridades, ciertos derechos patrimoniales en el sentido del Derecho privado, que carecían de toda base en la legislación positiva. Y puro jusnaturalismo es también la conclusión favorita: puesto que el Estado es sujeto de Derecho privado, es responsable, según las prescripciones del Código civil, de los daños causados ilegalmente por sus órganos en el ejercicio de sus funciones. Este deber de indemnizar necesita hallarse establecido por el Derecho positivo: de la naturaleza del Estado no deriva, en modo alguno. Atribuir personalidad jurídica al Estado como fisco, significa que cuando un súbdito entabla contra aquél una reclamación de carácter jurídico-patrimonial y se declara responsable al Estado, sólo responde un determinado patrimonio y no el de todos los hombres que forman el Estado. Aquí, pues, la «persona jurídica» significa limitación de la responsabilidad a un fin patrimonial individualmente determinado.

De lo dicho resulta que se restringe indebidamente el concepto de fisco cuando se le limita al Estado como sujeto de derechos y deberes jurídicos privados de índole patrimonial, pues dada la inseguridad de la antítesis entre el *jus publicum* y el *jus privatum*, no puede excluirse la posibilidad de relaciones jurídico-patrimoniales de Derecho público (por ejemplo, las que se dan en materia tributaria). Pero en el «fisco» se confunden todas las relaciones jurídico-patrimoniales, esto es, aquél representa un patrimonio central que se constituye por relaciones patrimoniales de Derecho público y privado, juntamente. Sin embargo, para que el concepto no pierda todo sentido específico, parece ineludible la limitación a las relaciones jurídico-patrimoniales. Tal es el caso cuando (como ocurre en algún sector influyente) quiere comprenderse el fisco como la expresión de todos aquellos casos en los que el «Estado» entra en la misma relación jurídica que sus súbditos y, por tanto, quiere que le apliquen el mismo Derecho que a éstos. Indudablemente, es exacta la idea según la cual en los actos realizados por el fisco, el «Estado» concurre con los súbditos en la realización de actos idénticos a los que puedan establecer éstos; dicha idea es el fundamento sobre el cual se alza la noción del fisco. En el fondo es la misma idea de la administración directa, a diferencia de la indirecta o mediata, que ya expusimos anteriormente. Pero, precisamente en los actos fiscales se demuestra que a ellos puede aplicarse un Derecho enteramente distinto del «Derecho general de los súbditos».

F. La distinción entre administración y jurisdicción (justicia)

Una vez admitida la distinción entre la administración directa e indirecta del «Estado», se deduce por sí sola la diferencia decisiva que media entre la jurisdicción (justicia) y la administración. La función del Estado que conocemos con los nombres de jurisdicción o administración de justicia, se encamina esencialmente a la realiza-

ción del acto coactivo o su preparación procesal. En este sentido, constituye una función estatal en sentido eminentemente formal; es función del Estado en el sentido formal de la palabra. Exactamente lo propio ocurre en gran parte con la llamada administración, por lo cual ésta participa del carácter jurisdiccional no menos que la función a la que se aplica estrictamente dicho calificativo. Una y otra no se diferencian grandemente por lo que afecta al contenido de la función. Sin embargo, la administración (como realización de hechos de conducta evitadores de la coacción: como establecimiento y ejecución de normas secundarias) es también función del Estado en sentido material; y esto la diferencia de la jurisdicción propiamente dicha, tanto de la ejercida por los tribunales de justicia, como de la llevada a cabo por las «autoridades administrativas». En la doctrina de las funciones del Estado reina una enfadosa confusión, que reconoce como una de sus causas el hecho del doble significado (formal y material) de los conceptos de Estado y de función, con lo cual resulta que el concepto de administración es equívoco, puesto que comprende dos grupos de funciones, harto distintas desde el punto de vista de la teoría del Derecho.

G. La administración como «libre» actividad del Estado. El problema de las «facultades discrecionales»

Pero urge advertir que la administración es función jurídica y consiste en actos jurídicos aun en aquel sector de su actividad en que se halla en diferencia funcional respecto de la jurisdicción.

Por eso ha de rechazarse decididamente la tendencia a situar la función administrativa del Estado fuera del ámbito jurídico. Esta tendencia se hace valer también en el intento de diferenciar la jurisdicción de la administración, sosteniendo que la última es una actividad esencialmente «libre», a diferencia de la primera. Naturalmente, esta «libertad» de la administración quiere decir libertad frente al Derecho. Pero como quiera que es imposible una desvinculación absoluta entre la administración y el orden jurídico — como lo prueba la existencia de «leyes» administrativas —, se presenta la relación entre la ley y la jurisdicción de forma distinta que la relación entre la ley y la administración; aquélla aplica la ley, juzga conforme a la ley, se halla sometida a la ley; ésta se desenvuelve libremente dentro de los límites establecidos por las normas jurídicas; por eso se dice que la administración es la libre realización de los fines del Estado, dentro de los límites del Derecho. Según eso, una de sus características esenciales es la existencia de «facultades discrecionales» a favor de las autoridades administrativas. Esta distinción es lógicamente insostenible, y oculta un postulado político inconciliable con el Derecho positivo. Puede demostrarse fácilmente que toda aplicación de Derecho, es decir, toda concreción de normas generales, todo tránsito de un grado superior a un grado inferior de la creación jurídica

no es más que llenar un marco vacío, ejercer una actividad dentro de los límites establecidos por las normas de grado superior. La determinación de los grados inferiores por los superiores nunca puede ser completa, siempre tiene que surgir en las normas de orden inferior algún momento material que falta en las normas superiores; pues de otro modo sería imposible todo avance en el proceso de creación jurídica, y la creación de normas individuales sería superflua. También entre el concepto abstracto y la representación concreta tiene que haber alguna diferencia material. Esta diferencia, necesaria entre los grados superiores e inferiores de la concreción jurídica, constituye lo que se llama «facultad discrecional». En esencia, existe tanto en la jurisdicción como en la administración, puesto que una y otra se hallan determinadas más o menos, pero nunca completamente, por la legislación; del mismo modo que ésta se halla determinada en grado mayor o menor por la constitución, y posee, por tanto, un margen má o menos amplio de libre apreciación. Pertenece a las facultades «discrecionales» y, al mismo tiempo, «vinculadas jurídicamente» del juez, apreciar si existe en concreto un acto punible y cuál es la pena que debe imponerse dentro de los límites señalados por los artículos correspondientes del Código penal; y el mismo doble carácter poseen la decisión de la autoridad administrativa que ordena expropiar al propietario su ganado y sacrificarlo si éste ha adquirido una enfermedad contagiosa, y el arbitrio del legislador determinando el contenido de la norma legal por él dictada. Es un vano empeño obstinarse en buscar diferencias cualitativas entre estos casos, puesto que la distinción que entre ellos media es puramente cuantitativa. Seguramente, la libertad de apreciación del legislador es, en principio, más amplia que la del juez; la de las autoridades administrativas ocupa un lugar intermedio entre una y otra. Pero esto no es más que la regulación corriente del Derecho positivo. No es preciso que sea así. Hay casos de una vinculación material extraordinaria del legislador, y de libertad amplísima de los jueces. Respecto de la cuestión de hasta qué punto debe estar vinculado a la ley el órgano de su ejecución, hay dos concepciones frente a frente, dos puntos de vista que no tienen nada que ver con la Teoría, sino con la política del Derecho: los unos exigen una vinculación estricta, para no abandonar los particulares al arbitrio de los órganos, para crear la máxima seguridad en esta fase de la concreción jurídica, para hacerla previsible, calculable en la más amplia medida; los otros, por el contrario, exigen libertad amplísima, para adaptar la norma individual, la decisión concreta o disposición a la particularidad del caso, para evitar la dureza, la rigidez que necesariamente va implicada en la regulación general cuando desciende a los más nimios detalles del contenido.

La decisión de esta antítesis depende mucho de la calidad del material humano a quien se encomienda la función orgánica y, por tanto, en último término, de la creencia en la bondad del hombre. Quien crea en la posibilidad de hombres buenos, sabios y justos, que jamás abusa-

rán de su poder, estará dispuesto a abandonarlo todo al arbitrio de estos «jueces reyes».

En otro caso, existirá la tendencia a limitar en lo posible este arbitrio, que es el poder, el poder jurídico del órgano ejecutor del Derecho. Sin embargo, aun en el límite teórico de las facultades discrecionales no está eliminada por completo la ley ni, por tanto, la vinculación a las leyes de los órganos que las aplican. Por lo menos, siempre existe, aunque no sea más que como hipótesis, la ley fundamental que instituye al «juez rey» y determina que sobre la base del Derecho individual por él creado, deben realizarse actos de coacción. Por tanto, el arbitrio no es nunca absoluto; todo acto de libre apreciación presupone ya una norma, pues de otro modo sería imposible reconocer el carácter jurídico de aquel acto, ni la cualidad de órgano estatal del hombre que lo realiza; pero dicho arbitrio, a su vez, nunca desaparece por completo, puesto que entonces sería imposible realizar el acto en cuestión. Así como el concepto de «aplicación» de la ley implica la vinculación a la misma del acto jurídico individual, los conceptos de «dentro de los límites de la ley» y de obrar «conforme» a la ley se refieren a la libertad que necesariamente tiene que conceder la ley al acto jurídico individual. Carece de sentido dividir los actos jurídicos en libres y vinculados, puesto que los dos son uno y otro; en realidad, la distinción no significa otra cosa que el propósito de despojar a ciertos actos de su carácter jurídico, declarándolos esencialmente libres.

II. Administración y gobierno

Sobre la base de la antítesis fundamental afirmada por la teoría dominante entre la actividad libre y la actividad vinculada del Estado, suele admitirse una cuarta función estatal o, por lo menos, un dominio particularísimo dentro de la administración: el «gobierno». Desde el momento que la relación entre la actividad estatal libre y vinculada suele caracterizarse diciendo que aquélla es primaria lógica y temporalmente, mientras que ésta se apoya en la primera, la cual le determina la dirección a seguir; desde el momento, además, que se declara esencial al Estado la existencia de un dominio de plena libertad de acción no limitada por ninguna norma de Derecho, o bien se considera que este dominio constituye la actividad gubernativa del Estado, y se le contrapone tanto a la legislación como a las más o menos vinculadas jurisdicción y administración, o bien se considera que el «gobierno» no es más que el ámbito jurídicamente libre de la administración. La intención notoria de todas estas especulaciones es la siguiente: lanzar la idea, y fundamentarla «teoréticamente» en la medida de lo posible, de que aquella actividad que se llama «gobierno» de un Estado está fuera del alcance de toda calificación jurídica; es decir, que el «gobierno» se mueve en un ámbito que escapa a la regulación del Derecho. Si se investiga el hecho que quiere expresar el concepto de un «go-

bierno» esencialmente libre de toda norma jurídica, se demuestra que esta fórmula es inexacta, no pudiendo menos de serlo si cuanto llevamos dicho hasta ahora tiene algún valor. Y aun cuando quizá pueda parecer que la fórmula del gobierno jurídicamente libre no es más que una incorrección de matiz en una argumentación correcta, precisa, sin embargo, plantearse el problema con todo rigor, puesto que tras una diferencia aparentemente tan modesta se oculta una intención política evidente. Ante todo se cree ver una actividad «libre» del Estado en el dominio de la legislación. En verdad, la legislación se halla minuciosamente regulada — cuanto al procedimiento — por normas jurídicas constitucionales; también se halla esencialmente determinado quien sólo tiene competencia para presentar proyectos de ley, por tanto, para tomar la iniciativa de las leyes y de todas las restantes funciones del Estado sobre la base de las mismas. Pero — prescindiendo de ciertas excepciones, en las que la constitución o los tratados prescriben que ciertas leyes sean otorgadas — ni los miembros del parlamento, ni los ministros ni el monarca — donde exista — están obligados jurídicamente a presentar proyectos de ley de determinado contenido. En principio, la función de los parlamentarios y del monarca no está estatuida en forma de deberes. Los actos de los primeros no deben ser interpretados por el concepto de «gobierno»; pero el monarca no constituye tampoco, en las monarquías constitucionales, un órgano autónomo de gobierno, como se demostrará más tarde; no puede actuar sino con la cooperación de ministros responsables, que están jurídicamente obligados a su función, dentro de la órbita de competencia que les conceden las leyes. Por tanto, es un deber jurídico de los mismos tomar la iniciativa en el proceso legislativo, cuando el interés del Estado lo exige, y en la forma más adecuada para realizarla; con la particularidad de que queda a su arbitrio la decisión acerca de si existe ese interés, y los medios más adecuados para darle satisfacción. Por tanto, la iniciativa de las leyes, ejercida como actividad «gubernamental», es una función determinada por normas jurídicas, un caso más de facultades jurídicamente vinculadas, aun cuando relativamente discrecionales.

Lo mismo ocurre en el dominio de la política exterior, el cual suele ser considerado muy particularmente como el campo de actividad del gobierno; e igualmente, en esencia, en lo relativo a la dirección de la guerra, nombramiento de funcionarios y concesión de condecoraciones y distinciones.

El órgano responsable de gobierno está siempre obligado, en general, a realizar actos de relaciones internacionales, de poder, de mando, etc., si le ha sido confiada la realización de tales competencias. Pero, en principio, el órgano ha de decidir si existen las condiciones bajo las cuales ha de realizar el acto: el interés del Estado y el contenido que ha de tener el acto para que dicho interés sea satisfecho. Esta situación jurídica, por lo demás, es frecuente no sólo para los órganos superiores de la administración en los dominios mencionados,

sino también en el dominio de la administración directa por el Estado, en los actos administrativos de los órganos inferiores. Así, por ejemplo, si se trata de la beneficencia, el órgano ha de decidir, según su libre apreciación, si existe o no un caso al que pudieran aplicarse los beneficios de aquélla. Sin embargo, no se habla entonces de «gobierno».

Tampoco puede hablarse de una función enteramente exenta de regulación jurídica en el caso de que la función estatal, lejos de estar regulada como deber jurídico, tenga la forma del «derecho subjetivo» —lo que no deja de ser frecuente—; por ejemplo, la elección del parlamento, la cual está regulada por la votación de los electores —que, a su vez, no está regulada sino cuanto al procedimiento—, los cuales no suelen estar jurídicamente obligados a votar y, desde luego, no lo están nunca a ejercer su función en un sentido determinado. Si bien aquí el grado de libertad es mucho mayor que en las funciones antes mencionadas, no puede pensarse seriamente en sostener que la emisión del voto de los electores constituye una función de gobierno. La función del monarca —irresponsable— es ciertamente de la misma estructura jurídica; pero, como ya hicimos notar, en el Estado moderno no puede ejercitarse sino en unión de la actividad jurídicamente obligatoria de los ministros responsables. En cambio, se trata de actos de «gobierno» no sólo cuando los órganos superiores de la administración ejercen su actividad dentro del amplio margen de facultades discrecionales concedido por la constitución o por las leyes, sino también cuando dichos órganos dictan normas directivas —en forma de decretos, de reglamentos— a los órganos inferiores encargados de la aplicación directa de las leyes en cumplimiento de alguna ley administrativa que limita al mínimo las facultades discrecionales. Esta actividad directiva de los órganos superiores administrativos parece ser el momento fundamental que permite destacar dentro de la administración un dominio especial llamado «gobierno». El hecho de una libertad de apreciación particularmente amplia no juega ahí sino un papel secundario. Pero no puede hablarse en modo alguno de una esfera exenta de regulación jurídica. Naturalmente, queda intacta la concepción política según la cual es útil conceder un margen lo más amplio posible de libertad a ciertas actividades del Estado, como los negocios extranjeros, la guerra, etc.

El concepto usual del gobierno, como el que aquí se ha desenvuelto, es puramente formal, y no puede ser de otro modo —supuesto que nada se dice, ni puede decirse, acerca del contenido de la actividad gubernamental—. En aguda oposición contra la teoría «formalista» del Estado, en general, y contra las actuales definiciones formales del concepto de gobierno, se ha intentado formular un concepto del mismo, determinado por un cierto contenido. Según eso, el gobierno es aquella parte de la administración en sentido amplísimo, que cae en el dominio de la política, es decir, aquel en el que el Estado determina e impone su propia esencia; mientras que la administración en sentido estricto, es aquella parte en la que el Estado sirve

otros fines, o se limita a crear los instrumentos técnicos necesarios para la realización de sus funciones políticas (SMEND). Prescindiendo de que, en definitiva, en todas sus funciones el Estado «determina y afirma su propia esencia», se formula una definición mucho más formal, por ser mucho más general, que la definición corriente del «gobierno». Determinar el «gobierno» por la «esencia del Estado» no puede tener lógicamente otro efecto que el de degradar el concepto definido, hasta vaciarlo por completo de todo contenido.

I. Judicialidad de la administración

Seguramente, la teoría que considera a la administración como actividad estatal esencialmente «libre», puede explicarse, en parte, por el hecho de que, en un principio, no estaba determinada por normas generales de contenido material, a la manera de la justicia ejercida por los tribunales. En la Monarquía absoluta, el Monarca tenía poco motivo para limitar en ese sentido mediante «leyes» su competencia constitucional de libre creación jurídica. Pero ya en la Monarquía constitucional, en la que el fundamento de la creación jurídica individual no es sólo la voluntad del monarca sino la «ley» como resolución sancionada por el parlamento, el Estado no puede extender su actividad administrativa en ningún sentido sino sobre la base de una ley. Ahora bien, esta ley puede ser muy general y conceder a las autoridades administrativas un margen de libre apreciación más amplio que el de las leyes judiciales, las cuales, en su gran mayoría, incluso en las monarquías absolutas, han limitado estrictamente la actividad de los jueces; pero en el curso de la evolución esta diferencia tiende a nivelarse por completo. Cuanto más importantes son los intereses individuales intervenidos por las leyes administrativas; cuanto mayor es el poder del parlamento por relación al del monarca — el cual tiene un interés lógico en las facultades discrecionales de las autoridades administrativas a él subordinadas —, no sólo el procedimiento administrativo se asemeja más y más al judicial, sino que las leyes substantivas de la administración son más detalladas y regulan con toda minuciosidad la actividad administrativa. Pero, por otra parte, existen múltiples tendencias a relajar un tanto la estricta vinculación de los tribunales, a ensanchar la órbita del arbitrio judicial (el monarca absoluto tenía que afirmar la independencia del poder judicial, pero al menos poseía un interés en ligarlos por sus leyes en la medida de lo posible).

K. Tendencias políticas de la teoría dominante de la administración

Si a pesar de todo se sigue sosteniendo la doctrina de la «libertad» de la administración, hay que suponer que se oculta una tendencia política tras esta posición de la teoría que contradice el Derecho positivo y sus propios supuestos lógicos. Dicha tendencia se revela claramente en el hecho de que se pretende reconocer decididamente a la ad-

ministración el primer lugar entre las tres funciones del Estado, a pesar de todas las contradicciones en que incurre. Se la declara como la única función esencial, históricamente anterior a todas las demás; la legislación y la jurisdicción serían fenómenos posteriores. Se afirma que sólo la administración es una función necesariamente permanente del Estado, mientras que las demás tienen carácter discontinuo, funcionan con intermitencia; el Estado podría pasar sin legislación y, de cuando en cuando, sin jurisdicción; pero no podría subsistir un solo momento sin administración, pues ésta es la función más amplia desde el momento que le incumbe la preparación de las leyes y la ejecución de las sentencias (JELLINEK). Todo esto es absolutamente inexacto o, al menos, implica una interpretación completamente equivocada de los hechos. Si se considera como administración la función material del Estado generalmente conocida con ese nombre, hay que decir que en un principio no existió la administración, sino única y exclusivamente la jurisdicción. El Estado primitivo es un orden que se limita a realizar ciertos actos coactivos contra ciertos hechos considerados socialmente perjudiciales, es decir, a las penas contra los delitos y la guerra. Que no exista «legislación» no significa que no haya leyes en sentido de normas generales. También la creación consuetudinaria de normas generales es *legis latio* en el sentido en que se traduce esta función del Estado. De seguro, la legislación, como creación consciente de normas generales por órganos especializados en tiempos normales, es una actividad intermitente. Pero la administración no es más relativamente permanente que la jurisdicción en sentido tradicional. Por lo demás, con el poder creciente del parlamento, también la legislación tiene la tendencia a intensificarse y a adquirir carácter de permanencia. Por lo que respecta a la amplitud de la administración, hay mucho de ilusión. Si se quiere comprender la preparación de un proyecto de ley como acto jurídico, no puede tratarse más que de una fase del proceso de la legislación y, por tanto, como función legislativa, no administrativa del Estado. El hecho de que, por regla general — que admite excepciones —, en las modernas democracias ese acto de preparación sea realizado por funcionarios administrativos, por órganos auxiliares del gobierno, no significa en modo alguno que dicho acto sea un acto administrativo, sino que el funcionario se convierte, *ipso facto*, en órgano de la legislación.

Lo mismo ocurre en la ejecución de sentencias. Es función judicial y no administrativa; y aun cuando el órgano que realiza la ejecución no sea independiente, se trata, en todo caso, de función jurisdiccional.

Esta rara teoría descubre su verdadero sentido en las conclusiones que deriva de semejantes premisas. Puesto que la administración es lo originario, su posición se modifica al surgir la legislación. Ésta — considerada como orden jurídico general, como Derecho pura y simplemente — va sometiendo paulatinamente sectores cada vez más amplios de la administración — independientes, *a priori*, del Derecho —. La «administración» es, evidentemente, el «Estado» independiente

del Derecho. Claro es, se dice, que ni el Derecho somete todo el amplio dominio de la administración, ni lo que de ella somete lo hace a la manera que somete a la jurisdicción: en absoluto, por completo. Se conforma con poner ciertos «límites» a esta administración independiente de él. Y esto basta para el moderno Estado, convertido de ese modo en Estado de Derecho: es decir, el Estado en el que dominan las leyes y en el que la administración está limitada por reglas de Derecho; pero no se puede calificarla principalmente con criterio jurídico. Toda esta complicada argumentación no pretende sino lo siguiente: por una parte, comprender la administración como función jurídica y estatal; pero, al mismo tiempo, relajar en lo posible en este dominio las enfadosas ligaduras del Derecho. Los actos administrativos no deben ser juzgados con reglas jurídicas tan estrictas como los actos judiciales. En la administración deben valer como actos estatales muchos actos que no pueden legitimarse jurídicamente. La naturaleza del Estado debe servir para demostrar que no es posible una vinculación jurídica absoluta en este dominio o que, por lo menos, no responde a la realidad del Derecho. Esta teoría tiene su expresión más pura en la doctrina que afirma expresamente que el acto administrativo no deriva su validez (o los efectos jurídicos a él unidos) de una ley superior a él, puesto que — a diferencia del acto jurisdiccional — no la necesita, sino que lleva en sí mismo su fuerza jurídica. Si se piensa que toda esta teoría de la administración nació en el hogar de la monarquía constitucional, en la que el monarca es el jefe de la administración, la cual, a su vez, realiza los intereses preponderantes del Monarca, se comprende cuáles son las tendencias políticas que han causado esa dislocación sin ejemplo de la Teoría del Estado (cfs. págs. 117 y ss.).

L. Las llamadas funciones «extraordinarias» del Estado: la guerra como acto jurídico

Estas tendencias políticas se revelan también, en parte, en una distinción que suele hacerse de las funciones del Estado en ordinarias y extraordinarias. La guerra es una de estas funciones extraordinarias del Estado, que no es ni legislación, ni jurisdicción ni administración. Es una función que está fuera del ámbito del Derecho, si bien tiene que concederse que se halla regulada por el Derecho internacional y, por tanto, que tiene que ser limitada. De cuanto llevamos dicho se deduce que la guerra no puede considerarse como función del Estado sino sobre la base de un orden jurídico que hace posible la imputación; por tanto, es un acto coactivo prescrito por el Derecho internacional o por el orden jurídico interno; en definitiva, pues, es un acto jurídico. Sin embargo — como ya se hizo notar en otro lugar —, el Estado como «persona» no puede ser más que sujeto, nunca objeto del acto coactivo o conjunto de actos coactivos llamados «guerra».

La imputación no puede hacerse a un objeto, sino sólo a un sujeto, así como el acto coactivo de la pena o de la ejecución civil no

se dirige contra el sujeto de Derecho, sino contra el hombre como objeto (cfs. pág. 62 y ss.). Del mismo modo, los actos de coacción comprendidos en el concepto de guerra, dirígense — como también hicimos notar anteriormente (cfs. pág. 277) — contra hombres, pues sólo los hombres son muertos, heridos o prisioneros, pero no el Estado o alguna parte del mismo. En sentido jurídico, al menos, no es posible una imputación en ese caso, pero esta interpretación deja intacta la proposición jurídica del Derecho internacional positivo, según la cual, los actos de coacción constitutivos de la guerra sólo pueden dirigirse contra aquellos hombres que, al realizar ellos mismos actos análogos de coacción, son órganos del Estado adversario, componentes del poder armado del mismo.

Obsérvese, finalmente, que la doctrina dominante afirma expresamente que la guerra se halla fuera de la esfera jurídica, mientras que, respecto de la administración, se contenta con una exención parcial del Derecho, a través de vacilaciones e inconsecuencias; a pesar de que, para esta teoría, la administración, lo mismo que la guerra, es una actividad puramente fáctica, aun cuando limitada por normas de Derecho.

§ 36. La constitución
(La constitución en sentido lógico-jurídico y jurídico-positivo)

A. Subordinación, no coordinación, de las funciones del Estado. Teoría de la pirámide jurídica

Función estatal equivale a función jurídica. La doctrina quiere conocer el Derecho en su función, el «automovimiento» específico del Derecho; quiere considerarlo desde el punto de vista de su dinámica. Por eso toda función del Estado es una función de creación jurídica: el proceso evolutivo y graduado de la creación normativa. Lo que la teoría tradicional señala como tres poderes o funciones distintas del Estado, no son más que la forma jurídica positiva de ciertos relativos apoyos del proceso de creación jurídica, particularmente importantes desde el punto de vista político. No existe, pues, una yuxtaposición de funciones más o menos inconexas y aun esencialmente distintas — como afirma la teoría tradicional, impulsada por ciertas tendencias políticas —, sino una jerarquía de los distintos grados del proceso creador de Derecho. Esta estructura jerárquica desemboca en una «norma fundamental» en la que se basa la unidad del orden jurídico en su automovimiento. Esa norma constituye la constitución en sentido lógico-jurídico, cuando instituye un órgano creador del Derecho. Y la constitución en sentido jurídico-positivo surge como grado inmediatamente inferior en el momento que dicho legislador establece normas que regulan la legislación misma. Sin embargo, la «constitución», esto es, el hecho de constituir un orden jurídico estatal, fundamentando su unidad, consiste en la norma fundamental hipotética no po-

sitiva, que es lo que hemos llamado constitución en sentido lógico-jurídico, pues sobre dicha norma se basa el primer acto legislativo no determinado por ninguna norma superior de Derecho positivo. Cuando ya la antigua teoría del Estado orientaba el problema de la identidad del Estado hacia la identidad de constitución, referíase más bien, aunque inconscientemente, no tanto al concepto jurídico-positivo como al concepto lógico-jurídico de constitución. El Estado es el mismo, aun cuando varíe su constitución jurídica, es decir, si varía en la forma prevista por la misma. La reforma puede ser tan radical como se quiera; pero si se verifica por los medios legales, no hay ningún fundamento para afirmar que con la constitución reformada ha nacido un nuevo Estado. Únicamente podría hablarse de nuevo Estado si la reforma constituía una verdadera violación de la constitución; es decir, si — para considerarla válida — precisa suponer una norma fundamental diferente que aquella que sirvió de base a la antigua constitución. Ahora bien, la violación de la constitución antigua no significa más que una relativa discontinuidad cuando se asciende al Derecho internacional, como grado jerárquicamente superior a los órdenes jurídicos estatales, y se considera que la norma fundamental creadora de la individualidad de un orden jurídico no es más que un hecho fundamental determinado por una norma general de Derecho de gentes (cfs. págs. 165 y ss.); pues lo que desde el punto de vista del orden jurídico estatal es una infracción jurídica, una reforma ilegal, desde el punto de vista superior del Derecho internacional aparece como una modificación legal, de acuerdo con una norma de aquél. La serie continuada de fases del proceso de creación jurídica, desde la norma fundamental a los actos jurídico-individuales, a través de la constitución en sentido jurídico-positivo, las leyes y los reglamentos, caracterízase por un peculiar paralelismo entre el hecho y la norma. Las normas de cada grado superior delimitan — como elemento de su contenido — un hecho, que constituye creación de Derecho en un grado inferior. Para que el proceso jurídico avance, precisa realizar realmente el hecho determinado por la norma superior. Precisa que el parlamento adopte, en efecto, determinado acuerdo; que el monarca manifieste realmente su voluntad en algún sentido; que los jueces dicten sentencias, etc.; en una palabra, precisa realizar un acto psicofísico que sea el soporte de la norma inferior. De ese modo, la norma superior concede a dicho acto su calidad específica de hecho creador de Derecho; pero, a su vez, la norma creada en este acto determina un nuevo hecho de creación jurídica de grado todavía inferior. Considerando la importante diferencia que media entre el acto de creación normativa y la norma creada en este acto, puede afirmarse lo siguiente: lo que frente al grado superior es un hecho, es una norma con respecto al grado inferior. Los dos límites extremos de la pura norma (que ya no es hecho, mirando hacia arriba) y el puro hecho (que tampoco es ya norma, mirando hacia bajo) son, de una parte, la norma fundamental suprema, no positiva, sino hipotética, supuesta por la teoría; y de

otra, el último acto de ejecución de la norma individualizada. Si se considera el orden jurídico como un sistema de complejos normativos jerárquicamente superpuestos; por tanto, si la creación de cada norma es reconocida como un hecho determinado por la norma superior, de la cual es contenido, resulta que la positividad del Derecho constituye, desde este punto de vista dinámico, una jerarquía de actos de individualización; la creación y la aplicación del Derecho son, pues, problemas jurídicos, y el orden jurídico es un sistema regulador de su propia creación y ejecución, una cadena de creaciones sucesivas. Por eso es rigurosamente exacto afirmar que un orden jurídico es positivo si se le individualiza, y en tanto que se le individualiza (VERDROSS). Pero urge advertir que con esto no se suprime en modo alguno la referencia de la norma al hecho, del deber ser al ser, implicada en el concepto de positividad. Sería una ilusión creer que de ese modo la positividad dejaba de ser un problema inmanente del sistema jurídico. Por el contrario, en cada grado del orden jurídico se replantea el problema de las relaciones entre el sistema del Derecho (como norma) y el sistema de la realidad (adecuada a la norma), como realidad de la naturaleza.

B. La teoría positivista de la norma fundamental y la doctrina jusnaturalista del contrato social

Al concepto de norma fundamental o constitución en sentido lógico-jurídico responde, hasta cierto punto, el concepto de un pacto primitivo o «contrato social» como fundamento del Estado, que tan importante papel juega en todas las doctrinas jusnaturalistas. En el fondo, se trata de la misma necesidad teórica: de la necesidad de partir de un supuesto unitario que fundamente la unidad del orden jurídico estatal en la multitud de actos jurídicos estatales y permita comprender como relaciones jurídicas una serie de situaciones fácticas de poder; eso es lo que ha llevado, en el positivismo, a la formulación de una norma fundamental, y en el Derecho natural, a la hipótesis del contrato social. Es un criterio totalmente primitivo imaginarse como un contrato el último supuesto normativo sobre el que se basa el carácter jurídico de las relaciones sociales, la unión y la vinculación jurídicas de los miembros integrantes de la comunidad social; pues el contrato es el hecho más corriente que, en la vida diaria, constituye el fundamento de la fuerza de obligar. La mirada ingenua no va más allá de este hecho, ve en él la última razón de las cosas. De este modo, el contrato constituye el prototipo de la vinculación jurídica. Lo que no es más que un hecho especial, al que la norma general enlaza un deber jurídico, conviértese en símbolo de toda norma de Derecho; he aquí una *pars pro toto*, un procedimiento razonador simplista, favorito del pensamiento primitivo. Por lo demás, conviene advertir que en el concepto de la «ley fundamental» — *lex fundamentalis* — se encarna la misma idea que en el concepto del contrato primitivo (concepto afín y, en parte, idéntico al primero), que en la teoría jusnaturalista

juega un papel relevante y traduce con bastante pureza la idea jurídica de la norma fundamental o constitución en sentido lógico-jurídico. Ciertamente, hay también un segundo motivo determinante de que el supuesto necesario desde el punto de vista teórico se traduzca precisamente en forma de contrato. Como ya se hizo notar en otra ocasión (cfs. págs. 46 y ss.), se trata de la idea individualista según la cual la validez de toda norma y toda vinculación normativa tienen su última justificación tan sólo en la voluntad del individuo. Tras el hecho del contrato, hallamos esta norma fundamental: «no debes sino lo que quieres». El orden estatal se reduce a un pacto, porque precisa fundamentarlo en el asentimiento de los súbditos. Aquí se inicia el viraje específicamente jusnaturalista del principio estrictamente jurídico que contiene la teoría pactista. En esta tendencia individualista extrema, negadora del Estado (consecuencia ineludible de la supresión de la antítesis de ser y deber ser), radica el error fundamental de la escuela del Derecho natural, la cual se ve obligada más tarde a compensarlo, recurriendo a ficciones contradictorias para establecer la validez objetiva del orden social como algo independiente del deseo y del querer de los súbditos (y ningún Estado, Derecho ni Sociedad es posible sin ese supuesto de validez objetiva). En vez de afirmar desde un punto de vista relativamente hipotético y formal que «no sólo unos mandan de hecho y otros obedecen realmente, sino que los unos tienen derecho de mandar y los otros están jurídicamente obligados a obedecer» (lo cual no sería posible sino sobre la base de una norma fundamental hipotética que establecería una autoridad suprema, a cuya delegación directa o indirecta se reducirían todos los actos de la misma, como actos de creación normativa), la teoría del Derecho natural afirma apodícticamente, esto es, como verdad absoluta y concreta: «los hombres han acordado que unos *deben* mandar y otros obedecer». Así, en lugar de la norma pura, meramente hipotética y carente de realidad concreta, se elige como fundamento un hecho real; de ese modo, lo que no es más que una hipótesis creadora de la unidad del orden jurídico o estatal, conviértese abusivamente en hecho histórico, perdiendo su sentido prístino inmanente. La norma fundamental (que no sólo es admisible sino necesaria para la ciencia del Derecho) no tiene ningún contenido absoluto ni relativo, sino que se orienta hacia el material cuya interpretación como unidad jurídica constituye su función exclusiva; por eso, la autoridad suprema creadora de Derecho puede serlo lo mismo el autócrata que el pueblo, pero el pacto social del jusnaturalismo posee un contenido absoluto.

El carácter específicamente jusnaturalista de la teoría del contrato social se descubre una vez más en el hecho de que los representantes de la misma atribuyen al pacto social un contenido que a veces es absolutamente democrático, con pretensiones de validez eterna y universal, y a veces por completo autocrático; y luego se ven obligados a superar, recurriendo a ficciones ingeniosas, la contradicción que resulta entre su punto de vista subjetivo y el Derecho positivo objetivo. En el

contrato social, los contrayentes se obligan a someterse en el futuro a la voluntad de la mayoría : así afirma el Derecho natural democrático, aun cuando quizá el Estado positivo posee una constitución autocrática. En cambio, el Derecho natural autocrático afirma que en el contrato social el pueblo trasladó todo su poder a un monarca absoluto, a pesar de que el orden positivo estatal atribuya probablemente el derecho de legislación a un parlamento por sí solo o en unión de un monarca. Frente al Derecho positivo como realidad jurídica, el Derecho natural se halla desamparado. Justamente por eso el contrato social del Derecho natural es incapaz de fundamentar una teoría del Derecho positivo, si bien el jusnaturalismo pretendió ser dicha teoría, no limitándose a influenciar el contenido de la legislación positiva, sino aspirando a comprenderla y conocerla.

C. La constitución en sentido formal y en sentido material (« pouvoir constituant »)

La tendencia individualista del Derecho natural — que en lugar de una norma fundamental pone el hecho de un contrato —, motiva ulteriores desviaciones de la línea de una teoría positiva del Derecho. La norma fundamental hipotética en cuya identidad se basa la identidad del orden jurídico « estatal », tradúcese (algo ingenuamente) en la idea de la invariabilidad del contrato primitivo. El Derecho natural advirtió que una mutación del mismo significaría una supresión del Estado sobre él basado, la creación de un Estado nuevo. Pero como la idea pura de la norma fundamental hipotética se enturbia al presentarla como contrato realmente celebrado, el principio estrictamente lógico de la invariabilidad se convierte en el postulado político oportunista de la posibilidad de reforma unánime del contrato, del que se supone que fué adoptado en un principio por unanimidad. De este modo, en el lugar de un supuesto teórico para comprender el Derecho positivo se instala la representación de ciertas normas jurídicas positivas particularmente importantes, relativas a los órganos superiores creadores de Derecho. Se confunde el concepto de constitución en sentido lógico-jurídico con el concepto jurídico-positivo de la misma, y se aplica al último, desnaturalizándolo necesariamente, una calidad lógica del primero. Cuando el Derecho natural reconoce al contrato o ley fundamental — *lex fundamentalis* — una validez « superior » a la de las normas jurídicas creadas sobre la base de la misma, borra la diferencia fundamental existente entre la validez de las normas supuestas y la de las normas establecidas y pone en su lugar la diferencia meramente gradual entre normas jurídicas difícilmente reformables, y las que pueden serlo con facilidad ; y ello se debe a que imagina el contrato fundamental y la ley fundamental como normas variables. Pero sólo las normas jurídico-positivas, no las hipotéticas pueden ser « reformadas » en sentido jurídico. Es una afirmación « jusnaturalista », por falta de apoyo en el Derecho positivo, sostener que

las normas relativas a los supremos órganos creadores de Derecho sólo pueden ser modificadas por unanimidad, es decir, con el asentimiento de todos los súbditos; pero dicha afirmación no es sostenible ni siquiera como postulado de política del Derecho. Por eso se atenúa paulatinamente, y llega a no constituir sino el postulado de la dificultad de reformar las normas jurídicas relativas a los supremos órganos creadores de Derecho — constitución en sentido material —, sirviendo así de fundamento al concepto de constitución en sentido formal.

La tendencia a dificultar la reforma de los fundamentos del orden estatal nació de la necesidad de una continuidad de la evolución jurídica. Sin embargo, en ella puede traducirse el propósito de fortalecer el poderío de un determinado grupo, que se encuentra protegido por la constitución. Sobre todo en las constituciones democráticas, basadas en el principio de mayorías, el requisito de un determinado « quorum » para reformar la constitución puede ofrecer a la voluntad del grupo anteriormente mayoritario y hoy convertido en minoría, la posibilidad de impedir una reforma constitucional que le perjudica. Dicha dificultad puede tener otras veces el sentido de una protección de las minorías nacionales, étnicas, etc., cuando sus intereses están ya jurídicamente protegidos por la constitución actual. La institución de las normas jurídicas reformables sólo por unanimidad o con grandes dificultades, debía servir precisamente de garantía de la libertad individual, especialmente de la libertad religiosa. La idea enteramente individualista de una esfera personal libre de toda vinculación jurídica, en la que, por naturaleza, *a priori*, el Estado no podía intervenir con sus actos coactivos, operó desde el principio — históricamente considerada — con la noción de la fundación contractual del Estado. Así ocurrió que el concepto de constitución se extendió a señalar aquellos límites, más allá de los cuales no podían ir las normas jurídicas del Estado en la regulación de la libertad individual; o, por lo menos, se requería una reforma constitucional sujeta a difíciles condiciones. Por constitución en sentido material se entiende, pues, aquellas normas que se refieren a los órganos superiores (constitución en sentido estricto) y a las relaciones de los súbditos con el poder estatal (constitución en sentido amplio).

Casi todas las modernas constituciones contienen normas de organización y un catálogo de derechos fundamentales y de libertad; esta división se apoya en una tradición histórica de varios siglos. Se habla de constitución en sentido formal cuando se hace la distinción entre las leyes ordinarias y aquellas otras que exigen ciertos requisitos especiales para su creación y reforma. Es indudable que entre estas últimas pueden incluirse también ciertas normas que por su contenido no pertenecerían, en rigor, a la constitución en sentido material, sin perjuicio de lo cual pueden revestir la forma de leyes constitucionales, cuando así conviene a ciertos intereses políticos. El concepto formal de constitución sirve para distinguir, dentro de la función legislativa, entre la legislación ordinaria y la legislación constitucional. Incluso suele hablarse de un poder constituyente distinto del poder legislativo:

un *pouvoir constituant* que no pertenece a los órganos ordinarios de la legislación, sino a un parlamento «constituyente» o al pueblo mismo — ya a una asamblea popular, o al mero plebiscito —. La función constituyente positiva no puede derivar, como «poder» cualitativamente específico, de la esencia del Derecho o de la constitución; no puede ser una verdad teórica, como no lo era tampoco la validez «superior» de la constitución positiva. La doctrina del *pouvoir constituant* no puede tener otro sentido que el de poner dificultades a la modificación de las normas que fundamentan ciertos casos del Derecho positivo. Las formas típicas de estos requisitos son: una mayoría especial (dos tercios, tres cuartos) y un número total de votantes mayor que de ordinario, como condiciones de la validez de la votación («quorum», que exige la presencia de la mitad o los dos tercios de los miembros de la asamblea legislativa, mientras que para las leyes ordinarias basta la presencia de un tercio de la Cámara); diversos acuerdos acerca de la reforma constitucional, que a veces pueden repartirse entre distintas legislaturas o períodos; finalmente, el planteamiento de la reforma ante una asamblea «constituyente» elegida al caso, o directamente ante el pueblo. Pero es puro Derecho natural justificar esta última medida diciendo que sólo al pueblo compete la reforma constitucional, porque él constituye la fuente última de todo Derecho.

D. Documento constitucional y constitución «eterna»

Partiendo del principio de que la constitución es un pacto, se llegó a proclamar la necesidad de un documento escrito constitucional. No se trata precisamente de fijar por escrito cada una de las normas constitucionales, pues esta cuestión se halla inseparablemente unida al problema en torno al Derecho escrito, el cual surge con la superación del Derecho consuetudinario por el Derecho establecido por órganos especializados. El problema específico lo constituye la idea de un documento en el cual se halla contenida la constitución, constituyendo una totalidad unitaria y acabada. Así como los contratos de cierta importancia suelen otorgarse en escritura pública y solemne, del mismo modo se pensó en la conveniencia de extender el pacto constitucional en documento público, con la firma de los legisladores como partes contratantes. De hecho, por influjo de las doctrinas del Derecho natural, se han dado casos de fundaciones de Estados en esa forma. Hasta hoy ha quedado la idea de la necesidad de un acta constitucional. Pero, atendiendo a la distinción entre un contrato privado fundador de una relación jurídica singular (por lo cual no necesita reforma), y una constitución que es el fundamento de normas jurídicas siempre cambiantes (por lo cual no sólo es variable ella misma, sino que necesita reformas y complementos), la conveniencia del documento constitucional es más que dudosa; pues la constitución, por difícil que sea su reforma, es continuamente renovada para ponerla de acuerdo con las necesidades del tiempo, por lo cual tiene que ser desbordado ince-

santemente el marco rígido de la codificación contenida en el documento constitucional. La idea de un documento constitucional unitario presupone el hecho de una constitución rígida, esto es, plenamente acabada y no reformable. Esto es la constitución en sentido lógico-jurídico, pero no en sentido jurídico-positivo. Y por eso casi todas las constituciones de los modernos Estados se componen de una pluralidad de leyes constitucionales, entre las cuales puede existir, histórica y políticamente, la ley o documento principal. Puede ocurrir que una constitución se declare a sí misma «eterna», o que algunos preceptos constitucionales se consideren irreformables. Entonces nace la cuestión acerca de si dicha constitución o dichos preceptos pueden ser, sin embargo, reformados o no, es decir, si jurídicamente pueden serlo, pues la posibilidad real de su reforma está fuera de toda duda. Del mismo modo que de hecho es también posible y, frecuentemente, real el hecho de que se prescinda de los preceptos que dificultan la reforma, o aun de todas las normas que se refieren a la legislación en general. Desde el punto de vista del orden jurídico estatal, que es desde el único que se plantea esta cuestión, la respuesta es la siguiente: del mismo modo que la violación de las normas que se refieren a la creación jurídica — a falta de otra determinación constitucional — implican la nulidad de la norma irregularmente establecida; es decir, así como es jurídicamente imposible una creación irregular de normas, así también es jurídicamente imposible la reforma de una constitución o precepto constitucional declarado irreformable. Esta declaración de invariabilidad puede ser enormemente inoportuna, puesto que, de hecho, no podrá imponerse una constitución que no está de acuerdo con las necesidades de la época, que exigen imperiosamente su reforma; pero, jurídicamente, no hay más remedio que atenerse a ella, como a toda norma referente a la creación normativa. No es, pues, un fenómeno específico de las normas constitucionales, sino propio de todos los dominios del Derecho, el hecho del «cambio de constitución», consistente en que el manejo de las normas constitucionales va variando paulatina e insensiblemente, ya atribuyendo a las palabras invariables del texto constitucional un sentido que no es el primitivo, ya formándose una práctica constitucional en contradicción notoria con el texto y con todo sentido posible de la constitución.

E. Examen de la constitucionalidad de las leyes

Ciertamente, casi todas las constituciones modernas contienen una determinación que es muy adecuada para rebajar fundamentalmente el valor de las normas referentes a la legislación, desnaturalizando la constitución en el punto más esencial; privan a los órganos encargados de la aplicación de las leyes, especialmente a los jueces, de la facultad de examinar la constitucionalidad de las leyes respecto a su creación y, por tanto, la posibilidad de declararlas nulas, esto es, de no aplicarlas en caso de inconstitucionalidad.

Por regla general, determinan que las normas publicadas constitucionalmente como leyes, tienen que ser aplicadas como tales. De todas las normas constitucionales relativas a la creación de las leyes, sólo los preceptos relativos a la publicación pueden ser confrontados en el caso concreto, y sólo la infracción de los mismos implica nulidad de la ley. La infracción de las restantes normas constitucionales sólo suele tener la consecuencia de que, a propuesta del parlamento, pueden ser castigados los órganos específicamente responsables de la observación de dichos preceptos: en la Monarquía constitucional, los ministros; en la República democrática, en ciertos casos, también el jefe del Estado. Esta privación o limitación del derecho judicial de examinar la constitucionalidad de las leyes, es particularmente característica en la Monarquía constitucional. El monarca recaba para sí el derecho de publicar la ley y de atestiguar su formación constitucional (la llamada «promulgación»). Por eso es su interés excluir todo juicio contrario al suyo acerca de la constitucionalidad de una ley por él publicada. Puesto que según la constitución, el monarca puede decidir por sí solo o en unión del ministro responsable si una ley ha sido creada o no constitucionalmente, parece indudable que puede también crear una ley con fuerza de obligar por medio de la sola publicación. En todo caso, su posición le permite producir mediante la publicación una norma obligatoria que, si bien debió haber sido votada como ley constitucional, lo fué únicamente como ley ordinaria, por haber faltado, por ejemplo, la mayoría requerida. Por eso se comprende que en las constituciones democrático-republicanas, o bien existe de modo ilimitado el derecho judicial de examinar la constitucionalidad de la ley, o bien se atribuye a un tribunal especial o «jurisdicción constitucional» la misión de suspender las leyes anticonstitucionales. En el último caso, éstas no son nulas de antemano, pero pueden ser anuladas (cfs. págs. 370 y ss.).

La exclusión o limitación del derecho judicial de examen suele justificarse en la Monarquía constitucional recurriendo al principio de la separación de poderes. La argumentación, harto problemática desde el punto de vista lógico, es ésta: el poder judicial no puede intervenir en el legislativo; por tanto, el juez no puede tener competencia para examinar la constitucionalidad del proceso de la legislación.

Pasemos ahora a estudiar ese principio.

§ 37. La teoría de la separación de poderes

A. El punto de vista teórico y el postulado político

La doctrina según la cual precisa separar unas de otras la legislación, la jurisdicción y la administración, nació originariamente como postulado político, para lograr una estructura más conveniente de la organización estatal; pero, más tarde, se le ve convertirse frecuentemente en una verdad teórica de la ciencia del Estado. Como quiera

que dicha doctrina es el principio político sobre el cual se basaba la Monarquía constitucional, no es extraño que la Teoría del Estado, nacida en el hogar de esta forma política, propia de la Europa del siglo XIX, tendiese a ver en aquel principio una verdad esencial. Puesto que para ella la Monarquía constitucional era el prototipo del Estado, pretendió deducir de la « naturaleza » del mismo esta estructura peculiar y, por tanto, todo el principio de la separación de los poderes. Sin duda alguna, la mera « distinción » de los tres poderes (lo único que desde el principio adoptó el carácter de verdad esencial) está bajo el influjo del postulado de la « separación » de los mismos; de manera que la doctrina de los poderes del Estado se caracteriza por el dualismo entre su tendencia teórica y su tendencia política: pues cuando se enseña que si bien el poder del Estado es unitario e indivisible, se compone, sin embargo, de tres poderes coordinados, no se hace sin la idea oculta de allanar el camino por medio de la teoría, a una distribución técnica de los tres poderes o funciones entre tres órganos o grupos de órganos aislados unos de otros y jurídicamente independientes. Oscurecida la idea de la necesaria subordinación (derivada de la esencia del Derecho) de la jurisdicción y la administración a la legislación, y borrado el principio según el cual las primeras no son sino ejecución de las leyes, debía nacer el postulado de una organización en la que los órganos de la jurisdicción y la administración no estarían técnicamente subordinados, sino coordinados a los de la legislación. Esto significa que se renuncia a las garantías técnicas de que los órganos legislativos ejerzan alguna influencia sobre los órganos de la legislación — y, en primer término, interesa separar legislación y ejecución: sólo en segundo lugar se separa dentro de ésta la jurisdicción de la administración —, ya de modo que los órganos legislativos pudiesen anular por ilegal el acto de ejecución, ya porque aquéllos declarasen responsables a los órganos ejecutivos por la ilegalidad de su actividad. Del hecho de que entre dos actos jurídicos existe la relación de un grado superior y un grado inferior de la creación jurídica, no se sigue, ciertamente, que el órgano que ha de crear una norma de grado inferior tenga que estar sometido, del modo indicado, al órgano a quien compete la creación de una norma de rango superior; en general, de ningún conocimiento jurídico esencial podrá seguirse la necesidad de ninguna organización jurídica concreta. Las garantías técnico-jurídicas de que las normas de grado superior serán realizadas, según su sentido inmanente, en las normas inferiores, de modo que éstas correspondan y no contradigan a aquéllas, y de que la ejecución — como expresión de toda norma de orden inferior — será « legal », es decir, correspondiente con las normas de grado superior, pueden existir de muchas otras maneras. Así, por ejemplo, puede confiarse a órganos distintos de aquellos a quienes corresponde la creación de las normas superiores, el control de legalidad de la actividad de los órganos a los que corresponde la ejecución de aquellas normas. Muchas consideraciones políticas hablan, ciertamente, a favor de esta última modalidad. El error de la teoría en torno a los

poderes del Estado consiste en que, para fundamentar la independencia «técnica» de los órganos legislativos respecto de los ejecutivos, afirma la independencia «lógica» de la legislación respecto de la ejecución, deteniendo así durante largo tiempo un importante progreso teórico.

B. Separación de poderes y partición del poder

El postulado de repartir el poder legislativo, el ejecutivo (en sentido estricto) y el judicial en órganos fundamentalmente independientes unos de otros, nació en su autor (MONTESQUIEU) por el principio de la moderación política, por la tendencia a buscar en la vida práctica en general y en la política en particular, el áureo término medio y, por tanto, el equilibrio entre la autocracia y la democracia extremas. El centro de gravedad de esa doctrina radica en la idea de una partición del poder entre una pluralidad de titulares. Debe evitarse en la medida de lo posible que todo el poder estatal se concentre en una sola mano. Un órgano único y omnipotente haría peligrar la libertad de los ciudadanos. Por tanto, el poder estatal debe dividirse entre varios órganos, que se frenen mutuamente y eviten las ingerencias de los unos en el ámbito de los otros. Tras la idea, completamente errónea, del poder estatal como substancia divisible cuantitativamente, se oculta una serie de puntos de vista divergentes, pero admisibles como postulados políticos. Sin embargo, apenas cabe esperar que la separación de la legislación y la ejecución (en sentido amplio) garantice en firme la «libertad» de los súbditos. Aun suponiendo a los órganos de la legislación completamente distintos y separados de los ejecutivos, siempre queda intacta la posibilidad para aquéllos de penetrar a su arbitrio en la esfera de la libertad individual, reduciéndola al mínimo, por medio de las normas generales por ellos creadas. Y si la ejecución ha de responder al principio de legalidad, no hay salvación para la «libertad» individual. La legalidad de la ejecución no sólo debe ser asegurada por la separación de poderes, sino que incluso es una consecuencia de ésta. Por el contrario, es una garantía efectiva de la libertad de los súbditos, un freno eficaz a las invasiones del poder legislativo en la esfera individual el hacer que el órgano legislativo se componga de distintos factores de intereses políticos contrapuestos —como es característico en la Monarquía constitucional—, repartiendo la misma legislación entre varios órganos, cuya cooperación crearía la unidad de la función, y cada uno de los cuales no constituiría sino el órgano parcial de un órgano compuesto. Frente a la tendencia del monarca a vincular ampliamente a los súbditos, el parlamento, como «representación popular», encarna el principio de libertad. Será negado su asentimiento a ciertas limitaciones de la libertad ciudadana. En esta tendencia se ha impuesto el principio democrático contra la autocracia de la Monarquía absoluta, consiguiendo el pueblo una participación en la función legislativa, ejercida exclusivamente

por el monarca. Y esta participación no tuvo, en un principio, otro sentido que el de constituir una limitación del poder real. Por lo demás, sería un prejuicio suponer que el único peligro de la libertad está del lado de los monarcas, y que el «pueblo» o la representación popular, como órganos legislativos, actúan siempre en sentido de la libertad. La legislación es, por esencia, limitación de la libertad, y aun el órgano legislativo constituído por el pueblo mismo o sus representantes muestra, en la práctica, la misma tendencia que el monarca absoluto a regular ampliamente la conducta individual. Y por eso, si en la Monarquía constitucional el poder político se desplaza a favor del parlamento y éste deja su función de factor limitativo de la función legisladora del monarca — antes ilimitado —, convirtiéndose en factor positivo, el monarca puede llegar a constituir el freno de una legislación demasiado amplia, sobre todo por relación a un parlamento elegido sobre la base de un derecho electoral privilegiado, por lo cual o no es más que la representación de la clase poseedora, o no representa en su mayoría sino los intereses de esta clase. El antagonismo natural que existe entre los dos factores concurrentes de la administración: parlamento y monarca, puede impulsar al último a ponerse a favor de aquellos que no son en el parlamento sino una minoría ineficaz, o que carecen de representación parlamentaria.

Si se toma la «libertad» en el sentido de una participación en la legislación, puede ocurrir muy bien que sea el monarca el que, frente a un parlamento cuya mayoría quiere conservar su predominio, defienda la ampliación del derecho de sufragio y, por tanto, la «libertad». En consecuencia, ésta no se consigue aislando los poderes, sino dividiendo, repartiendo el poder legislativo entre distintos órganos. Por eso no se puede identificar el principio de la mayor división posible del poder con el principio específico de la separación de los tres poderes del Estado.

C. Separación de la legislación de la ejecución. Ventajas técnicas y límites

Sin embargo, en la separación técnica de la legislación de la ejecución radica una cierta ventaja política. Toda norma de grado superior es una regla — formal o material — de creación de normas de orden inferior. Si la creación de las normas de ambos grados está concentrada en una sola mano — como en las autocracias primitivas, en las que el monarca establece las normas generales y decide los casos particulares sobre la base de aquéllas —, existe el peligro de que el órgano no se atenga demasiado estrictamente a la norma general por él mismo creada al resolver un caso concreto, y piense que puede modificarla en todo tiempo a su arbitrio. De ese modo peligran la legalidad de la ejecución y, por relación a la seguridad jurídica, la previsibilidad de la misma. Ciertamente, el órgano legislativo tiene también el mayor interés en que su voluntad se realice en la ejecución, esto es,

en que la ejecución se atenga al principio de legalidad. Por eso, si desde un punto de vista se exige que la legislación y la ejecución o, en términos más generales: que la creación de las diversas zonas normativas corresponda a órganos diferentes, no por eso es una necesidad la independencia del órgano creador de normas de grado inferior con respecto al órgano de creación de los grados superiores de las normas. De hecho, el principio de la separación de poderes no se ha puesto nunca en práctica en este último sentido. Sólo respecto de la persona del monarca — y ya esto es bastante característico — se mantuvo siempre el principio de su irresponsabilidad como jefe del poder ejecutivo, no pudiendo, por tanto, ser responsable ante el legislativo, especialmente el parlamento, por lo cual necesitaba ser en absoluto independiente de éste. Este principio, juntamente con el de la separación de poderes, fué aplicado a los Jefes de los Estados republicanos, pero con grandes atenuaciones. Ahora bien; como los actos de gobierno del monarca iban ligados a la cooperación de los ministros como órganos superiores de la administración, y éstos eran responsables ante el parlamento (responsabilidad ministerial), se dió al traste por completo con el principio de la separación de poderes, entendido como independencia de los órganos ejecutivos respecto de los legislativos. La responsabilidad parlamentaria de los ministros es una institución tan esencial en las monarquías constitucionales y en las repúblicas organizadas a base de la separación de poderes, que sólo respecto de la persona del monarca puede hablarse de tal separación, en el sentido de la independencia del poder ejecutivo frente al legislativo. Pero como en el constitucionalismo el monarca es tanto jefe del poder ejecutivo (en unión de los ministros) como órgano del legislativo (en unión del parlamento) — también el Jefe del Estado en las repúblicas organizadas sobre el principio de separación participa de algún modo en el proceso legislativo —, el principio de separación de poderes no se realiza tampoco en el sentido de una partición de la legislación y la ejecución entre distintos órganos. Tanto las limitaciones como la consecuente aplicación del principio, redundan invariablemente en provecho exclusivo del monarca.

D. Función política de la teoría; fundación de la Monarquía constitucional

Y ahí se revela la función histórica del principio. Nacido en la víspera de la gran Revolución democrática, en una época en la que el pueblo comenzaba ya a ganar terreno visiblemente contra el poder ilimitado del monarca, y en que la masa de súbditos reclamaba cada vez más enérgicamente una participación en la legislación, fué concedida ésta, es decir, la creación de normas generales, a una representación popular, aunque siempre en unión del monarca, reservándose además a éste la ejecución. Y desde el momento que el principio en cuestión declaró la ejecución — contradiciendo su concepto y naturaleza — como una función independiente de la legislación, quiso ase-

gurar una situación independiente del parlamento al órgano encargado de la ejecución, quiso buscar un refugio para el principio monárquico, lanzado ya a la defensiva. Desde el momento que se une la idea (perfectamente admisible desde el punto de vista técnico) de la independencia del «órgano» ejecutivo respecto del parlamento, como órgano legislativo, con la idea lógicamente imposible de la independencia de la «función» ejecutiva respecto de la legislativa, inténtase constituir con la ejecución (en tanto que puesta a disposición del monarca), es decir, con la administración (pues el poder judicial es «independiente»), un orden jurídico que puede contradecir en ciertos casos al de la legislación, sin que por eso haya de ser considerado nulo. El monarca — que ya está limitado en la legislación por la voluntad del pueblo — debe reservarse en la administración algún pretexto para imponer su voluntad, aun en contra de la voluntad manifestada en la legislación. El funesto dualismo de la teoría constitucional, su tendencia autocrático-jusnaturalista dirigida contra el principio democrático sancionado por el Derecho positivo, tiene su última raíz en este dogma de la separación de poderes, encaminado, en primer término, a independizar en absoluto la administración de la legislación.

El dogma constitucional de la separación de poderes no podía realizar con el éxito que lo hizo la función descrita (comprensible únicamente por la situación histórica de defensor del principio monárquico que ya se batía en retirada), sino porque, en parte al menos, coincidía con la idea de la división del poder, idea que respondía a un instinto primario de las masas sometidas: la desconfianza contra un gobierno perteneciente a una clase social de intereses opuestos a los suyos, accesible sólo en muy pequeña escala a las influencias de la masa; por tanto, a la aspiración creciente de evitar la formación de círculos de competencia dotados de demasiado poder. Seguramente, era un malentendido — como se ha señalado en tiempos recientes — considerar esencialmente democrático el principio de la separación de poderes; pero tampoco es un principio marcadamente autocrático, pues el último querría poner en manos del monarca todo el poder indiviso, así como el primero querría verlo en manos del pueblo. Mas la democracia misma no puede eliminar por completo la contraposición entre gobernantes y gobernados: no ya en principio, pero sí en su estructura real. Por lo demás, ya que no el principio de la separación de poderes, el principio de la división del poder tiene un sentido aceptable allí donde ha desaparecido por completo el poder monárquico, como en las repúblicas democrático-parlamentarias. Para la significación funcional del principio de la separación de poderes es característico el hecho de que aquélla se aproxime al tipo de la Monarquía constitucional, en forma de República presidencialista, a medida que dicho principio se va determinando y ejerce influencia en su forma específicamente constitucional. Pero el puro principio de la división del poder, que no sólo se traduce en la división de varias funciones, sino que más bien reparte una misma función entre varios órganos, teniendo por

efecto una disminución del poder, descubre también en la democracia un carácter que responde por entero a la esencia íntima de esta forma de Estado; si la función estatal sólo puede llevarse a cabo por la cooperación concorde de dos o más órganos con intereses contrapuestos, no puede constituir sino un compromiso, una transacción. Esta tendencia compromisaria es un rasgo fundamental de la democracia, como se demostrará más adelante (cfs. pág. 410).

E. Separación de la administración y la jurisdicción

Las constituciones modernas no sólo están sometidas al principio de una separación de la legislación y la ejecución, sino también al de la separación de las dos funciones que componen por igual la última: la administración y el poder judicial, designado con los nombres de jurisdicción o justicia. No es fácil justificar este último principio como postulado de política del Derecho pues es falso (o sólo parcialmente verdadero) el supuesto evidente del postulado separatista, que pretende encomendar dichas funciones a órganos distintos: la hipótesis según la cual se trata de dos funciones esencialmente diferentes, cuya unión en un mismo órgano es perjudicial en virtud de su diversidad. Como quiera que, atendiendo al contenido de la función, la administración es jurisdicción en el mismo sentido que la justicia, no se concibe que puedan separarse dichas funciones atendiendo a su naturaleza. Y mientras la administración sólo fué jurisdicción en este sentido (es decir, establecimiento o preparación procesal de un acto coactivo), no se habló ni de diversidad ni de separación de ambas funciones. La necesidad teórica de separar la función administrativa de la jurisdiccional, no surgió sino con la evolución antes señalada, en virtud de la cual el Estado, en el sentido jurídico-material de la palabra, extendió su actividad a dominios en los que hasta entonces no actuaban jurídicamente sino los súbditos, realizándose actos estatales — en sentido jurídico-material — como contenidos de las normas secundarias; sino que entonces el criterio decisivo no fué visto con la suficiente claridad, y por eso en el concepto de una administración contrapuesta a la jurisdicción se comprendieron actos jurídicos harto diversos. La línea divisoria, arbitrariamente trazada, atravesó por mitad los actos de la administración. De ese modo, la distinción entre el complejo de actos designados convencionalmente como administración y los actos de la justicia, no subsiste sino como una diferenciación de los órganos encargados de estas funciones: en un caso, autoridades «independientes»: los «tribunales»; en otro, autoridades «dependientes»: los órganos «administrativos». Si se quiere describir la escisión sufrida en el ámbito de la ejecución por la materia unitaria del Derecho en el dominio legislativo, declarando, por ejemplo, que el Derecho civil y penal corresponde a los tribunales de justicia, mientras que la ejecución del Derecho industrial, sanitario, financiero, militar, escolar, etc., pertenece a los órganos administrativos, se incurre en una cierta *petitio*

principii; pues si quiere determinarse el Derecho civil y penal con independencia de los órganos que los ejecutan, precisa considerar a uno y otro como un conjunto de normas jurídicas que establecen como sanción la ejecución en unos casos, y la pena en otros. Pero en este sentido, todas las normas jurídico-administrativas son normas civiles o penales; y todos los actos administrativos — en tanto que constituyen jurisdicción — son actos procesales, que tienden, en definitiva, a establecer los respectivos actos de coacción. La única diferencia consiste en que los unos son aplicados «judicialmente», al paso que los otros lo son por autoridades no judiciales. Quizá pudiera admitirse que en aquellas normas jurídicas que se abandonan a los jueces «independientes» — esto es, independientes en primer término del monarca — el interés de los súbditos predominó sobre el de los monarcas (la regulación de las relaciones económicas entre los súbditos, la protección de su vida, de su honor, de su bienestar físico), mientras que la relación se invertía en los dominios jurídicos cedidos a la jurisdicción de las autoridades administrativas (Hacienda, Guerra y, en especial, todo lo relativo a Instrucción pública y Culto, de tanta importancia para quien ocupa el poder). Una división técnica tan importante como la realizada entre la justicia y las autoridades administrativas ha de tener, por fuerza, motivos políticos profundos. Limitándose a aceptarla como hecho histórico, no se ha adelantado nada en el terreno científico. Con ese elemento político, traído aquí a colación por vía de hipótesis, puede relacionarse también el hecho de que las leyes cuya aplicación se encomienda a las autoridades administrativas pueden conceder en todos los sentidos, pero muy especialmente en lo que afecta al procedimiento, un margen de libre apreciación mucho más amplio que el de las leyes aplicadas por los órganos judiciales. La diversidad que de ese modo resulta en la relación del órgano de aplicación con la norma — relativa vinculación, en un caso; libertad relativa, en otro — puede justificar también, en efecto, hasta cierto punto una organización a base de separación. Pero a medida que la diversidad desaparece y aumenta la estructura judicialista de la administración en cuanto jurisdicción, la separación radical de los órganos judiciales respecto de los administrativos pierde su razón de ser (cfs. págs. 311 y ss.).

Y, de hecho, el desarrollo de la jurisdicción administrativa significa que dicha separación se va superando. Su razón de ser limítase a aquellos actos administrativos que no constituyen «jurisdicción» en el sentido aquí estudiado.

CAPÍTULO OCTAVO

Los órganos de creación

Teoría de los órganos del Estado

§ 38. Concepto jurídico-formal del órgano del Estado

A. El órgano del Estado como creador y ejecutor del orden estatal

El concepto de órgano del Estado ofrece dificultades no pequeñas a la teoría, puesto que en el uso de esta palabra se entrecruzan varios conceptos, muy distintos unos de otros. En primer lugar, de todos los principios referentes al órgano del Estado, destácase claramente un concepto formal del mismo, dado con la idea de un orden jurídico o estatal. Más tarde, empero, preséntase también un característico concepto jurídico material del órgano de tal especie, que éste no puede ser comprendido sino como un contenido más o menos genérico de los modernos órdenes estatales (jurídicos). Pero también en el concepto jurídico formal de órgano se cruzan dos diversas series de ideas, cuya pulcra diferenciación es una misión que incumbe precisamente a la Teoría del Estado. Al concepto jurídico-esencial del órgano puede llegarse partiendo tanto de un criterio dinámico como de un punto de vista estático, según que se enfoque el conocimiento a la creación del orden estatal o se tome por punto de partida el orden estatal (jurídico) ya acabado.

Ahora bien, el concepto primario y fundamental de órgano del Estado es el concepto jurídico-esencial del punto de vista dinámico: el orden jurídico estatal es creado en todos sus grados por hombres cuya función creadora está determinada por el orden mismo, desde el momento que las normas de grado superior establecen las condiciones bajo las cuales habrán de ser creadas las normas de grado inferior. De ese modo, es órgano del Estado, en el sentido de instrumento creador del orden estatal, el que — determinado por la norma de grado superior — establece la norma de grado inferior.

Aun cuando consideremos aquí al órgano del Estado como creador del orden estatal, no se excluye en modo alguno su calidad de ejecutor de dicho orden, de realizador o ejecutor material de la voluntad del Estado. El conocimiento de la estructura jerárquica del orden jurídico ha privado de su carácter absoluto a la antítesis de creación y

aplicación normativa, de legislación y ejecución. Por relación a la norma superior, determinante de su función creadora, el órgano del Estado es siempre un realizador, *legis executor ;* pero, al mismo tiempo, por relación a la norma que él crea en su función, es un creador, *legis lator*. En la literatura constitucional, unos autores consideran que el órgano del Estado es el creador, mientras que otros reservan dicho calificativo al ejecutor de la voluntad estatal : y todos tienen razón hasta cierto punto. Mas cuando la teoria formula juicios completamente discrepantes unos de otros al tratar de resolver la cuestión acerca de si determinados hechos concretos son o no funciones estatales, débese ello, entre otras razones, a que se suele presentar ciertas funciones únicamente desde el punto de vista de la creación, y otras tan sólo desde el de la ejecución, a pesar de que, en principio, uno y otro puntos de vista eran posibles. Así, pues, el concepto de órgano comprende tanto los legislativos como los ejecutivos y, por tanto, todos los posibles órganos estatales. Sin embargo, conviene no olvidar los límites del concepto en cuestión, a los que ya en otro lugar se hizo referencia. Estos límites son dos : la norma fundamental suprema, creadora de la unidad del sistema, cuya creación es un supuesto epistemológico, por lo cual no puede ya ser considerada como ejecución ; y el último acto de ejecución, que por su sentido mismo ya no constituye norma : el delito, el hecho antijurídico, en general, y el acto coactivo, la consecuencia jurídica o sanción, como ejecución en sentido amplio. Del concepto de órgano del Estado (como instrumento creador del orden estatal) faltan uno y otro límites: el de creador de la norma fundamental, porque tal función no es creación jurídica en el sentido de establecimiento de Derecho positivo ; y el de realizador de los puros hechos ya no supraordinados en calidad de normas a ningunos otros, porque tras ellos está, precisamente como sistema de normas, el orden jurídico completo.

Pero dentro de estos límites del concepto dinámico de órgano no sólo se hallan, como funciones orgánicas, los actos de legislación y ejecución designados corrientemente como actos estatales (creación normativa, general e individual, por la ley, el reglamento, la sentencia judicial, la decisión y la disposición administrativas), sino también ciertos hechos que en la sistemática tradicional suelen considerarse como actos de los súbditos : los llamados negocios jurídicos. De cuanto llevamos dicho resulta que el negocio jurídico tiene que ser considerado esencialmente como acto de creación de orden jurídico, como una continuación del proceso creador de Derecho iniciado en la constitución. El conocimiento del proceso gradual de la formación del Derecho muestra el negocio jurídico en un mismo plano que los actos de creación normativa considerados como « estatales » : la ley y el reglamento. Las innumerables formas intermedias — estatutos, contratos colectivos — que la reciente evolución jurídica ha intercalado entre la ley y el reglamento, de una parte, y las antiguas formas usuales del negocio jurídico, de otra, han contribuído poderosamente a poner de relieve

la relatividad de la antítesis entre la ley (como creación de Derecho) y el negocio jurídico (como aplicación del mismo). En tanto que en el concepto de órgano del Estado no se contiene sino la idea de la creación jurídica, el principio de una función creadora del orden estatal, no hay ningún motivo para negar aquel carácter a las partes que realizan un negocio jurídico; pues también el elector — que no está ligado jurídicamente de ningún modo a su función — y el parlamentario — que tampoco funciona con sujeción a un deber estricto — son considerados órganos estatales, sólo porque por medio de su función participan en el proceso de la determinación de la voluntad estatal. Para la cuestión del carácter orgánico de la función, lo decisivo no puede ser el grado más o menos elevado de la creación jurídica; a no ser que se pretenda considerar la ley como función o acto estatal, y el negocio jurídico como acto o función meramente jurídica, convirtiéndose entonces la antítesis de Estado y Derecho en la distinción entre los grados superiores y los inferiores de la creación del Derecho. Indudablemente, el concepto que determina aquí el uso de la palabra «órgano del Estado» no es el concepto jurídico-esencial del mismo, cuando no se le quiere aplicar a las partes que celebran un negocio jurídico y sólo con grandes restricciones y vacilaciones se le aplica a los electores y diputados. Se opera, por el contrario, con el concepto jurídico-material, aspirándose en primer término a trazar una línea divisoria entre el órgano y el súbdito, puesto que la separación entre uno y otro no deriva del concepto jurídico-esencial del órgano del Estado. La idea pura del organismo — cuyo correlato es el concepto de órgano — tiende a concebir todas las partes de la totalidad, todo cuanto puede considerarse como parte o elemento de la misma, como órgano, es decir, a considerarlo en una situación de relación esencial con el todo (considerado con criterio dinámico), como participante en la formación de la totalidad, creándola y realizándola. En un organismo natural parece evidente que cualquiera de sus componentes puede ser comprendido como órgano o parte de un órgano relativamente autónomo. Tal es el sentido de la aspiración a comprender toda pluralidad como totalidad orgánica, esto es, «sistemática». Por eso la tendencia íntima del concepto puro de órgano — al menos tal como lo determina, en principio, la concepción dominante — es la de extenderse a todos los miembros del Estado, incluso al súbdito — en tanto que se halla en una relación esencial con el Estado —, considerándolo como órgano estatal en sentido amplio; lo cual es idéntico con la aspiración a comprender también esta relación como conexión orgánica. Esta «estatificación» de todas las relaciones jurídicas no tiene nada que ver, como es natural, con la antítesis política de liberalismo y estatismo.

La creación real del acto coactivo, como acto de pura ejecución, no cae ya en el ámbito del concepto dinámico de órgano, como concepto de una función creadora de un orden estatal (jurídico); pero el concepto estático oriéntase precisamente a este hecho del acto coactivo. Partiendo del punto de vista de un orden ya acabado, sin hacer la menor

referencia a su creación, el problema del órgano estatal plantéase del modo siguiente: es órgano del Estado quien realiza un acto estatal. Acto estatal o jurídico es un acto referible al Estado — como unidad del orden jurídico —, un hecho imputable al Estado. De los dos hechos establecidos en la proposición jurídica completa, tanto el condicionante como el condicionado pueden ser comprendidos — en sentido amplísimo — por esta relación de unidad. Pero el concepto estático de órgano del Estado no expresa, en primer término, sino que la proposición jurídica establece directamente como debido un cierto hecho. En el sentido de la función estática del acto del Estado, impútase a éste lo que es debido, mas no la condición bajo la que aquello se debe; por tanto, sólo se imputa el acto coactivo, mas no el hecho delictivo que lo condiciona; la consecuencia jurídica (sanción), pero no el hecho antijurídico. Puesto que en este sentido sólo puede valer como «querido» por el Estado lo que establece directamente como debido — en la proposición jurídica —, sólo el realizador del acto coactivo es órgano estatal, en el sentido estático del concepto. Desde este punto de vista, el acto coactivo aparece como el acto estatal κατ' ἐξοχήν, como el acto de acción o reacción del Derecho (contra la antijuridicidad). Si se parte de la norma jurídica secundaria, no de la primaria (cfs. págs. 66 y 311), no sólo el acto coactivo, sino todo hecho de conducta encaminado a evitar la coacción (siempre que dicho hecho esté prescrito por la proposición jurídica) es referible a la unidad, imputable al Estado, «querido» por éste, constitutivo, por tanto, de un acto estatal o jurídico.

También, pues, este concepto estático borra los límites fundamentales entre el órgano y el súbdito, como mero miembro del Estado, puesto que es igualmente un concepto jurídico formal o esencial, cuyo sentido es el siguiente: qué todos los hechos establecidos en el orden estatal como debidos constituyen funciones orgánicas; o, con otras palabras, que la relación sistemática de unidad expresada en el concepto de órgano debe tener validez para todos los hechos determinados como debidos en el sistema del Estado (como orden jurídico). Su carácter de función orgánica — y, por tanto, su relación a la unidad del sistema, su «volición» por el Estado, su «imputación» al mismo — no es más que la expresión de su posición en el sistema, la manifestación de que este hecho se halla determinado como debido en enlace sistemático con otros, en la unidad de un mismo orden.

Las únicas dificultades parecen proceder por parte del hecho condicionante de la coacción: la «antijuridicidad», puesto que, de un lado, no parece fácil incluirlo bajo el concepto de órgano, pero, por otra parte, existe la tendencia indudable a comprender también dicho hecho en aquella relación de unidad que constituye la médula del concepto jurídico-esencial de órgano del Estado. Se tiene la costumbre de considerar los hechos en cuestión como negación del Derecho, como no-Derecho (antijuridicidad), pudiendo llegarse a agruparlos, con otros hechos, en un concepto jurídico, o a considerarlos como funciones «orgánicas». Por lo que respecta a la diferencia puramente formal que media

entre el hecho condicionante y el condicionado — el único que puede representarse como «querido» por el Estado —, aquél designio no es necesario. Por lo demás, tiene que perder su apariencia paradójica si se tiene en cuenta que en el concepto en cuestión de órgano — el cual juega ahora el papel decisivo — no se trata sino de la idea de sistema y no de aquel concepto jurídico-material, en el que los llamados hechos antijurídicos no pueden ser incluídos en manera alguna. El problema suscitado por la referencia de estos hechos a la unidad del sistema del Derecho fué ya discutido en otra parte, con motivo del paralelo entre el problema de la Teodicea y el de la ilegalidad del Estado (cfs. págs. 103 y ss.). Aquí baste recordar lo que ya indicamos en otra ocasión: cuando el hecho antijurídico condicionante del acto coactivo es declarado socialmente dañoso, indeseable, y se le declara en consecuencia negación del Derecho, por impedir el fin del mismo, se parte de un punto de vista trascendente, en modo alguno inmanente al orden jurídico (como sistema de proposiciones jurídicas primarias), de un postulado ético-político. Sólo desde este punto de vista cae el hecho antijurídico fuera del sistema del Derecho. Un conocimiento limitado a las normas positivas del Derecho tiene que comprender como función jurídica (aun cuando sólo indirectamente) al hecho antijurídico en conexión orgánica de sistema con otros hechos, como supuesto condicionante de dicha función. Del mismo modo, desde un punto de vista estrictamente biológico, también una función perjudicial al organismo tiene que ser considerada como función orgánica: una úlcera cancerosa es también un órgano, y sólo desde el punto de vista médico — es decir, desde el punto de vista teleológico del fomento de la salud — puede ser juzgada como cuerpo extraño, como elemento perjudicial.

B. Sujeto del órgano y función orgánica

El concepto corriente de órgano del Estado implica por necesidad una cierta personificación; el órgano es una personalidad, si no jurídica, ética; pues se imagina que el órgano es el hombre. Y, en efecto, visto desde fuera, es el hombre quien por medio de sus actos crea el orden estatal. Pero, desde el punto de vista inmanente del propio orden estatal, la creación del mismo (que ya no puede ser entonces sino continuación y desenvolvimiento) es un hecho que en cada grado es objeto de regulación diferente; y el contenido de ese hecho es una determinada conducta humana. Este hecho no lo consideramos aquí como sujeto, sino como objeto — regulado por el orden — de la creación normativa (ésta, pues, en calidad de objeto de regulación, y no en calidad de persona). La disolución de la personificación implicada en el concepto de órgano del Estado, y el reconocimiento de que con este concepto se piensa el hecho de la creación jurídica regulado por el orden jurídico (constitutivo, por tanto, del contenido de las normas), garantizan del peligro (propio de toda personificación) de las duplicaciones

perturbadoras, de la concepción tan frecuente según la cual el Estado y su órgano son dos esencias separadas: aquél, una unidad jurídica ficticia; éste, un hombre real, cuyas relaciones con los demás pueden determinarse sin contradicción. El punto de vista aquí establecido del conocimiento inmanente, no permite comprender la creación (ejecución) del orden sino como contenido del mismo; y de ese modo no reconoce en el Estado sino una unidad de hechos constituída por el orden, y que son su contenido. Una vez fijado este punto de vista, nada se opone a hablar de los órganos del Estado como sujetos de las funciones creadoras de orden, dejándose llevar por la presión del lenguaje jurídico substantivista y personificador.

El hecho de que para la Teoría del Estado no esté en tela de juicio, propiamente, el concepto de sujeto del órgano, sino el de la función orgánica objetiva (como hecho específico regulado por el orden estatal), muéstrase claramente cuando (partiendo del hombre que actúa como órgano estatal) se busca el criterio necesario que diferencia los actos «orgánicos» de este hombre, de todas sus restantes y múltiples manifestaciones vitales; pues es evidente que el hombre no es órgano de una comunidad (y, en especial, del Estado) por su calidad humana; ni lo es tampoco en todas las direcciones de su actividad ni en todos sus actos. Precisamente, aquí parece existir una diferencia esencial entre el organismo natural y las estructuras sociales que se las compara con los organismos al suponerles la existencia de «órganos»; pues el miembro que es parte de un organismo natural, es órgano del todo en su totalidad y en todas las direcciones de su existencia, por lo cual cada una de sus funciones (en cuanto función orgánica) es función del todo y puede ser referida a la unidad de todas las partes. Se dice que el árbol florece aun cuando no haya más que una flor en un tallo de una sola de sus ramas; y por pequeño que sea el movimiento molecular que circula a través de esas partículas, es siempre el árbol entero el que vive en ellas. Pero en la comunidad social, incluso en la extensa y profunda del Estado, el hombre no es miembro sino en una parte muy pequeña de su ser; y en gran parte, en su mayor parte queda libre de la comunidad; y sólo este hecho o postulado de la libertad debía servir para desahuciar definitivamente toda afinidad de esencia entre los organismos naturales y los sociales. Por esta razón es inexacto el representarse la comunidad social y, en particular, el Estado (dando crédito al lenguaje usual grosero, mero reflejo de exterioridades) como «formada» o «compuesta» por hombres. La totalidad «hombre» no se disuelve en el sistema de la sociedad o del Estado. Únicamente la unidad constituída por un orden específico de determinados actos humanos es lo que representa la comunidad social, en general, y el Estado, en particular. Y precisamente la teoría jurídica muestra que en esta nueva esfera tiene que crearse con sus propios elementos un nuevo sujeto, completamente distinto del «hombre» del sistema de la naturaleza: la persona jurídica, supuesto que se precisa un sujeto como «portador» o «titular» de las funciones específicas de este sis-

tema autónomo. De hecho, en el concepto de órgano personal no parece contenerse sino el concepto genérico de persona de Derecho, bajo un aspecto particular. El órgano del Estado como sujeto no es, evidentemente, sino la persona jurídica en relación con la creación o la aplicación de Derecho. Es el concepto de persona jurídica en la dinámica del Derecho. Así como la persona, en general, el «órgano del Estado», en particular, es también la personificación de un hecho o complejo de hechos específicos (cfs. pág. 81 y ss.). Pero como en la función orgánica se trata de hechos establecidos dentro del orden estatal (formado por las normas jurídicas), la respuesta a la pregunta —planteada siempre mirando «desde fuera» el sistema del Estado— acerca del criterio que distingue las funciones orgánicas de los otros actos del hombre que actúa como órgano, es la siguiente: las funciones orgánicas no pueden ser sino ciertos actos humanos jurídicamente regulados, convertidos en contenido específico de una norma de Derecho, objeto de una determinada cualificación jurídica. Dichos actos se desnaturalizan, por así decirlo, en el momento que se disuelven en el sistema de Estado. Dejan de ser actos propiamente humanos, puesto que se pierde la referencia a la unidad específica del hombre, la cual queda sin objeto (cfs. págs. 81 y ss.): conviértense en actos del Estado. Pero si se los comprende desde este punto de vista; si se ve en el órgano del Estado —como lo exige el concepto— nada más que el titular o sujeto de la función orgánica y se prescinde por completo del «hombre», entonces dicho elemento es órgano en su conjunto y en la totalidad de su función, y el Estado es tan sólo un conjunto de sus órganos. Si se renuncia a representarse el Estado como formado por «hombres», se abandona la esfera de la naturaleza —la cual constituye, como ámbito de las concepciones corrientes, el ingenuo punto de partida precientífico para el ascenso al sistema social-espiritual del Estado, sometido a una legalidad totalmente distinta—, y se sitúa en el punto de vista de una consideración inmanente del Estado, con lo cual queda restablecida la analogía con el organismo natural. Por paradójico que parezca, el Estado no puede concebirse como organismo perfecto más que si se desprende su concepto de aquella esfera dentro de la cual tiene cabida el organismo natural; es decir, si se busca al Estado no en el reino de la naturaleza, sino en el del espíritu. Pero el Estado es un organismo perfecto en tanto que constituye un sistema perfecto, porque la idea de organismo no es otra cosa que la idea de sistema (COHEN). El error de la teoría organicista del Estado no consiste en su empeño de ver en el Estado un organismo, pues concebir el Estado y concebirlo como un todo orgánico es uno y lo mismo. El error radica en considerarlo organismo natural y no espiritual, en situarlo en el mismo plano que los restantes organismos biológicos.

Por eso el Estado no es tampoco, como piensa la teoría orgánica, un organismo a medias, una especie de semiorganismo; y la analogía con el organismo natural no es sólo parcialmente exacta —como suponen los seguidores de la teoría naturalista, que no se atreven

a llegar a las últimas consecuencias —, sino absolutamente cierta, con la sola circunstancia de que se trata de dos sistemas que radican en ámbitos diferentes del conocimiento. La inconsecuencia de la concepción orgánica del Estado, que no se atreve a considerarlo como un organismo propiamente dicho, y sin embargo le reconoce « órganos » y, por lo demás, trata de comprenderlo como un todo orgánico, es una manifestación de su método híbrido, vacilando de continuo entre dos sistemas: el de la naturaleza y el del espíritu, por lo cual se ve impedido de considerar al Estado como sistema y como organismo perfecto, de lo cual ofrece signos bien característicos la « Teoría de la doble naturaleza del Estado », ya criticada en otro lugar (cfs. págs. 14 y ss.).

C. Voluntad del Estado y voluntad del órgano (imputación)

Se acostumbra a fundamentar la necesidad de órganos para el Estado y para todas las comunidades sociales en el hecho de que toda comunidad, y muy particularmente el Estado, necesita una voluntad unitaria. Puesto que al hablar de esta « voluntad colectiva », y muy especialmente de la estatal, se piensa en un fenómeno psíquico real (y una voluntad en este sentido no puede ser sino voluntad de hombres, mientras que la asociación en cuanto tal carece de ella), tiene que llegarse a la conclusión de que la voluntad de los hombres, necesaria al Estado, tiene que ser puesta a disposición de éste, por así decirlo; y los hombres que hacen entrega de su voluntad al Estado, haciéndola propia de éste, son los órganos estatales. Supuesto que no se imagina dotado al Estado de una voluntad colectiva mística, sortéase la dificultad de atribuírsela equiparando la persona jurídica estatal — como todas las restantes personas jurídicas — a los hombres, los cuales carecen jurídicamente de voluntad mientras el Derecho no enlaza consecuencias jurídicas a determinadas manifestaciones de su querer psíquico (niños, anormales). Para que dichos efectos les sean concedidos, necesitan un representante que « quiera » por ellos, es decir, a cuyas manifestaciones de voluntad reconozca el orden jurídico efectos de Derecho a favor del incapaz. Según eso, suele considerarse a los órganos estatales como especies de representantes del Estado que quieren por él — ya que éste es de por sí incapaz de volición —. Cuando se habla de « voluntad » del Estado o de cualquier género de voluntad colectiva, no puede entenderse la realidad psicológica conocida bajo ese nombre. No se trata, como piensan equivocadamente todas estas teorías, de fabricar una voluntad psíquica para concedérsela al Estado (incapaz de querer); sino que lo que se llama « voluntad » estatal unitaria o « voluntad » de una comunidad cualquiera no es más que la expresión antropomórfica del orden creador de la unidad del Estado o comunidad en cuestión. Por tanto, no precisa recurrir a la idea — inverificable, además — de que unos hombres prestan su voluntad al Estado, o quieren por éste en calidad de representantes, ya que la representación sólo es posible entre hombres, para no hablar

del absurdo de una voluntad colectiva existente fuera de las psiques individuales o constitutivas de una integración de las mismas. Si se emancipa del malentendido provocado por el equívoco de la palabra «voluntad», implicado en el supuesto de la naturaleza psíquica de la voluntad del Estado, muéstrase igualmente que el proceso peculiar por el cual la función de un hombre es referida al Estado y un acto humano es considerado como acto estatal, no se refiere al acto de voluntad (completamente interior) sino a un hecho exterior en todo o en parte.

No se trata de que el hecho interno de voluntad de un hombre se traslade al Estado, sino de que una determinada acción humana es «imputada» a éste y se la considera realizada por él. Puesto que a los hombres se les imputan las acciones porque se las considera «propias» de éstos, porque las ha querido — mientras que los actos involuntarios son considerados como meros reflejos mecánicos y, por tanto, no como acciones «suyas» ni aun como «acciones» en general —, también las acciones imputadas al Estado se las considera «propias» de éste y se dice que han sido «queridas» por él. Pero se olvida cuando de ese modo se equipara el Estado al hombre, que una acción no es imputada al Estado porque éste la «quiso», sino a la inversa: el Estado «quiere» una acción porque y en tanto le es imputada. Pero esta imputación de un hecho al Estado no es otra cosa que la imputación del mismo a la unidad del orden estatal, y esta referencia se verifica porque el hecho fué establecido como debido en una norma de ese orden. La voluntad del Estado es el punto final — expresión de la unidad del orden — de imputación de todos los hechos designados como actos orgánicos o estatales. De este modo, el Estado — y toda comunidad — constituye desde este punto de vista una unidad de imputación, la unidad de un orden. Y la posibilidad de imputación de acciones humanas al Estado o a alguna colectividad no es meramente — como se supone de ordinario — una de tantas características de la colectividad, sino que constituye precisamente la esencia de la misma, que no es otra cosa que la unidad de los hechos imputables constituída en el orden.

D. El órgano como «facto» natural

Resulta de lo dicho, que un hombre no puede ser considerado como órgano de la comunidad — o mejor: un hecho no puede ser considerado como función orgánica y, por tanto, como acto colectivo o estatal — sin un orden calificador de ese hombre o de su función. Precisa insistir en esta idea, frente a la concepción muy extendida según la cual el órgano sería una especie de «facto» natural, por así decirlo, el cual precedería en el tiempo al orden ideal — que enlazaría al hecho ya dado —. Fijándose en ciertas manifestaciones de la vida social entre los animales, se imagina, por ejemplo, que en las fases más primitivas de la vida social había ciertos individuos que se dife-

renciaron como órganos del grupo, constituyéndose unos en caudillos, otros en guardianes, etc., y que sólo más tarde surgió una organización consciente, un orden jurídico que reguló la actividad de tales órganos. Si, por ejemplo, quiere ya verse en una manada de ciervos la existencia de un guía y de escuchas, y sin embargo quiere excluirse la hipótesis de un orden jurídico entre ellos, nada parece más fácil que pensar que, entre los hombres, el orden jurídico no surgió sino en una fase relativamente progresiva de la evolución, después de haberse formado distintos órganos del grupo, claramente diferenciados entre sí. Pero si la consideración científica de un grupo primitivo o de una sociedad de animales interpreta la conducta de sus miembros como función orgánica, tal interpretación no es posible sin el supuesto —tácito, al menos— de un esquema interpretativo. Tal esquema es un orden hipotético que se aplica al material interpretado, por analogía con el orden social propio. Sólo si se considera la manada de ciervos como si hubiese un orden social válido de su conducta, pueden destacarse de entre la multitud de movimientos de todos los individuos algunas acciones de acuerdo con el orden, algunos actos que pueden ser referidos a la unidad del grupo y ser considerados como funciones orgánicas. Una cuestión distinta, planteada únicamente a propósito de los grupos humanos, es la de si los miembros mismos del grupo interpretan en ese sentido sus acciones; si se dan cuenta, y cuándo, de la existencia de un orden de su conducta recíproca. Pero aun cuando se admitiese hablar de Sociedad o de Estado no existiendo la conciencia de ese orden, es seguro, sin embargo, que los conceptos de órgano y de orden sociales se hallan en una correlación tan inseparable, que no pueden pensarse el uno sin el otro, ni fuera del otro. Si se quisiere considerar al órgano como un mero «facto», habría que hacer lo propio con el orden social. Por lo demás, los dos se componen de hecho e idea. El error fundamental consiste en creer que el orden social es un hecho natural, perceptible en el mundo de la realidad causal. No es que la formación orgánica social u organización constituya, en principio, un mero acaecimiento efectivo, y que más tarde surja un orden ideal, el orden jurídico. La elevación de la organización primitiva a orden social y orden jurídico no es un ascenso de lo meramente fáctico a lo ideal, sino la metamorfosis de un orden social primitivo en orden jurídico. Y el orden primitivo es un esquema de interpretación de hechos reales, lo mismo que un orden jurídico progresivo. La existencia de órganos implica la existencia de una organización; y la organización es impensable sin el orden, porque ambas palabras poseen idéntico significado. Hay que conceder, no obstante, que la consciencia del orden social en los miembros de la comunidad marcha al compás del progreso jurídico; sobre todo, si no quiere reconocerse la existencia de un orden jurídico o estatal mientras faltan órganos especializados, pues se tiene conciencia más neta y clara de la función orgánica cuando más precisamente se la diferencia de los restantes hechos de conducta del individuo. Y esto ocurre cuando ciertas funciones particu-

larmente importantes — como el castigo del delincuente — no quedan al arbitrio de cualquier miembro de la comunidad, sino que se encomiendan a determinados individuos.

Si se cree poder constatar el carácter meramente fáctico de la existencia de los órganos en el caso de un derrumbamiento revolucionario de un orden jurídico estatal técnicamente desarrollado, señalando el caso de que con anterioridad a la creación del nuevo orden se forman nuevos órganos de hecho, los cuales — en posesión del poder — legitiman después su situación creando una nueva constitución (JELLINEK), se olvida que el hecho de la posesión revolucionaria del poder y el ejercicio del mismo en aquélla basado no pueden comprenderse (sin el supuesto de un orden que faculta para dicha actividad) sino como manifestaciones de la fuerza ejercida por unos hombres contra otros, como fenómenos naturales causales, pero no como funciones orgánicas ni como acaecer social; y que en el mismo momento en que se considera al usurpador como órgano de la colectividad, se parte del supuesto de un nuevo orden, que constituye un nuevo esquema de interpretación. Un órgano sin un orden es un contrasentido. Por lo demás, es el mismo error que se descubre también en la doctrina que presenta la relación entre Estado y Derecho (como relación de hecho e idea) imaginando que, primeramente, nace el Estado como hecho de fuerza, el cual se dedicaría, después, a establecer un orden jurídico (cfs. págs. 103 y ss.).

§ 39. Concepto jurídico-material del órgano del Estado

A. El concepto formal y el concepto material del órgano

El esfuerzo realizado para fijar el concepto o, mejor, el sentido — tan vacilante — de las palabras «órgano del Estado» lleva al conocimiento de que la tendencia fundamental al concebir la función orgánica como estatal, como la función de creación o ejecución de voluntad estatal imputable al Estado, se halla enturbiada por otros principios metodológicamente muy diversos y apenas compatibles entre sí. Esa tendencia se encamina a lograr un concepto jurídico-esencial, estrictamente positivo. Pero entre las corrientes contrarias no sólo hay que constatar la consideración ético-política ya mencionada, que (orientada hacia el fin del Estado) sólo reconoce como funciones orgánicas las socialmente deseables, los hechos fomentadores de la coexistencia, sino, en primer término, un principio jurídico-material, la aspiración a determinar el órgano del Estado según ciertos criterios, que en cada orden estatal revisten una estructura diferente: un principio, pues, que se halla en concurrencia permanente con el concepto jurídico-esencial de órgano del Estado. La extraordinaria inseguridad de un concepto tan fundamental para la Teoría del Estado, tiene su raíz en esta lucha en torno a los fundamentos del mismo. Mientras que el concepto jurídico-esencial de órgano es un concepto funcional —

puesto que es calificado de órgano quien desempeña una determinada función: creación o ejecución de voluntad estatal —, el concepto jurídico-material tiende a la cualificación personal de quien ejerce la función orgánica. Para el hecho del órgano del Estado no basta una determinada función dentro del sistema, sino que más bien se exige una cualificación específica del titular, esto es, del hombre convertido en órgano. Como suele decirse, esta cualificación debe fundamentar una «relación» sólida entre el orden y el Estado, la cual ha de verse en el mero hecho de que alguien realiza una función «para», o mejor dicho, «en» el Estado; es decir, en que establece un hecho dentro del sistema «Estado». Si se prescinde de la idea perturbadora de una relación entre el órgano y el Estado — pues no hay un Estado y un órgano distinto de él, entre los cuales se diese una «relación», puesto que aquél no «coexiste» con sus órganos, pues no existe sino «en» ellos, no siendo más que la unidad de todas las funciones orgánicas —, semejante hipótesis no puede significar otra cosa que una cierta intensificación de las funciones orgánicas de ciertos hombres. Del concepto amplio de órgano del Estado se desprende un concepto más estricto, el cual comprende las funciones de ciertos hombres que realizan en mayor grado e intensidad que otros, funciones estatales, a las que se concede particular importancia. Del concepto general de órgano del Estado se desprende el de empleado o «funcionario público». No es posible señalar características seguras, de validez absoluta. Sólo pueden mostrarse algunos momentos más o menos típicos.

B. La obligatoriedad de la función

Mencionemos, en primer término, el carácter obligatorio de la función. La continuidad y seguridad de la función quedan garantizadas al convertirla en deber jurídico, esto es, al convertir el abandono del cargo, o el no ejercerlo debidamente, en supuesto condicionante de una sanción. Allí donde la función no constituye el contenido de un deber jurídico, se habla de un «derecho subjetivo» a la misma. Pero esto no tiene sino un sentido negativo: el abandono de la función no implica una sanción para el funcionario. Ni puede afirmarse que precisamente las funciones más importantes se hallen garantizadas como deberes, ni basta el momento de la obligatoriedad para atribuir al funcionario el carácter de empleado público. La elección del parlamento afecta a uno de los más importantes órganos de voluntad del Estado; sin embargo, la mayoría de las constituciones no estatuyen un deber, sino un derecho electoral. El interés político es la garantía de que la función se realizará. Pero tampoco al elector obligado jurídicamente a la elección — o, mejor, a emitir su voto — se le considera como funcionario o empleado público a pesar de que, sin duda alguna, es reconocido como órgano estatal y su acto considerado como función orgánica. Tampoco es obligatoria, en principio, la actividad de los miembros elegidos o designados del parlamento, o, por lo menos, la

sanción penal establecida para el abandono culpable de su función es muy pequeña. Y si bien está fuera de duda la cualidad orgánica del parlamento, considerado en su conjunto, y, por tanto, la de órganos incompletos de cada uno de sus miembros, no se habla tampoco en ese caso de funcionarios o empleados públicos, no obstante darse en ellos otras de las características constitutivas de este concepto.

Con la obligatoriedad de la función va necesariamente enlazada la responsabilidad. En el fondo son cosas idénticas. La exigencia de responsabilidad consiste en la imposición de una sanción penal por infracción del deber. Entre las notas genéricas del empleado público figura la existencia de normas especiales para la responsabilidad y, en particular, para la constitución de órganos peculiares para su exigencia (separación de la jurisdicción penal disciplinaria de la penal ordinaria). Sin embargo, obsérvese que tampoco esto es un momento necesario. Muchas constituciones democráticas no muestran una tendencia especial hacia una posición independiente de los funcionarios desde el punto de vista jurídico-disciplinario. Ello es más bien una nota específica de los Estados monárquicos, especialmente de las monarquías constitucionales, que han sido de influencia decisiva para la concepción del órgano del Estado como empleado público.

C. Carácter profesional y remunerativo de la función

En íntima conexión con la obligatoriedad de la función está su carácter profesional, cuyo principal supuesto es la división del trabajo, la especialización de la función. Ya en otro lugar se hizo notar que la función orgánica resulta tanto más consciente a medida que las funciones del Estado no son realizadas por cualquiera, sino sólo por ciertos individuos, especialmente cualificados. Y también implica un progreso en este sentido el hecho de que ciertas funciones se realizan de modo permanente por ciertos individuos, los cuales las ejercen como una profesión. La profesionalidad exige, lógicamente, la remuneración. Sin embargo, puede existir sin ésta, así como, a la inversa, puede remunerarse el ejercicio de funciones no profesionales. Aun cuando a las funciones públicas no remuneradas se las conozca con el nombre de «cargos honoríficos», y se llame «empleado honorario» al funcionario que las desempeña, de hecho, éste no es empleado público; sin embargo, se habla de «empleados honorarios» no sólo en el ejercicio ocasional de funciones, y se exige una cierta permanencia y continuidad de la actividad funcional; si bien, por lo general, ésta va unida con el ejercicio de otra profesión, que es la principal. Por lo demás, también es posible que el desempeño de una función honorífica absorba toda la actividad del funcionario y excluya el ejercicio de toda otra; sin embargo, esto suele llevar aparejado el carácter temporal de la función. En cambio, el empleado público profesional que ejerce su actividad a cambio de una remuneración, está adscrito de por vida a su función, o por lo menos, hasta la edad fijada por las leyes.

La remuneración de los empleados públicos consiste generalmente en un sueldo fijo, establecido por las leyes para las distintas categorías (según su posición en la jerarquía). Con frecuencia, después de transcurrido cierto tiempo de servicio, o en casos de incapacidad involuntaria para el mismo, el empleado tiene derecho al «retiro» (pensión o jubilación) y, en caso de muerte, reciben pensiones la viuda y los hijos menores. Sin embargo, esto no es en modo alguno una particularidad de los empleados públicos. También las empresas privadas pueden asegurar a sus empleados una posición jurídica análoga. O bien puede existir un « Instituto de seguros de retiro »: un fondo especial de « Derecho público », constituído con la aportación obligatoria de patronos y empleados, al cual se acude para la concesión de retiros y pensiones a los empleados particulares. El pago a los empleados públicos lo realiza el Estado en calidad de « fisco », es decir, recurriendo al mismo patrimonio con el cual son sufragados los restantes gastos de las funciones públicas, inevitables en un régimen de economía privada. Pero para el concepto convencional de « empleado público » es de importancia señalar que el pago se realiza por una «caja del Estado», por un fondo central general destinado a los fines de todo Estado.

Aquellos empleados cuya posición es análoga a la de los funcionarios públicos, pero que reciben su sueldo de una caja diferente, aun cuando sea también « pública » (por ejemplo, los empleados municipales o provinciales), no son considerados como funcionarios del «Estado», en sentido propio. Lo mismo ocurre con aquellos empleados que son pagados con un fondo especial del Estado: así, por ejemplo, los empleados de los ferrocarriles del Estado, que son pagados con un fondo constituído con los ingresos de la explotación, y destinado a fines de la misma. Indudablemente, también en este caso se tiene en cuenta que se trata de una función que, en principio, constituye un orden parcial, relativamente autónomo, dentro del orden estatal total; así como el hecho de que el nombramiento del funcionario procede directa o indirectamente de un órgano central, el cual tiene competencia, en principio al menos, sobre todo el ámbito de validez del orden estatal. La distinción entre el empleado público y el empleado de los cuerpos administrativos autónomos — que no son sino órganos del Estado — tiene también como apoyo el hecho de que el nombramiento de los últimos se verifica por autoridades locales o parciales, sin que los órganos centrales intervengan en dicho nombramiento.

Es más propio del « empleado » el que su designación se verifique como « nombramiento » que como « elección » de los súbditos. Ciertamente, la designación por elección no es incompatible con el concepto de empleado, suponiendo que sea posible delimitar claramente dicho concepto. Pero no hay costumbre ni inclinación a dar el nombre de « empleado » a los órganos elegidos democráticamente. Así, pues, la tipicidad del « empleado », con su cualificación basada en su especialidad profesional y su posición jurídica determinada por normas especiales, encaja más bien en la ideología autocrática.

D. La condición jurídica especial del empleado

1. **La colocación.** En los Estados modernos, la situación jurídica del empleado no se basa en un contrato de servicio regulado por el orden jurídico privado de los códigos civiles, por el cual quedaría abandonada al libre acuerdo de las partes la regulación, en principio al menos, no sólo del «sí» sino del «cómo» de la relación de servicio. Por regla general, los derechos y deberes del empleado público son determinados por una ley especial, la cual sólo hace depender, en esencia, el ingreso en el servicio de un acto del órgano competente para determinar el puesto del empleado en el servicio (la colocación) y del asentimiento del empleado. Según lo que se entienda por contrato, puede considerarse que dicho hecho constituye o no esa figura jurídica. Si no se mira más que la coincidencia de voluntades como condición de la efectividad de ciertas consecuencias jurídicas, no hay inconveniente en considerar que el negocio jurídico que fundamenta la situación jurídica del empleado es un contrato.

Si se supone que es de la esencia del contrato el determinar las consecuencias jurídicas directas, el contenido de los deberes y derechos recíprocos de los contratantes y que, por tanto, para poder hablar de contrato éste había de determinar no sólo el «sí» sino el «cómo» de la relación, entonces se trata de una figura jurídica distinta; pues el contenido de los deberes y derechos del funcionario está determinado por un estatuto general en el que, en principio al menos, el empleado no interviene para nada. Pero si la relación jurídica de servicio no puede fundarse sin el asentimiento del empleado; si la manifestación de su voluntad es condición, tanto como el acto del órgano estatal que realiza la colocación, ambos actos son igualmente condicionantes y no hay ningún motivo justificado para dar la preferencia a uno u otro al explicar jurídicamente la relación. Urge advertir especialmente que es insostenible la concepción, harto extendida hoy, según la cual sólo el acto administrativo del nombramiento para el cargo es el fundamento de la relación de servicio, mientras que el asentimiento del empleado no sería más que el supuesto del acto de colocación, eficiente por sí sólo. De la naturaleza de dicho acto no puede deducirse esta consecuencia; pero nada se opone a que en el Derecho positivo se conceda preferencia al acto de la administración. Esto puede ocurrir declarando que ese acto es uno de aquellos a los que el Derecho concede efectos jurídicos aun supuesta su defectuosidad, mientras no son suplantados por un nuevo acto; el acto de colocación es, pues, eficaz aun cuando le falte el asentimiento del empleado — o cualquier otro supuesto —, mientras no es objeto de casación por un nuevo acto de autoridad, pudiendo quedar en ciertos casos dotado de fuerza jurídica. Por el contrario, si la colocación del empleado público es idéntica a la del empleado particular, el acto de nombramiento realizado sin el asentimiento del empleado es nulo *a priori*, independientemente de la decisión de las autoridades competentes, lo mismo que cualquier otro negocio jurídico.

(Hasta qué punto esta « nulidad » represente un caso particular de la anulabilidad, se discutirá en otra ocasión). Pero la interpretación tropieza con una dificultad que proviene de la circunstancia de que el orden jurídico positivo no se expresa con la suficiente claridad acerca de si el acto de colocación goza de la posición preferente de un acto de « autoridad », o si ha de ser considerado como un acto jurídico ordinario, como un negocio jurídico entre las partes, como una mera declaración de éstas (cfs. págs. 358 y ss., 381).

2. El estatuto de funcionarios. El estatuto de funcionarios (pragmática del servicio) para empleados públicos establece, por lo general, una jerarquía. La valoración social más elevada que merecen los altos empleados sobre los inferiores tradúcese jurídicamente en los títulos o distintivos externos, etc. El ascenso en la jerarquía implica, generalmente, un ascenso en el sueldo. Sin embargo, no es absolutamente preciso. Con los principios democráticos está muy de acuerdo la renuncia a toda diferenciación jerárquica; pero también es antidemocrática la diferencia en los haberes. No obstante, la mayoría de las constituciones democráticas se limitan a suprimir las diferencias de jerarquía, pero no de sueldos. Muchos estatutos garantizan un avance temporal en los sueldos. Distinta de la situación personal del empleado en el escalafón es la supraordinación y subordinación objetivas del órgano en el proceso de formación de voluntad estatal. Generalmente — salvo excepciones —, el que ocupa en este sentido un lugar preferente ocupa también un puesto superior en la jerarquía. El estatuto determinante del contenido de la relación de servicio asegura al empleado público contra la posibilidad de una destitución acaecida contra su voluntad. Los casos en que es posible excepcionalmente esta destitución, se hallan expresamente previstos y regulados. Son los casos de privación del cargo después de formación de expediente y por evidente incapacidad para el servicio.

3. Los funcionarios contractuales del Estado. Aparte de estos empleados sujetos al estatuto general, los hay también que son « contratados » por el Estado; entonces, el contrato determina no sólo el « sí » sino el « cómo » de la relación. Pero hay que distinguir infinidad de formas intermedias entre uno y otro tipo. Precisamente los órganos superiores — jefe del Estado, ministros — no están sujetos al estatuto de funcionarios y no ejercen su cargo de por vida, sino que o bien son designados por corto plazo, o bien puede revocarse en todo tiempo su nombramiento; y el concepto de empleado público no tiene aplicación a ellos. Pero también se intercalan formas intermedias entre el empleado que realiza, como profesional, una función del Estado, aun cuando sobre la base de un contrato, y el órgano que actúa como mero titular de un acto jurídico determinado — por ejemplo, un negocio jurídico privado —: así, el fabricante que vende al « Estado » en virtud de un contrato permanente de suministro, o el arquitecto que, a cambio de una remuneración, dirige la construcción de un edificio destinado a oficinas públicas.

4. El deber de fidelidad del empleado público. Generalmente se admite que hay un deber de fidelidad al Estado, que forma parte del contenido de la relación de servicio. Si el estatuto del servicio o alguna otra norma jurídica no establecen expresamente tal deber o no lo elevan a la categoría de contenido jurídico (por delegación de normas morales), no puede decirse que tal deber constituya una obligación distinta o superior a los restantes deberes del funcionario, positivamente establecidos. De la naturaleza de la relación, de la dignidad o valor ético del Estado soberano no puede deducirse la existencia de tal deber, aun cuando con frecuencia se intente el hacerlo. A este propósito, ha jugado sin duda un papel decisivo el monarca identificado con el Estado; se trataba, pues, de un deber de fidelidad personal. En conexión con este carácter ético de dicho deber hállase la prestación de juramento por el funcionario, exigida casi siempre por el Derecho positivo como condición de admisión al servicio. Allí donde quieren evitarse las fórmulas religiosas, especialmente la invocación a Dios, imprescindible en el juramento, se recurre a la promesa solemne de cumplir los deberes jurídicos propios del cargo. El juramento y la promesa no varían lo más mínimo el contenido jurídico de la relación; prescritas por la legislación, significan un hecho jurídico cuyo fin es garantizar el cumplimiento de los deberes jurídicos con el apoyo de las ideas ético-religiosas.

E. Concepto jurídico-material del Estado

Los órganos personalmente cualificados de la forma indicada constituyen aquel armazón relativamente sólido del Estado, en el que se piensa cuando se habla de «aparato estatal». Éste se halla formado no sólo por el aparato burocrático compuesto por los «empleados» en sentido técnico, sino también por ciertos funcionarios no profesionales, titulares de ciertas funciones particularmente importantes desde el punto de vista político; se trata especialmente de funciones de formación de voluntad estatal en los grados superiores, especialmente la legislación: son, por tanto, los electores del parlamento, el parlamento mismo, los miembros de éste, etc. No es posible delimitar con precisión absoluta estos hechos (cualificados desde un punto de vista jurídico-material) de los otros hechos constitutivos simplemente de funciones jurídicas. Si se permite una comparación biológica, diremos que se trata de una substancia que paulatinamente se va solidificando, separándose sus límites de la masa restante del plasma celular. Sólo este concepto jurídico-material de órgano del Estado puede contraponerse a los restantes titulares de funciones jurídicas como meros súbditos, a los sujetos de derecho que no actúan como «órganos» del Estado, a los hombres que son pura y simplemente órganos jurídicos. En sentido estricto, la función estatal es todo aquello a lo que el Estado atiende, y sólo esto. Y mientras que el concepto jurídico-esencial del órgano se determina por la función orgánica, y el órgano del Estado es

el que la desempeña (y sólo porque y en tanto que lo hace), la función del Estado determínase, a la inversa, por el concepto jurídico-material de órgano: un hecho es función orgánica, es decir, acto del Estado, sólo porque es realizado por un órgano estatal en este último sentido. Y es válido todo acto realizado por tal órgano dentro de su esfera de competencia. Lo que determina este concepto de órgano es la noción jurídico-material del Estado: el Estado como contenido jurídico especial, como un orden parcial cualificado por momentos materiales, como institución específica del Derecho. Así como el concepto jurídico-esencial se halla en lucha con el concepto jurídico-material del órgano, del mismo modo hay un conflicto permanente entre el concepto jurídico-esencial del Estado (como totalidad del orden jurídico) y el concepto jurídico-material del mismo (como orden jurídico parcial). El lenguaje confunde continuamente uno y otro, y es fuente inagotable de malentendidos y contradicciones. Ya por esta razón es más que discutible la utilidad de aquel concepto. Añádase el hecho de que es imposible delimitar con fijeza, ni siquiera en cierta medida, su extensión y contenido. Nada pone más de relieve la situación de la Teoría del Estado como el hecho de que hasta ahora no ha intentado definir semejante concepto, no obstante recurrir a él de continuo, poniéndose en contradicción con el concepto jurídico-esencial a que aspira. Examinando la terminología usual (que no se ha elevado sobre el nivel del lenguaje precientífico, popular e ingenuo), no cabe constatar tanto un concepto preciso, como la oscura aspiración a obtenerlo. Si se plantea a la teoría actual la cuestión siguiente: ¿qué es un órgano del Estado? — planteando así la cuestión en torno al criterio del acto estatal y, en consecuencia, del Estado mismo —, se obtiene la siguiente respuesta: aquel hombre cuya voluntad o acción valen como del Estado, porque crea o ejecuta la voluntad de éste. Pero como esta característica se adapta a todo acto jurídico, se declara también: acto estatal es aquel acto jurídico realizado por un órgano del Estado. El círculo es completo si se determina el órgano del Estado por la naturaleza del acto estatal. Aquí tendría aplicación el concepto jurídico-material de órgano; pero la Teoría no ha sido capaz hasta ahora de definirlo.

F. Las autoridades

El concepto de «autoridad» y de acto estatal de autoridad se halla en íntima conexión con el concepto jurídico-material de órgano. Dicho concepto se refiere más bien al momento creador que al de función ejecutiva. El acto puro de ejecución no es un acto de autoridad. La característica de éste es su carácter obligatorio. Esto suele expresarse diciendo que el acto de autoridad es la manifestación del *imperium* estatal. Pero el *imperium* no es otra cosa que la norma obligatoria, y no se manifiesta sino en el acto de creación de la misma. Por naturaleza, el acto de autoridad es norma, general o individual, con la sola particularidad de que su creación corresponde a un órgano en el sentido jurí-

dico-material de la palabra. El negocio jurídico — cuyo carácter normativo es indiscutible —, no es acto de autoridad porque su creación no corresponde según los preceptos de los códigos civiles a los órganos en este sentido estricto, sino a los « súbditos » en calidad de « parte ». El acto creador tiene que emanar de este específico aparato estatal para que sea considerado « acto de autoridad ».

Sería improcedente buscar un criterio del acto de autoridad en el hecho de que se dicta unilateralmente, sin participación del sujeto obligado por él: autocráticamente; pero, en primer lugar, son posibles ciertos actos que obligan unilateralmente, no obstante ser negocios jurídicos privados, y hay del mismo modo actos de autoridad en cuyo nacimiento participa el obligado (colocación al servicio del Estado, naturalización). Mas es una particularidad del lenguaje el no reconocer al acto legislativo el carácter de acto de autoridad, por no reconocer carácter «autoritario» al órgano de la legislación en el sentido estricto de la palabra.

La palabra « acto estatal » comprende los actos legislativos, pero también los actos puros de ejecución que ya no son creación normativa.

Existe una tendencia a colocar en una cierta situación preferente a los actos estatales creadores (comprendiendo los actos de autoridad y los actos legislativos) con respecto a todos los demás actos meramente jurídicos, afirmando para ellos el principio de que, no obstante su defectuosidad, son « Derecho » y, por tanto, tienen fuerza de obligar mientras no son invalidados por otro acto estatal determinado expresamente a ello por el orden jurídico (prescindiendo del caso en que ellos mismos limitan el tiempo de su validez). Con otras palabras: los actos estatales defectuosos son anulables, pero no son nulos *a priori*; mientras que pueden serlo los actos privados — negocios jurídicos —. En este principio (más o menos claramente formulado por la Teoría, pero generalmente aceptado como un supuesto tácito) exprésase una idea — generalizada en lo esencial y traducida en la técnica jurídica — a la que ya en otro lugar aludimos: la presunción de legalidad de los actos estatales superiores. En uno y otro caso se trata de derivar el principio en cuestión de la naturaleza del acto del Estado; por eso es un principio de Derecho natural. *A priori* no existe ningún motivo para juzgar el acto (creador de Derecho) del negocio jurídico privado de manera distinta que un acto legislativo o administrativo. Fuera de eso, es posible que el Derecho positivo diferencie los distintos actos jurídicos con referencia a la cuestión de su posible nulidad o anulabilidad, por motivos políticos. Y de seguro que no faltan abundantes razones para conceder dicha preferencia a los actos jurídicos convencionalmente comprendidos en el concepto de acto del Estado, especialmente cuando se trata de actos jurídicos de los grados superiores, en los que se funda la gran masa de los actos individuales de grado inferior; pero, con criterio estricto, no es admisible que la interpretación insinúe en el legislador una tal tendencia política, ni que se encuentre en las normas jurídicas positivas una manifestación de la misma. Ciertamente, el legis-

lador omite, en ocasiones, legislar sobre algo, sólo porque la teoría jurídica (jusnaturalista) se lo ha presentado como fundado en la naturaleza de las cosas. Precisamente en este influjo sobre el legislador radica uno de los mayores peligros de una Teoría inficionada de Derecho natural. De la misma manera se acreditan también los efectos prácticos de una teoría pura del Derecho positivo.

En la cuestión acerca de si un acto jurídico ha de ser declarado *a priori* como nulo o como simplemente anulable (en el caso en que se halle en desacuerdo con la norma que lo regula), hay que precaverse de tomar la nulidad y la anulabilidad como una antítesis absoluta. También la nulidad ha de ser «jurídica», es decir, establecida en un procedimiento ordenado por el Derecho. El orden jurídico no puede enlazar la nulidad de un acto sino a un juicio de nulidad, expresado en un acto jurídico *ad hoc*; pues cuando el orden jurídico determina que un acto debe ser nulo bajo ciertas condiciones, tiene que determinar también quién ha de decidir acerca de si dichas condiciones existen y, si por tanto, ha de seguirse la nulidad. Sería una ilusión creer que este acto no podía tener sino una significación declaratoria, puesto que todo acto que no sea jurídicamente superfluo, irrelevante, por tanto, desde el punto de vista jurídico, tiene que ser constitutivo. Por eso la distinción entre nulidad y anulabilidad redúcese a determinar si el acto es suspendido con o sin efectos retroactivos; si sólo se le anula *pro futuro*, quedando en vigor sus efectos jurídicos actuales, o si se anulan también éstos, es decir, si se anula el acto *pro praeterito*. Y entonces queda por averiguar hasta qué punto es posible la retroactividad, por ejemplo, frente a una pena de muerte ya ejecutada. La retroactividad significa en este caso pérdida del carácter penal del hecho de la ejecución.

De ese modo, puede parecer imposible el caso de una nulidad absoluta, es decir, no necesitada de ningún acto estatal que la declare. Y de hecho, el orden jurídico o estatal no puede regular la nulidad de otro modo que como anulabilidad con efecto retroactivo. Desde el momento que se regula la nulidad, se excluye la nulidad absoluta. Pero la ciencia jurídica (o Teoría del Estado) no puede prescindir del concepto de nulidad absoluta como concepto límite para ciertos casos extremos, pues, en primer lugar, la cuestión acerca de si un hecho concreto es o no un acto jurídico (estatal), es decir, si es válido o nulo, no puede decidirse a su vez por un nuevo acto jurídico (estatal). De otra suerte, nos hallaríamos ante un *regressus in infinitum*. Que el acto estatal de última instancia, respecto del cual el orden jurídico no reconoce ninguna instancia superior porque no puede ir hasta el infinito, sea un acto válido, tiene que ser supuesto por la teoría jurídica o estatal, del mismo modo que presupone su norma fundamental. Pero, en segundo término, hay también hechos cuyo sentido subjetivo inmanente es el de tener la pretensión de ser actos jurídicos (o estatales); mas como su contradicción con la norma con la que debían hallarse de acuerdo es evidente, no pueden ser convalidados por decisión de

una autoridad: el gobernador de Köpenick, la banda de ladrones que aplica una «pena» de muerte. El orden jurídico no puede tener noticia de estos hechos, los cuales no existen para él como actos del Estado; y no puede tampoco trazar un límite entre esos actos y los meramente anulables, determinando, por ejemplo, en qué grado de la defectuosidad comienza la nulidad absoluta, pues el orden jurídico no podría hacer esto de otro modo que estableciendo un órgano que determinase si los límites eran guardados o no, y que declarase la nulidad absoluta —la cual quedaría convertida, *ipso facto*, en anulabilidad—. Pero la ciencia del Derecho no puede renunciar a caracterizar de algún modo aquellos actos que se hallan en el límite del sistema de los actos que, por estar en contradicción con el sentido que pretenden tener, no son jurídicos, esto es, son nulos. La raíz última del problema que aquí se plantea, se halla en el hecho ya discutido en otro lugar (cfs. pág. 169) de que el material de la teoría jurídica —las acciones humanas— lleva la adherencia de un sentido originario, inmanente, subjetivo, que puede coincidir o no con el sentido objetivo que recibe la acción en el sistema del Derecho por la hipótesis de la norma fundamental supuesta por la teoría jurídica. La orden que un hombre dirige a otro es realmente un mandato, es decir, una norma en sentido jurídico, según que quien la dicta cumpla realmente las condiciones prescritas en la norma jurídica respectiva, y que él afirma cumplir al dictar un mandato que pide ser obedecido. La legitimación del sentido subjetivo de este acto verifícase, en efecto, por un acto semejante. Y el Derecho positivo tiene por su parte la tendencia a mantener la legitimación dentro del mismo aparato jurídico. No es la ciencia del Derecho, sino el Tribunal Supremo quien ha de decidir en última instancia si una sentencia era o no regular. Una intervención precipitada de un juicio de la ciencia jurídica sería auténtico Derecho natural, equivaldría a convertir la ciencia jurídica en fuente del Derecho. Pero el principio de la autolegitimación de los actos jurídicos tiene sus límites: «en último término», es la razón pura jurídica la que legitima objetivamente el sentido subjetivo inmanente, cuando confiere su significación específica, su sentido jurídico a los hechos agrupados en sistema unitario por la hipótesis establecida por aquélla, o se lo confirma en su tendencia de participar en tal sentido.

§ 40. Distintas clases de órganos estatales

A. La designación del órgano estatal: órganos creados y órganos directos

No basta que el orden jurídico establezca una función orgánica; ha de cuidar también de que haya un hombre que la realice. Se acostumbra a designar a ese hombre con el nombre de «titular» de la función o «titular del órgano». Desde nuestro punto de vista, este titular no es sino un elemento del hecho complejo de la función orgánica.

No es sólo que esté regulada una determinada acción, sino que esa acción no queda al arbitrio de cualquiera, sino que se encomienda a un hombre concretamente cualificado. No es, ciertamente, un momento esencial, pero sí un momento regular de las funciones jurídicas o de los hechos establecidos jurídicamente, el que el hombre cuya acción constituye el hecho, se halle especializado de algún modo. El grado de esta especialización puede ser distinto. Sin excepción, se exige una edad mínima y la plena posesión de sus facultades mentales. Éstas son condiciones generales de todos los hechos jurídicos. Sin embargo, la individualización puede ir más lejos y designarse para una determinada función un único hombre, con especificación de sus circunstancias: así, por ejemplo, el monarca en la Monarquía hereditaria. A este propósito, precisa resolver si la designación se hace directamente por una ley, por una norma general, o si precisa todavía para su individualización de un acto concreto, de un grado intermedio en la concreción del Derecho, de un acto de designación por el cual — de acuerdo con las prescripciones de la norma general — un determinado hombre se convierte en órgano, es decir, « se crea » este órgano, como suele decirse. Puesto que el acto de designación ha de efectuarse a su vez por un órgano, puede distinguirse entre aquellos órganos que son creados por otros, y los que son designados directamente por la norma general. Podría hablarse de órganos creados mediatamente, y de órganos directos. Entre los últimos, tendríamos el monarca hereditario ; el monarca electivo sería un ejemplo de los primeros. A veces, dará lugar a dudas determinar a cuál de los dos tipos pertenece un órgano determinado : por ejemplo, el elector parlamentario. En apariencia, es elector quien reúne las condiciones personales señaladas en la ley electoral. Allí donde existe la elección directa, nadie es designado o elegido elector. Pero si sólo posee el derecho electoral quien se halla inscrito en las listas confeccionadas por las autoridades del Censo, o a quien le ha sido concedida una cédula de legitimación, o aquel cuyo derecho necesita ser reconocido por la autoridad competente — aunque no sea más que aceptándole la candidatura —, entonces puede pensarse que el elector es también un órgano creado, desde el momento que la inclusión en el Censo, la concesión de la cédula de legitimación o el reconocimiento de su derecho por la aceptación de su candidatura pueden considerarse como otros tantos actos que constituyen al elector en órgano. Si lo que está en litigio es la calidad de órgano de un sujeto, se hace inevitable la intervención de otro órgano que determine en concreto mediante un acto suyo si aquella calidad existe o no, pues el orden jurídico prevé en todo caso la decisión del conflicto. Sin duda alguna, la técnica del Derecho muestra actualmente sus preferencias por el tipo del órgano creado mediatamente. Sólo en los tipos sociales más primitivos falta toda creación, al no existir funciones especializadas. La institución de la vindicta constituye a todo lesionado en titular de la reacción jurídica, de la ejecución penal (realizada como « venganza »). Sin embargo, es fácil de comprender que ningún orden jurídico puede re-

nunciar a órganos totalmente directos — en el sentido aquí indicado —, puesto que, al menos en el orden del tiempo, tiene que existir un órgano que no haya sido creado por ningún otro.

Las formas posibles del acto de creación son las siguientes: nombramiento, elección, suerte. La primera responde, al menos en principio, al tipo de la autocracia; las otras dos, al tipo democrático. La elección y el nombramiento se distinguen por la naturaleza y la posición del órgano que hace la designación. El nombramiento es la designación de un órgano por un órgano individual superior; la elección se verifica por un órgano constituído, en el caso ideal, por los inferiores al que se elige. Sin embargo, éstos no constituyen sino los tipos ideales, entre los cuales se intercala una multitud de formas mixtas o intermedias, para las cuales no existe una denominación especial; los dos momentos que caracterizan al órgano creador: órgano particular o colegial, superior o inferior, pueden interferir en parte. Es, pues, posible la designación por un órgano colegial superior; la terminología se inclina a hablar en este caso de «nombramiento». Apenas si puede darse el caso de nombramiento por un órgano individual inferior. Por el contrario, es muy frecuente la elección por una colectividad cuyos miembros no están en relación de superioridad ni inferioridad con el órgano elegido; o bien el órgano superior es elegido indirectamente por aquellos que están obligados por las normas que de él emanan. Distínguese, a este propósito, según que el órgano elegido tenga competencia únicamente para establecer normas generales para los electores — directos o indirectos — o sólo individuales. (Sólo en el último caso se habla de una situación de dependencia, de una relación de obediencia al órgano. Confróntese lo que sigue acerca de la relación de los órganos entre sí.) Ejemplos: el jefe de un Estado elegido por el pueblo, un gobernador elegido por la asamblea provincial, un parlamento elegido por el pueblo, un ministro elegido por el parlamento. (Sobre los posibles sistemas electorales, cfs. págs. 436 y ss.).

El sorteo puede considerarse procedimiento democrático, puesto que si bien no responde al principio de libertad, como la elección por los súbditos, está de acuerdo con el principio de la igualdad, determinante de la democracia en unión del primero. Por lo demás, el sorteo apenas se verifica en los Estados modernos sino en algunos casos, como la designación de jurados. Tan sólo se recurre a él por vía subsidiaria en los casos en que la elección falla técnicamente, por ejemplo, porque dos o varios candidatos han obtenido igual cantidad de sufragios.

B. Órganos simples y órganos compuestos

1. Órganos compuestos de dos funciones parciales de contenido idéntico. Según que el hecho de la función orgánica se realice por la función de un solo hombre o por la cooperación de varios, se puede distinguir entre órganos simples y compuestos. El hombre particularmente considerado cuya acción concurre con la de otros hombres a

establecer la función total, es un órgano parcial e incompleto; sin embargo, dentro de un órgano compuesto puede actuar como órgano parcial relativo, otro nuevo, compuesto también.

La composición de una función orgánica de dos funciones parciales puede ocurrir de dos maneras: o bien los órganos incompletos que cooperan en la función total han de realizar actos del mismo contenido, o bien la función total compónese de hechos de contenido diferente. En el primer caso, hay lugar a distinguir según que se trate de dos o más órganos incompletos, cuyas manifestaciones de voluntad crean el acto orgánico. Ejemplo de lo primero: la llamada «diarquía», en la que ciertos actos estatales se realizan en común por dos cónsules o dos reyes, y el sistema bicameral, en el que la ley se crea por el voto común de las dos cámaras — cada una de las cuales es, por sí sola, un órgano incompleto—. Todo esto responde al tipo del contrato. La diferencia radical que suele admitirse entre el acto jurídico del contrato y los mencionados actos estatales desaparece advirtiendo que ambos constituyen funciones jurídicas y, por tanto, estatales y orgánicas. Sin embargo, no deben negarse ciertas diferencias que resultan del hecho de que, en el contrato de Derecho privado, el contenido de las respectivas manifestaciones de voluntad constitúyenlo recíprocas obligaciones. Si no se mira sólo al hecho de la coincidencia de las voluntades manifestadas sino también al contenido, en los llamados «poderes colectivos» tendremos quizá un hecho en el ámbito del Derecho civil, que corresponde a los actos orgánicos antes mencionados. Como ejemplo de un órgano compuesto de varios órganos parciales, con funciones de contenido idéntico, puede citarse el órgano colegial.

El hecho fundamental del tipo del acto orgánico compuesto, a saber: que tienen que existir dos actos coincidentes (es decir, de contenido idéntico) de órganos incompletos, suele ser olvidado con frecuencia, por cuanto que se califican ambos actos incompletos de modo distinto, por razones que no son las jurídicas; generalmente, se trata de una distinta valoración política. Si bien, en principio, la función orgánica consiste solamente en la cooperación de dos actos y el efecto jurídico del hecho que representa la función no se enlaza, teóricamente, a uno solo de los actos, sino que no surge más que cuando ambos se han realizado, se recurre, no obstante, en tales casos a una terminología que diferencia uno y otro actos, designando solamente a uno de ellos como función orgánica «propiamente dicha», y reservando para el otro el carácter de un «asentimiento», «aceptación» o cosa semejante. La base de esta discrepancia consiste en que el acto se designa a sí mismo de algún modo, o pretende subjetivamente un sentido que no le corresponde objetivamente, en la totalidad del sistema. A este propósito es característica la relación entre la resolución parlamentaria y la sanción del monarca, en el proceso legislativo de la Monarquía constitucional. El acto realizado por el parlamento desígnase a sí mismo como «aprobación o votación de una ley», como si fuese el parlamento el que crease por sí solo la ley y ésta no naciese por la cooperación del parla-

mento y el monarca, de modo que podría hablarse de «ley» con anterioridad a la sanción. Desde el punto de vista del sentido que recaba para sí la resolución del parlamento, el acto del monarca constituye mero asentimiento o aceptación. También sin la sanción sería «ley» el acto del parlamento; una ley no sancionada, pero ley en todo caso. La teoría de la Monarquía constitucional invierte esta relación. Ella dice: el acto legislativo «auténtico» es la función del monarca; y, en efecto, designa la ley publicada como manifestación de voluntad, como mandato o disposición del monarca, mientras que la resolución parlamentaria constituye el mero «asentimiento» al acto legislativo del rey. «De acuerdo con mi parlamento, yo — el rey — vengo en disponer lo siguiente»; tal es la fórmula de promulgación de las leyes en las monarquías constitucionales. Desde el punto de vista de una teoría puramente jurídica, ninguno de los dos sentidos es exacto: ni el que recaba el parlamento, ni el que pretende el monarca: ni la votación ni la sanción. También es inexacta la interpretación que la teoría de la Monarquía constitucional — inficionada de política — suministra de ambos hechos. Ambos son jurídicamente equivalentes y se hallan entre sí en una relación análoga a la que mantienen, por ejemplo, las resoluciones coincidentes de las dos cámaras que forman el parlamento. Lo mismo ocurre con la relación entre un acto de gobierno del monarca y el refrendo del ministro. Con el refrendo manifiesta el ministro que el acto de gobierno es también su voluntad, un acto propio suyo. Si bien el acto se llama simplemente «imperial» o «real», es decir, acto del emperador o del rey, solamente, y la misma teoría lo entiende así; sin embargo, si falta el refrendo del ministro, el acto no es válido, lo que prueba que para la validez se requiere la cooperación del ministro: luego es un acto común. Si una constitución republicana atribuye al jefe del Estado una serie de funciones, declarando que el presidente negocia los tratados internacionales, nombra los funcionarios, es jefe supremo del ejército, etc., y si en otro párrafo determina que todos los actos del presidente de la República necesitan ir refrendados por un ministro para ser válidos, esta fraseología legal, así como la teoría que en ella se traduce, es inexacta, y para la ciencia es tan irrevelante como cualquier teoría del legislador. Puede explicarse por el propósito de exaltar la situación política del presidente, el declarar que éste nombra a los funcionarios y que el ministro no ha de hacer sino firmar el nombramiento. Pero el hecho jurídico, que la Teoría del Derecho ha de construir con el material de la ley, es otro: el nombramiento es un acto común del presidente y del ministro. Una diferenciación jurídicamente relevante de ambos actos de contenido coincidente, cuyo conjunto forma la función orgánica, puede resultar del hecho de que en virtud de un precepto positivo el uno ha de preceder en el tiempo al otro, no pudiendo ni invertirse el orden de sucesión ni realizarse al mismo tiempo. Pero el hecho de que un acto incompleto sólo sea válido si se realiza después de otro — así como, por ejemplo, la sanción ha de seguir necesariamente al voto del parlamento — no autoriza a consi-

derar a uno de ellos como acto principal y al otro como secundario. Por lo demás, hay veces en las que el acto « principal » sigue al « secundario » — sanción del monarca —, y veces en las que el acto secundario sigue al principal — refrendo ministerial —. También debe observarse que en el caso de que varios actos parciales tuvieran que realizarse en un orden determinado, el primero sería condición de todos los restantes, que serían como su « efecto » o consecuencia jurídica ; pero que la consecuencia del acto complejo no puede surgir sino después de realizados todos los actos incompletos; por lo cual, desde el punto de vista de aquélla, todos los actos incompletos son simultáneos, pues aparecen realizados con el acto complejo. Con otras palabras : el orden temporal de sucesión de los actos incompletos, no se tiene en cuenta en el momento de realizarse el efecto jurídico del acto complejo.

Desde un punto de vista sistemático, el caso de una función orgánica compuesta de dos actos incompletos de contenido idéntico, requiere que el acto de un órgano sólo pueda poseer eficacia jurídica bajo el supuesto de que no haya otro órgano que contradiga dicho acto, realizando otro de contenido contrario al del primero. A esto es a lo que se llama « derecho de veto ». Según que la posibilidad de esta suspensión sea incondicionada o meramente condicionada, háblase de un veto « absoluto » o « suspensivo »; según que, por ejemplo, un acto orgánico pueda ser realizado repetidamente (pura y simplemente o con ciertas condiciones) incluso contra el veto de otro órgano parcial, de modo que el veto fuese eficaz sólo contra el primer acto, pero no contra el acto repetido una o más veces, del otro órgano parcial. Tampoco en el caso de que al segundo órgano parcial, concurrente a la misma función orgánica, se le conceda «sólo» un derecho de veto, puede afirmarse en rigor que la función es realizada solamente por el primer órgano, puesto que el segundo no tendría sino una posibilidad de objetar — correspondiente al « asentimiento » —. También aquí el órgano completo se compone de dos órganos parciales; así como el hecho complejo, de dos hechos incompletos — aun cuando sólo en potencia, no actualmente —: la acción de uno y la omisión del otro — de gran relevancia desde el punto de vista jurídico —. Puesto que la omisión es hecho jurídico, también constituye un hecho del acto orgánico.

2. Composición de varias funciones parciales de contenido idéntico. Pero el hecho del acto orgánico puede constar de más de dos actos parciales de contenido coincidente ; el órgano puede estar compuesto por varios órganos incompletos. Hay un caso de particular importancia a incluir en este grupo : el órgano colegial. En la antítesis entre sistema ministerial y sistema colegial se le contrapone, con poco acierto, al órgano simple formado por un hombre solo, si bien la verdadera antítesis de éste — como expresión del sistema ministerial o burocrático — es el órgano compuesto, del cual no es el órgano colegiado sino un caso particular. La peculiaridad de éste, aquello que le distingue de un órgano compuesto de varios actos parciales de conte-

nido coincidente, consiste en que no puede hablarse de *collegium* mientras no existen varios órganos parciales organizados de cierta manera: un presidente, un orden de votaciones, eventualmente, la posibilidad de deliberar antes de votar; por tanto, un orden de la deliberación y de la discusión. Si para que la corporación tome acuerdos se exige la unanimidad, no son muy precisos los límites que le separan de los otros casos del mismo grupo. Si, por ejemplo, un acto de gobierno necesita ser establecido por el jefe del Estado e ir refrendado por todos los ministros, podría suponerse que, para esta función, aquél y éstos forman un *collegium* que establece el acto estatal por unanimidad. Si se rechaza tal supuesto, es porque el jefe del Estado y los ministros, o éstos solos, no están organizados como corporación. Aun cuando en principio existe una organización colegial al requerirse la unanimidad para tomar acuerdos, el *collegium* aparece claramente en el caso en el que la simple mayoría de los que lo forman (o en él presentes) pueden realizar el hecho del acto orgánico. Puesto que el acto complejo no puede realizarse sin la función de los órganos parciales, está plenamente justificado el que un acto nacido por simple decisión mayoritaria se atribuya al órgano total y, por tanto, se considere titulares y órganos parciales de dicho acto a los que pertenecen a la minoría que votó en contra del mismo, puesto que también los actos de ellos se dirigen al mismo objeto, aun cuando bajo un signo negativo. Si no se exige la participación de todos los miembros de la corporación para adoptar acuerdos, sino que basta un *quorum* inferior (por ejemplo, la mitad o los dos tercios), esto significa que para la composición del órgano no está prescrito un número fijo de miembros, sino un máximo y un mínimo.

Esencialmente distinta de la función decisoria es la función «consultiva» de un órgano colegial. Aquí es, a su vez, de importancia el determinar si el único órgano de decisión, al cual sirve el consejo de la corporación como preparación de la decisión, pertenece a la misma como presidente o se halla fuera de ella. A la inversa, el presidente de la asamblea deliberante puede pertenecer a la misma con voz, pero sin voto, o corresponderle el derecho de dirimir con su voto en caso de empate.

3. Composición de varias funciones parciales de contenido diferente. El segundo tipo fundamental del órgano compuesto lo constituyen aquellos casos en los que la función total se compone de hechos de contenido diferente, realizados por órganos incompletos. Como los actos parciales dan aquí la impresión de una cierta independencia, no es frecuente considerar a sus titulares como órganos incompletos, ni suele reconocerse el carácter parcial de su función. Un ejemplo típico de este caso de función compleja lo tenemos en el acto legislativo, según la regulación típica de que le hacen objeto las constituciones modernas. Descrito a grandes rasgos, recorre los siguientes estadios: 1.º, proposición o iniciativa del gobierno o de un grupo de diputados; 2.º, resolución parlamentaria (eventualmente, voto unánime de las

dos Cámaras y sanción del monarca: acto incompleto, compuesto de tres actos de contenido coincidente); 3.º, promulgación por el jefe del Estado (acto parcial compuesto por dos actos de contenido idéntico); 4.º, publicación por el gobierno o por un ministro. Así como todos estos actos son actos parciales y sólo su totalidad constituye el acto legislativo, del mismo modo los órganos que realizan esos actos son parte de un órgano complejo. Por eso es una inexactitud, cuando menos, el considerar que el órgano legislativo está formado por sólo el parlamento o por sólo el monarca, o por el primero en unión de éste.

4. El proceso. Si una función orgánica se compone de varios actos parciales, se hace necesario regular el hecho en el que los actos incompletos se integran en un todo. Se habla aquí de un «proceso» o «procedimiento»; así, por ejemplo, en el acto legislativo se habla de un proceso o procedimiento de la legislación, de una «vía legislativa», con arreglo a la cual se ordena la serie de actos parciales, su *procedere*. Lo que se llama «proceso» en el sentido estricto del Derecho civil y penal, no es más que un caso particular. También la función orgánica de la jurisdicción constituye un acto compuesto, una sucesión de actos parciales cuya totalidad arroja la función compleja que se llama —recurriendo a una *pars pro toto*— «sentencia judicial». Desde la acción hasta el fallo en primera instancia y de éste al fallo definitivo susceptible de ejecución, y de éste a la ejecución misma, hay una cadena de actos orgánicos, cada uno de los cuales no es más que un acto incompleto, considerado desde el punto de vista de la jurisdicción como función total.

Pero ahí se revela claramente que la distinción entre acto incompleto y acto complejo, entre órgano parcial y órgano total no es sino muy relativa; puesto que, en último término, cada acto orgánico es un acto incompleto, ya que sólo en su conexión sistemática con los demás forma la única función que puede considerarse total: la función compleja del Estado como totalidad del orden jurídico. Así, pues, todos son órganos parciales de un órgano único, de un «organismo»: del Estado. Y el Estado es órgano único, en el mismo sentido en que es la única persona (cfs. pág. 96). En la tendencia a formar estos conceptos — que es la consecuencia del reconocimiento del carácter relativo de la antítesis de órgano parcial y total — tradúcese la visión de la conexión sistemática de todos los hechos jurídicos, ninguno de los cuales es posible sin el otro, y cada uno de los cuales no es sino relativamente autónomo.

5. Órganos autónomos y no autónomos. Desde este punto de vista ha de juzgarse la distinción formulada por teóricos de primera fila, entre órganos autónomos y no autónomos, según la cual los primeros son aquellos que pueden manifestar una voluntad con fuerza inmediata de obligar al Estado o a los súbditos, mientras que la voluntad de los segundos carece de esta eficacia y sólo puede limitar la vo-

luntad de los órganos autónomos, en el sentido de que para la validez jurídica de la misma se requiere el asentimiento de los primeros (o bien el acto de voluntad del órgano autónomo requiere la aprobación posterior del otro). En la Monarquía constitucional suele citarse como «órgano no autónomo» el parlamento (JELLINEK). Sin duda, es posible una distinción de los actos orgánicos según que pretendan fundar un deber de los súbditos o sólo de los órganos (en sentido estricto, técnico y, en el mismo sentido, del Estado), y según que por la realización de este acto se funde también de hecho, o no, el deber deseado. El ministro que suscribe el texto de un reglamento de policía realiza un acto cuyo sentido es el de obligar a ciudadanos y autoridades. Sin embargo — en virtud de un precepto de Derecho positivo —, este acto necesita ser publicado para fundar de modo general los deberes jurídicos deseados. Ahora bien, el acto de publicación no tiende a eso, en su sentido subjetivo. Es un acto cuyo contenido no coincide con el del acto que había precisión de publicar. Sin embargo, la norma obligatoria se compone de uno y otro. Ninguno de los dos es «autónomo», aun cuando relativamente lo son los dos unidos: es decir, lo es el acto compuesto. Como el efecto jurídico del acto complejo coincide con el sentido subjetivo que afirma cada uno de los actos parciales, parece que sólo uno de éstos basta para que el efecto de Derecho se produzca. Y nada se opondría a dar un nombre especial a ese acto cuyo sentido subjetivo coincide con el objetivo y al que, aisladamente o en unión de otros, concede efectos el orden jurídico. Pero los casos que caen bajo la distinción que la doctrina dominante realiza entre órganos autónomos y no autónomos, son de naturaleza esencialmente distinta. Son aquellos actos orgánicos que, según dijimos, compónense de dos actos parciales de contenido coincidente. El asentimiento del parlamento a la orden legal (sanción) del monarca, que es el caso característico, pretende el mismo sentido que éste. Y, de hecho, ambos actos poseen idéntica significación en la esfera subjetiva. Si se dice que la voluntad del órgano autónomo necesita el asentimiento de la del no autónomo para ser jurídicamente válida, lo mismo puede decirse a la inversa; y en cualquiera de estos casos se dice una inexactitud.

Lo cierto es que ambos actos de voluntad son necesarios para realizar el acto jurídicamente válido de una norma obligatoria para los súbditos (y el Estado). Ni el «mandato legal» del monarca, ni el monarca que realiza el acto, ni la resolución del parlamento, ni el parlamento que la adopta son «autónomos». Cuando la teoría califica de autónomo a uno de ellos y de no autónomo al otro, se mueve en una dirección política que empaña la claridad de la exposición jurídica objetiva.

6. Identidad del titular del órgano a través de la diversidad de funciones. Del mismo modo que una función orgánica compuesta de varios actos parciales puede ser realizada por varios órganos, también, a la inversa, un mismo sujeto puede unir en su persona distintas funciones. No se trata aquí de la unión casual de varias funciones en

el mismo sujeto (unión personal), sino de la unión orgánica prescrita por el mismo ordenamiento (unión real) (cfs. pág. 269). Ahí debe distinguirse según que la unión sea meramente facultativa u obligatoria. Ejemplo de unión facultativa: puede ser elegido (nombrado) ministro quien posee el derecho, activo o pasivo, electoral parlamentario, o bien sólo quien es miembro del parlamento. En el último caso, el ministro tiene que pertenecer al parlamento; no en el primero. Ejemplo de unión obligatoria: el presidente del Consejo de ministros es, necesariamente, al mismo tiempo, el representante del jefe del Estado, y a la inversa: sólo el presidente del Consejo de ministros puede ser representante del jefe del Estado. En este caso, suele hablarse de órganos «potenciales».

§ 41. Posición del órgano del Estado en la jerarquía del orden estatal (jurídico)

A. La regularidad de la función orgánica y sus garantías

La Teoría del órgano del Estado ha de investigar también, particularmente, la posición de aquél en la jerarquía del orden estatal. Normalmente, el órgano se halla situado entre dos grados de normas: la norma que ha de ejecutar, por la cual se determina su función, a la cual da cumplimiento y presta obediencia (como norma «superior»), y la norma que él mismo crea, por la cual determina la función de otro y la cual han de cumplir los otros órganos en sentido estricto, así como los súbditos. Por lo que respecta a la relación del órgano con las normas por él ejecutadas o cumplidas, debe establecerse como principio fundamental el de la «regularidad» de la función. La garantía de esa exigencia se halla, de modo general, en la nulidad o anulabilidad de la función orgánica irregular. No es preciso que el legislador estatuya la nulidad absoluta, es decir, la nulidad pura y simple de un acto realizado en ciertas condiciones, sin intervención de un acto posterior de anulación. Él puede limitarse — y, por motivos de índole técnica, tiene que hacerlo así, como ya en otro lugar se indicó (pág. 361) — a regular la posibilidad de la anulación de actos. Esto se verifica concediendo a la parte perjudicada en sus intereses por el acto irregular, la posibilidad de apelar a un nuevo órgano que puede suspender el acto atacado por vicio de irregularidad, utilizando para ello un específico medio jurídico (denuncia, querella, etc.).

Este otro órgano constituye la «instancia superior», y esta serie de instancias constituye la garantía de la regularidad del acto, establecida en interés de las partes. Pero la iniciativa de la anulación del acto irregular puede proceder también de otros «actos orgánicos», en particular del órgano superior, el cual puede ser competente para casar los actos de los órganos subordinados que adolezcan de irregularidad, pudiendo, en un caso eventual, por medio de una orden individual, prescribir también el contenido del acto a realizar, o bien realizar por

sí mismo el acto requerido, en lugar del órgano que ha obrado irregularmente. Entonces, uno de los órganos está bajo el control del otro.

En los «órganos» en sentido estricto, aparte de la nulidad o anulabilidad de los actos irregulares como garantía de la regularidad, añádese la responsabilidad personal de los hombres que son titulares de la función, y su responsabilidad civil por los daños causados por el acto irregular.

Hablar de una función «irregular» parece una *contradictio in adjecto*, a primera vista; pues un hecho no constituye función orgánica sino en tanto que se corresponde con una norma. También puede hablarse de «acto irregular» cuando el orden jurídico positivo acepta provisionalmente la validez objetiva de un hecho que pretende el sentido subjetivo de función orgánica, no suspendiéndolo de momento por su irregularidad por medio de otro acto, esto es, no despojándole de su sentido objetivo de acto orgánico. En este sentido, es posible también enlazar castigo y responsabilidad civil a un acto estatal defectuoso.

La responsabilidad personal del órgano se hace efectiva ante la jurisdicción disciplinaria, de la que ya se ha hablado (supuesto que el acto irregular no constituya un hecho castigado por el Código penal común y, por tanto, sea competente la jurisdicción ordinaria). La instancia disciplinaria constitúyela el órgano directa o indirectamente superior, o bien una instancia independiente y objetiva, ajena a todos los órganos superiores, por ejemplo, una comisión dotada de todas las garantías de independencia, o un tribunal, como es el caso en los funcionarios judiciales (cfs. a este propósito más adelante, págs. 379 y ss.). A medida que avanza la regulación legal de la situación del empleado público, se impone la tendencia a la estructura judicialista del procedimiento disciplinario. La pena disciplinaria específica es la destitución del empleado. Castigos más suaves son: multas, rebaja del sueldo, suspensión temporal del cargo, reprensión, etc.

Una forma especial de la responsabilidad es la responsabilidad ministerial. Ciertos órganos supremos de la administración, en particular, los ministros afectos a una rama de la misma, y los jefes de los Estados republicanos y ciertos órganos equivalentes a ellos, deben hacer efectiva ante el parlamento la responsabilidad de su gestión. Esta responsabilidad se hace efectiva mediante la acusación del parlamento. La decisión corresponde o al parlamento mismo, cuando una de las cámaras acusa y la otra dicta sentencia constituída en tribunal, o a un tribunal independiente del parlamento — aun cuando elegido total o parcialmente por éste —, el llamado Tribunal de Estado. El hecho que implica una sanción debe constituir una infracción de ley; por regla general, los actos antirreglamentarios no son objeto de acusación. Pero el supuesto de la acusación es muchas veces la infracción «culpable» de la ley. Las sanciones más importantes son: pérdida del cargo y de los derechos políticos. Eventualmente, puede añadirse a la pena la obligación de reparar daños y perjuicios.

Las proposiciones jurídicas que establecen una responsabilidad civil del órgano suelen determinar que el órgano está obligado a reparar aquellos daños que ha causado ilegalmente «en el ejercicio de sus funciones». La objeción de que sólo puede ejercer su cargo legalmente, puesto que no puede ser órgano sino en tanto que el hecho de su función está de acuerdo con la ley o norma que la determina, olvida que un hecho válido, en principio, como función orgánica regular puede ser declarado irregular *a posteriori* por el órgano competente — y sólo por él — y, por consecuencia, anulado — con efecto *pro futuro* o, incluso, *pro praeterito* —. En los casos de nulidad absoluta — nunca imposibles para el Derecho positivo —, en los que un hecho surge con la pretensión subjetiva de valer como función orgánica (sin alcanzarla nunca objetivamente, de modo que no hace falta ningún nuevo acto para despojarle de ese carácter), no puede hablarse de responsabilidad de un «órgano» (en sentido estricto) por daños.

Cosa distinta de la responsabilidad del órgano, esto es, del hombre que realiza las funciones de tal, es la llamada responsabilidad del «Estado» mismo. Ésta no puede considerarse como una garantía de la regularidad de la función orgánica. No significa otra cosa que una medida para proteger al perjudicado, y consiste en que hay un fondo central llamado «caja» o «patrimonio» del Estado para indemnizar los perjuicios causados por un órgano — en el ejercicio de una función posteriormente declarada irregular —. El Derecho positivo puede unir esta «responsabilidad del Estado» con la del órgano, haciéndolos responder solidariamente, de modo que el perjudicado puede optar, a su arbitrio, por exigir la responsabilidad de uno de ellos o ambas juntamente; o bien puede atribuir a una de estas responsabilidades carácter primario, y secundario a la otra, de modo que el perjudicado tiene que comenzar por reclamar indemnización al hombre que realizó el acto orgánico irregular, y sólo puede dirigirse al Estado como «fisco» cuando esa reclamación no es eficaz, por carecer el acusado de un patrimonio con que responder. Según una opinión muy extendida, esta responsabilidad del órgano o del Estado necesita de una regulación especialísima si el orden jurídico contiene una norma que establece de modo general la obligación de indemnizar. Puesto que esta norma se encuentra generalmente en el marco de los códigos civiles, no se la cree aplicable al «Estado», que es una «persona de Derecho público»; así como tampoco al órgano, ya que su acto es un acto estatal, imputable al Estado (con lo cual se presupone el concepto jurídico-material del órgano y del Estado). De esta concepción deriva la necesidad de regular expresamente por una proposición jurídica la extensión al Estado y sus órganos de la obligación de indemnizar.

B. Examen de la regularidad de la norma que se ejecuta

Del concepto mismo de norma ejecutable deriva lógicamente la exigencia de que la función orgánica sea «regular», es decir, que esté

de acuerdo, y que sea cumplimiento de la norma que determina aquella función; esto no ofrece ninguna dificultad si se presupone, a su vez, que la norma que se ejecuta y que pretende obediencia es asimismo regular, es decir, que está de acuerdo con todas las distintas normas que determinan la que el órgano ejecuta; lo cual se expresa brevemente diciendo que la norma debe ser « conforme a Derecho ». Si esta cualidad es discutida, también el deber de obediencia del órgano está en tela de juicio. Y aun cuando quisiera suponerse — lo que no es tan fácil — que existe un deber de obediencia a la norma irregular, siempre queda una cuestión dificultosa: quién ha de examinar y decidir la regularidad o irregularidad de la norma que ha de ejecutarse. El problema objetivo plantéase con la cuestión acerca de si y hasta qué punto está obligado el funcionario administrativo a prestar obediencia a una orden ilegal; discuten los autores si el funcionario posee o no un derecho de examinar la legalidad de las órdenes emanadas de sus superiores. Pero la cuestión debe plantearse en un terreno mucho más general, puesto que una solución satisfactoria de este problema concreto no se obtiene más que en unión del problema general; y esto no se refiere sólo a los funcionarios administrativos sino a todos los órganos de la ejecución, incluyendo al súbdito — que no es « órgano » en sentido estricto —, el cual se halla, respecto de la norma por él ejecutada y cumplida, en la misma situación que el « órgano », así como éste es un verdadero « súbdito » respecto de la norma que cumple y ejecuta. (El concepto de súbdito no expresa sino la idea de subordinación a la norma, de ejecución de una norma, y no existe una antítesis entre el órgano y el súbdito — en el puro sentido jurídico — sino como contraposición relativa de las nociones de creación y ejecución normativas.) Por otra parte, no sólo se plantea el problema frente a la norma individual de una orden de servicio, sino respecto de toda norma individual y general y en cualquier grado de la ejecución: constitución, ley, reglamento, acto administrativo y sentencia judicial, negocio jurídico general e individual. En la ejecución de cada una de estas normas surge, invariablemente, la cuestión del examen de su regularidad. Hay que buscar, ante todo, un principio general, con arreglo al cual hayan de decidirse todos estos casos, y hay que examinar si la « naturaleza de las cosas » o los preceptos del Derecho positivo autorizan a usar un tratamiento diferencial para las normas generales y las individuales, para los « órganos » y para los « súbditos ».

La situación que da origen a la cuestión acerca de si el funcionario tiene o no el derecho de examinar la legalidad de las órdenes a él dirigidas, suele exponerse en la forma de un conflicto entre la ley y la orden dictada por el superior. Se parte del supuesto de que el orden jurídico positivo obliga a los funcionarios a observar la constitución y las leyes; pero, al mismo tiempo, les impone un deber de obediencia hacia las disposiciones del superior, de modo que cuando una de éstas contradice a aquéllas, se plantea un conflicto de normas y de deberes, cuya solución se encomienda a la ciencia jurídica. En efecto, esto parece

constituir un punto de vista desde el cual es posible formular el problema en términos generales: colisión entre normas de distinto grado; por consiguiente, conflicto de deberes en la persona de aquel que ha de ejecutar normas de los dos grados. Pero, a poco que se medite, compréndese que no es posible un conflicto dentro del mismo sistema de Derecho, pues o bien ha de ejecutarse la orden ilegal o, expresado en términos generales, la norma de grado inferior que está en desacuerdo con la de grado superior, y entonces la norma inferior es «regular» — al menos, relativa o provisionalmente, hasta que sea suspendida por un nuevo acto —; y en ese caso, las normas que determinan la norma irregular (que a pesar de serlo ha de ejecutarse) son retiradas, por así decirlo, «hasta nueva orden», su validez es eventual: contienen, quizá, únicamente fundamentos de la anulabilidad, no de la validez de las inferiores. O bien, por el contrario, la norma no ha de ejecutarse por razón de su irregularidad, y entonces es inválida, esto es, absolutamente nula, no es norma, o puede ser anulada (al menos para el caso concreto) por el mismo órgano que había de ejecutarla. Por tanto, en ningún caso existe un conflicto insoluble. Seguidamente se investigará cómo, pues, ha de decidirse si una norma debe ser ejecutada o no.

La discusión del problema objetivo suele partir, en los autores, del principio — acerca de cuya validez apenas hay discrepancias — de que sólo deben ejecutarse las normas regulares, las únicas que pueden pretender obediencia. A decir verdad, con esto no se adelanta mucho. Ese principio es una tautología. Sería una contradicción íntima obedecer a una norma irregular. En el supuesto del deber de obedecer a una norma va implicada la hipótesis de su carácter jurídico, de su regularidad. El problema auténtico, que escapa al principio formulado anteriormente, es éste: ¿quién decide si la norma que ha de ejecutarse es regular, es decir, si ha de ejecutarse o no? Y a esta pregunta, dos respuestas son posibles: o bien aquel que ha de ejecutar la norma, o bien una instancia diferente, que pudiera ser el que creó la norma.

C. Derecho ilimitado de examen y decisión del ejecutor de la norma, por silencio de la ley

Sería un error fundamental el que la teoría quisiera decidir cuál de estos dos principios es el «justo» en sí mismo, o cuál es, al menos, el válido desde el punto de vista positivo. En este sentido suelen los autores plantear el problema; y según que se suponga que uno de estos dogmas es el principio más de acuerdo con la naturaleza de las cosas, se llega a resultados opuestos. Pero la cuestión no puede resolverse sino sobre la base de los preceptos positivos, y todo otro intento encierra el peligro de que la ciencia jurídica esté en desacuerdo con el Derecho positivo. Otra cosa es, ciertamente, si el orden jurídico no contiene ninguna determinación expresa; si, como es corriente, se limita a contener normas que determinan cómo han de ser creadas otras normas,

pero no determina expresamente en los casos particulares quién ha de examinar y decidir la regularidad de las mismas.

Si se investiga sin prejuicios y según principios puramente positivistas la situación jurídica que resulta, en el caso de silencio del legislador, para el sujeto que tiene frente a sí una pirámide de normas: constitución, ley, reglamento, disposición individual, cada una de las cuales le exige obediencia, el sentido de todas ellas no puede ser otro que el siguiente: « obedece a una disposición individual, pero no a una disposición arbitraria; acata solamente aquella que ha sido dictada conforme a la norma general de la ley, pues sólo tal disposición es una norma obligatoria, y sólo a ella pretende la ley que le prestes obediencia; y qué sea una ley, qué hecho has de respetar como tal ley, eso no puede determinarse sino con arreglo a la constitución ». El Derecho positivo puede limitar este examen y puede orientarlo en determinadas direcciones. Si falta esta limitación — acerca de cuya necesidad o conveniencia política nada hemos de decir —, la teoría no puede llegar a otro resultado que éste: aquel que ha de ejecutar la norma, ha de examinar y decidir también si es o no una norma regular y, por tanto, ejecutable. Si se estima que esta situación es socialmente dañosa, al legislador corresponde limitarla o suprimirla por completo, si ello es posible (lo cual es una cuestión distinta). Hay un argumento muy frecuentemente aducido contra esa situación: si el mismo que está sometido a las normas ha de examinar su validez y decidir si se les debe obediencia, se hace imposible toda función ordenada del Estado; pero este argumento no es jurídico sino político. De él pueden deducirse algunas consecuencias para la legislación, mas no para la ciencia del Derecho. Si para examinar y decidir la regularidad de las normas ejecutables se instaura una instancia distinta del órgano ejecutivo, precisa una regulación expresa del Derecho, como se comprende considerando que la cuestión de la competencia examinadora no es más que la cuestión acerca del deber de obediencia del órgano ejecutivo, por lo cual la cuestión tiene que plantearse en este sentido — desde el punto de vista técnico —: ¿cuáles son las consecuencias jurídicas del hecho de que un órgano (en sentido amplio) no ejecute o incumpla la norma encomendada a su ejecución, por estimarla irregular? Si este hecho no se sanciona, no es un hecho ilícito; es decir, el órgano ejecutivo puede no cumplir o dejar de ejecutar la norma encomendada a su ejecución, si la estima irregular, sin que tenga que temer ninguna sanción; no está, pues, obligado, pero sí autorizado a examinar y decidir por sí mismo la regularidad de las normas. En otro caso, tiene que existir un precepto positivo que determine la aplicación de sanciones en el caso de inejecución, y quién haya de aplicarlas. El examen y decisión de la regularidad de la norma ejecutable por una instancia distinta del órgano ejecutivo, no viene en cuestión, desde el punto de vista técnico, sino con motivo de la decisión sobre las consecuencias de la desobediencia. Esta desobediencia del órgano ejecutivo puede traducirse en una mera omisión (por ejemplo, cuando un órgano deja incumplida la orden

que le fué encomendada), o bien en que el órgano puede realizar un acto prescindiendo de la norma aplicable, es decir, obrando en un caso concreto como si no existiese dicha norma; así, si un juez no aplica un reglamento que regula un caso concreto que él ha de resolver, obrando, en consecuencia, como si el reglamento no existiese. En el primer caso, la sanción de la desobediencia no puede ser sino un castigo disciplinario; en el segundo, la casación del acto realizado con incumplimiento de la norma que debiera haberse aplicado. Pero tales consecuencias han de estar prescritas expresamente por el Derecho positivo; de por si, no son evidentes, pues ningún órgano puede realizar tales actos de castigo o casación si alguna norma no le ha atribuído competencia para ello.

Cuando por silencio de la ley, el que ha de ejecutar la norma está autorizado para examinar y decidir su regularidad, es indudable que si estima que ella es irregular, no ha de cumplirla ni ejecutarla. Está autorizado para tratar la norma en un caso concreto como nula. Si se considera el acto con el que se examina la norma para decidir que es irregular; si se tiene en cuenta, por otra parte, que sólo está autorizado para declarar la nulidad de la norma para sí y para el caso en cuestión, pero no para los otros ni para todos los casos posibles en los que la norma hace valer su sentido subjetivo de exigibilidad de obediencia — para esa ampliación haría falta un precepto positivo —, la competencia examinadora del órgano ejecutivo significa lo siguiente: que puede anular para el caso concreto la norma que, subjetivamente, exige de él ejecución (obediencia). Aquí no cabe distinguir si se trata de una norma general o individual, ni si se trata de un «órgano» en sentido estricto o en sentido amplio — en el que va incluído el mero «súbdito» —. Si el orden jurídico determina que el órgano ejecutor puede ser hecho responsable por otro en virtud del incumplimiento de la norma, determínase, *eo ipso*, que no es el ejecutor, sino otro, quien ha de decidir si la norma es regular y si, por consiguiente, su incumplimiento es o no desobediencia punible, un hecho antijurídico. Si el que ha de ejecutar la norma debe decidir su regularidad, no se le puede castigar, no se le puede hacer responsable por inejecución de la misma.

D. Carácter provisional (en primera instancia) del examen y decisión por el ejecutor de la norma

La decisión sobre la regularidad de la norma ejecutable puede corresponder al órgano encargado de su ejecución — y éste es el caso cuando el orden jurídico no prescribe lo contrario —, pero no es preciso que le corresponda de manera definitiva. El Derecho positivo puede determinar que la decisión definitiva sea de la competencia de otro órgano; el órgano ejecutivo podría declarar en primera instancia que la norma es inválida, pero otro órgano — de oficio, a instancia de parte o a petición del mismo órgano ejecutivo — puede revisar la decisión y suspenderla si estima, por el contrario, que la norma es

válida ; entonces, el primer órgano queda ligado a la decisión de la instancia superior y obligado a ejecutarla (obedecerla), si de la ejecución no se encarga esa segunda instancia. A este grupo pertenece también el caso de que el órgano ejecutivo tenga competencia legal para elevar una exposición al que ha establecido la norma, irregular en su opinión, pero quedando obligado a ejecutarla si dicho órgano la reafirma (en las órdenes emanadas de los funcionarios jerárquicamente superiores, éste es siempre el caso). Lo esencial es que, aun en estos casos, si el órgano ejecutivo ha de tener competencia para examinar y decidir la regularidad de una norma — aun cuando sea en primera instancia y no de modo definitivo —, no puede seguirse sanción por el hecho de la primera inejecución, una vez que la segunda instancia ha declarado la regularidad de la norma incumplida y, por tanto, el deber de obedecerla. Como un ejemplo de este caso de un derecho limitado de examen y decisión del órgano ejecutivo, citemos la situación en que se hallan los tribunales según las constituciones modernas respecto de los reglamentos. El derecho de examinar la legalidad y constitucionalidad de los reglamentos, significa que el tribunal de primera instancia que había de ejecutarlo, deberá abstenerse de hacerlo si lo estima ilegal; esto es, puede anularlo para el caso concreto, pero sólo en primera instancia. La instancia superior puede declarar que el reglamento es legal y suspender, por tanto, la sentencia anterior.

También es posible — siempre sobre la base de un precepto positivo — una suspensión general del reglamento por el órgano ejecutivo. Así, cuando la constitución concede a un determinado tribunal — por ejemplo, a un Tribunal de Justicia constitucional o a un tribunal especial — la facultad de casar absolutamente un reglamento — o incluso una ley, si esta norma general ha de ser aplicada por aquél —, una vez declarada la irregularidad del mismo.

E. Derecho de examen, pero no de decisión, del órgano ejecutivo

Si, según el Derecho positivo, no sólo el órgano encargado de la ejecución (o el súbdito obligado a obedecer), sino que una instancia distinta (por ejemplo, el órgano creador u otro órgano competente) ha de decidir acerca de la regularidad de la norma, hay que distinguir dos posibilidades. El encargado de la ejecución (cumplimiento) niega obediencia porque estima irregular la norma, y el órgano encargado de decidir (la autoridad que conoce en las sanciones) confirma el juicio : entonces no hay desobediencia ni, por tanto, sanción. Éstas existen cuando la instancia superior ha reconocido la regularidad. Entonces, el órgano y el súbdito obran por su cuenta y riesgo incumpliendo una norma por su supuesta irregularidad. No se les priva de la competencia de examinar la regularidad de la norma, pero sí de la de decidir en torno al asunto.

En esta situación se hallan cuando está positivamente establecido que no se deben aplicar sanciones ni aun en los casos en que la norma fué declarada irregular; es decir, cuando no se les priva ni limita el derecho de examen, de lo cual se hablará después. En general, ésta es la situación característica del «súbdito», al cual se le priva de decidir sobre la regularidad, porque hay sobre él otros órganos que han de hacerlo. Pero la posibilidad de examinar la regularidad de la norma no se halla prohibida directamente al súbdito por ningún precepto, ni limitada, por regla general. Ahora bien, indirectamente y, quizá, sin quererlo, existen tales límites. Ejemplos: cuando se declara nulo un negocio jurídico, se corre el peligro de sufrir las sanciones correspondientes si el tribunal es de otra opinión; si no se cumple la orden dictada por una autoridad porque se la estima ilegal, hay que ser absuelto por la justicia, si ésta se halla de acuerdo con la irregularidad. Mas para ello precisa que la justicia sea competente para decidir sobre la regularidad. Pero esto no ocurre con respecto a la ley. Por regla general, a los tribunales de justicia se les priva del derecho de examinar y decidir la constitucionalidad de las leyes publicadas. Si un súbdito negase obediencia a una ley por estimarla inconstitucional, el tribunal tendría que aplicarle sanciones en todo caso, puesto que, por Derecho positivo, no podría entrar a discutir el problema de la constitucionalidad de la ley. Pero si el súbdito negase obediencia a un reglamento supuestamente ilegal, el tribunal que había de juzgar sobre la desobediencia tendría que absolverle, si examinaba el reglamento y decidía su ilegalidad. Según la concepción tradicional, la situación es distinta en los órganos de la administración. Si bien las constituciones no privan expresamente a éstos del derecho de examinar las leyes (como hacen con los órganos judiciales), se cree que por una conclusión *a majori ad minus* puede deducirse que también a los órganos administrativos les faltan tales derechos. Y, en efecto, el legislador que omite esa prohibición a las autoridades administrativas — influído por una falsa teoría — parte, evidentemente, del supuesto de que ello se comprende por sí mismo. Ahora bien, si eso es lo que se pretende, desde el punto de vista técnico habría que exigir una declaración expresa de que a esos órganos se les priva de ese derecho, o se limita su uso. Lo mismo debe decirse respecto de los reglamentos y órdenes disciplinarias. También es superfluo atribuir expresamente a los tribunales el derecho de examinar la legalidad de los reglamentos y órdenes individuales. Bastaría con no prohibirlo. Si se parte del supuesto de que las autoridades administrativas no son competentes para examinar y decidir sobre la legalidad de un reglamento, todo súbdito que niegue obediencia a un reglamento que estima ilegal realiza siempre un acto punible por la autoridad administrativa, si ésta es competente para conocer en la desobediencia de aquél. La relación del súbdito con la norma que ha de cumplir determínase, según eso, con arreglo al derecho de las autoridades competentes para decidir las sanciones de la desobediencia y para examinar y resolver sobre la regularidad de la norma incumplida.

Lo que se ha dicho del «súbdito» puede aplicarse igualmente al «órgano» en sentido estricto. También éste tiene la posibilidad de no ejecutar, por su cuenta y riesgo, la norma que estima irregular, siempre que no le esté expresamente prohibido o limitado ese derecho; pero la instancia disciplinaria que ha de juzgar sobre su desobediencia puede entrar a examinar y discutir la cuestión de si la norma incumplida era, en efecto, irregular o no. Si esta instancia es el mismo órgano creador de la norma discutida (lo cual es el caso cuando se trata de órdenes emanadas de una autoridad superior, que es, al mismo tiempo, autoridad disciplinaria), el riesgo del órgano desobediente es mucho mayor, porque es mucho menor la probabilidad de que la instancia disciplinaria declare irregular la norma que dictó como autoridad superior. Esta confusión es una característica de la organización autocrática de las autoridades, y sólo se justifica desde aquel punto de vista que considera más importante la obediencia que la juridicidad. De la mentalidad de este tipo autocrático de organización proviene también la teoría según la cual el órgano está obligado a cumplir incluso las órdenes irregulares por ilegalidad o inconstitucionalidad, no pudiendo negarles obediencia ni aun por su cuenta y riesgo. Pero esto no puede afirmarse absolutamente como una consecuencia de la naturaleza de la relación entre los órganos o de la de las disposiciones mismas, sino sólo como precepto de Derecho positivo, allí donde exista.

F. Derecho limitado de examen, y negación del derecho de decisión al órgano ejecutivo

¿Puede exigir el Derecho positivo que el encargado de ejecutar o cumplir una norma haya de cumplirla irremediablemente, siendo punible la desobediencia aun en el caso de que se haya establecido la irregularidad de la misma? ¿No implicaría esto la negación o limitación del principio de que sólo las normas regulares deben cumplirse y que, por tanto, sólo ellas son normas? Una privación absoluta del derecho de examen y decisión del órgano ejecutivo es positivamente imposible, como se mostrará más adelante. Sólo es posible una limitación más o menos amplia del mismo.

El caso se presenta en esta forma: el orden jurídico contiene preceptos sobre el modo y manera de creación de normas de distinto grado (leyes constitucionales, leyes ordinarias, reglamentos, órdenes, etc.); pero, al mismo tiempo, determina que aquel que ha de ejecutar una de estas normas sólo puede examinarla en el sentido y con las limitaciones establecidas en los mismos preceptos que la determinan, pero nada más. Aquí prescindimos de considerar el caso de si se traslada a otros órganos el examen y decisión sobre la regularidad de la norma ejecutable, en dirección distinta de aquella que le fué concedida a su ejecutor. Si éste deja de realizar la norma, si la incumple por hallarle defecto acerca del cual podía decidir, en primera instancia, no puede aplicársele sanción, aun supuesto que la instancia definitiva haya de-

cidido que la norma incumplida era regular. El órgano ejecutivo tiene competencia para suspender la norma en el caso concreto—aun cuando quizá sólo provisionalmente—por motivos específicamente determinados. Si al órgano ejecutivo se le concede sólo con esta limitación un derecho de examen, pero no de decisión, y desobedece, lo hace por su cuenta y riesgo. Si, por el contrario, se le priva de la facultad de examinar y decidir sobre los posibles vicios de las normas, toda desobediencia implica necesariamente sanción, aun cuando el órgano competente confirmase la irregularidad de la norma y, por ese motivo, la suspendiese. Lo que se dice, algo incorrectamente, al afirmarse que el órgano ejecutivo está obligado a cumplir incluso las normas irregulares, significa que el órgano que ha de ejecutar una norma no posee en manera alguna la facultad de anularla, ni siquiera en un caso concreto y por su cuenta y riesgo. Si ha de cumplir la norma, ésta es siempre regular por relación a él; la regularidad de la norma no es una magnitud absoluta, sino relativa. Véase, por ejemplo, la relación de los tribunales de justicia con la ley. Queda prohibido el examen de la constitucionalidad de la misma, salvo en lo referente a la publicación. Si un juez niegase aplicación a una ley alegando que no fué votada por la mayoría parlamentaria requerida, no sólo se casaría su decisión, sino que se le impondría una corrección disciplinaria, aun cuando se constatase que tal vicio existía, en efecto; lo cual presupondría que el tribunal disciplinario era competente para examinar esa cuestión, lo que no ocurre cuando existe una prohibición general. Otra cosa sería si el juez se negase a aplicar la ley por no hallarse debidamente publicada; en este caso, se hallaría libre de responsabilidad, aun supuesto que la instancia superior suspendiese su fallo, por declarar que la ley estaba publicada en debida forma. Pero si es un «súbdito» el que por idéntico motivo niega obediencia a una ley, no se hallará libre de castigo más que si la instancia competente confirma la irregularidad. Un precepto positivo puede determinar que una orden emanada de un órgano no deberá quedar incumplida más que por incompetencia de quien la dicta, o del destinatario, así como si contradice al Código penal o no guarda ciertos requisitos de forma. Pero el sentido de esta determinación no suele ser otro que el siguiente: si el órgano incumple por las razones antedichas una orden a él dirigida, y la instancia competente para entender en la desobediencia confirma el vicio de la orden, carece aquél de toda responsabilidad. Se le concede, pues, un derecho limitado de examen; pero no se debe atribuir el carácter de decisión al juicio que merece al destinatario de la orden la regularidad de la misma. Por lo demás, esto puede concederlo también el Derecho positivo. La limitación del derecho de examen a determinadas irregularidades significa que se hace responsable al órgano por su desobediencia si incumple la norma por razón de otras irregularidades.

G. La teoría de la autolegitimación del acto de autoridad

Las formas genéricas de la relación en que puede hallarse el órgano (en sentido amplio, jurídico-esencial) con la norma por él ejecutada, son el fruto de una regulación jurídica positiva. Se trata de limitaciones al principio fundamental del derecho del órgano ejecutivo a examinar y decidir la regularidad de la norma. Es un vano empeño obstinarse en buscar limitaciones a ese principio derivadas de la « naturaleza de la cosa », ya en general, ya respecto de un determinado órgano por relación a una especie concreta de normas, como se hace a propósito de los órganos administrativos. Así, por ejemplo, se afirma gratuitamente que el funcionario sólo ha de examinar si la orden disciplinaria respeta la competencia y los requisitos de forma. Otras veces, la teoría le permite también examinar si la orden está o no de acuerdo con el Código penal. Pero si el Derecho positivo no establece esas diferenciaciones, no se ve la razón por la cual dicha orden sólo podría ser examinada por relación a algunas, no a todas las normas que determinan su regularidad. En un caso, se admite un derecho de examen (el funcionario puede incumplir la orden por su cuenta y riesgo, por las razones indicadas); en otro, se admite también un derecho limitado de decisión (el funcionario queda exento de responsabilidad). Pero esta cuestión es siempre de Derecho positivo. También suscita dificultades la opinión de que el funcionario puede negar obediencia a una orden cuando contradice claramente al texto de una ley; pero en los casos dudosos, sobre todo cuando se trata de interpretación de un texto legal, no tiene competencia para examinar la regularidad material de la orden. Esa limitación es aparente si el funcionario ha de decidir el sentido del texto y si se trata o no de una interpretación dudosa. Pero si esto ha de decidirlo otra instancia, en opinión de la teoría, se priva, en realidad, al funcionario de todo derecho de examen.

Otras veces, se pretende derivar la prohibición del derecho de examen del órgano ejecutivo, de la naturaleza del acto de autoridad, en general, y de la orden de servicio en particular: el acto de creación normativa — y no otra cosa es el acto de autoridad — testimonia, por el solo hecho de haber sido dictado, que existen los supuestos de su regularidad. Este testimonio le hace obligatorio, a no ser que la legislación atribuya a alguien la competencia de revisar y anular tal acto (O. MAYER). Esto es justamente la inversión del punto de vista de la Teoría pura del Derecho: es la traducción de un principio político que se esfuerza por imponerse, aun cuando le falte todo fundamento en la legislación positiva. Esta teoría, que por la autoridad de sus representantes se halla muy extendida, ha ejercido un gran influjo sobre el legislador. Éste no se cuida de limitar el derecho de examen porque, influído por la « teoría », parte del supuesto de que ese derecho no existe más que por concesión expresa, no dándose si el legislador lo silencia, por hallarse en contradicción con la naturaleza del acto de autoridad; pero esto suscita luego graves dificultades en la interpreta-

ción, puesto que no es fácil establecer cuál es el verdadero « propósito » del legislador — prescindiendo de la inadmisibilidad de este principio interpretativo —, tanto más cuanto que el mismo legislador considera necesaria, en otras ocasiones, una limitación del mencionado derecho; pero la teoría no es capaz de mantener ilimitadamente aquel principio. Si bien afirma que el acto de autoridad atestigua su propia regularidad, tiene que confesar que sólo puede hacerlo si « realmente » posee ese carácter. Pero esto es una petición de principio. Y una vez llegada a este punto, la teoría tiene que soportar esta nueva confesión: el supuesto de si existe o no un acto de autoridad ha de ser examinado y, eventualmente, decidido por el órgano ejecutor de la norma. Y por eso, sin necesidad de someterse a la teoría de la autolegitimación, enseñan muchos autores que el órgano ejecutivo puede y debe examinar la regularidad de la norma no en general, pero sí en relación con los requisitos de competencia y forma. La razón de este retroceso ante el principio de la autolegitimación del acto de autoridad, es la imposibilidad de convalidar objetivamente, ni siquiera en principio, a todo acto que surge subjetivamente con la pretensión de valer como norma regular. También el gobernador de Köpenick realizaba actos cuyo sentido subjetivo era el de medidas disciplinarias, órdenes administrativas. Pero esto no puede servir de modelo. No es, de seguro, un azar el hecho de que tales actos se realizasen dentro de una organización estatal cuyo espíritu hallábase potentemente influenciado por la teoría autocrática de la autolegitimación del acto de autoridad.

La teoría en cuestión significa, en principio — como ya se ha expuesto —, el reconocimiento de una posición preferente a los actos de creación normativa emanada de los « órganos » en sentido estricto, la cual sólo puede concederla una determinación jurídica positiva, consistente, según la doctrina, en el hecho de que estos actos sólo son « anulables » en caso de defectuosidad de los mismos, mientras que los demás — los « negocios jurídicos » — son « nulos » en tal caso. Ya antes se expuso que no se trata de una antítesis fundamental entre nulidad y anulabilidad, sino de los distintos grados de esta última. Pero aquí ya no interesa esta cuestión. Lo único importante es determinar si procede hacer intervenir la teoría de la autolegitimación del acto de autoridad en la solución del problema en torno al derecho de examen y decisión del órgano ejecutivo, pues el sentido de dicha teoría no es otro que éste: puesto que por la mera realización del acto de autoridad se atestigua su regularidad, no puede admitirse, a no ser con ciertas limitaciones, el examen y decisión sobre la regularidad del acto por el órgano encargado de cumplirlo. No es éste, sino el creador de la norma quien ha de decidir si es regular o no. Pero esta argumentación es falsa. La creación de la norma y el examen y decisión de su regularidad son dos actos radicalmente distintos, y ni siquiera simultáneos. La regularidad de la norma no puede ser examinada y decidida sino con motivo de la desobediencia de quien había de cumplirla. Refiérese a la norma ya creada, y es un problema en torno a su ejecución,

no a su creación. Claro que el órgano creador puede examinar y decidir la regularidad de la norma por él creada, pero sólo supuesto que no haya de aplicar las consecuencias de la inejecución de la misma. El principio de la «autolegitimación» del acto de autoridad — al que no le reconocemos otra validez que la de un precepto positivo de Derecho, si existe — no significa de por sí que el creador de la norma haya de examinar y decidir su regularidad, sino que la norma por él creada es válida mientras no la suspende otro acto de autoridad. Pero de aquí no se sigue que se prive al órgano ejecutivo de todo derecho; pues sin perjuicio del principio de la «autolegitimación», y sin contradecirlo lo más mínimo, podría admitirse la posibilidad de que el órgano ejecutivo suspendiese la norma defectuosa. Si la teoría de la autolegitimación del acto de autoridad se identifica con la doctrina que priva al órgano ejecutivo de todo derecho de examen y decisión de la regularidad de la norma, débese a que una y otra proceden de una ideología política autocrática; pero la organización autocrática de las autoridades se caracteriza jurídicamente por la preferencia reconocida a ciertos actos creadores, y porque el órgano creador — sobre todo si se trata de órdenes de servicio —, esto es, el órgano superior, es al mismo tiempo instancia disciplinaria por relación al órgano ejecutivo. Si se supone que esta situación es la única posible, nace fácilmente la falsa idea de que, en principio, es imposible la capacidad del órgano ejecutivo para decidir la regularidad de la norma, y que sólo con fuertes limitaciones puede reconocérsele competencia para examinar dicha regularidad.

H. Consideraciones de política jurídica

Si se investiga esta cuestión desde el punto de vista de la política del Derecho, se llega a la siguiente conclusión: si el órgano ejecutivo — obligado a obediencia — ha de decidir si la norma es regular y, por tanto, ejecutable, se corre el peligro de que jamás se le preste obediencia, de que nunca se la aplique, puesto que el interesado puede librarse de esa carga alegando la ilegalidad de la norma. Es más: si la decisión sobre la validez de la norma queda al arbitrio del órgano ejecutivo, se hace depender dicha validez de la «buena voluntad» del ejecutor, con lo cual queda en el aire la posibilidad de existencia del orden, su validez objetiva. Esta consideración pesa lo bastante para que el Derecho positivo se oriente en ese sentido. Pero si se considera, en particular, el caso de que el órgano creador haya de decidir sobre la regularidad de la norma por él creada, compréndese que el interés suyo en que se realice su voluntad enturbiará un tanto el juicio que emita acerca de la regularidad de la norma. Evítanse estos peligros encomendando tal decisión a una instancia neutral distinta del creador y del ejecutor de la norma. Claro que esto no hace sino desplazar, sin resolverlo, el problema político. (Ahora bien: ¿no es, quizá, la única «solución» posible este desplazamiento?). Pues también la decisión del órgano neutral

es ejecución y aplicación mediata de la norma que el primer órgano había dejado incumplida. Y es preciso que haya una instancia definitiva, puesto que la desconfianza no puede llevarse hasta el infinito. En definitiva, pues, el órgano que ejecuta la norma decide en última instancia sobre la regularidad de la misma.

Ciertamente, nada parece más natural que la idea de que es imposible ceder al órgano encargado de aplicar directamente una norma (sobre todo al «súbdito») la decisión definitiva acerca de su regularidad, debiendo darse siempre la posibilidad de revisar si la ignorancia, la petulancia o el propósito perturbador no alegaron una supuesta «irregularidad», a sabiendas de que no existía, para dejar sin cumplir una norma. Pero ¿quién puede garantizar que la segunda instancia — cuya función es realizada también por hombres — tendrá una voluntad más pura o una visión más clara que la primera? La cuestión *quis custodiet custodem* no puede responderla el Derecho positivo. Ahora bien; a medida que las instancias se van concentrando en órganos superiores y en cantidad menor, como en una pirámide, se limita por lo menos, ya que no se excluya del todo, el mencionado peligro, cuantitativa y cualitativamente. Cuanto menor es el número de los que han de decidir sobre la regularidad, menores son las probabilidades de decidir irregularmente. Cuanto más calificados son los órganos de rango superior — y la cualificación es, en principio al menos, el principio selectivo para el ascenso de categoría —, mayor es el interés en mantener el orden en que está anclada esa categoría, con todas sus ventajas, y mayor la garantía de que la voluntad de los órganos de última instancia (de los que, en definitiva, depende la ejecución) es una buena voluntad. Esto puede impulsar a encomendar a los ministros o a un tribunal supremo, pero no a los órganos inferiores de la ejecución, la decisión sobre la regularidad de las normas.

Pero, en otro sentido, no puede impedirse del todo que el órgano ejecutivo examine y decida hasta cierto punto la regularidad de las normas que aplica. Se le puede privar, en todo o en parte, de la facultad decisoria, en interés de una ejecución pronta. Pero el orden jurídico se contradiría si determinase que el órgano ejecutivo no pudiese examinar en ningún caso la regularidad de las normas. Éste tiene que preguntarse si existe, de hecho, una norma jurídica, desde el momento que todo el sentido de su función se agota en aplicar normas de Derecho; no puede estar obligado a convalidar objetivamente todo hecho que se presente con la pretensión subjetiva de valer como norma. Por razones determinadas, y expuesto a la responsabilidad correspondiente en su caso, podrá negar obediencia a ciertos actos. *A priori*, no puede determinarse el límite de esa capacidad, ni su contenido mínimo; eso es cuenta del Derecho positivo. En cierto sentido, podría afirmarse la posibilidad de que el órgano de ejecución directa pudiera decidir definitivamente sobre la regularidad de la norma. Ya en otro lugar dijimos que tampoco se excluye, teóricamente, la posibilidad de considerar absolutamente «nulos» a ciertos hechos que se afirman subjeti-

vamente como normas. Esto lo explicábamos (cfs. pág. 360) en el sentido de que hay hechos a los que no se les puede reconocer objetivamente su sentido subjetivo de normas obligatorias, no siendo siquiera preciso un nuevo acto que le prive de ese sentido que no tienen. También podría intentarse formular así estos casos-límite: hay normas respecto de las cuales el órgano de su ejecución posee no sólo el derecho de examen, sino el de decisión de su regularidad. El hecho de que se negase obediencia y cumplimiento a las órdenes del gobernador de Köpenick, no cabiendo una revisión de la regularidad de esa omisión, no sólo podría interpretarse en el sentido de que tales órdenes eran absolutamente nulas, sino en el de que el destinatario de las mismas tenía competencia para anularlas definitivamente. Si en esta interpretación se presupone, provisionalmente, como actos jurídico-objetivos los hechos que se declaran «absolutamente nulos», débese a que, de no ser así, no podrían concebirse en ningún modo jurídicamente; no tendrían sitio en el sistema del conocimiento del Derecho, no podría expresarse acerca de ellos ningún juicio jurídico. Mediante esta hipótesis auxiliar se evita el concepto contradictorio de «hecho absolutamente nulo». Ese hecho no existiría, no sería objeto de conocimiento jurídico, no sería «nada» jurídicamente. Pero esta construcción se servía del supuesto, plenamente incompatible con el Derecho positivo, de que todo hecho cuyo sentido subjetivo es el de una norma, debe valer objetivamente como acto jurídico, mientras no sea suspendido por un nuevo acto válido; pues la esencia del orden jurídico consiste en que cualifica los hechos con criterios objetivos, en que sólo pueden valer jurídicamente aquellos actos que se corresponden objetivamente con alguna norma de Derecho. La antinomia ante la que se encuentra la teoría jurídica, muestra precisamente que se trata de un caso límite, de un problema situado en el límite del sistema.

I. El problema de la fuerza del Derecho

Si a la cuestión acerca de las relaciones del órgano con la norma por él ejecutable se la despoja del carácter personificativo que recibe por referirla a la persona del órgano y no a la función objetiva, y se la reduce a las relaciones entre hechos o normas objetivas, entonces plantéase en esta otra forma: ¿qué consecuencia tiene un hecho que pretende, subjetivamente, ser función orgánica (norma), pero que, según el parecer del llamado a aplicar la norma irregular, no está de acuerdo, objetivamente, con las normas que lo determinan?, ¿qué consecuencias habrán de seguirse para el órgano que no ejecuta la norma que tiene por irregular? Una cuestión particular dentro de ésta es la de si es posible, y en qué forma, la suspensión y modificación de la norma irregular, y especialmente si ello puede ser obra del órgano encargado de su ejecución. Si el Derecho positivo no reconoce esta posibilidad, la norma posee — por relación al llamado a ejecutarla (cumplirla) — «fuerza formal de Derecho», lo cual significa que el órgano ejecutivo

no puede ya modificarla. Así, pues, la cuestión en torno a las relaciones entre el órgano y la norma es un capítulo del problema de la fuerza del Derecho: el problema de la modificabilidad o duración de la validez de la norma.

Esto tiene plena aplicación en el problema sobre las relaciones entre el órgano y la norma por él creada. Se trata de saber si el órgano está «ligado» a las normas por él otorgadas, es decir, si puede o no suspenderlas o modificarlas en todo tiempo. Si carece de esa potestad, háblase de «fuerza material del Derecho». Lo que ahí se discute es tan sólo si una norma puede ser modificada o suplantada por otra emanada del mismo órgano, y en qué condiciones. Este problema fué ya tratado desde el punto de vista de la duración de validez de las normas integrantes del orden estatal (cfs. pág. 194). Aquí nos limitamos a señalar que la cuestión acerca de si un órgano se halla de tal modo ligado a sus normas que no pudiera reformarlas o suplantarlas por otras, no puede ser contestada por la teoría declarando, por ejemplo, que de la naturaleza de ciertos actos se deduce su irreformabilidad por actos de la misma especie, mientras que otros podrían ser reformados por actos de toda índole, viéndose ahí un criterio para distinguir el acto administrativo de la sentencia judicial. Si entre uno y otro existe alguna diferencia, no puede basarse sino en el Derecho positivo. De la esencia de la norma no puede extraerse ningún fundamento epistemológico en que apoyar un límite de la duración de su validez, y por eso hace falta una determinación positiva para que una norma pueda ser suspendida y aun suplantada por otra de la misma especie, emanada del mismo órgano. La teoría jurídica pura se acredita como verdadera teoría del Derecho positivo, rehusando decidir un asunto que es del dominio reservado de éste. Por lo mismo, cuando una teoría como la dominante (especialmente en el problema de la fuerza material del Derecho) pretende deducir de la naturaleza de los distintos actos jurídicos su imposibilidad de ser suspendidos o suplantados por otros de la misma especie, conviértese en Derecho natural. Ciertamente, de esta actitud tan rigurosamente positivista nacen algunas dificultades, porque el legislador omite la regulación de muchas cosas que da por evidentes y supuestas, basadas en la «naturaleza de las cosas», influído por una falsa teoría, sobre todo en este problema de la fuerza material del Derecho. Si se puede fijar con alguna seguridad lo que el legislador supone como evidente, no hay obstáculo grave en aceptarlo como si estuviese positivamente determinado. Aun cuando no se diga expresamente, puede asegurarse que el sentido de la delegación que la constitución hace a favor del órgano legislativo, es el de que éste pueda suspender y modificar en todo tiempo las normas generales por él creadas.

Lo mismo podría decirse del órgano delegado para dictar reglamentos. Dentro del margen otorgado por la ley, el órgano competente puede suspender y modificar sus propios reglamentos. En general, puede admitirse que el órgano que puede dictar reglamentos, se halla delegado

en ese sentido por la ley, o por la misma constitución directamente. Las dificultades más graves se plantean a propósito de las normas individuales, pues en ellas el interés político en su reforma no pesa tanto como en la ley y el reglamento. Ahora bien, frente a ese interés surge el interés contrario de los sujetos directamente obligados o facultados por la norma individual, en la solidez, seguridad y previsibilidad de su situación jurídica personal. Pero el orden jurídico tiene que decidir entre estos dos intereses; ni aquí ni en ninguna parte puede llenar ninguna teoría de «ponderación de intereses» lo que el Derecho positivo ha dejado en blanco. Se puede ser de una u otra opinión acerca de si, por ejemplo, todos o sólo algunos actos administrativos deben ser reformables en cualquier tiempo, y si el «interés público» lo exige o no. Si los actos judiciales tienen fuerza material de Derecho, es decir, si no son reformables, o si sólo lo son con ciertas limitaciones, no es porque ello se desprenda de su naturaleza, sino porque así lo establece el orden jurídico. Si éste no fijase el procedimiento y demás circunstancias de su reforma, serían irreformables (MERKL).

§ 42. La relación de los órganos estatales entre sí

A. La subordinación

De la cuestión precedente — relación del órgano con la norma por él creada o ejecutada — hay que distinguir el problema de las relaciones de los órganos entre sí. Los órganos pueden estar o coordinados, o supraordinados y subordinados. El problema fundamental versa en torno a la esencia de la subordinación, e implícitamente acerca de la coordinación, puesto que ésta, en esencia, no es determinable sino negativamente, a falta de una relación de subordinación. Pero no tiene más que una importancia subalterna el hecho de que no se hable en sentido estricto de órganos coordinados más que por relación a aquellos que no mantienen una relación de subordinación y que además realizan idéntica función, esto es, actúan en el mismo grado de la formación de voluntad estatal.

Suele verse la esencia de la subordinación (en virtud de la cual hay un órgano «superior» y varios «inferiores») en el deber que tienen éstos de obedecer al primero. Ahora bien; esa obediencia no se debe a la persona del órgano superior, sino a la norma que él crea. El deber de «obediencia» es el deber de ejecución de una norma, el deber de realizar la conducta que ésta prescribe. Si se despersonaliza la teoría del órgano, el órgano «superior» es aquel cuya misión es crear normas que otros han de ejecutar (cumplir). El órgano «superior» es el que crea la norma; el «inferior», el que la ejecuta. Así, pues, el órgano legislativo se halla en una situación de superioridad respecto de todos los que han de ejecutar las leyes, en el mismo sentido que el funcionario respecto de todos sus subordinados que han de obedecer sus órdenes. Así como el súbdito debe obediencia a la ley, pero no a la persona del

legislador, del mismo modo se debe obedecer a la norma individual dictada por el funcionario competente, pero no a su persona. Sin embargo, en este punto, el lenguaje usual es más restringido, tiene la tendencia a limitar la subordinación al «órgano» en sentido específicamente jurídico-material. No se acostumbra a considerar como relación de subordinación la que media entre el mero «súbdito» y el creador de la norma por aquél cumplida; no se considera a éste como «superior» y a aquél como «inferior». Por otra parte, lo que se hace valer como momento específico de la relación de subordinación, no es solamente el deber de obediencia del órgano respecto a toda norma posible, sino el deber de obedecer la norma individual de la orden de servicio. Esto se expresa también diciendo que el órgano «subordinado» es el que está sometido a la llamada «potestad de mando» de otro órgano. Se comprende fácilmente que la norma individual ofrece fácil pretexto para el desplazamiento personificador de la norma a la persona de quien la crea. La idea de que se debe obediencia a la norma impersonal y no a la persona de quien le dió nacimiento, parece tanto más evidente en el caso de las normas generales, cuanto más alejadas se hallan éstas de su ejecutor. En cambio, ocurre lo contrario cuando los derechos y deberes concretos, actuales, inmediatos del hombre, deben su origen, no a la norma general, sino a la individual. Entonces, la persona del que crea la norma parece surgir tras éste, cuando el deber de obediencia aparece como efecto de la norma, cuya creación se percibe directamente, y cuando el que la crea es un órgano simple y no colegial, como suele ocurrir con las normas generales. Urge señalar como de particular importancia, que en la creación de la norma individual que fundamenta la relación de subordinación no puede participar el obligado a ejecutarla. En la idea de la subordinación va implicado el principio autocrático. Por eso la idea de subordinación falta por completo en la sumisión a la norma individual de un negocio jurídico, creado por la voluntad del obligado, sólo o en concurrencia con las voluntades de otros (facultados u obligados). Ahora bien; si sólo se califica de «inferior» al funcionario ligado a la orden del superior y no al súbdito obligado por la norma individual, débese a que la subordinación implica una relación relativamente constante, una actualización permanente de relaciones de superior a inferior, lo cual existe tan sólo en el funcionario que por su profesión, y de modo continuo, está ligado a las órdenes de sus jefes; pero no en el «súbdito», al cual sólo ocasionalmente dirigen las autoridades órdenes directas.

B. Subordinación y responsabilidad

Para que nazca una relación de subordinación entre dos órganos, no es esencial que el inferior sea responsable ante el superior. La expresión «ser responsable» tiene un doble sentido. Con la instancia ante la que se es responsable puede designarse aquel órgano que hace efectiva la responsabilidad poniendo en movimiento el procedimiento

disciplinario que lleva al castigo de la falta cometida; en este sentido, el ministro responde ante el parlamento. Pero también puede designarse a la instancia competente para decidir sobre la sanción (disciplinaria). En este sentido, el ministro es responsable ante el parlamento constituído en tribunal. Advirtamos que el órgano superior no es, necesariamente, instancia disciplinaria. El interés en la regularidad de la potestad de mando y en la seguridad jurídica para los inferiores determina a trasladar la instancia disciplinaria a una autoridad independiente, constituída en tribunal si es posible, distinta del órgano superior. Pero tampoco el inferior necesita ser responsable ante el superior, en el sentido de que éste hubiese de poner en movimiento el procedimiento disciplinario. Por consideraciones políticas se le suele encomendar dicha función; pero, lógicamente, no es necesario. La subordinación consiste únicamente en la sumisión a la norma individual de las órdenes de servicio. Cuestión distinta es la de cuáles sean los mejores medios que garantizan su realización. No obstante, los autores suelen mezclar las relaciones de subordinación y responsabilidad, y consideran que el órgano superior es aquel ante el cual se es responsable. Sin embargo, la subordinación y la responsabilidad se hallan esencialmente enlazadas en el sentido de que la sumisión de un órgano a otro, esto es, el deber de obediencia de uno a otro, no es posible sin la responsabilidad del órgano obligado a obedecer; así pues, una obligación jurídica se constituye porque a una determinada conducta — la desobediencia, en este caso — sigue un acto coactivo como sanción. Si a la posibilidad de ser castigado o sujeto a ejecución civil se le llama responsabilidad, es cierto que la obligación jurídica no existe sino en tanto que se es responsable. La irresponsabilidad del monarca es el no estar obligado a nada.

Aquellos órganos que no están subordinados a otros y que no responden ante ninguno, suelen ser llamados órganos inmediatos; pero esta terminología no es acertada. El hecho de que unos órganos no estén obligados a obedecer a ningún otro, va generalmente unido también al hecho de que la situación de los mismos se halla determinada directamente por la constitución y, al mismo tiempo, su existencia constituye la forma política de la colectividad, hasta el punto de que su desaparición o desorganizaría completamente al Estado, o lo transformaría radicalmente (JELLINEK). También a estos órganos se les llama «inmediatos», si bien se quiere igualmente aplicar tal calificativo a los órganos constituídos por un acto individual de creación. Indudablemente, en estos conceptos se entrecruzan distintos puntos de vista. Que la situación del órgano se halle directamente determinada por la constitución, no es incompatible con la subordinación; la idea de que ciertos órganos son necesarios vitalmente al Estado, es un momento del todo diferente, decisivo para la teoría que cree en la necesidad de un órgano «supremo».

C. Subordinación y designación

También suele verse una cierta conexión entre la subordinación y la designación. Sin embargo, no es esencial al órgano superior el haber de designar y destituir a los inferiores; no es preciso que aquél tenga competencia para elegirlos, nombrarlos, revocar el nombramiento, separarlos del servicio, etc. El jefe del Estado puede nombrar los ministros sin ser superior, del mismo modo que no lo es el parlamento, no obstante elegirlos y destituirlos. Un órgano administrativo con competencia local limitada, por ejemplo, un gobernador provincial, puede ser elegido por un cuerpo local representativo — verbigracia, una Diputación provincial — y, sin embargo, estar subordinado al gobierno central (y ser responsable ante un fuero especial). Si quisiera verse una norma individual en el acto del nombramiento (o elección) o de la destitución (o revocación), a la cual estaría obligado a obedecer el nombrado o destituído — lo cual es bastante problemático —, la relación (o ausencia de toda relación) entre la subordinación y la designación habría que formularla diciendo que de la sumisión al acto de nombramiento o destitución no se sigue que el interesado tenga un deber de obediencia ante otras normas individuales (órdenes de servicio) emanadas de las autoridades competentes para efectuar la designación. Otra conexión: de que un órgano pueda paralizar o mover a otro — como el jefe del Estado puede convocar, aplazar y aun disolver el Parlamento — no se sigue que el uno sea «superior» y el otro inferior. Por eso es una inconsecuencia — motivada por tendencias políticas — considerar que el monarca constitucional es un órgano «supremo» por relación al parlamento, y rechazar, por ejemplo, ese carácter de superioridad del fiscal (o de su superior, el ministro de Justicia) por relación a la jurisdicción penal, a pesar de que ésta no actúa sino cuando el fiscal la pone en movimiento, pudiendo paralizarla en todo momento, retirando la acusación; sobre todo, si se piensa que también a los «súbditos» se les concede en amplia medida cierto poder sobre la actividad de determinados órganos, haciendo depender la actividad de los últimos de una manifestación de voluntad de los primeros.

D. El concepto de órgano «supremo» (jefe del Estado, ministro, etc.)

El sentido en el que la teoría habla de órganos «superiores» o «supremos» muéstrase en el hecho de que el concepto de la relación de subordinación no suele ir aplicado en el lenguaje corriente sino a la sumisión a la norma individual. Si se entendiese que esos órganos eran aquellos que no estaban obligados a obedecer a ningún otro, esto es, que no tuvieran que ejecutar ninguna norma, únicamente podría considerarse aquel único acto que no es sino creación y que no puede ser ejecución normativa: el supuesto de la norma fundamental, cuya «creación» no podría realizarla ningún órgano, no podría tener un

« titular » determinado por una norma, pues sería él mismo el supuesto de toda función orgánica. Desde luego, prescindimos de este caso, puramente ideal. Pero tampoco el órgano sometido directamente a la norma fundamental, el órgano constituyente (en sentido jurídico-positivo), ni el legislativo directamente sometido al primero, son considerados como órganos « supremos » en el sentido específico indicado. A veces, se les llama supremo para indicar que su única misión es aplicar la constitución.

Pero la teoría de la Monarquía constitucional se ha opuesto a hablar en ese sentido de órganos supremos, para no verse obligada a reconocer al parlamento la misma categoría que al monarca. Los órganos « supremos » en ese sentido específico son órganos que están sometidos a los legislativos, ligados a las normas emanadas de éstos, obligados a ejecutarlas y obedecerlas. Convencionalmente, se cuentan entre estos órganos el jefe del Estado (como jefe del poder ejecutivo), los ministros, los tribunales supremos. La nota común a todos estos órganos es la de no estar sometidos a ninguna norma individual, la de no tener sobre sí ningún « superior », la de ser, por tanto, ellos mismos los « superiores », puesto que pueden crear normas individuales.

Esto tiene plena aplicación al jefe del Estado y los ministros. Con el nombre de « jefe del Estado » se designa un órgano al que se le encomienda una serie de funciones concretamente determinadas, un mínimo de competencias que son la condición *sine qua non* de su concepto. Estas competencias radican principalmente en el ámbito de la ejecución : representación del Estado en el exterior, esto es, capacidad para negociar y firmar tratados internacionales y para realizar ciertos actos diplomáticos, como la declaración de guerra ; nombramiento de funcionarios ; mando supremo del ejército ; derecho de gracia, etc. No es absolutamente necesaria la participación en la función legislativa, como factor equivalente al parlamento — derecho de sanción y de veto —. También el presidente de una República es un « jefe del Estado », a pesar de que, en el dominio legislativo, no le corresponde sino promulgar las leyes sancionadas por el parlamento. Sin embargo, pueden faltarle alguna de esas competencias, por ejemplo, el mando supremo del ejército o la declaración de guerra. Pero es dudosa la cuestión acerca de si un órgano que posee alguna de dichas competencias debe calificarse o no de « jefe del Estado ». Así, por ejemplo, el presidente del Parlamento o de una de sus cámaras puede poseer parte o todas de las competencias que se atribuyan a un órgano especial como « jefe del Estado » : o bien esas funciones pueden estar distribuídas entre varios órganos, como el presidente del Consejo, los ministros y el Consejo de ministros. No es, pues, un órgano lógicamente necesario al Estado. Las constituciones republicanas lo aceptan con los nombres de « presidente de la República », « presidente del Estado », etc., bajo la influencia notoria de las constituciones monárquicas, sobre todo de la Monarquía constitucional. La competencia cedida al monarca hereditario y perpetuo después de instaurado el régimen constitucional, es lo que, en

general, se ha dejado al presidente de las Repúblicas, elegido por tiempo limitado. También el nombre de «jefe del Estado» (no justificado ni por el contenido de la función ni por su situación jurídica) procede del sector ideológico de la Monarquía.

El jefe del Estado no es el órgano «supremo» ni en la Monarquía constitucional ni en la República, sino uno de los órganos superiores de las mismas. Es un órgano coordinado con los ministros, como jefes de una rama de la administración, con los cuales constituye un solo órgano, por el precepto del refrendo ministerial (cfs. pág. 366). Si la terminología constitucional y el lenguaje del Derecho positivo le atribuyen, no obstante, ese carácter de supremacía, como si toda la organización estatal culminase en su persona, débese a la necesidad de representar simbólicamente la unidad del orden estatal en la persona visible y real de un hombre. Pero así como en la teoría jurídica se abre paso el conocimiento de que no se está sometido ni se debe obediencia sino a las normas, pero no a los hombres que las crean, la gran masa de hombres, instintivamente enemiga del pensamiento abstracto, aparece necesitada de un símbolo de la autoridad perceptible sensorialmente. En esta función simbólica, más que en otra alguna, radica la importancia de la institución del jefe del Estado, el cual puede cumplir esa función con mayor eficacia como monarca, ya que éste vive de las formas exteriores que son tradicionales de la Monarquía: la corona, el cetro, el trono, el ceremonial, etc., son auxiliares de esa función.

En el concepto de ministro va implicada su situación de relativa supremacía, porque no está sometido a las órdenes de ningún otro órgano, sino que, en cambio, es un órgano administrativo superior a todos los demás. Es, pues, una nota esencial del mismo el que no debe obediencia ni a las normas individuales (órdenes) emanadas del jefe del Estado ni del Parlamento. Lo primero, porque ninguna orden del jefe del Estado es válida sin su propio refrendo: es, pues, una orden suya. Sin embargo, en la Monarquía constitucional es corriente esta orden firmada por el ministro, dirigida, por tanto, a sí mismo; pero es una forma procedente de la Monarquía absoluta, despojada de su sentido primitivo por el constitucionalismo. De hecho, un «despacho» del monarca al ministro, encargándole de un asunto cualquiera, tenía en la Monarquía absoluta el carácter de una orden de servicio, base de una relación de subordinación. En la Monarquía constitucional, donde tales despachos no son posibles sin el refrendo del ministro, pueden constituir también una orden dirigida a éste: pero no fundamenta ninguna subordinación, puesto que el ministro a quien se dirige la orden ha participado en la creación de la misma. Mas también carecen de fuerza jurídica obligatoria, por regla general, las órdenes — resoluciones — del parlamento a los ministros. En cambio, la responsabilidad política de éstos se extiende también a esas órdenes y, no obstante su independencia jurídica, están ampliamente sometidos al parlamento, que puede obligarles a dimitir, o poseer él mismo la facultad jurídica de destituirlos.

Los grados superiores de la jurisdicción — organizada en forma colegial — son órganos « supremos » en el sentido de que, en su dominio, no están obligados a obedecer a ninguna norma individual. Claro que, en este sentido, todos los jueces son « supremos », porque todos son « independientes », pues la independencia significa que los órganos no están ligados a la norma individual de ningún superior, sino a la norma general de la ley y el reglamento (queda a un lado la cuestión acerca del derecho de examinar la legalidad de los reglamentos), y que, a su vez, están facultados para establecer normas individuales (aun cuando en principio, para los súbditos, y no para los órganos en sentido estricto). Así, pues, la situación jurídica de los tribunales es muy semejante a la de los ministros, pero la característica de la primera es que el orden jurídico contiene garantías de que la independencia no será indirectamente anulada o perjudicada. El precepto de la inamovilidad de los jueces tiende a evitar la posibilidad de que la actividad judicial sea influenciada indirectamente por otros órganos. Esta independencia, garantizada por la inamovilidad, es la específicamente judicial, y distingue a los órganos judiciales de las autoridades administrativas, incluso en su grado más alto : los ministros. Sin embargo, no a todos los órganos del poder judicial se les llama « supremos », sino únicamente a los más altos, a los que en el procedimiento judicial deciden en última instancia ; pero aquí entra en juego un criterio diferente. Se llama « supremo » a un órgano cuyos actos no pueden ser suspendidos por otro, entendiéndose esto en un sentido relativo ; no es que los actos no pudieran ser suspendidos en absoluto, sino que no pueden serlo por un órgano de la misma clase : agotan el procedimiento, por así decirlo. Una sentencia del Tribunal Supremo puede ser revocada por una ley con efecto retroactivo y, sin embargo, dicho Tribunal no pierde su carácter de « supremo ». También los actos de un ministro pueden ser suspendidos por sentencia de un Tribunal contencioso. Ahora bien, dentro del « procedimiento administrativo », esos actos representan — relativamente — la última instancia. Por eso se dice también, en ese sentido, que dichos actos poseen fuerza de Derecho ; y el medio jurídico, que, una vez agotado el procedimiento, puede provocar la suspensión del acto por un Tribunal contencioso, constituye un medio « extraordinario ». Por esta razón, un Tribunal de Justicia constitucional, que puede suspender las leyes inconstitucionales, no es un órgano « supremo » respecto del legislativo ; del mismo modo que tampoco está « sobre » las autoridades el juez que puede suspender sus reglamentos.

E. Necesidad de un órgano supremo

Pero en la Teoría del Estado, el concepto y el problema del órgano « supremo » se plantea en un sentido diferente : allí se pregunta si el Estado tiene que poseer un único órgano, que merezca llamarse « supremo ».

Esta cuestión se plantea con el propósito declarado de contestarla afirmativamente. Se dice que puesto que el Estado tiene que poseer, por naturaleza, una voluntad unitaria, la cual no puede ser producida sino por un hombre solo, éste ha de ser, si no el único, al menos el órgano supremo del Estado; no siendo los demás sino meros súbditos y ejecutores de su voluntad. El órgano supremo ha de ser, pues, único y simple; no puede ser compuesto y, menos aún, colegial. Evidentemente, esto es una manera de elevar a verdad teórica un propósito político, un medio abusivo de utilizar la « esencia » del Estado en apoyo de un postulado político. La unidad de la voluntad estatal, de la que parte el citado argumento, es un principio lógico, epistemológico, que se realiza en la unidad de la norma fundamental hipotética o constitución en sentido lógico-jurídico. Pero de la unidad de esta constitución no puede derivarse ningún criterio para estructurar de un modo u otro el contenido de la constitución jurídico-positiva. La proposición según la cual el Estado necesita un órgano supremo, tiene algún sentido por cuanto que, como « fuente » del Derecho o voluntad del Estado, como « autoridad » de la que emana el Derecho, no se considera a la norma sino a quien la crea; no a la ley, sino al legislador, por lo cual, también tras la norma fundamental se imagina que existe un « legislador ». Y, en efecto, ésta es la parte de verdad que contiene la teoría. Pero es inadmisible transformar el sentido lógico en un sentido jurídico-positivo, pues la unidad de la norma fundamental no padece si, como fuente suprema positiva del Derecho, no es creada por uno sino por varios hombres, por un órgano colegial o por dos órganos relativamente autónomos. La unidad puramente lógica de la voluntad del Estado no desaparece porque la constitución delegue la legislación en varios órganos; y ello aun cuando no se limite a encomendar dicha función a un órgano compuesto, sino a varios órganos relativamente autónomos. Y lo mismo puede decirse de los restantes órganos de la ejecución delegados por la constitución o las leyes. Si son designados varios órganos, precisa que el Derecho positivo regule la relación mutua de los actos por ellos realizados; sólo así es posible un orden. Si es designado un órgano legislativo único pero compuesto, un *collegium*, hay que determinar si se requiere el asentimiento de todos o de parte de los miembros y, en este último caso, de qué parte de los mismos. Si la legislación se encomienda a dos órganos independientes entre sí, la competencia tiene que hallarse distribuída entre ellos, bien cuanto a la materia, bien cuanto al territorio o cuanto al tiempo. Es posible instituir un parlamento económico aparte del político, o varios parlamentos con distintos ámbitos locales de validez de sus actos, o un parlamento central y varios locales, repartiéndose entre ellos los objetos de la legislación, de modo que ciertas materias puedan ser reguladas por el parlamento central para todo el territorio, y otras por los órganos locales con validez para una parte del territorio del Estado (Estado federal). Por fin, es también posible instituir dos o varios órganos con la misma competencia terri-

torial y material, pero con distinto tiempo de validez. Así, por ejemplo, en la Monarquía constitucional, el rey puede dictar todo género de normas generales para el tiempo en que no se halle reunido el parlamento. Una cuestión distinta es la de que, al repartir entre varios órganos las distintas funciones y, sobre todo, una misma función, se requiere la presencia de un órgano que decida los conflictos entre aquéllos. Sin embargo, casi extrañaría oír llamar «supremo» a ese nuevo órgano.

Aquí no corresponde tratar de la contradicción subjetiva que puede surgir entre dos actos orgánicos; así, por ejemplo, cuando dos normas generales o individuales se contradicen, porque la primera establece como debido lo contrario que la segunda. Esta posibilidad se presenta, particularmente, cuando coexisten varios órganos que han de realizar la misma función; pero también pueden contradecirse en ese sentido las normas emanadas de un mismo órgano. La decisión del conflicto según el principio de la *lex posterior* no es más que una de las soluciones posibles, no la única, ni de validez incondicionada; en todo caso, requiere estar fundada en el Derecho positivo (cfs. pág. 196). La unidad lógicamente irrenunciable de la voluntad del Estado queda asegurada desde el momento que la función del órgano que contradice al otro puede reducirse también, en último término, a la voluntad del Estado. La unidad de la voluntad estatal, en el sentido de la evitación posible de contradicciones entre el sentido subjetivo de los hechos particulares (funciones orgánicas), es una tarea técnica que nunca puede ser realizada exhaustivamente. Pero ha de concederse que aquellas constituciones que no establecen más que un órgano «supremo» en el sentido, al menos, de que todos los demás están sometidos a sus normas generales e individuales (Monarquía y democracia absolutas), se aproximan en lo posible a esa finalidad. Mas es imposible concluir de la necesidad de la unidad de la voluntad del Estado en sentido lógico, a la necesidad de la Monarquía absoluta, en la que un hombre solo crea y ejecuta las normas; del mismo modo, es un sofisma deducir de las mismas premisas la democracia absoluta como única forma posible del Estado, en la que el «pueblo» es el único y exclusivo órgano unitario (pero compuesto) que afirma el poder legislativo y se cree competente para dictar órdenes individuales a todos los demás órganos. Según que la «unidad» del órgano supremo se la interprete o no abusivamente, no sólo como «unicidad» sino también como «simplicidad», se llega a una y otra de estas teorías.

No es más que una repetición de la idea de la necesidad de un órgano supremo el decir que todo el poder del Estado tiene que concentrarse necesariamente en un órgano — monarca o pueblo —, o el afirmar que es forzoso que exista un «titular» del poder público o soberanía, al cual correspondería, por eso, la situación de un órgano supremo, situado sobre todos los demás. Aquí se abusa de la personificación de la unidad del orden estatal — y no otra cosa puede significar la idea de un «titular» del poder público — poniéndola al servi-

cio de un fin político; se hipostatiza una unidad lógica para identificar la nueva cosa con un cierto órgano: el monarca.

También es un desliz político la teoría que afirma la necesidad para el Estado de un órgano supremo que ponga en movimiento su actividad y posea el poder supremo de decisión, y cuya inactividad llevaría consigo su paralización (JELLINEK). Pero, prescindiendo de la Monarquía o de la democracia absolutas, esto puede decirse de cualquier órgano, aunque no sea supremo. Si el monarca deja de funcionar en la Monarquía constitucional, el Estado se «paraliza», lo mismo que si lo hacen los ministros, el parlamento o el «pueblo» (si, por ejemplo, deja de cumplir el orden estatal o se niega a elegir parlamento). Éste pone en movimiento al Estado lo mismo que el monarca cuando convoca al parlamento, sanciona las leyes y nombra los funcionarios. Tampoco es cierto que ese órgano haya de poseer el poder «supremo» de decisión; sobre todo, si eso significa que un órgano tendría que decidir en última instancia sobre la reforma del orden jurídico, y poseer el derecho de declarar la guerra, poniendo así en juego la existencia del Estado; pues, en primer lugar, no es preciso que la decisión «definitiva» sobre la reforma del orden jurídico corresponda a un órgano único. Si el monarca tiene un derecho de veto absoluto y, además, el de sancionar las leyes, ni él ni el parlamento tienen la decisión «definitiva», sino ambos juntamente, en el mejor de los casos. Por lo demás, este poder supremo de decisión no significa otra cosa que la competencia legislativa. Se ignora abiertamente que el orden jurídico puede ser reformado también en otros grados distintos del de la legislación. Por lo que respecta al derecho de declaración de guerra, no es necesario lógicamente que competa a un órgano determinado, pues la guerra no es contenido esencial del orden jurídico. Una cuestión diferente es la de si es probable que pueda evitarse absolutamente entre los Estados y si, por tanto, es prudente que un Estado omita toda regulación jurídica de ese asunto. Cierta teoría tiende a ver la esencia del Estado precisamente en la guerra. La guerra decide sobre la «existencia» del Estado, pero en sentido puramente fáctico. Asimismo una revolución hace lo propio, y no se dice que quien la realiza sea el órgano supremo del Estado. En consecuencia, la decisión definitiva sobre la reforma del orden jurídico y la competencia para declarar la guerra no tienen que corresponder a un mismo órgano, y mucho menos es preciso que ese órgano sea «el que pone y mantiene al Estado en movimiento». Puede haber, pues, no uno sino varios órganos «supremos»: lo que no corresponde al sentido de la teoría en cuestión, pues ésta nació con el propósito declarado de convertir en órgano «supremo» al monarca, al que las constituciones parlamentarias le atribuían el derecho de convocar el parlamento, nombrar ministros y funcionarios, sancionar las leyes y declarar la guerra; es decir, reconociéndole aquellas funciones a las que erróneamente se considera como «puesta en movimiento» del Estado, y «poder supremo».

§ 43. El órgano representativo. (Órganos estatales primarios y secundarios)

A. Órganos y representantes

Como una distinción de gran importancia teórica se señala la división de los órganos en primarios y secundarios. Órganos secundarios son aquellos que están en relación orgánica con otros, «representándolos» directamente, se añade por vía aclaratoria, si bien indirectamente representan al Estado, como todo órgano. La importancia especial del órgano secundario consiste en que entre ellos se encuentran los llamados órganos representativos, como el parlamento; así, pues, la teoría jurídica del parlamento y todo el problema de la representación se exponen desde el punto de vista del órgano secundario. Si se tiene en cuenta que el Estado moderno es un «Estado representativo», acabará de comprenderse toda la importancia de esta cuestión.

Si se pregunta por las relaciones que guardan entre sí la organización secundaria y la representación, precisa contestar que ésta, considerada en un sentido amplio, no es un caso particular de la primera, sino que coincide con ella absolutamente. La esencia del órgano consiste en «representar» al Estado en el mismo sentido en que se habla de «representación» en sentido estricto: la voluntad del órgano «vale» como voluntad del Estado «representado». Se dice que, en ese caso, el representado no puede manifestar su voluntad sino a través de su órgano (secundario). Pero esto puede decirse igualmente de toda relación del Estado con cada uno de sus órganos — y, en rigor, sólo de este género de relación y no de la que mantienen entre sí los órganos primarios y secundarios, como se demostrará después —, pues la «voluntad» del Estado no es sino la voluntad del órgano, una determinada interpretación de la misma o, mejor, de un hecho realizado por aquél. La relación entre el Estado y el órgano — que es la relación de organización — significa que el Estado sólo puede manifestar su voluntad a través del órgano (su representante), no existiendo fuera del acto de voluntad del último ningún otro acto que pudiera constituir «voluntad del Estado». Pero la situación es muy distinta en la organización secundaria (representación en sentido estricto), que es una relación entre dos órganos y, por tanto, entre dos hechos, lo cual se comprenderá mejor por lo que sigue.

Si la relación del pueblo con el parlamento por él elegido (representación en sentido estricto) consiste en que el órgano representante (el parlamento) es órgano de un órgano (el pueblo representado), quiere decirse que la imputación implicada en el concepto de órgano, referida al hecho de la función secundaria, no se hace directamente al Estado como unidad del orden jurídico, sino indirectamente, a través del hecho de la función primaria, dando un rodeo para pasar por el órgano primario. Siendo ello así, habiendo de imputarse el hecho de la función secundaria a otro órgano, el primario, tiene que existir

para ello una razón especial. La cuestión ha de plantearse del siguiente modo: ¿cuál es la razón de que la voluntad de un órgano «valga» como voluntad de otro? Puesto que la imputación (nota esencial del concepto de órgano) no representa sino la referencia a la unidad del orden jurídico y no es sino una imputación al Estado, el criterio buscado para la imputación a un órgano y, por tanto, para la representación, tiene que hallarse en el Derecho positivo. Con otras palabras: la relación del órgano con el Estado es esencial; pero la relación de los órganos entre sí es contingente, está basada únicamente en los preceptos de la legislación positiva. Si en esta relación, la voluntad de un órgano ha de «valer» como voluntad de otro, el sentido de este hecho tiene que ser distinto que en la relación esencial de la organización. Pero ¿qué significa que el Derecho positivo haga valer la voluntad de uno como voluntad ajena?

B. La representación

Esta figura jurídica se encuentra ya en Derecho civil. En virtud de determinación positiva, la voluntad del representante (*B*) «vale» como voluntad del representado (*A*). Pero esto no significa sino que si *B* realiza el hecho *X*, éste ha de tener la misma consecuencia (*Y*) que si lo hubiera realizado *A*. Si, por ejemplo — para poner un caso de representación legal —, el tutor celebra, en calidad de tal, un contrato, comprometiéndose a ciertas prestaciones, el incumplimiento lleva aparejada la ejecución en el patrimonio del pupilo. Es una abreviación decir que, dentro de esta relación, la voluntad del tutor es voluntad del pupilo. Se parte del siguiente principio general de Derecho: si alguien contrae una obligación contractual por propia voluntad (y ningún contrato es posible si no se trata de una manifestación de voluntad «propia», auténticamente libre), en caso de incumplimiento debe seguirse ejecución en su patrimonio (esto es, en el del que realizó el contrato). Aplicando los signos convencionales anteriores, la fórmula de este principio es como sigue: si *A* realiza el hecho *X*, debe aplicarse la consecuencia *Y*; y el contenido de esta consecuencia se dirige contra *A*. Pero esta regla tiene excepciones. Hay casos en los que la manifestación de voluntad de otro tiene las mismas consecuencias que la propia. Para la exposición, es más fácil no formular este caso excepcional como regla autónoma, y no señalar expresamente las consecuencias. Se dice: si *B* realiza el hecho *X*, se aplican las mismas consecuencias que si lo hubiera realizado *A*. En el caso de que *B* realiza el hecho *X*, se remite — para las consecuencias — al caso de que ese hecho sea realizado por *A*, porque se considera que la regla del segundo caso es limitación de la del primero, que es la regla fundamental y capital. ¿Cuáles son las consecuencias que se aplican si *B* realiza el hecho *X*? Las mismas que si lo hubiese realizado *A*. Esta referencia oculta, pues, una ficción: la manifestación de voluntad de *B* «vale» *como si* fuese de *A*. La ficción consiste en que, por Derecho

positivo, la voluntad de *B* no «vale» como voluntad de *A*, sino exclusivamente como voluntad propia, porque sólo ella posee un efecto jurídico determinado; sólo la voluntad de *B* produce consecuencias jurídicas. La ficción, pues, está en las palabras, ya que la conexión positiva de los hechos en cuestión puede presentarse sin necesidad de recurrir al *como si*.

Cuando se dice, pues, que «*B* es representante de *A*», se da a entender que el hecho realizado por *B* tiene excepcionalmente y en ciertas condiciones las mismas consecuencias que un hecho realizado por *A*. En la representación legal, la excepción de la regla general (según la cual sólo puede uno facultarse u obligarse por el acto jurídico realizado por uno mismo, o en cuya realización se ha participado) puede ir tan lejos, que toda una categoría de hombres — niños, anormales, etc. — no pueden quedar obligados o facultados a nada sino por medio de sus representantes legales, esto es, por medio de otros hombres que el orden jurídico determina. Dícese entonces que los primeros «carecen de voluntad» o que no pueden manifestarla sino «a través» de sus representantes. Esto significa que, por excepción, la voluntad de esos hombres carece de efectos jurídicos y no es capaz de realizar el hecho de un negocio jurídico (lo único que aquí se considera).

Todavía hay una razón de más para que la voluntad de *B* (representante) valga como voluntad de *A* (representado), en el caso de que la representación no sea legal, es decir, no esté prescrita coactivamente por la ley, sino que haya de crearse en un acto jurídico, en un pacto libre. En el negocio por el que *A* instituye como representante a *B*, se determinan los actos jurídicos que éste se halla autorizado a realizar. Luego éste no puede representar al primero sino dentro de la órbita delegada por él. *B* no puede querer jurídicamente sino lo que quiere *A*. La razón subjetiva de que *A* se sirva de *B* como representante, es la de que el efecto de Derecho deseado por *A* sólo puede ser acarreado mediante una manifestación de voluntad (hecho) que no puede realizar materialmente (por ejemplo, por el tiempo y lugar en que hay que realizarlo).

Por eso *B* está ligado a la voluntad de su representado en todos los actos que tiene que efectuar como representante. El negocio jurídico que da nacimiento a la representación se llama «mandato». Si la voluntad del mandatario «vale» como voluntad del mandante (esto es, si *A* y *B* celebran un pacto por el cual el segundo queda instituído mandatario del primero, y el hecho por él realizado dentro de los límites del pacto tiene las mismas consecuencias jurídicas que si lo hubiese realizado *A*), es porque *B* sólo puede realizar aquellos actos para los que ha sido autorizado o comisionado. Pero en este caso no puede decirse que el representado carece de voluntad o que sólo puede manifestarla a través del representante, pues prescindiendo de que *A* puede realizar directamente, fuera de la relación de representación, otros actos jurídicos válidos, necesitó además emitir una voluntad «propia»

para poder instituir la representación y para otorgar poderes al mandatario. (Aquí ya no interesa el hecho de que, para la validez del acto, se requiere también el asentimiento del mandatario o representante.) Por tanto, ha de prescribir también al mandatario la conducta a seguir, ha de darle instrucciones, ha de determinar qué actos debe realizar. No basta que *A* se limite a manifestar que quiere ser representado; ha de decir también «cómo» quiere serlo.

C. La ficción de la representación del pueblo por el Parlamento

Se dice que la voluntad del Parlamento (órgano secundario y representativo) ha de valer como voluntad del pueblo por él representado; la cuestión en torno a la licitud de esta afirmación se investiga, aprovechando el análisis que hemos hecho de la representación en Derecho civil (suponiéndose que sólo dentro de esta disciplina jurídica encaja aquella institución), por dos razones: la primera, porque en ambos casos se habla de que la voluntad de un sujeto debe valer como voluntad de otro; la segunda y principal, porque la relación entre el pueblo y la «representación popular» (el parlamento como cuerpo «representativo») es considerada como una institución de naturaleza análoga a la del Derecho civil, sin perjuicio de que se acentúe la diferencia que media entre la organización en general y especialmente la organización secundaria (representación en sentido estricto), de una parte, y el mandato, de otra. Como apoyo de esta distinción se busca la división del Derecho en público y privado; pero esta base es insegura. La figura jurídica de la representación, tal como fué expuesta (prescindiendo de ficciones que ocultaban las relaciones reales entre distintos hechos), no está limitada por naturaleza al Derecho civil; o, cuando menos, es susceptible de generalización. Por lo demás, conviene no identificar absolutamente organización y representación. La organización (en sentido jurídico-esencial) no es representación, porque ésta es una relación material entre distintos hechos (o entre los hombres que los realizan), mientras que la primera es la relación de un hecho con un orden o sistema de hechos. Es una aplicación radicalmente equivocada de la idea de representación a la relación del Estado con sus órganos, el considerar a aquél como un hombre que, a la manera del niño y del loco, carece de «voluntad» y sólo puede «querer» a través de sus órganos, que son sus «representantes» legales, pues la voluntad del «Estado» es algo esencialmente distinto de la voluntad que un hombre manifiesta al realizar un hecho. Y de esta voluntad no carece el anormal, aun cuando el Derecho positivo no le reconozca efectos jurídicos. Sólo la hipóstasis de la unidad personificada del orden jurídico podía llevar a desviaciones tan grotescas. En la relación de la llamada organización secundaria se afirma una relación entre hombres (o entre hechos por ellos realizados), lo mismo que en la representación de Derecho civil. Decir que el órgano representa al Estado, tiene un sentido diferente que el afirmar que el

parlamento representa al pueblo, que la voluntad del parlamento es la voluntad del pueblo, y que éste no puede querer sino a través de aquél. Si esta afirmación está justificada, es decir, si está fundada en el Derecho positivo y no es una ficción, una hipótesis en contradicción con la realidad jurídica, tienen que darse los mismos criterios que permiten afirmar en Derecho civil que la voluntad del representante « vale » como voluntad del representado.

1. **La ficción de la soberanía popular.** Así sería si existiese una regla positiva de Derecho que diera a todas las decisiones del « pueblo » el carácter de leyes, y sólo por excepción pudiera el parlamento adoptar resoluciones con la misma eficacia que si hubiesen sido adoptadas por el pueblo. Esto ocurre en las constituciones que establecen la democracia directa. Allí, la legislación corresponde directamente a la asamblea popular. Si ésta no puede reunirse, actúa en su nombre (por vía excepcional) un *collegium* elegido por ella. De sus resoluciones puede decirse que valen como si fueran adoptadas por el pueblo (o mejor, por la asamblea popular), en el mismo sentido en que se dice que la voluntad del tutor vale como voluntad del pupilo. Esa legislación es el fruto de una especie de mandato imperativo; la entidad de que procede es un órgano del pueblo o de la asamblea popular. Pero, en las constituciones de las democracias « representativas », el pueblo está excluído en principio de la legislación, la cual se encomienda al parlamento elegido por él. Aquí no hay una regla positiva que llame al pueblo a legislar; por lo que la competencia legislativa del parlamento no es la excepción, como en el caso anterior. Pero la teoría afirma que el parlamento es un órgano secundario del pueblo, que la voluntad de aquél no es sino la voluntad de éste; ahora bien, esta afirmación no se basa en el Derecho positivo, sino en un dogma político: el dogma de la soberanía popular, que afirma que el poder legislativo corresponde « por naturaleza » únicamente al pueblo; por lo cual la atribución al parlamento de la competencia legislativa es una limitación de la regla general. Justamente por esto la teoría de la soberanía popular es una ficción: el dogma político está en contradicción con la realidad jurídica. Por eso también la idea de la representación del pueblo por el parlamento se reduce a la idea del mandato imperativo.

2. **El « mandato libre ».** Pero el parlamento podría ser considerado como órgano del pueblo, sin recurrir a ficciones, si el Derecho positivo determinase que aquél fuese el mandatario de éste, es decir, si estableciese que las resoluciones parlamentarias habían de estar ligadas en todo caso a lo que el pueblo manifestase de algún modo ser su voluntad. También esta relación es posible; las constituciones de tipo estamentario ponen a las clases y estamentos en esta situación de dependencia respecto de sus electores. Los representantes estaban ligados a las instrucciones de sus electores, los cuales podían revocarles el mandato en caso de desacuerdo con su actuación. Pero la relación

entre el parlamento y el pueblo está basada en esta misma idea, como lo prueba el hecho de que la calidad de miembro del parlamento, la situación jurídica del diputado, se conoce todavía con el nombre de « mandato ».

Pero desde el momento que las constituciones modernas prohiben expresamente toda vinculación formal del diputado a las instrucciones de sus electores, y hacen jurídicamente independientes las resoluciones del parlamento de la voluntad del pueblo, pierde todo fundamento positivo la afirmación de que la voluntad del parlamento es la voluntad del pueblo, y se convierte en una pura ficción (inconciliable con la realidad jurídica). Ahora se ha suprimido el « mandato imperativo » de las constituciones estamentarias y se introduce el « libre mandato »; pero esta *contradictio in adjecto* — pues el concepto de « mandato » implica las ideas de vinculación e imperatividad — descubre clarísimamente la tendencia de atenerse, al menos en la terminología, a lo contrario de lo que es la realidad.

D. Finalidad política de la ficción

Desde un punto de vista político, hay muchas razones que justifican la independencia del parlamento respecto del pueblo, todas las cuales pueden reducirse a las ventajas técnico-sociales de la división del trabajo. Ahora bien, la división progresiva del trabajo acaba por contradecir al principio democrático, traducido en el dogma de la soberanía popular. Es curioso observar que, a medida que el parlamento se independiza jurídicamente del pueblo (o mejor, de su órgano creador, que no es nunca todo el « pueblo » sino un sector más o menos amplio de electores), siguiendo el principio de la división del trabajo, la teoría del parlamento se aferra al dogma de la soberanía popular (con la consiguiente « representación » del pueblo por el parlamento) y llega a afirmar incluso que el parlamento es el mismo pueblo (con lo cual la ficción de la representación se convierte en la ficción de la identidad). Indudablemente, esta teoría tiene finalidades políticas. Ocultando la realidad jurídica, quiere hacer creer a aquellos a los que la constitución aleja de la función legislativa, que si bien se hallan representados por el parlamento, determinan por sí mismos la voluntad del Estado. De ese modo se afirma el poder del parlamento, el cual se legitima por el dogma de la soberanía popular que él mismo desplaza, atribuyéndose la competencia exclusiva en materia de legislación. La independencia real del parlamento respecto de la voluntad popular se disimula diciendo que cada diputado es el representante de todo el pueblo. De aquí se deduce que no tiene que recibir instrucciones de los grupos que lo eligieron. Pero « todo el pueblo » es mudo.

Si se acepta la tesis — pura ficción en las democracias representativas — de que el poder legislativo radica fundamentalmente en el pueblo, al cual está subordinado el parlamento como ejecutor de su voluntad, puede afirmarse que el pueblo no puede querer sino a tra-

vés de su parlamento, y sólo por vía de excepción puede reservarse la realización directa de ciertos actos de voluntad. Uno de éstos es la elección del parlamento. Tal es, se dice, la esencia del órgano primario, como el pueblo. Pero los órganos (no sólo los primarios) no pueden realizar actos de voluntad, sino supuesto que se hallen expresamente autorizados para ello. El hecho de que el «pueblo» elige a su parlamento no basta para fundamentar el principio de que la voluntad de éste es voluntad de aquél, ni para afirmar que el último es un órgano secundario, por ser órgano del primero. Tenemos aquí repetida la confusión, ya antes rechazada, entre la relación de subordinación y la de designación. El pueblo designa al parlamento, pero no por eso éste ha de ejecutar la voluntad de aquél; tanto más cuanto que el pueblo no puede manifestar otra voluntad que la que se expresa en el acto de la elección. La esencia de la democracia «representativa» — en contradicción con su propio nombre — consiste en que no es el pueblo sino el parlamento el llamado a legislar, pudiendo realizar esta función con toda independencia del primero. El pueblo o, mejor, el cuerpo electoral organizado para un acto de elección, es únicamente un órgano de creación. ¿Acaso todo órgano creado tendría que «representar» al órgano creador? Y ¿puede asignarse al «pueblo», respecto del parlamento, una función que no sea la de mera creación? Es, pues, una ficción la existencia de una relación específica representativa entre el pueblo y el parlamento (supuesto que la relación representativa es una relación jurídica, y que el órgano secundario o representativo es un concepto jurídico). Y no debe negarse que la elección de un diputado implica de hecho, aun cuando no jurídicamente, una cierta dependencia de los electores o grupos de electores que deciden la elección o, en su caso, la reelección, sobre todo cuando el sistema electoral está organizado a base de partidos. Pero esta dependencia efectiva no es una particularidad de la elección del parlamento por el pueblo, sino que es una nota de toda elección de un órgano por otro. Esa nota se da en grado acaso mayor en el nombramiento de ministros por el jefe del Estado. Y, sin embargo, a nadie se le ocurrió hablar en este caso de «representación». Es que aquí no entraba en juego la ficción de la soberanía popular, que es el único fundamento en que se apoya la teoría de la representación. Esa ficción es también lo que lleva a la explicación sedicente jurídica, según la cual, el poder legislativo del pueblo, ilimitado en principio, se ciñe hoy a la elección de parlamento, pero «en substancia» permanece en el pueblo; también se dice, con el mismo «acierto», que en la elección el pueblo traslada su poder al parlamento. El carácter ficticio de todas estas construcciones se revela cuando se las utiliza en la exposición de aquellas constituciones que jamás reconocieron al pueblo, ni la potestad legislativa ni «poder» de ningún género (del que carecieron, por tanto), y en las que la elección del parlamento fué la primera señal de vida de un «pueblo», que hasta ese momento no fué otra cosa que una masa de «súbditos». La ficción presta aquí el eminente servicio de servir de freno

al progreso ilimitado de la evolución democrática, la cual encuentra su comienzo y su fin, al mismo tiempo, en la introducción del parlamentarismo.

E. Construcción jurídica de la relación entre parlamento y pueblo

Sólo el interés eminentemente político que existe (precisamente en las democracias parlamentarias y en la Monarquía constitucional) en mantener la ficción de que el parlamento representa al pueblo, puede explicar que una Teoría del Estado que se estima llamada a defender estos intereses políticos, se lance de continuo a la vana empresa de explicar como relación jurídica la relación entre el pueblo y el parlamento, a pesar de que el Derecho positivo no vincula jurídicamente la función parlamentaria a la voluntad popular. Tal es el propósito de aquella teoría según la cual el parlamento organiza en sentido jurídico al pueblo que lo elige, siendo aquél el órgano de voluntad de éste, constituyendo ambos una unidad jurídica (JELLINEK). Este sofisma se basa en la identificación tácita del Estado con el pueblo. El pueblo es organizado por el parlamento, como lo es una asociación por el presidente que eligen los miembros de la misma en junta general. Pero el presidente no es órgano de voluntad de la junta general, si ésta no tiene más función que elegirlo; es órgano de voluntad de la asociación, pero ésta no se identifica ni con los miembros ni con la junta general; la cual, a su vez, no es sino un órgano de aquélla, que es el orden colectivo en que viven los miembros. Del mismo modo, el parlamento no es órgano de voluntad del pueblo, el cual no tiene otra función que la de elegirlo, sino que el pueblo y el parlamento son por igual órganos del Estado. Indudablemente, ambos constituyen una unidad jurídica; pero no porque el uno sea órgano de voluntad del otro (ni siquiera en el caso de que el Derecho positivo lo instituyese en órgano de ejecución de la voluntad popular), sino porque es órgano del mismo orden que el pueblo. La unidad jurídica que entre ellos existe, se da entre todos los órganos estatales, pues esa unidad es la del Estado, la del orden estatal.

Apenas se toma en serio la afirmación de que sólo según esa teoría que considera al pueblo como órgano primario y al parlamento como secundario, podría afirmarse la existencia de una democracia (y no la de una Monarquía absoluta, por ejemplo) en los períodos en que permanece cerrado el parlamento; pues en una democracia representativa, sostiene la teoría, el pueblo sigue siendo órgano primario de la legislación, aun cuando no funcione el parlamento; pues nada se opone a considerar que, en efecto, una constitución que permite tales interregnos, es menos democrática que otra que hace posible el funcionamiento continuado del parlamento, especialmente si la primera concede durante el interregno un derecho legislativo al jefe del Estado. No sería preciso designar a una organización semejante como *Monar-*

quia temporal, pero nada esencial podría oponerse a hacerlo así. ¿Por qué se opone a ello tan enérgicamente la teoría, que en otras ocasiones no tiene inconveniente en afirmar sus tendencias autocráticas? Pero la forma del Estado no ha de juzgarse sólo por la organización de la función legislativa, sino por la de todos los grados del proceso formativo de voluntad estatal; y si es posible que en un grado impere la autocracia y en otro la democracia, también lo es el que dentro del mismo grado se sucedan los distintos principios, porque así esté legalmente determinado. Un Estado se caracteriza como autocracia o democracia, no según la realidad, sino según la posibilidad jurídica de una legislación parlamentaria. Y lo mismo podría preguntarse qué forma de Estado existe entre dos legislaturas o entre dos períodos de sesiones (cfs. págs. 456 y ss.). Se acusa de formalismo a una teoría que se niega a ver entre el pueblo y el parlamento una relación que no sea la de creación, fundada por el Derecho positivo. Desde tal punto de vista, no se comprende jurídicamente la lucha por la democratización del derecho electoral, pues éste no consiste en la mera participación en el acto de elección, sino en el influjo ejercido por el elector sobre la legislación. Este interés no sería meramente fáctico, sino jurídico (JELLINEK); pero, en verdad, no es así. Puede existir ese interés, y el derecho electoral puede constituir un medio de su realización. Pero el determinar si de hecho es así, y en qué medida, queda fuera del ámbito del conocimiento jurídico (mientras ese interés no se convierte en contenido de las normas, y la función del diputado no se hace jurídicamente dependiente de la función del elector). El reproche de «formalismo» es siempre el medio de defensa de una teoría jurídica que desborda sus límites metódicos. Y, una vez más, es una tendencia política el motivo verdadero de este desbordamiento del sistema. Siempre que una teoría jurídica quiere explicar la «ola vital» que fecunda el Derecho positivo, no hace sino afirmar una norma en contradicción con aquél. ¿Por qué aquellos que quieren introducir en un concepto jurídico las posibilidades de eficacia del derecho electoral (situadas más allá del sistema) no se preguntan por las mismas funciones de la institución de la propiedad privada? ¿Por qué rechazarían — con pleno derecho — acoger en el concepto jurídico de la propiedad la función de «explotación» que ésta realiza? Ya antes se mostró el motivo que les impulsa a presentar como una relación jurídica, recurriendo a la ficción de la representación, la influencia que el elector ejerce sobre la función parlamentaria; esta influencia puede darse de hecho, pero ni siempre existe, ni existe en caso alguno como realidad «jurídica».

F. La representación del monarca por el juez

La ficción de la representación no se utiliza únicamente para construir jurídicamente la relación del pueblo con el parlamento, como corporación legislativa. La misma ficción sirve para exponer la relación del pueblo con otros órganos.

Con la hipocresía de la soberanía popular (mantenida por esta ficción) buscan todos los autócratas legitimar y consolidar su poderío, presentándose como «servidores» del pueblo, como ejecutores de su verdadera voluntad, de su interés bien entendido; pues la constitución hace todo lo posible por impedir que el pueblo tenga voluntad o la manifieste de modo que pudiese obligar jurídicamente al autócrata. Y una ciencia favorable siempre al poderoso, no se ahorra el gusto de apoyar esta afirmación en la «teoría» de que el *princeps*, *caesar*, monarca, dictador o como quiera que se llame, es el único representante legítimo del pueblo, siendo su voluntad fiel expresión de la voluntad popular, pues el pueblo no puede manifestar su voluntad sino a través del autócrata. Se habla entonces de una representación «absorbente» del pueblo por el imperante. Y si se identifica el pueblo con el Estado, éste no se halla «representado» sino por aquel órgano exclusivo. Todos los demás son órganos secundarios del único órgano representante del Estado. En el fondo, se trata de un nuevo giro de la antigua doctrina que sostenía la necesidad de un «titular» único del poder del Estado. Esta teoría es admisible cuando tiene su apoyo en el Derecho positivo: por ejemplo, en las constituciones de la Monarquía absoluta, en la que todos los órganos están subordinados al monarca. En cambio, es insostenible en la Monarquía constitucional, en la que los órganos son independientes del monarca. Es uno de los más vergonzosos deslices de la Teoría constitucionalista haber debilitado la independencia jurídica del «poder judicial» (una de las más serias limitaciones puestas al poder ilimitado del monarca absoluto) presentando al juez como órgano secundario del monarca; y declarando a éste órgano primario de la jurisdicción, tenía que afirmar (contradiciendo al Derecho positivo) que esta función correspondía «originariamente», «en rigor», «por naturaleza», etc., al monarca; el cual tenía, empero, que servirse de los jueces, a los que hacía independientes, del mismo modo que independizaba al parlamento del pueblo. Es la misma ficción. El hecho de que el monarca había de nombrar los jueces, se interpretaba en el sentido de que aquél era el «superior» de éstos; lo que carecía de todo fundamento. Todavía se ve esto más claro cuando se advierte que también aquí la relación de creación se transforma en una subordinación representativa, afirmándose que la sentencia del juez es la expresión de la voluntad del monarca.

Esta teoría, hecha para mantener el prestigio del monarca, no puede encontrar tampoco un apoyo en el hecho de que las constituciones monárquico-parlamentarias (influenciadas por esa teoría) obligan al juez a administrar justicia «en nombre del monarca», es decir, empleando en la publicación la fórmula «en nombre del rey o del emperador». El sentido subjetivo de estos actos (que puede hallarse incluso confirmado por preceptos legales) no autoriza a deducir la significación objetiva que les corresponde en el complejo sistemático de todos los actos jurídicos. Es un caso semejante al de la publicación de la ley, como mandato del monarca (cfs. pág. 430). El precepto de

publicar las sentencias en nombre del monarca, es una teoría del legislador que no puede obligar a la ciencia; lo mismo que si una constitución declara que el monarca es el representante del pueblo. Es harto característico que los mismos autores que se apoyan en preceptos positivos para declarar que el juez es un órgano secundario del monarca, y éste el órgano primario por excelencia, declaran sin valor los preceptos de una constitución que considera al monarca como órgano secundario, alegando que el pueblo no lo elige, ni lo destituye ni le exige responsabilidad, por lo cual no puede actuar como órgano primario. El monarca, pues, es considerado *a priori* como órgano primario. El hecho de que el monarca nombra y destituye a los otros órganos, no puede fundar la relación representativa; desde luego, el monarca no puede destituir a los jueces. Y también en esta franca tendencia a afirmar al monarca como órgano primario, se manifiesta el carácter absolutamente político de la distinción entre órganos primarios y secundarios y, por tanto, de la teoría misma de la representación.

Ésta se dirige contra el Derecho positivo en dos direcciones, que tienden a la misma finalidad política. De una parte (como teoría de la representación del pueblo por el parlamento) sostiene la ficción de que el pueblo está en posesión del poder legislativo, ejercido por el parlamento «en su representación»; de ese modo, es superflua una evolución democrática en el sentido de una legislación ejercida realmente por el pueblo. De otra parte (como teoría de la representación del monarca por el juez), sostiene la ficción de que el monarca está en posesión del poder judicial, ejercido por el juez « en su representación »; de ese modo disimula la pérdida efectiva de competencia sufrida por el monarca absoluto al convertirse en constitucional, y suscita la apariencia de que se halla en posesión de un poder más amplio que el que realmente le corresponde por la constitución.

CAPÍTULO NOVENO

Los métodos de creación
Teoría de las formas del Estado

§ 44. Autocracia y democracia

A. El concepto jurídico de «forma del Estado»

La moderna doctrina acerca de las formas del Estado se halla bajo el influjo decisivo de la antigua teoría política, especialmente de la aristotélica. Se la mantiene en todos los puntos esenciales; ante todo, en el concepto mismo de «forma del Estado». La importancia metódica de este concepto consiste en que en él se expresa la substancia del Estado, pues una división de las formas estatales equivale a una división de los Estados. Por eso, aquello que se comprende y determina como forma estatal, debe permitir inferir la naturaleza genuina de lo que quiere comprenderse como Estado. Con plena razón se ha reconocido como uno de los puntos de vista más interesantes de la antigua teoría política el haber buscado la forma estatal en la constitución, guiada por el propósito de comprender el Estado desde un punto único, como «desde un centro inestable» (JELLINEK). La teoría antigua del Estado distinguía tres formas o «constituciones»: monarquía, aristocracia y democracia; y el criterio decisivo para distinguir una de otra era la organización de la autoridad que ejercía el poder público, o (como diría la doctrina moderna) la estructura del proceso formativo de voluntad estatal. Pero la «voluntad» del Estado (cuyas distintas posibilidades de creación deciden en cada caso el problema de la forma estatal) no puede ser una voluntad psíquica sino jurídica, pues la producción de un acto psíquico de voluntad es un problema psicológico, ajeno por naturaleza a la Teoría del Estado. Ya está suficientemente probado que el «querer» del Estado es el «deber ser» de su ordenamiento, y que la voluntad estatal no es más que la imagen del sistema normativo unitario del orden estatal.

Acaba de afirmarse que la antigua ciencia política no desconoció que el Estado era un orden o τάξις. Pero también la teoría política dominante se ha dado cuenta (conviene hacerlo resaltar) de que la división de las formas del Estado es jurídica y no es posible más que

como tal. Ahora bien, una división jurídica no puede tener otro objeto que el Derecho. Por eso la doctrina de las formas del Estado, en cualquiera de sus épocas, no ha sido otra cosa que la teoría de las distintas posibilidades de crear el orden estatal como orden jurídico. Sin embargo, se ciñe a la consideración de los grados superiores de la pirámide jurídica, pero esto es porque confunde el Derecho con la ley. Ésta es la razón por la cual el problema de la forma de Estado ha sido limitado a la legislación, dejando a un lado todo el amplio dominio de la «ejecución» (como denominación genérica de todos aquellos grados de la creación jurídica que no son «legislación»).

El problema de la forma del Estado es de contenido jurídico. En él se revela la relatividad de la antítesis de contenido y forma. Lo que en un sentido es forma, es contenido en otro. Trátase, ante todo, del contenido posible (no necesario, como erróneamente suponen las escuelas jusnaturalistas) de la norma fundamental hipotética (constitución en sentido lógico-jurídico, creadora del órgano legislativo supremo) y del de la constitución en sentido jurídico positivo, apoyada en aquélla (reguladora de la creación de los grados superiores de normas jurídicas). La forma del Estado es un contenido posible de la constitución en sentido estricto y originario, antes de toda regulación de las relaciones entre el poder público y los súbditos, y antes de la introducción de toda idea de libertad. La forma del Estado es el método posible de la creación del orden estatal. Es forma jurídica, esto es, método de creación de Derecho. Para conocer el contenido jurídico, precisa dibujar tipicidades. Las formas estatales son los contenidos típicos de las normas reguladoras de la creación de Derecho. Pero es preciso separar pulcramente el tipo ideal platónico y el tipo «medio» o real. Aquél es el supuesto de éste.

B. La idea de libertad como fundamento de clasificación

1. Cambio de significación del concepto de libertad. La idea o ideal que ha servido desde antiguo para clasificar las formas estatales, es la libertad. Es el contrapunto de toda especulación social, a pesar de que lo social es, por naturaleza, unión y vinculación y, en consecuencia, negación de la libertad. La naturaleza se rebela contra la sociedad, contra la coacción consiguiente a todo orden social, contra el tormento de la heteronomia, y pide libertad. La carga de la voluntad ajena, impuesta por el orden social, se hace tanto más insoportable cuanto de modo más inmediato se manifiesta en el hombre el sentimiento primario de su propio valor, cuanto más elemental es el impulso que mueve al súbdito contra el que le manda: si es un hombre como yo, yo soy su igual: ¿dónde está su derecho a mandarme? De este modo, la idea negativa de la igualdad se pone al servicio de la idea, igualmente negativa, de libertad.

Ahora bien, si ésta se resuelve en un cálculo de lo social (incluso lo estatal) por ella negado, débese a un cambio de significado; la liber-

tad deja de ser negación de lo social (y, en particular, del Estado) y se convierte en una forma específica que representa, en unión de su antítesis dialéctica, todas las formas posibles de Estado y Sociedad, democracia y autocracia.

Para que existan Sociedad y Estado, tiene que haber un orden entrelazante de la conducta recíproca de los hombres; tiene que existir, por tanto, el dominio, el *imperium*. Pero si hemos de ser dominados, queremos serlo por nosotros mismos. De la libertad natural se desprende la libertad social o política. Políticamente libre es el que siendo súbdito, no está sometido a otra voluntad que la suya propia. Con esto se pone de manifiesto cuál es la antítesis radical entre todas las formas de Estado y sociedad.

Usando el lenguaje gnoseológico, diríamos: para que sea posible la sociedad como complejo sistemático distinto de la naturaleza, debe existir una legalidad social específica diferente de la legalidad natural. Frente a la ley causal, surge la norma. Desde el punto de vista de la naturaleza, la libertad significa la negación de lo social; desde el punto de vista de la sociedad, la negación de la legalidad natural o causal (libre arbitrio). La «vuelta a la naturaleza» significa relajación de todo vínculo social. En cambio, la vida en sociedad equivale a emanciparse de la naturaleza. Esta contradicción se resuelve haciendo de la «libertad» la expresión de una legalidad específica: la social (ético-política y jurídico-estatal); haciendo, por tanto, que la oposición de naturaleza y sociedad no sea sino la antítesis de dos legalidades diferentes.

El concepto clásico de libertad (como autodeterminación política del ciudadano, como cooperación en el proceso formativo de la voluntad estatal imperativa), suele contraponerse a la idea germánica, que implicaba el estar libre de todo poder y de todo Estado. Pero esta distinción no es puramente histórico-etnográfica. El paso del modo germánico de plantearse el problema de la libertad, al clásico, es la primera etapa de aquel inevitable proceso de transformación y desnaturalización a que está sometido el instinto primitivo de la libertad, en la vía que la conciencia humana recorre al pasar del estado de naturaleza al de un orden estatal coactivo. Este cambio de sentido del concepto de libertad, es de gran importancia para la mecánica del actual pensamiento social. La importancia excepcional que alcanza la libertad en las ideologías políticas no se explica sino como originada en abismos insondables del alma humana, en un instinto primario antisocial, que coloca al individuo frente al Estado y a la Sociedad. Y, sin embargo, por una ilusión casi misteriosa, esta idea de libertad pasa a no expresar sino una cierta posición que el individuo debe ocupar en la sociedad. De la libertad de la anarquía se desprende la libertad de la democracia, que se contrapone a la sumisión de la autocracia.

2. El principio de mayorías. Partiendo de esta idea de la libertad social, exige el Derecho natural que la primera constitución se funde en un pacto, esto es, que nazca con el consentimiento de todos

aquellos sobre los cuales pretende alcanzar validez el orden estatal. Ahora bien, para el Derecho natural, la autoridad que es fuente última de Derecho es la voluntad de la mayoría de los súbditos (supuesto que no adopte una orientación autocrática y someta el pueblo a un soberano único). Esta limitación del principio de unanimidad al acto hipotético de fundación del Estado no se explica, como creen algunos, únicamente por razones de oportunismo. Aceptado el principio de unanimidad para celebrar el pacto, como exigencia natural de la libertad, habría que requerir lógicamente el asentimiento durable de los que pactaron, para la subsistencia del orden pactado, quedando cada cual libre de abandonar en todo tiempo la comunidad, y sustraerse a la validez del orden social, négándole su reconocimiento. Aquí se muestra claramente el insoluble conflicto en que se halla la idea de libertad individual con la de orden social, el cual no es posible, por naturaleza, sino supuesta su validez objetiva, esto es, independiente de la voluntad de quienes le están sometidos. Sin embargo, esta validez objetiva del orden social queda intacta aun cuando su contenido haya sido determinado por la voluntad de los súbditos. La creación de la norma refiérese al acto de su establecimiento; la sumisión a la misma, a la norma como estructura ideal de sentido. Pero la objetividad formal quiere ser completada con la material. En el caso límite, allí donde el «tú debes» del imperativo social está condicionado por el «si quieres, y lo que quieres» del destinatario, el orden pierde todo sentido social. Por esta razón, para que existan Sociedad y Estado tiene que haber alguna posible diferencia entre el contenido de las voluntades sometidas. Si la tensión entre estos dos polos (ser y deber ser) fuese igual a cero, es decir, si el valor de libertad fuese igual a infinito, no podría ya hablarse de «súbditos». La democracia se conforma con una aproximación a la idea primitiva, al declarar que para la continuación del orden pactado unánimemente (según la idea de libertad) basta una resolución mayoritaria. A pesar de ello, síguese hablando de «autodeterminación» y se asegura que quien se somete a la voluntad de la mayoría se somete a la suya propia; todo esto es un paso más en la metamorfosis de la idea de libertad.

Pero aun quien vota con la mayoría no se somete sólo a su propia voluntad. Esto se experimenta cuando se modifica esta voluntad. Tal modificación carece de todo valor jurídico; y entonces surge con toda claridad la «voluntad ajena», la validez objetiva del orden a que se está sometido. Para que el individuo fuese de nuevo libre, tendría que encontrar una mayoría que estuviese de acuerdo en cambiar nuevamente de voluntad. Y esta concordancia entre la voluntad individual y la del Estado es tanto más difícil, y tanto menor la garantía de la libertad individual, cuanto más calificada es la mayoría requerida para modificar la voluntad estatal existente. Y si fuese requerida la unanimidad, la libertad quedaría aniquilada. Aquí se revela una ambigüedad chocante de la mecánica política. Lo que primero sirvió de protección de la libertad individual al fundarse el Estado, se con-

vierte en cadena que amarra al orden pactado, al cual ya no es posible sustraerse. En la experiencia social no se presenta apenas el caso de fundación de un Estado, de creación primaria de un orden jurídico o voluntad estatal. Por el contrario, lo general es nacer dentro de un orden estatal ya constituído, en cuya creación no se ha participado, y que constituye la «voluntad ajena» frente a la propia. Puede discutirse, únicamente, la continuación o la reforma de este orden. Y desde este punto de vista, el principio de la mayoría absoluta (no cualificada) representa la aproximación relativamente mayor a la idea de libertad.

De esta idea ha de derivarse el principio de mayorías, y no de la de igualdad, como suele hacerse. Sin duda, el supuesto del principio mayoritario es la igualdad de las voluntades humanas. Pero esta «igualdad» no es más que una imagen, no puede significar el que todas las voluntades o personalidades humanas puedan efectivamente medirse y adicionarse. Sería imposible justificar el principio de mayorías diciendo que muchos votos «pesan más» que pocos. De la presunción puramente negativa de que ninguna voluntad vale más que la otra, no puede seguirse positivamente que deba valer la voluntad de la mayoría. Si el principio mayoritario deriva exclusivamente de la idea de igualdad, tiene un carácter mecánico y falto de sentido, como le reprochan los partidarios de la autocracia. Sería la fórmula decente del hecho brutal de que los más son más fuertes que los menos; y el principio de que el poder precede al Derecho, no quedaría superado sino convirtiéndolo en proposición jurídica. El camino racional al principio de mayorías ha de hallarse partiendo de la idea de que, si no todos, deben ser libres la mayor parte de los hombres, debiendo reducirse al mínimo la cantidad de hombres cuya voluntad puede estar en contradicción con la voluntad general del orden social. Naturalmente, esto presupone a la igualdad como hipótesis fundamental de la democracia, al exigirse que sea libre el mayor número posible de hombres, y no sólo éstos o aquéllos. Así, la concordancia entre la voluntad particular y la del Estado es tanto más fácil cuanto menos voluntades sean requeridas para asentir a la reforma de la voluntad estatal. De hecho, la mayoría absoluta es el límite superior. Bajando de ese límite, se daría la posibilidad de que la voluntad del Estado, en el momento de su creación, tendría más voluntades individuales en la oposición que a su lado; superándolo, una minoría podría determinar la voluntad del Estado (negándose a reformarla), contra el deseo de la mayoría.

Pero el principio de mayorías responde aún en otro sentido a la idea de la libertad política (no de la libertad natural), pues la mayoría presupone, por concepto, una minoría; y el derecho de aquélla implica la licitud de la existencia de ésta. De aquí se deriva no la necesidad, pero sí la posibilidad de protección de la minoría contra la mayoría. En todo caso, el principio mayoritario no puede identificarse con la idea de un dominio ilimitado de la mayoría sobre la minoría. Por el hecho de su existencia jurídica, la minoría puede influenciar hasta

cierto punto la voluntad de la mayoría, e impedir que el contenido del orden social creado por ésta se halle en contradicción demasiado violenta con los intereses minoritarios. Desde el momento que el principio de mayorías divide la totalidad de súbditos en sólo dos grupos contrapuestos (mayoría y minoría), suscita la posibilidad de un compromiso; y «compromiso» significa eliminación de lo que separa, a favor de lo que une. Todo intercambio, todo pacto es un compromiso, pues el compromiso es un ponerse de acuerdo. En último término, toda integración social no es posible sino en virtud de un compromiso. El juicio desfavorable y despectivo de que, con frecuencia, se hace objeto al compromiso y a las actitudes conciliadoras, no nace de la ideología liberal, no tiene nada que ver con la idea de la autodeterminación.

El principio de mayorías tiene ciertos límites naturales en su aplicación. Para que puedan «pactar» la mayoría y la minoría, necesitan previamente «poder entenderse». Requiérese, pues, una sociedad cultural relativamente homogénea (en particular, unidad de idioma). El conocido argumento según el cual daría resultados absurdos la aplicación del principio mayoritario a la actual humanidad como unidad, no afecta al principio en sí, sino a sus exageraciones. Con el mismo criterio habría que juzgar la opinión marxista que sostiene la imposibilidad de aplicar el principio de mayorías a una sociedad desgarrada por la lucha de clases, requiriendo como supuesto la plena comunidad de intereses de los asociados, ya que tal principio no sería apto sino para superar las diferencias secundarias, meramente técnicas, de opinión, pero no para equilibrar los conflictos de intereses vitales. Pero, prescindiendo de que no hay ninguna sociedad humana dentro de la cual exista la plena armonía de intereses (pues ésta no puede crearse sino por el compromiso y la transacción siempre renovados, ya que las más pequeñas diferencias de opiniones pueden convertirse en conflictos de intereses vitales), este repudio del principio mayoritario como forma fundamental de la democracia en una sociedad dividida en clases, no se apoya tanto en una convicción teórica, sino en la voluntad (racionalmente injustificable) de superar la lucha de clases por vía autocrático-dictatorial, por aplicación revolucionaria de la fuerza, y no por caminos de paz, de «compromiso», de democracia. Se rechaza el principio de mayorías porque — con razón o sin ella — se rechaza el compromiso, que es su supuesto. Y precisamente porque el compromiso es el acercamiento real a la unanimidad (exigida por la libertad) en la creación del orden social por los a éste sometidos, el principio de mayorías se revela también en este sentido como expresión de la idea de la libertad política.

3. El Estado liberal. La idea de libertad política experimenta una nueva transformación, dada la inevitable diferencia entre la voluntad del individuo — que es el punto de partida de la exigencia de la libertad — y el orden estatal que se contrapone a la voluntad propia,

incluso en la democracia, donde esta diferencia está reducida al mínimo. La libertad del individuo, para la que no hay salvación posible, cede el paso a la libertad de la colectividad social. La protesta contra el dominio de los iguales, lleva a la conciencia política a desplazar el sujeto del dominio — inevitable incluso en la democracia — a la persona anónima del Estado. El *imperium* emana de éste y no de determinados hombres. De las voluntades y personalidades individuales despréndese una misteriosa voluntad colectiva y una persona mística colectiva compleja. Esta ficción no se realiza tanto respecto de las voluntades de los súbditos, sino de las de aquellos hombres que están en el uso y disfrute del poder, a los que se convierte en órganos de un sujeto hipostático del dominio. De este modo, el velo de la personificación del Estado oculta el hecho, insoportable a la conciencia democrática, del dominio del hombre por el hombre. No hay duda que cuando la Teoría del Estado personifica a éste, obra a impulsos de esta ideología de la democracia.

Pero, adquirida la convicción de que ya no es dominado por sus iguales, el individuo no tiene inconveniente en reconocerse no-libre, puesto que ha de obedecer al orden estatal. Entonces, con el sujeto del dominio, se desplaza también el sujeto de la libertad. Se afirma explícitamente que, puesto que el individuo crea el orden estatal en unión orgánica con otros individuos, no es ya «libre» sino en esta unión, y sólo en ella. La idea roussoniana, según la cual el súbdito renuncia por completo a su libertad para recuperarla como ciudadano, es tan característica, porque en esta distinción entre súbdito y ciudadano va implicada la mutación del punto de vista en la doctrina social, y del modo de plantearse el problema. El súbdito es el individuo aislado de una ciencia social individualista; el ciudadano, por el contrario, es el miembro que formà parte de un todo orgánico superior, en la concepción universalista de la sociedad; y este ser colectivo de que el individuo forma parte, tiene un carácter metafísico trascendente, visto desde el punto de partida individualista de una valoración enfocada, en primer término, a la idea de libertad. El cambio escénico es tan completo que no responde a la verdad; al menos, es inadecuado afirmar que el ciudadano aislado es libre. La consecuencia (que muchos autores han sabido deducir) exige que puesto que los ciudadanos no son libres sino en su conjunto — el Estado —, la libertad no comprende a ellos en particular, sino a la persona del Estado. La libertad del individuo deja paso a la soberanía del pueblo, al Estado libre o «liberal». Ésta es la última fase en la mutación de significado de la idea de libertad.

El Estado liberal es aquel cuya forma es la democracia, porque la voluntad estatal u orden jurídico es producida por los mismos que a ella están sometidos. Frente a esta forma se halla el Estado antiliberal o autocracia, porque el orden estatal es creado por un señor único, contrapuesto a todos los súbditos, a los que se excluye de toda participación activa en esa actividad creadora.

C. Formación jurídica y natural de voluntad

El criterio decisivo hállase en esta relación del súbdito con la creación normativa, pero no en la antítesis entre la formación artificial (jurídica) y la natural (puramente psicológica) de la voluntad suprema del Estado, pues la vía en la que se forma la voluntad estatal es jurídica — como jurídica es la voluntad formada —, tanto en la constitución autocrática (en la que es creada por un hombre solo) como en la democrática (en la que todos los súbditos participan en su formación). Y en ambos casos existen actos psíquicos de voluntad (a tener en cuenta por una teoría psicológica, no por la doctrina en torno a las formas del Estado). La voluntad del monarca es voluntad del Estado porque la constitución (en sentido lógico o positivo) atribuye ese sentido a un cierto acto — convertido, *eo ipso*, en jurídico —. El Derecho no puede crearse sino jurídicamente. No sólo en la autocracia, sino también en la democracia, el hecho externo se verifica por completo en el interior de «personas físicas» o, mejor: el hecho externo consiste en actos humanos particulares, y su significación jurídica de «voluntad estatal» débela en absoluto a la constitución; la cual determina que el acuerdo de voluntades de la mayoría de una cierta multitud de hombres sea contenido de la norma general, de la ley, de la «voluntad del Estado». Esta colectividad tiene — en cuanto órgano creador de voluntad política — «una realidad jurídica» en el mismo sentido que el monarca, y es, como éste, un hecho natural real (si se prescinde del esquema interpretativo jurídico de la constitución; si se abandona, por tanto, el campo jurídico-social y se pasa a un punto de vista psicológico y biológico): hombres con cuerpo y alma, y actos suyos, causalmente determinados. Si el principio clasificador de las formas de Estado es jurídico (y esto lo reconoce precisamente la teoría que distingue entre una formación psicológica y otra jurídica de voluntad estatal), no puede haber más formación de voluntad estatal ni más voluntad del Estado que la jurídica, pues una distinción jurídica no es posible más que dentro del Derecho.

D. «Integración dinámica» y «estática» como criterio clasificador de las formas de Estado

Si las normas del orden social, particularmente estatal, son creadas por los súbditos de las mismas, por el «pueblo» o por un parlamento o corporación elegido por él — y, en todo caso, según el principio de mayorías —, existe la necesidad de un procedimiento regulado; y cuando la mayoría es débil y oscilante, hay el peligro de carencia de continuidad en la dirección general del proceso formativo de voluntad social o estatal. Si las normas generales o individuales son creadas por acuerdo de una asamblea, precede a este acto una fase deliberativa (esto es, de discusión de lo que ha de ser resuelto), en forma de turnos en pro y en contra. Ahora bien, tanto la existencia de ese procedimiento

regulado, como la contraposición dialéctica de intereses y opiniones, son de importancia secundaria para fijar el concepto de forma estatal. Sin embargo, recientemente se ha pretendido ver en esos hechos el criterio decisivo de clasificación (SMEND). Se habla de una «integración dinámica», a la que se contrapone especialmente la Monarquía, como tipo de una «integración estática»; a lo cual precisa objetar que el momento dinámico radica en la creación de voluntad estatal, y no precisamente en la particularidad del proceso dialéctico del procedimiento democrático o parlamentario. Se dice que en este último caso hay que repetir en todo momento la experiencia para adquirir la resultante de la voluntad general estatal; pero también el autócrata o el monarca han de realizar en cada caso sus actos de legislación o de gobierno. Es cierto que en la identidad de la personalidad del monarca hay, de ordinario, mayores garantías de continuidad de la voluntad general del Estado; pero esto no tiene nada que ver con la dinámica antes mencionada. Tampoco es la continuidad una nota esencial del principio monárquico, bajo cuyo imperio ha sido posible reprochar el haberse seguido una «línea quebrada» y zigzagueante. Por otra parte, la oposición dialéctica de opiniones adversas, como método preparativo de las resoluciones, es inevitable en las monarquías, sobre todo en aquellas en las que el monarca tiene que remitirse de continuo a cuerpos consultivos, dentro de los cuales se sigue un procedimiento de discusión análogo al de los parlamentos y asambleas populares. Así, por ejemplo, el consejo de Estado de un monarca absoluto hace objeto de sus discusiones los mismos asuntos que se debaten en los parlamentos. Por tanto, no puede decirse en serio que el «monarca» (como factor estático de integración) se distingue del «parlamento» o de la «asamblea popular» (como factor integrador dinámico) en que para aquél — pero no para éste — lo «políticamente esencial» es «indiscutible». A su vez, es imposible considerar al parlamentarismo como único método dinámico de integración dinámica, contraponiéndole, como métodos estáticos, la Monarquía y la democracia «auténtica»; pues el método de discusión y contraposición de antítesis, que es la esencia de la integración dinámico-dialéctica, no se da menos en las asambleas populares que en los parlamentos. Así, pues, la distinción entre los tipos estático y dinámico de integración es más que confusa, y pierde toda posibilidad de servir de base (ni siquiera como criterio secundario) a una división de las formas de Estado.

E. Tipos ideales y reales

Pero la autocracia y la democracia no son sino tipos ideales. La realidad social del Derecho positivo representa aproximaciones o alejamientos más o menos marcados a alguno de los tipos ideales contrapuestos; la realidad es una serie de transiciones e interferencias. Una pura autocracia es tan irrealizable como una democracia pura. No se trata tanto de los límites conceptuales impuestos a la última por el

hecho de que en lugar de la voluntad de cada uno impera la voluntad coincidente (e irreformable unilateralmente) de todos y, en definitiva, la de una mayoría, sino de aquellos que impone la naturaleza misma de los hechos. La mayoría cuya voluntad crea las normas, no puede ser la voluntad de todos aquellos para los que vale el orden. Los locos, los niños, los ausentes, están excluídos de antemano, porque de hecho no pueden participar en la formación de voluntad del Estado; pero, por regla general, están también jurídicamente excluídas ciertas categorías de hombres, como los esclavos, las mujeres, los criminales, etc. Aun en las democracias más avanzadas, el número de integrantes de la voluntad mayoritaria no excede de un tercio o un cuarto del número total de súbditos. Añádase que sólo la ley, sólo la voluntad del Estado en su forma general, puede ser creada por resolución de la mayoría de los súbditos, mientras que en los actos mucho más frecuentes de la ejecución se impone el principio de la división del trabajo y se hace necesario un sistema representativo, limitándose el principio democrático (si también en estas fases existe) al modo de designación de los órganos ejecutivos (sorteo o elección). Y no hablemos de las comunidades más amplias, de civilización complicada, en las que la división del trabajo y la idea representativa alcanzan también a la legislación. Pero también, por su parte, la idea de autocracia encuentra dificultades de realización. Es algo que supera a las posibilidades del espíritu y la voluntad más extraordinarias, que el orden de una comunidad sea creado y realizado en todos sus grados y fases por un hombre solo. De aquí que el déspota necesite delegar en mandatarios, apoderados, representantes, gobernadores, etc., y rodearse de consejeros y asesores. Cuando el territorio es muy extenso, se le divide en provincias, a cuya cabeza coloca el déspota un virrey o lugarteniente. En definitiva, la autocracia más extrema no es posible sin una pluralidad de órganos. El orden estatal no es jamás creado por un hombre solo. Pero todos estos órganos (con excepción del supremo: el autócrata) están obligatoriamente sometidos al orden estatal. Cuestión distinta es la de las relaciones entre dichos órganos y el órgano supremo o autócrata. El hecho de que una parte (aun cuando relativamente pequeña) de los súbditos participa en la creación de voluntad estatal (aun cuando sólo sea en estricta sumisión al autócrata), representa, en el tipo real de la autocracia (el «despotismo»), el primer eslabón de la cadena que acaba en el polo opuesto: la democracia.

Esta forma de transición de la autocracia a la democracia débese a que los súbditos están, sin duda, alejados de toda influencia directa en la voluntad estatal; pero ejercen indirectamente cierto influjo, desde el momento que «eligen» al imperante (cuyo poder, por lo demás, es ilimitado). Si no se mira a la colectividad superior sino a una comunidad parcial, hay que distinguir según que el órgano creador de las normas de la misma sea designado únicamente por los hombres que la forman, o por una instancia «extraña», no sometida al orden de la comunidad parcial en cuestión. A este propósito, han sido propuestas las denominaciones de «autocefalia» y «heterocefalia» (M. WEBER).

§ 45. Monarquía y República

A. División tripartita o bipartita de las formas de Estado

A la cuestión acerca de cómo había que dividir las formas de Estado, contestaban los antiguos con su división tripartita: Monarquía, aristocracia y democracia, a la cual oponen los modernos una más sencilla: Monarquía y República. Esta distinción no es esencial, si el concepto de República comprende por igual la democracia y la aristocracia, es decir, todo lo que no es «Monarquía». Pero parece que en la división tripartita clásica prevalecía la tendencia a señalar tipos reales, así como la moderna división bipartita se orienta hacia los tipos ideales. La una quería trazar líneas divisorias visibles en la multitud de constituciones positivas, y por eso estaba dispuesta a aumentar cuanto fuese necesario el número de miembros de la clasificación. El fundamento de que partía (número de hombres que ejercen el poder) era exacto en principio, aun cuando no se hallaba expresado con toda corrección. No se destacaba suficientemente la relación del súbdito con la creación de normas, a pesar de que esta relación desempeñó un papel preponderante en las teorías políticas de la antigüedad clásica. En ella se basa precisamente el concepto clásico de libertad política. En cambio, la clasificación moderna busca, indudablemente, un principio sistemático básico; pero se queda a mitad de camino. En el concepto de República, cae en un tipo real. Y así, según esta división, es «Monarquía» un Estado cuya legislación corresponde a un parlamento elegido sobre la base amplísima del sufragio universal igualitario, sólo porque un órgano importante llamado monarca tiene un derecho de veto suspensivo contra las resoluciones del parlamento; y a ese Estado se contrapone una «República» en la que los poderes legislativos y ejecutivos corresponden quizá a un pequeño grupo de personas, representantes de la plutocracia o la aristocracia. ¡Y ese Estado es incluído en la misma categoría que la democracia directa! En la moderna división bipartita es exacto que la diversidad de formas de Estado ha de referirse a una antítesis fundamental de dos tipos. Pero es erróneo dividir en dos partes toda la serie de constituciones positivas. Hay que limitarse a señalar el grado en que cada Estado positivo se aproxima a uno u otro de los tipos ideales; toda constitución positiva — como han reconocido muchos autores — es una mixtura de principios contrapuestos de organización. Pero estos principios no se dan siempre mezclados en igual proporción en cada grado del orden estatal; no todos los grados de ese orden necesitan ser creados conforme a métodos idénticos. Así, por ejemplo, una legislación predominantemente democrática puede darse unida a una ejecución autocrática; siendo posible que dentro de los distintos grados de la ejecución se encuentren reunidos ambos métodos (democrático y autocrático) de creación jurídica.

B. Órgano simple y órgano compuesto, como titular del «poder supremo»

No es extraño que hasta ahora no haya podido encontrarse un criterio seguro para diferenciar la Monarquía de la República, dada la diversidad de tendencias que se entrecruzan en la antítesis conceptual de estos dos tipos jurídicos que, según la doctrina dominante, constituyen las formas fundamentales del Estado. Por falta de buscar tal criterio, y de señalar su necesidad, no ha quedado. Supuesto el carácter negativo de la República, la cuestión estaba en hallar los elementos esenciales de la Monarquía. La opinión relativamente más extendida es la de que, en la Monarquía, la voluntad o poder supremo del Estado corresponde a un hombre solo, a un órgano único, mientras que en la República es compartido por un número mayor o menor de hombres, de modo que el poder supremo corresponde a un órgano compuesto. Pero impera una cierta falta de claridad acerca de qué «voluntad» o «poder» es supremo en el Estado. La «voluntad» que en la Monarquía es la de un solo hombre, ha de ser jurídicamente suprema, no derivada de ninguna otra. De aquí se deduce que esta voluntad no puede ser psíquica, como supone la teoría. La «voluntad» que puede ser derivada o de la cual se deriva otra, tiene que ser una norma. Y la afirmación de que la voluntad suprema es la del monarca (si es una afirmación con sentido jurídico) no puede significar sino que un hombre determinado, en calidad de monarca, es la suprema autoridad legislativa; es decir, que la creación de las normas de grado superior se realiza por un hombre solo, conforme a la norma fundamental. Pero éste es el tipo ideal de la autocracia, no un tipo real. Desde luego, esta definición no se adapta a aquella Monarquía a la que la doctrina tradicional se refiere: la Monarquía constitucional, pues la suprema autoridad legislativa no es aquí un hombre solo, sino el monarca en unión del parlamento. La ley, como grado supremo del orden jurídico, no nace sino por el acuerdo de las voluntades de la mayoría parlamentaria y del monarca. Ambas condiciones son jurídicamente equivalentes, pues ni el parlamento ni el monarca pueden, por sí solos, crear la ley. Las tendencias políticas de la teoría se ponen de relieve considerando los esfuerzos que realiza para aplicar el concepto ideal de la autocracia pura al tipo real de la Monarquía. Para lograr esta finalidad, tiene que abandonar el campo de los conceptos jurídicos y recurrir a la terminología de la fuerza, tras la cual puede ocultarse, en primer término, el momento puramente fáctico del poder efectivo, o realizarse el tránsito del criterio formal de la norma suprema a ciertas competencias materiales de poder. En el sentido de una exposición del Derecho positivo, no puede ser verdad que el monarca haya de poseer el supremo poder del Estado, es decir, aquel poder que «pone y conserva en actividad al Estado»; pero la teoría lo afirma aun allí donde, como en la Monarquía constitucional, existe una paridad jurídica entre el monarca y el parlamento.

C. «Libre» disposición del monarca sobre ciertas competencias

Sería una cuestión puramente terminológica la relativa a si pertenecen o no a la naturaleza del monarca ciertas competencias (como sanción de las leyes, representación del Estado en el exterior, decisión sobre la guerra y la paz, mando del ejército, nombramiento de funcionarios, etc.), si la teoría monárquica no se las hubiese atribuído prescindiendo del contenido efectivo de la constitución. Responde a una tendencia política evidente sostener que el poder supremo, afirmado como característica esencial del monarca, se traduce en las competencias mencionadas, las cuales son esencialmente «libres», y cuyo contenido no está determinado por la ley, que no hace sino limitar su ejercicio hasta cierto punto. Seguramente, la constitución no señala el «cómo», sino el «cuánto» en lo relativo a legislación, negociación y firma de tratados, declaración de guerra, etc. (cfs. páginas 319 y ss.). Pero, en la Monarquía constitucional, el monarca (llamado así erróneamente, pues monarca equivale a «señor único») no puede realizar todos estos actos sino en unión del parlamento o los ministros responsables. Contradiciendo las claras determinaciones de la constitución, la teoría monárquica ha declarado al monarca legislador único, considerando como el acto legislativo por excelencia, el mero asentimiento a las resoluciones parlamentarias que la constitución le concede, la «sanción», la cual sería el único elemento relevante del mandato legal; la ley sería, pues, exclusivamente voluntad del monarca, y la función del parlamento no sería sino la cooperación en la determinación del contenido de la ley. Del mismo modo se ha extendido la teoría de la subordinación del ministro al monarca, contra el texto inequívoco de la constitución, que liga todos los actos constitucionales del último al refrendo del ministro responsable, haciéndole incapaz de realizar por sí solo actos jurídicos obligatorios; con lo cual resulta el monarca un órgano coordinado con el ministro en la función ejecutiva. Pero esa teoría no puede basarse en el hecho de que el monarca nombre y separe libremente a los ministros, pues allí donde posea de hecho tal competencia y no tenga que limitarse a nombrar los ministros propuestos por el parlamento, no puede realizar ningún acto de nombramiento y separación sino unido a otro ministro responsable. Lo mismo ocurre con el «derecho libre de ordenanza», afirmado como esencial a la Monarquía. Todas estas construcciones teóricas están en oposición con el Derecho positivo y responden al propósito de servir determinadas necesidades políticas; por eso no es de extrañar que la teoría no retroceda ante la afirmación de que, incluso en la Monarquía constitucional, el monarca posee, en potencia, todo el poder del Estado. De ese modo, la idea teorética de la unidad del Estado inicia un viraje que hará posible toda suerte de abusos jusnaturalistas.

D. El derecho «propio» del monarca a su posición

También es puro Derecho natural la teoría que afirma como característica esencial del monarca (en lo cual se distinguirá de los órganos semejantes a él de las restantes formas de Estado) un derecho «propio» a su función, al dominio. En la hipótesis de un derecho subjetivo a la función, va implicado el dualismo que late por debajo de la antítesis de derecho subjetivo y objetivo: el dualismo de un sistema de normas, concurrente y contrapuesto al Derecho positivo u «objetivo». Este dualismo se advierte con toda claridad en la idea del «derecho propio», pues si el monarca tiene un «derecho propio» al poder, es que este derecho no puede derivar del orden jurídico positivo, de la constitución; ni puede ser referido a la unidad del orden jurídico o «Estado», del que tendrían que derivar todos los restantes derechos subjetivos para poseer validez; se trata, pues, de un derecho primario, del cual no puede disponer la constitución como de los demás derechos. Esta teoría representa el intento de sustraer la situación del monarca al cambio y las mutaciones del Derecho positivo — modificable por sus propias leyes — y darle una consagración superjurídica. Es la misma técnica que encontramos en la idea del derecho de propiedad «inviolable», «bien adquirido», inatacable por las variaciones del Derecho objetivo, según piensa la teoría jurídica de una clase social dominante (cfs. pág. 213).

E. La teoría teocrática del Estado

Considerar que el monarca tiene un derecho «propio» y «primario» a sus funciones específicas, implica una recusación del Derecho positivo como fuente de aquél, pero no la renuncia a buscarle una fuente «más valiosa». Ese es el moderno ropaje de que se reviste hoy la antiquísima teoría del origen divino del poder, propia de las teorías sociales más primitivas. En las fases primitivas, creen los hombres que el orden de su vida en común — las normas generales o individuales — no es producto humano. Las consideran de origen divino o mágico. Pero todas estas normas son, en verdad, obra de los hombres. Las normas generales nacen por costumbre, no por voluntad consciente del individuo; las individuales son las decisiones y órdenes concretas del jefe de la tribu o del clan, o del sacerdote, que las dicta de buena fe como manifestaciones de un poder divino o mágico. Así, pues, la creación de un orden social es una función de la comunidad, del Estado mismo, pese a su supuesto carácter divino o mágico. En la conciencia del hombre primitivo, el origen supraterreno de la norma se convierte en la idea de la naturaleza u origen divinos del titular del poder. Y como éste es o Dios mismo, o un ser de estirpe divina o enlazado de algún modo con la divinidad, y en todo caso, un ser de naturaleza fundamentalmente distinta de la de los demás hombres, cree que no derivan sus derechos del orden jurídico positivo, sino de sí mismo, o

de su ascendencia divina o de la divinidad misma, cuyo representante o « instrumento elegido » es él. Tal es la ideología de la autocracia, que no se traduce ya hoy precisamente en un tipo real de Estado, sino en la tendencia antipositivista de cierta Teoría del Estado, en la doctrina política de la Monarquía constitucional. Y no sólo en la teoría, sino en las mismas leyes y prácticas constitucionales, cuando el monarca se hace afirmar que lo es « por la gracia de Dios », incluso cuando realiza ciertos actos jurídicos.

F. Teorías patriarcal y patrimonial del Estado

Al igual que en la teocracia — en la que no impera Dios, sino ciertos hombres que se afirman hijos o instrumentos de Dios —, el Patriarcado y el Estado patrimonial no son formas de Estado, sino teorías políticas cuya finalidad no es cognoscitiva, sino la de fortalecer el poder de ciertos hombres, provocando ciertas representaciones en otros, que se sienten de ese modo impulsados a obedecer. En el patriarcado, el soberano constituye a modo de un padre, y la situación del súbdito se afirma análoga a la filiación. Apenas es posible separar la teoría patriarcalista de la teocracia, puesto que también a Dios lo presentan como « Padre ». Como el padre es la experiencia vital primaria y el modelo de toda autoridad, la teoría patriarcalista es la teoría primitiva del Estado (cfs. pág. 31). Jurídicamente, es la expresión más ingenua de la relación con la autoridad superior y, al propio tiempo, es el conocimiento más moderno de la naturaleza psicológica de toda vinculación social, cuando ésta es referida a la experiencia paternal. Por esto la forma primaria de toda sociedad ha podido ser la Monarquía patriarcal, lo que explica, además, el hecho de que la forma monárquica haya sido la dominante en la mayor parte de la historia de la humanidad, conocida hasta ahora.

La concepción patrimonial del Estado, que ve en el monarca el propietario de todo el territorio estatal y de los hombres que en él habitan, es un aspecto de la teoría teocrático-patriarcalista, influenciada por la idea de la propiedad privada. A imagen y semejanza de Dios, propietario del mundo, y del padre, que posee en propiedad todos los bienes de la familia, el rey es propietario de todo aquello a lo que se refiere el poder real, esto es, el orden estatal. No precisa insistir demasiado en la vulgaridad de esta analogía primitiva. Sólo podía arraigar en la mentalidad de los terratenientes y señores territoriales, en los que la propiedad suscitaba potentes sentimientos afectivos. No es de extrañar, por eso, que la idea fuese tomada en serio por juristas de los siglos XVII y XVIII, y convertida en objeto de una teoría científica. Ésta no difiere esencialmente de la moderna teoría del Estado. El derecho «propio» del monarca es un derecho de propiedad. Éste podía estar en conflicto con el derecho de propiedad privada (considerado también « sagrado » por la teoría), fundada en el dominio « exclusivo » sobre la cosa ; pero la teoría obvió la dificultad

con su construcción de un « dominio eminente » o « propiedad superior », en el que se incluía el poder estatal correspondiente al rey, y una « propiedad inferior », que era la propiedad privada. La ciencia moderna se escandaliza ante la imposibilidad lógica de esta propiedad dividida. Pero ¿no la ha incubado de nuevo en la doctrina del Estado federal, con su soberanía dividida entre la unión y los miembros?

G. El « derecho dividido » entre el monarca y el Estado

Precisamente en la doctrina de los derechos del monarca, la moderna teoría del Estado ha dado muchos frutos que, desde un punto de vista lógico, son curiosidades no menores que la construcción de una propiedad superior e inferior. Llevada por la idea de la unidad del Derecho, quiere, de una parte, considerar al monarca como órgano del Estado, es decir, considerar su función como función jurídica. Esto es, sin duda, un progreso de la teoría, cuando se propone fines meramente teóricos, cognoscitivos. Pero, por otra parte, pueden constatarse miras políticas, tendencias a fortalecer en lo posible la situación del monarca, que amarran a la antigua teoría del derecho de éste a su función. Ahora bien, esta idea es absolutamente incompatible con la consideración del monarca como órgano. Si el monarca es órgano del Estado, su función está determinada por el orden jurídico positivo y, en cuanto función jurídica, ha de imputarse a la unidad del Derecho — siendo así que la teoría que nos ocupa, quiere hacer independiente al monarca del orden jurídico. Esta contradicción de la teoría no ha pasado inadvertida para sus autores. Pero nada más curioso que el camino seguido para su superación. Las funciones a las que provee el monarca, son funciones estatales, cuyo sujeto es el Estado : dictar leyes, nombrar funcionarios, negociar tratados, etc., pues el monarca que realiza estos actos, es órgano del Estado. Pero el monarca tiene también un « derecho propio » a esta función. Así, pues, el derecho a la realización de esos actos, se divide entre el monarca y el Estado. Esta construcción enlaza con viejas concepciones jurídicas germanas (no con el antiguo Derecho germánico, como piensan algunos). La idea de un derecho dividido es posible, efectivamente, en el sentido de que varios hombres poseen el mismo derecho si, para hacerlo valer, se requiere como condición la manifestación coincidente de las voluntades de los mismos. Lo imposible de la construcción radica en que el «hombre» y el «Estado» no son sujetos de Derecho en idéntico sentido, y por eso no pueden dividirse tampoco en la subjetividad jurídica. Que el Estado sea sujeto de un derecho, significa que un derecho (que sólo puede ser ejercido por hombres), o un hecho (que no puede ser sino una acción humana), son imputados a la unidad del orden jurídico, al Estado; pero que un hombre tenga un derecho significa que una determinada conducta humana es el contenido de una norma jurídica. Así, pues, la división de un derecho entre el Estado y el monarca implica la flagrante con-

tradicción de que los hechos que el monarca ha de realizar, como derechos del Estado, hayan de ser imputados a éste; y, al mismo tiempo, como derechos «propios» del monarca, no.

H. Carácter hereditario e inviolable de la función monárquica

Para consolidarse en el dominio de la teoría positiva del Estado la idea del derecho propio del monarca a su función, tenía que legitimarse en títulos jurídicos positivos, poniéndose en contradicción con su concepto. Naturalmente, no podía hablarse de un derecho «propio» como si éste no derivase de la constitución positiva. Pero sería posible que ésta diferenciase la posición del monarca de la de los restantes órganos; entonces, el «derecho propio del monarca» sería la denominación inexacta de una determinada situación del rey, con arreglo a los preceptos constitucionales. En la doctrina dominante se encuentra esta tendencia. Cuando se pregunta en qué se traduce, jurídicamente, el «derecho propio» del monarca, se hace referencia a dos momentos esenciales. Ante todo, el carácter «hereditario» de la Monarquía: cuando el monarca muere, le sucede uno de sus descendientes — por lo general, conforme al principio de primogenitura, para impedir la división del reino, y con exclusión absoluta o subsidiaria de las mujeres —. Se discute si es esencial a la Monarquía el ser hereditaria. Se habla, cuando menos, de Monarquía electiva. La situación embarazosa en que se halla la teoría cuando se da el nombre de rey o emperador a un jefe de Estado elegido para toda su vida, y al que se reviste de todos los atributos de la realeza, demuestra bien a las claras la falta de valor de la división de las formas de Estado en monarquías y repúblicas, como antítesis absoluta. Obsérvese, ante todo, que la idea pura de la autocracia, a la que se aproxima el tipo real de la Monarquía, no responde al principio hereditario propiamente dicho, sino al de que el monarca determina libremente su sucesor. Aun concedido que el carácter hereditario sea característico de la Monarquía, puede tratarse, en verdad, de una variante del derecho subjetivo del monarca, por su analogía con la propiedad libremente transmisible por herencia. Pero la realidad jurídica es que las normas respectivas se limitan a fijar un orden objetivo de designación de sucesor. Y aun cuando el contenido de este orden se asemeje a los derechos hereditarios, no garantiza en ningún caso un derecho «propio» en el sentido específico de la teoría que nos ocupa.

El otro momento que se considera, de ordinario, como criterio del derecho propio del monarca, es la circunstancia de que, sin el asentimiento de éste, no es posible reformar la constitución, particularmente en las normas referentes a su situación jurídica personal. Aun aceptando que de hecho ocurra así en la Monarquía — es posible un jefe hereditario de Estado que no posea más que un derecho de veto suspensivo contra las leyes votadas por el parlamento, pero que no pueda hacer nada, jurídicamente, contra las resoluciones de reforma

constitucional —, lo mismo puede decirse del parlamento, sin cuyo acuerdo no es posible reformar la constitución, particularmente en las normas que afectan a su situación. Pero también puede concederse a otros órganos el derecho de asentir o no las modificaciones constitucionales que puedan afectar a su situación jurídica, y de hecho, muchas constituciones han concedido tal derecho (por ejemplo, a las cámaras de los países, en los Estados federales). ¿Puede hablarse, por eso, de un derecho «propio» del parlamento o de los otros órganos a su situación jurídica?

§ 46. La Monarquía

A. Despotismo y Monarquía absoluta

Ni siquiera en el «despotismo», que es el tipo real más cercano a la idea de autocracia, se ofrece la posibilidad de reconocer al soberano una situación fuera del orden por él creado, que es a lo que tiende la teoría del «derecho propio» del monarca. La tendencia política a asegurar al monarca la mayor seguridad y libertad de arbitrio, entra en conflicto con las exigencias de la lógica. ¿Cómo puede comprenderse al monarca despótico, cuyo poder carece de límite, sin alguna referencia al orden estatal, si sólo por referencia a este orden es tal «monarca»? Ahí radica la necesidad de considerarlo como órgano de este orden, es decir, en relación esencial con la unidad del orden estatal. Es un absurdo sostener que el soberano de una comunidad estatal, de un grupo social constituído por un orden coactivo, no sea «órgano» de este orden. Precisamente suele buscarse la característica del despotismo (a diferencia de la monarquía, limitada o ilimitada) en la negación del carácter orgánico del déspota. Aquí se hace entrar en juego un concepto político del órgano, y se recurre a una ficción política, a la que, en interés de las monarquías actuales limitadas o ilimitadas, se contrapone a las formas estatales del pasado. El déspota no podría ser órgano del Estado, porque no ejerce el dominio en interés de los súbditos, sino en su propio interés. Pero, desde ese punto de vista, todos los Estados actuales son despóticos, puesto que, en opinión de los dominados, el poder se ejerce exclusivamente en interés de los dominadores. Esto es lo esencial de la teoría socialista que, en este punto, ha dirigido críticas acertadas al Estado histórico. Pero no ha habido hasta hoy ningún poder o dominio que no haya intentado legitimarse alegando que se ejerce, principal o exclusivamente, en interés de los súbditos. Así procede ya el jefe de la horda más primitiva, y sólo merced a esta ideología son inducidos los más a obedecer al que manda. ¿Es cierta la opinión de éste? ¿Quién podría decidirlo?

El déspota es órgano del Estado, puesto que crea las normas de aquel orden sin el cual no puede hablarse de Estado ni de forma estatal. No importa que luego no quede obligatoriamente vinculado a este orden. El déspota es órgano porque existe para crear normas, y no

sólo por determinación exclusiva de la norma fundamental hipotética, sino de normas anteriores de Derecho positivo, vigentes desde largo tiempo. Por regla general, tampoco existe una exención plena y absoluta de las obligaciones del Derecho positivo; el déspota queda siempre vinculado por ciertos preceptos jurídicos, de contenido principalmente religioso. Carece de sentido la afirmación de que en el despotismo no existe un orden jurídico y sólo impera el capricho del déspota. Prescindiendo de que los hechos históricos demuestran lo contrario (pues incluso las monarquías despóticas orientales poseen un orden jurídico diferenciado, y el déspota aparece ante sus súbditos como «legislador», «creador de Derecho», «autoridad jurídica», etc.; y ¿cómo podría enlazarse la invocación al origen divino con la ausencia total de Derecho?), el Estado más despótico constituye un orden de la conducta humana, pues sin él no existiría Estado ni comunidad alguna, y ningún hombre podría calificarse de soberano, rey, príncipe, etc. Y este orden es, justamente, el orden jurídico. Negarle ese carácter, constituye una ingenuidad o una presunción jusnaturalista; sobre todo cuando se arguye en favor de la tesis que los súbditos del déspota carecen de «derechos subjetivos» y son todos esclavos. Dejemos a un lado la dificultad de demostrar históricamente este aserto, pues la historia muestra que en tales Estados ha existido una técnica jurídica muy semejante a la romana y al moderno sistema de las acciones, al menos en el Derecho patrimonial, y los súbditos han gozado en ellos de la institución de la propiedad privada y de otros derechos subjetivos patrimoniales. Pero aun cuando fuese cierto que no hubiesen poseído ningún derecho subjetivo, el despotismo constituiría un orden jurídico, porque le bastaría estatuir deberes para los súbditos: y sobre la existencia de tales deberes no puede caber duda. Es un procedimiento radicalmente antipositivista identificar una determinada técnica jurídica con el «Derecho» pura y simplemente. Si en el despotismo no imperase más que el arbitrio, tal forma de Estado sería la anarquía. Pero se quería adular a los monarcas del despotismo ilustrado, sin compararlos con los antiguos déspotas orientales. Lo que se llamaba arbitrio, no era más que la posibilidad jurídica de retener toda decisión, de determinar libérrimamente la actividad de los órganos inferiores, y de suspender o modificar, en todo o en parte, y en cualquier tiempo, las normas por él creadas. Este Estado es un Estado de Derecho, aun cuando se le juzgue inconveniente y perjudicial. Pero también tiene alguna ventaja: claramente lo demuestra la frecuente invocación a la dictadura, en el moderno Estado de Derecho. Y como en el despotismo puede procederse también «ilegalmente», tal forma de Estado no puede distinguirse por nada esencial de las monarquías absolutas o ilimitadas. Lo mismo puede decirse respecto de un punto que se considera esencial: la formación de un «Derecho honorario», en el que encontraría ciertos límites la libertad del monarca; pues también en las formas históricas del despotismo existe un número cada vez mayor de órganos (aun cuando no se les considere sino como ser-

vidores del monarca), con competencias diferenciadas por razón del territorio y de la materia. A medida que crecen el territorio y el pueblo dominados, se siente la necesidad de ir estableciendo un ordenamiento para la designación, destitución, sueldo, etc., de todos esos funcionarios o servidores, y ello en interés del mismo monarca, que tiene que apoyarse en una plana mayor de servidores leales, interesados en la conservación de la situación actual. También en la Monarquía ilimitada del siglo XVIII se observa que un determinado grupo de órganos se sustrae paulatinamente al arbitrio libérrimo del monarca. La jurisdicción penal y civil (es decir, el castigo de los delitos más graves, atentatorios de la vida, la salud, el honor y la propiedad del hombre, y la decisión de los litigios jurídico-patrimoniales entre los súbditos) se separa de la restante ejecución, independizándose cada vez más; al mismo tiempo, el monarca no siente ya un interés especial en mantener sus atribuciones directas en ese ámbito.

B. Monarquía feudal y estamentaria

Así como el despotismo y la Monarquía absoluta o ilimitada ya no son formas del moderno Estado civilizado, hay otras formas de la Monarquía limitada que pertenecen también a la historia. Así, por ejemplo, la Monarquía feudal y la estamentaria. La exposición de las mismas va siempre enturbiada por las teorías más o menos ingenuas que los autores contemporáneos construyen en torno a estas formas sociales, con los fines políticos más diversos. La explicación se complica por el hecho de que tales teorías han reobrado, a su vez, sobre el contenido del orden positivo de estos Estados. La Monarquía feudal se caracteriza por su organización piramidal: en la cima, el monarca, como señor feudal supremo —propietario eminente de todo el territorio—; inmediatamente subordinados a él, los barones, como señores feudales; bajo éstos los vasallos, con sus distintas categorías, etc. La limitación del monarca consiste en que sólo tiene potestad de mando sobre los señores de categoría superior, de modo que la soberanía no se actúa sobre la masa de los súbditos (carentes de propiedad territorial), sino gradualmente, a través de las distintas jerarquías. Hay un complicado sistema de delegaciones de creación jurídica, que alcanza desde el monarca hasta el último señor territorial. Pero esta creación se refiere generalmente a las normas individuales; las normas generales son consuetudinarias. El contenido del orden estatal se refiere, fundamentalmente, a la justicia y al ejército.

La Monarquía estamentaria, que es un desarrollo del Estado feudal, muestra como suprema autoridad legisladora (o, mejor, creadora de normas individuales, pues las generales son consuetudinarias) a un monarca hereditario o elegido de por vida, en unión de los estamentos o «brazos», esto es, la asamblea de la alta aristocracia, del alto clero y de los representantes de ciertos grupos privilegiados: la pequeña nobleza territorial y las ciudades. En ciertas materias, el monarca

y los estamentos tienen competencias independientes; pero, ambos son, en todo caso, órganos del Estado. No es fácil hacerse hoy una imagen unitaria de la organización del Estado estamentario, pues dicha organización dió lugar a frecuentes conflictos entre los estamentos y el monarca, por lo que las respectivas competencias fueron objeto de litigio permanente, avivado por la falta de normas generales escritas y creadas por órganos especiales; pero no puede deducirse por eso, como hace una teoría muy extendida, que el Estado estamentario careciese de toda unidad. Se afirma que en la Monarquía estamentaria, monarca y estamentos tendrían un derecho propio al poder, derivado de fuentes distintas, de modo que uno y otro no representarían sino su propio derecho y no serían órganos de un Estado unificado; la característica del Estado estamentario sería, pues, un dualismo de poderes sobre los cuales no habría autoridades ni normas comunes; pero esta afirmación prescinde del sentido inmanente del orden estatal estamentario, y no se fija más que en la lucha por el poder que ambas partes mantenían contra el Derecho positivo. Si esa afirmación fuera cierta, el Estado estamentario no sería uno, sino dos Estados, y no se comprendería cómo se habla de « un » Estado alemán o francés en esa época. El indudable dualismo tiene que estar jurídicamente sùperado en algún punto; el Estado estamentario tiene que desembocar en algún vértice común, aunque no sea más que en una norma fundamental que divida la competencia de creación jurídica en dos autoridades coordinadas, cuyas atribuciones concretas delimite de algún modo. Con algún esfuerzo se hallaría que esa norma fundamental era también una norma positiva. Por lo demás, se reconoce generalmente que existía una constitución positiva del Estado estamentario, consistente en la regulación de la concurrencia de los dos factores en la realización de las funciones estatales de mayor importancia.

C. La Monarquía constitucional

1. El elemento autocrático. a) *Origen de la Monarquía constitucional.* El tipo actual de la Monarquía limitada es la constitucional, esto es, la Monarquía que se apoya en una constitución. La diferencia con la monarquía absoluta parece consistir, pues, en que ésta carecía de constitución. En esta terminología se ve la marca del Derecho natural democrático que, en su lucha contra la autocracia, no reconoce como Derecho o Estado más que el orden creado con participación de los súbditos, y no admite más constitución que aquella que concede participación al pueblo o a la representación popular en las tareas de la legislación. Una vez más se hace pasar como « esencia » del Estado lo que desde un punto de vista ético-político se considera ser la mejor organización del mismo; y a medida que la empresa logra éxito, se crean motivos eficaces para transformar el Estado en el sentido deseado. La revolución, la tradicional lucha de barricadas entre los soldados del rey y el pueblo, no es más que un fenómeno accesorio de una

mutación radical en la ideología de los hombres. Tal es el camino que siguió el paso de la Monarquía absoluta del siglo XVIII a la constitucional del XIX. Los monarcas absolutos intentaron, a veces, consagrar legalmente la nueva ideología, reformando la constitución, para asegurar jurídicamente la continuidad entre la constitución absoluta y la liberal; es decir, para consagrar la norma fundamental de la Monarquía absoluta, su constitución en sentido lógico-jurídico. Entonces se dice que el monarca « otorgaba » al pueblo una constitución : el monarca determinaba que, en el futuro, la creación de normas generales se verificaría por resolución parlamentaria, sancionada por el rey. El caso contrario lo representa la constitución votada por los representantes del pueblo en asamblea ilegal, esto es, con infracción de la constitución absolutista, con ruptura de la continuidad jurídica : la constitución nacida por vía revolucionaria; pues, en el primer caso, la nueva constitución se apoya en la antigua, por medio de una ley dictada por el monarca absoluto, y el fundamento último de su validez se encuentra en la norma originaria que instaura al monarca en autoridad suprema. Éste autolimita espontáneamente a favor del pueblo su ilimitado poder legislativo. Un punto a discutir sería si una Monarquía constitucional fundada de este modo podría jurídicamente transformarse de nuevo en absoluta, por un acto unilateral del monarca ; si éste podría suprimir la limitación que se impuso.

a) *El monarca como legislador.* De esta situación lógica, conocida con más o menos claridad, creía la Teoría del Estado poder deducir consecuencias positivas, carentes de toda base jurídica constitucional. Si bien la función legislativa, como creación de normas generales, quedaba reservada en su totalidad a un órgano constituído por la unión del parlamento y el monarca (tanto en la constitución « otorgada » como en la dada a sí mismo por el pueblo), se intentaba derivar del hecho de la autolimitación del monarca la existencia de un derecho legislativo reservado a él especialmente; una competencia radical, primaria, de creación jurídica, que no reconoce otro límite que el que quiere trazarse el mismo monarca. Este derecho fué recabado para aquellos dominios de los que todavía no se había apoderado la legislación, es decir, la resolución sancionada del parlamento. Puesto que el concepto de « ley » quedaba reservado a estas resoluciones, y se daba el nombre de « reglamentos » a las normas generales dictadas por los órganos ejecutivos sobre la base y en ejecución de las « leyes », se habló de un derecho del monarca a dictar reglamentos *praeter legem.* Admitióse también un derecho general a dictar reglamentos supletivos de la ley en ciertos « estados de necesidad » — cuya apreciación quedaba reservada al monarca —, cuando el parlamento no podía funcionar. Por lo demás, la legislación positiva ha reconocido, con frecuencia, este derecho del monarca, de dictar « ordenanzas de necesidad ».

De esta ideología autocrática proviene el empeño en considerar (con evidente contradicción de la realidad política) que la ley en la

Monarquía constitucional es únicamente voluntad del monarca, y la cooperación del parlamento no otra cosa que la mera participación en la determinación del contenido de la ley.

Esta misma concepción se traduce también en la práctica de la publicación de la ley, que no tiene la menor correspondencia con la realidad jurídica. Es cierto que las constituciones reconocen generalmente al monarca no sólo el derecho de sanción, esto es, de asentir a las resoluciones del parlamento en materia de ley, sino también el de atestiguar el nacimiento constitucional de la ley (promulgación) y el de cuidar de la publicación de la misma. Pero de ahí no se sigue que el monarca tuviera derecho a publicar la ley como orden suya, con las palabras « yo ordeno », « yo mando », etc., como suele ocurrir.

Pero en la Monarquía constitucional se atenúa esencialmente el elemento autocrático si no se concede al monarca el derecho de sancionar las leyes, y sí sólo un mero derecho de veto. Prescindiendo de la posible promulgación y publicación por el monarca, la ley se perfecciona sin la cooperación de éste. El monarca no puede hacer sino impedir o retrasar que la ley nazca, si el veto no es absoluto y sí sólo suspensivo; lo cual implica que la ley sería ley a pesar del veto, si el parlamento ratificaba su resolución. Conviene señalar una posibilidad nueva: el monarca puede poseer, en general, un derecho de sanción o de veto, pero las modificaciones de la constitución pueden no necesitar ser sancionadas, o ser independientes del veto.

c) *El monarca como jefe de la ejecución.* Protegida en el dogma de la separación de poderes, pero no en el Derecho constitucional positivo, la teoría jurídica del constitucionalismo afirmaba al monarca como titular único del poder ejecutivo. Empero, en todas las monarquías constitucionales hay una categoría de actos ejecutivos — toda la « jurisdicción » — sustraída a la ingerencia del monarca, y encomendada al poder judicial « independiente ». En cambio, en el dominio de la administración hay actos expresamente reservados al monarca: firma de tratados internacionales, representación en el exterior, nombramiento de funcionarios, concesión de títulos y dignidades, indultos, etc. Por lo demás, los actos de la administración son encomendados legalmente a otros órganos, subordinados a los respectivos ministros, dentro de su ámbito de competencia. Ahora bien; porque éstos se hallen obligados a obedecer al monarca, no se deduce que le estén subordinados, sino que, al contrario, le están jurídicamente coordinados desde el momento que el monarca no puede dictar ninguna orden a sus ministros si no es con el refrendo del propio ministro interesado; éste, pues, participa en la creación del acto de aquél. Y esto implica una limitación de la competencia ejecutiva del monarca, paralela a la que ha experimentado en el ámbito de la legislación. Puesto que los ministros responden ante el parlamento de la legalidad de sus actos, el poder ejecutivo hállase indirectamente limitado por el parlamento. Y desde el momento que los actos legislativos del monarca están ligados al refrendo del ministro responsable, sufre aquél

en este dominio una doble limitación jurídica. En la Monarquía constitucional es posible que, de hecho, la limitación del monarca no sea apenas perceptible, y que su influencia sea mucho más poderosa que la de los otros factores jurídicamente coordinados; pero también es posible el caso inverso. En el primer caso, es corriente hablar de Monarquía meramente «constitucional»; en el segundo, añádese el calificativo de «parlamentaria». Pero en ambos casos, no se trata sino de distintas posibilidades de actuación dentro del orden de un mismo tipo jurídico.

d) *Irresponsabilidad del monarca y refrendo de ministros responsables.* La vinculación de todos los actos del monarca al refrendo del ministro responsable acaba con la irresponsabilidad que le caracteriza en las autocracias. Que el monarca sea irresponsable, significa que no se le puede perseguir criminalmente, o que los hechos punibles por él cometidos, pierden su carácter delictivo. Por regla general, existe la responsabilidad civil del monarca, pero éste no puede ser demandado ante la jurisdicción ordinaria. Las monarquías constitucionales declaran «sagrada» la persona del rey, rindiendo tributo a la ideología autocrática (que, por lo demás, se traduce aquí en una afirmación falta de todo valor jurídico). La «inviolabilidad» significa, a su vez, una especial protección jurídica de la vida y del honor del monarca: los delitos de «lesa majestad» castíganse con penas más elevadas. A la inversa del monarca, cuyos actos están sujetos a refrendo ministerial, el ministro refrendatario está sujeto a responsabilidad. Responde ante el parlamento de la legalidad de sus actos, incluídos los que realiza en unión del monarca. El parlamento controla jurídicamente si los ministros ejecutan fielmente su voluntad, las leyes. Los ministros responden ante el parlamento sólo como órganos superiores de la ejecución y como jefes de las distintas ramas de la administración. Todo deber de obediencia, toda subordinación a un órgano superior sería incompatible con la responsabilidad parlamentaria de los ministros. La responsabilidad ministerial se hace efectiva mediante la acusación del parlamento: la decisión definitiva corresponde o al parlamento mismo o a un tribunal especial. Si hay culpa, se imponen determinadas penas: destitución del cargo, pérdida de los derechos políticos, etcétera (cfs. pág. 371).

e) *Parlamento y gobierno.* Este control del poder legislativo sobre el ejecutivo (que rompe abiertamente con el principio de separación de poderes) puede referirse no solamente a la legalidad, sino incluso a la oportunidad y conveniencia políticas de los actos de gobierno. Ésta es la finalidad que posee el derecho de los parlamentarios a interpelar a los ministros, y a manifestar, por medio de resoluciones, sus deseos acerca de la dirección que debiera seguir la política gubernamental. Por regla general, también se concede al parlamento competencia para investigar ciertos asuntos administrativos por medio de comisiones especiales (derecho parlamentario de encuesta). Sin embargo, el «control político» del gobierno carece, generalmente, de toda

sanción jurídica. De hecho, la influencia del parlamento puede ser tan grande, que el gobierno se sienta obligado a dimitir si ha perdido la confianza de las Cortes. En tal situación, el monarca no puede nombrar como ministros sino a aquellas personas que gozan de la confianza del parlamento, es decir, que posean una mayoría parlamentaria. Los ministros entran en el « gabinete » como hombres de confianza del parlamento, siendo secundario que sean o no miembros de él. Tal es la situación en la Monarquía « parlamentaria ». La dependencia del gobierno respecto del parlamento, se fortalece más por el hecho de que la constitución concede al parlamento la competencia de aprobar o no el presupuesto que el gobierno ha de redactar cada año, esto es, el cómputo de los ingresos y los gastos para el ejercicio económico futuro. El sentido de esta competencia parlamentaria es el de que el gobierno no está autorizado a realizar ingresos y gastos, ni a ejecutar las leyes en que éstos se fundan, sin la aprobación del parlamento. Ciertamente, la teoría constitucional (poniéndose en contradicción con el texto de la constitución) ha tratado de rebajar la importancia de esta competencia parlamentaria, alegando la posibilidad jurídica de prescindir de la aprobación y autorización del parlamento, a cambio de la responsabilidad personal del ministro. La disolución del parlamento y el intento de lograr de nuevo la aprobación del presupuesto se considera como la consecuencia correctamente « constitucional » del voto de confianza al gobierno ; mientras que en una Monarquía no meramente « constitucional », sino « parlamentaria », se exigiría la dimisión del gobierno.

En las monarquías constitucionales corresponde también al parlamento determinar anualmente el contingente militar.

f) *Legislación y ejecución.* La relación personal del ministro con el parlamento responde a la relación objetiva que en la Monarquía constitucional existe entre la legislación y la ejecución. Los actos de ejecución no pueden realizarse jurídicamente sino sobre la base de las leyes; y si las normas jurídicas generales han de revestir necesariamente la forma de « ley » (esto es, de resoluciones sancionadas por el parlamento), los reglamentos o normas generales emanadas del poder ejecutivo no son posibles sino como ejecución de las leyes, llevadas a cabo por delegación general constitucional o legal. Carece de apoyo en el Derecho positivo la posibilidad de reglamentos *praeter legem ;* lo mismo ocurre con la distinción favorita del constitucionalismo entre reglamentos jurídicos y administrativos, los cuales, al no obligar sino a los órganos del Estado, no contendrían normas jurídicas, y podrían ser dictados sin autorización legal (cfs. pág. 310). Pero la teoría del reglamento administrativo no es más que uno de los innumerables síntomas de la tendencia general del constitucionalismo a liberar la función ejecutiva de su vinculación por la ley (que no puede crearse sino en unión de la representación popular), encomendándola a los cuidados exclusivos del monarca o sus ministros (aun cuando la constitución diga lo contrario). De esta tendencia proviene la distinción ya mencionada (págs. 319 y ss.) entre « gobierno » y « admi-

nistración», la cual se hallaría más o menos vinculada por las leyes, mientras que el primero — reservado al monarca y sus ministros — estaría libre de todo precepto legal, y ninguna ley podría determinar su contenido; entendiéndose por actos de gobierno la declaración y dirección de la guerra, negociación y firma de tratados internacionales, la orientación de la administración, etc. Ya se indicó que lo característico de esta tendencia a ignorar la vinculación meramente formal de estos actos, radica en la eliminación de la idea importantísima de que la actividad del gobierno se basa en una delegación legal o constitucional, y puede ser regulada y modificada en todo tiempo por resolución parlamentaria sancionada por el monarca; y esto sin desconocer cuán importante es la libertad del poder ejecutivo para el bienestar y felicidad de los súbditos. Por lo demás, es cierto que, materialmente, hay un amplio margen de libre apreciación en los actos de gobierno; pero la tendencia de la teoría constitucional se dirige también a emancipar de la tutela legal a los actos de administración. Recordemos la doctrina de la virtud jurídica «propia» del acto administrativo no basado en una ley (cfs. págs. 117, 316 y ss.).

g) *La jurisdicción.* El principio de separación de poderes se lleva a cabo con un rigor relativamente mayor, dentro de la Monarquía constitucional, en la relación de la jurisdicción con las restantes funciones estatales. La independencia constitucionalmente reconocida del «poder judicial» se garantiza por el hecho de que los jueces son nombrados de por vida o hasta alcanzar la «edad legal», y no pueden ser removidos sino en virtud de sentencia judicial. Su nombramiento corresponde al monarca en unión del ministro del ramo. Sin embargo, cuando el monarca tiene el derecho de indultar a los sentenciados en juicio y de sobreseer el procedimiento contra los acusados («abolición»), existe un no pequeño influjo del gobierno sobre la jurisdicción. La actividad judicial está ligada a las leyes, no a las prescripciones generales o individuales de autoridades superiores, por lo que la constitución priva a los jueces del derecho de examinar la constitucionalidad de las leyes. El juez tiene que aplicar lo que ha sido publicado como ley, dejando a un lado si se observan o no los preceptos constitucionales. La inobservancia de estas determinaciones está únicamente bajo la sanción de la responsabilidad del ministro que refrenda el acto de promulgación. Sin embargo, es inadecuado justificar esa situación del juez acudiendo al principio de separación de poderes. Por el contrario, corresponde a los jueces el derecho de examinar la legalidad de los reglamentos y, en el caso de declararlos ilegales, el de decidir el caso respectivo como si no existiese el reglamento en cuestión; tienen, pues, el derecho de anular los reglamentos ilegales para los casos concretos.

2. El elemento democrático: el parlamento. Como el monarca constitucional designa los órganos ejecutivos (de la jurisdicción y la administración), todavía impera en la ejecución un elemento autocrático. Únicamente en las instancias inferiores (el municipio) halla acceso

el elemento democrático, en la forma de la autonomía. En la jurisdicción, este elemento está constituído por el tribunal popular o «jurado». Pero, en la Monarquía constitucional, el elemento democrático más potente es el parlamento. Éste se halla dividido generalmente en dos cámaras, de las cuales, la «baja» se llama cámara popular o de los diputados, siendo elegida por el pueblo; mientras que la cámara «alta» (senado, cámara de los señores, de los pares, de los lores, etc.) es elegida directa o indirectamente por el monarca; y aun allí donde el rey no tiene esta facultad, es la expresión política de aquellos grupos sociales que están cercanos a los intereses monárquico-dinásticos. Esta cámara suele estar formada por los miembros de la casa real, los cabezas de las familias pertenecientes a la nobleza territorial, los sucesores de los señores feudales, los miembros hereditarios de la alta cámara, el alto clero y los miembros vitalicios que al monarca place designar. Éstos son elegidos entre el ejército y la burocracia, y se acreditan como sólidos puntales del trono. Si el parlamento está formado, excepcionalmente, por una sola cámara, puede unir a ella los elementos propios de la cámara popular y de la alta cámara.

Pero en la cámara popular de las monarquías constitucionales, el elemento democrático no impera tampoco en toda su pureza. Esto lo demuestra la influencia relativamente amplia que ejerce el monarca en la actividad de dicha cámara. Aun cuando no tenga siempre el derecho de nombrar su presidente, siempre le corresponde convocarla, reunirla y aun disolverla y convocar las nuevas elecciones. El principio democrático se impone en las monarquías constitucionales, según el sistema electoral vigente para la elección de diputados. La evolución histórica muestra un lento progreso de las formas del sufragio desigual y limitado, al sufragio universal e igualitario. Los principios de este sistema (y todas las cuestiones en torno a la organización de la representación popular) serán expuestas al tratar del tipo real de la democracia.

§ 47. La República

A. La aristocracia

De las dos formas de Estado que se comprenden bajo el concepto de República — concepto negativo equivalente a «no Monarquía» —, la «aristocracia» no es ya actual. Su característica es que la legislación y la ejecución corresponden a un grupo relativamente pequeño, ya sea directa o indirectamente, por medio de órganos elegidos o nombrados por el grupo privilegiado. La aristocracia se divide en varios subtipos, conocidos con los nombres de timocracia, plutocracia, etc., según que los titulares de los derechos políticos, es decir, los grupos participantes en la formación de voluntad estatal, en la creación de Derecho, sean los miembros de una clase social privilegiada (guerreros, sacerdotes), la nobleza de la sangre o una clase privilegiada económicamente, etc.

Si el número de gobernantes es muy pequeño, y es secundario el momento del dominio de una clase o estamento, se habla de «oligarquía». Este último tipo se aproxima mucho a la autocracia. Por otra parte, se llama democracia a lo que no es sino el dominio aristocrático de una clase; así, por ejemplo, la democracia clásica, en la que el número de ciudadanos activos, frente a la masa de los desposeídos de derechos políticos (por la economía de esclavos), era casi insignificante.

B. La democracia

1. La democracia directa. La antigua democracia (Grecia y Roma) era directa, puesto que la voluntad estatal era directamente creada por resolución mayoritaria de los ciudadanos reunidos. Tal forma de Estado se encuentra también en otras partes, especialmente en los pueblos primitivos y con anterioridad a la imposición del principio de mayorías, de modo que las resoluciones de la asamblea popular eran adoptadas por unanimidad (así, por ejemplo, entre los germanos). Sin embargo, esta manera de formación de voluntad limítase a ciertos actos salientes de la ejecución: sentencias en juicio, elección de jefes, declaración de guerra, etc., pues las normas jurídicas generales suelen ser consuetudinarias. En la dirección de la guerra impera casi siempre el principio autocrático. Aun allí donde la asamblea popular adopta sus acuerdos por mayoría de votos, la democracia directa no es posible sino para comunidades pequeñas y situaciones de cultura poco diferenciada. Por eso, prácticamente, apenas interesa ya esta forma de Estado. Allí donde todavía se conserva, como en los pequeños cantones suizos, la constitución no puede renunciar a un parlamento u órgano de legislación indirecta, quedando en vigencia el principio de la democracia directa para la creación de normas generales y ciertos actos ejecutivos de cierta importancia política, como la elección de funcionarios, la aprobación del presupuesto, etc.

2. Democracia indirecta o representativa. También en este dominio de la formación de voluntad estatal o creación de Derecho, la diferenciación progresiva de las relaciones sociales obliga a adoptar el principio de la división del trabajo. Las funciones legislativa y ejecutiva pasan de la masa de súbditos a determinados individuos o grupos. La voluntad de libertad política o autodeterminación se limita a la designación de órganos especializados, hecha por los súbditos. El principio de igualdad vence a la idea de libertad; en lugar de la elección, se impone el sorteo como principio selectivo. Pero este traspaso de funciones y poderes del pueblo a ciertos órganos, va siempre disimulado en la ideología democrática por el principio de la representación: se dice que el órgano es el representante del pueblo, que la función del órgano es la voluntad del pueblo, y así se da lugar a la ficción de que el pueblo se reserva la función que por naturaleza le corresponde, no obstante haberla traspasado a sus órganos.

Es una falsa ilusión de la ideología política de la democracia indirecta o representativa creer que el parlamento «representa» al pueblo, que es un «órgano» de éste, el cual, a su vez, sería un órgano del Estado; esta ilusión fué ya denunciada anteriormente (cfs. págs. 397 y siguientes). Señalemos aquí dos hechos que caracterizan no sólo las constituciones de las monarquías constitucionales, sino también las de las repúblicas democrático-parlamentarias, y que demuestran el carácter ficticio de la teoría representativa: primero, que el pueblo no tiene acceso, en cuanto tal, a la función legislativa, que corresponde enteramente al parlamento; el referéndum y la iniciativa popular (cfs. pág. 449) son instituciones extrañas, por lo general, a la Monarquía constitucional y a la República parlamentaria. Segundo, que los principios del mandato libre y la prohibición de instrucciones de los electores para la actuación de los diputados, adquieren especial fortaleza en la Monarquía constitucional y en la República parlamentaria; el mandato libre nació, precisamente, con la Monarquía constitucional. El diputado no es representante de intereses individuales o de partido, sino órgano del interés colectivo estatal, según la tesis del constitucionalismo. Pero no se advierte con la debida claridad que semejantes afirmaciones son incompatibles con la concepción del parlamento como órgano representativo del pueblo. Por lo demás, la ficción de la representación del pueblo es independiente del hecho de que el órgano que recaba para sí esa ficción sea elegido por el pueblo, como lo demuestra suficientemente el que también ciertos órganos marcadamente autocráticos se sirven de este medio para justificar su poder en el sentido de la soberanía popular, que no es incompatible, ni mucho menos, con la ideología de la autocracia. En todo tiempo, los monarcas absolutos se han considerado servidores de su pueblo; de la misma manera, todo grupo social que ha logrado o quiere lograr el poder, pretende ser considerado como representante de toda la sociedad; y así también, por fin, se intenta justificar el principio de mayorías, alegando que la mayoría representa a la minoría: en verdad, contra su voluntad realmente manifestada, pero no contra su voluntad «verdadera», «racional».

C. El sistema electoral

El sistema electoral es decisivo en la realización del grado de democracia, cuando el principio democrático no se traduce en la legislación directa del pueblo, sino en la elección por éste de un parlamento.

1. Sufragio general y limitado. Por su extensión, el derecho electoral puede ser general o limitado. De la naturaleza de la función electoral misma derivan ya ciertos límites. Así, por ejemplo, edad mínima y uso normal de razón. Aun las democracias más avanzadas excluyen a los niños y los locos. También es corriente la exclusión de los delincuentes condenados y de los extranjeros, aunque no siempre;

hasta hace poco, y todavía hoy en muchos Estados, la de las mujeres. Nadie advierte un peligro para el principio democrático en el hecho de que, limitado el derecho electoral a los hombres, la mitad del pueblo cuando menos queda excluída de participar en el proceso formativo de voluntad estatal. Esto implica un supuesto: la desigualdad de los sexos; la inferioridad de la mujer. En cambio, se considera antidemocrático fijarse en la capacidad tributaria, en el grado de instrucción, en si se sabe o no leer y escribir, o si se posee un título profesional, etc.; o el condicionar el derecho a la pertenencia a cierta nacionalidad o confesión, o suprimirlo a ciertas profesiones, como la eclesiástica, la militar, etc. Una limitación importantísima (a pesar de su poca apariencia) es el requisito de haber habitado durante cierto tiempo en el lugar de la elección. No sólo el derecho electoral activo, o capacidad electoral, sino también el pasivo, o «elegibilidad», debe ser lo más general posible, es decir, no debe estar ligado o condiciones que sólo pueden ser cumplidas por cierto número de hombres. En general, las condiciones de la elegibilidad son las mismas que las que se exigen para ser elector. Pero a veces se requiere para la primera un límite más alto de edad, o estar en posesión de la ciudadanía desde más largo tiempo.

2. **Sufragio igual y desigual.** La idea democrática requiere la igualdad del sufragio. Todos los votos deben influir en el resultado electoral; éste debe estar formado por la suma de todos los votos. Pero esta igualdad puede ser limitada directa o indirectamente. Directamente, si a los electores de cierta categoría se les concede más votos que a los de otra: por ejemplo, a los electores que pagan impuestos directos se les puede conceder un segundo voto, y aun un tercero y un cuarto, en correlación con su capacidad tributaria. Este sistema llámase del «voto plural». La pluralidad de votos puede ir unida a los más variados supuestos. La desigualdad de la elección puede llegar a aniquilar plenamente la significación de la universalidad del sufragio — aun cuando subsista formalmente —, puesto que puede anular más o menos la influencia de amplias zonas de electores. El mismo resultado se alcanza cuando a cada una de estas clases se le atribuye la facultad de elegir un determinado número de diputados, en proporción inversa al número de sus electores. Si el resultado electoral es igual a la relación entre el número de diputados elegibles y el de electores, varía en cada clase con arreglo a esta relación.

La desigualdad del sufragio se realiza indirectamente por la división del territorio en circunscripciones. El caso más sencillo sería aquel en el que el territorio se dividiese en tantas circunscripciones como diputados a elegir. Entonces, el cuerpo electoral de cada circunscripción elegiría un solo diputado. El acto de elección es realizado, pues, no por los electores aislados, sino por el cuerpo electoral en total; cada elector no hace sino votar, realizar un acto incompleto de la función electoral. Para que el sufragio fuese igual, todos los cuerpos electorales

tendrían que ser de idéntica magnitud, es decir, estar formados por igual número de electores. La desigualdad de los cuerpos electores acarrea indefectiblemente la desigualdad de resultados.

3. Sufragio público y secreto, directo e indirecto; elección personal y por listas. Según la manera de emitir el voto, distínguese entre el sufragio público y secreto, oral y escrito. Lo más corriente en la actualidad es el sufragio escrito y secreto, emitido en papeleta cerrada. Prácticamente, ya no se usa hoy el sistema de elección por boleo, arrojando bolas en la urna de un candidato. Si el elector no ha de votar más que a un solo candidato, la elección es personal; cuando en un mismo acto ha de votar a varias personas, háblase de elección por listas. Si el elector puede elegir a quien quiera — supuesta, naturalmente, su elegibilidad —, o si puede confeccionar, a su arbitrio, la candidatura, la elección es libre, y se habla de un sistema libre de listas. Por el contrario, si sólo puede votar determinados candidatos o listas oficialmente reconocidas, la elección no es libre y las listas son obligatorias e irreformables. La elección es directa cuando el elector designa directamente los diputados; indirecta, si sólo elige a los «compromisarios» que, a su vez, elegirán los diputados.

4. Sistema de mayorías y de proporcionalidad. La más importante distinción de los sistemas electorales, refiérese a la condición bajo la que debe considerarse elegida a la persona por la que se ha votado. En principio, parece que a la democracia corresponde el principio de mayorías. Debe ser elegido quien ha obtenido el mayor número de sufragios válidos. Desde un punto de vista democrático, debe exigirse la mayoría absoluta, es decir, más de la mitad de los votos emitidos válidamente. Es corriente que luchen más de dos candidatos o grupos de candidatos afectos a partidos diferentes, y que ninguno obtenga la mayoría absoluta. Elegir a aquel que sólo ha conseguido una mayoría relativa, equivaldría a someter la mayoría al dominio de una minoría. Para evitar esto, deben unirse en coalición electoral los dos grupos que disponen, unidos, de la mayoría. Contra estas coaliciones se suscitan objeciones de peso, especialmente cuando se trata de partidos cuyos programas políticos acusan divergencias profundas, por ejemplo, en los partidos que poseen una propia «concepción del mundo». Por lo demás, en esta coacción a la integración política puede verse una ventaja del principio de mayorías. Las objeciones desaparecen sustituyendo dicho principio (como criterio electoral) por el sistema de representación proporcional, en el que desaparece toda antítesis de mayoría y minoría, puesto que el resultado hace justicia a cada uno de los grupos participantes en la contienda en proporción a su fuerza, es decir, al número de votos emitidos a su favor. Por lo demás, no se ha hecho sino trasladar el principio mayoritario del ámbito del sufragio al de la formación de voluntad parlamentaria. Y este desplazamiento se justifica hasta cierto punto, pues en el parlamento es donde

se forma la voluntad del Estado, mientras que la elección del parlamento no debe hacer sino reproducir con la mayor claridad la imagen de los grupos políticos en que se divide el pueblo, como supuestos bajo los cuales ha de formarse una mayoría definitiva (cfs. pág. 442).

5. Circunscripciones electorales. En la campaña que se realiza contra el principio de mayorías y a favor del sistema proporcional, se aducen argumentos que no afectan al principio mayoritario en sí mismo considerado, sino a su técnica como sistema electoral. La elección de parlamento no se realiza por un único acto de la totalidad del pueblo, sino que el territorio se divide en circunscripciones, cuyo cuerpo electoral elige un representante. Cuando los cuerpos electorales son de magnitud diferente, y aun sin esta distribución geométrica, supuesta la plena igualdad de aquéllos, el sufragio puede dar como resultado que el partido a que pertenece la mayoría de electores no obtenga sino una minoría de representantes, mientras que la minoría de electores esté representada por una mayoría de elegidos. Ejemplo: 10 circunscripciones (10 cuerpos electorales) han de tener 10 representantes. Cada circunscripción tiene 100 electores; todas son, pues, iguales. En cada circunscripción luchan dos partidos: A y B, cuya fuerza numérica está repartida como sigue: A cuenta con 90 votos y B con 10 en cuatro circunscripciones; A con 40 y B con 60, en seis; según eso, A no consigue más que cuatro puestos con una totalidad de 600 votos, mientras que B logra seis, con sólo 400.

No se crea que este ejemplo es puramente imaginativo. La realidad presenta casos todavía más graves.

Si el defecto del resultado apuntado consiste en que la mayoría de electores no ha sido capaz de producir una mayoría de elegidos, la culpa no es del principio de mayorías (cuya validez fué artificiosamente eliminada, por lo que se debería, precisamente, reafirmarla en su pureza), sino de la división en circunscripciones. Si el territorio no hubiese estado dividido en diez porciones, sino que todos los electores hubiesen formado un solo cuerpo electoral que hubiera elegido por listas u otro procedimiento sus diez representantes, la auténtica mayoría hubiese vencido plenamente. El resultado de la elección fué falseado por la fuerza numérica casual de los partidos dentro de cada circunscripción. Como la pertenencia a un partido es independiente de la adscripción territorial, tiene que ser falsa una técnica que divide el cuerpo electoral en pequeños cuerpos, según el principio territorial que, por esencia, es extraño al resultado. La división en circunscripciones desgarra la totalidad del electorado (al cual se considera, en principio, de acuerdo con la idea del cuerpo representativo unitario, como cuerpo electoral unificado: « todo el pueblo elige su parlamento ») en una pluralidad de cuerpos electorales, cada uno de los cuales tiene distinta composición que el todo. Pero el sujeto de la elección es el cuerpo electoral, y de ahí proviene la diferencia entre el resultado (cuerpo representativo) y el cuerpo electoral en total. Por eso el error

del sistema no debería evitarse suprimiendo el principio de mayorías, sino llevándolo a cabo en toda su integridad.

6. **Esencia del régimen proporcional.** Contra el sistema de mayorías se suscita una objeción fundamental que no afecta ya meramente a la técnica, sino al principio electoral mismo de las mayorías. Si el principio de mayorías se realiza íntegramente, todos los puestos han de corresponder a la mayoría. Las minorías quedarían sin representación « propia ». Pero se estima injusto que de diez mil electores, un partido que ha tenido 6000 votos acapare todos los puestos, y queden sin representación un partido que ha tenido 3000 y otro que ha alcanzado 1000. Desde el punto de vista de la proporcionalidad, el primer partido debía poseer 6 representantes, 3 el segundo y 1 el tercero. Mas esto no ha sido siempre tan sencillo y evidente como parece hoy, pues bajo el imperio de la ideología mayoritaria ha parecido perfectamente justo que haya sido rechazado en referéndum un proyecto de ley por 5001 votos contra 4999, y nadie ha puesto inconvenientes al hecho de que en una elección de presidente de la República, por ejemplo, sea derrotado el partido que logró un voto menos que su adversario. Si se exige que, para ocupar varios puestos, cada partido debe estar representado en proporción a su fuerza numérica ; si se quiere, por tanto, que cada partido posea una « propia » representación adecuada, se renuncia a la idea de que es « el pueblo » en su totalidad quien elige su cuerpo representativo, considerado como unidad. Se desea entonces que el sujeto de la elección no sea el cuerpo electoral en total, sino cuerpos electorales parciales que, a diferencia del sistema de pequeñas circunscripciones, no estén constituídos con arreglo al antinatural sistema territorial, sino según el principio de personalidad. No los habitantes de un territorio arbitrariamente delimitado, sino los pertenecientes a un partido, todos los que participan en la misma convicción política son los que forman los cuerpos electorales, entre los que se reparten los mandatos, cuyos titulares ellos han de elegir. Dentro de estos cuerpos electorales no hay lucha, por su composición homogénea. Aun cuando no es preciso que todos los votos de un partido se repartan por igual entre sus candidatos (y la realidad de los sistemas proporcionalistas ofrece distintas posibilidades, que más tarde se irán mostrando), el hecho, sin embargo, de que los candidatos de un partido puedan tener distinto número de votos, tiene un sentido diferente que cuando impera el régimen de mayorías. Así como en el sistema proporcional la suma de sufragios emitidos por un partido no está en contra de la de otro, sino al lado de ella, del mismo modo los votos emitidos a favor de los respectivos candidatos de un mismo partido no están contrapuestos, sino paralelos ; se fortalecen mutuamente con vistas al resultado total. En el caso ideal de la representación proporcional nadie es vencido, porque no hay mayorías. Para ser elegido, no precisa obtener la mayoría de sufragios, basta con un « mínimo », cuyo cálculo es lo específico de la técnica proporciona-

lista. Si se atiende al resultado definitivo de la elección y se ponen frente a frente la unidad del cuerpo representativo y la totalidad del cuerpo electoral, puede afirmarse, en cierto sentido, que esta representación ha sido elegida con el voto de todos y sin ningún voto en contra, es decir: por unanimidad (y no falta quien ve en ello la esencia misma del régimen proporcional). Evidentemente, este caso es puramente ideal, pues, de hecho, habrá siempre minorías sin representación, que no habrán llegado al mínimo necesario para obtener siquiera un puesto. Por eso la idea de proporcionalidad se realiza tanto mejor cuanto mayor es el número de representantes a elegir en relación con los sufragios emitidos. Un caso-límite sería aquel en el que hubiera que elegir un solo representante. No se crea que de ese modo sería irrealizable la idea de proporcionalidad, la cual se realiza también si todos los electores otorgan su voto a una sola persona; esto sería la unanimidad propiamente dicha. El otro caso-límite sería aquel en el que incluso el partido más pequeño imaginable, compuesto de un solo elector, estuviese representado relativamente a su pequeña fuerza. Pero esto sería el aniquilamiento del sistema representativo, pues harían falta tantos elegidos como electores; tal es la situación en la democracia directa. Si la finalidad del sistema proporcional es que el cuerpo representativo constituya una imagen fiel de los partidos, de los deseos y concepciones del cuerpo electoral, la última consecuencia del principio sería la duración limitadísima del mandato, con objeto de reflejar en el parlamento las rápidas mutaciones de la voluntad popular; y habría que sustituir el mandato «libre» por el mandato «imperativo» de los diputados. Una vez más reaparece la tendencia a la inmediación. El caso-límite ideal es el aniquilamiento del sistema representativo.

Pero estas meditaciones sobre la idea de la proporcionalidad no se proponen reducirla *ad adsurdum*, sino descubrir las finalidades últimas inmanentes a la misma, que nos permiten captar su sentido y el principio fundamental que hace creer a muchos en la «justicia» de la representación proporcional. Es el principio individualista de la libertad, el principio de la democracia radical. Así como sólo quiero someterme a la ley que yo mismo me he dado, no quiero reconocer otro representante en la formación de la voluntad estatal que el que yo mismo he elegido, no el que otros han elegido contra mi voluntad.

Esta consideración se encuentra confirmada y complementada por el razonamiento siguiente. La idea de proporcionalidad — como antítesis del principio mayoritario — tiene una eficacia limitada: se la aplica a las elecciones, no a los restantes acuerdos. Por eso, podría objetarse: ¿para qué se quiere la representación proporcional y la desaparición del sistema de mayorías en el acto de la elección, si dentro del cuerpo representativo elegido con el sistema proporcional ha de imperar de nuevo la mayoría, si el partido mayoritario no ha de encontrar obstáculos a su voluntad en la existencia de todos los demás partidos

minoritarios juntos? Para justificar el sistema proporcional no basta, de seguro, la teoría de la función controladora de las minorías, pues para el ejercicio del control es indiferente la composición numérica de las mismas. Basta que la minoría exista; su magnitud mayor o menor desempeña un papel harto secundario, probablemente nulo.

Pero la función de la representación proporcional de las minorías es otra más importante. Consiste en el influjo que una minoría puede ejercer, por el hecho mismo de su existencia, en la formación de voluntad de los representantes de la mayoría; y este influjo es tanto más fuerte cuanto mayor es la representación de las minorías. Cuanto más se aproximan en número y valor los representantes de la minoría a los de la mayoría, con mayor intensidad pueden afirmar sus concepciones políticas en el parlamento, y tanto más los actos de éste adoptarán el carácter de «compromiso», es decir, seguirán una línea media en la que las antítesis no serán definitivamente eliminadas, pero sí suavizadas en la medida de lo posible. Así, pues, la representación proporcional adopta también en la actividad parlamentaria aquella tendencia a la libertad que impide el dominio ilimitado de la voluntad de la mayoría sobre la de las minorías. Las minorías bien representadas numéricamente, en proporción a su fuerza, no pueden lograr, ciertamente, que las resoluciones parlamentarias se adopten de común acuerdo o, por lo menos, no contra su voluntad expresa; pero pueden aproximarse grandemente a la idea libertaria de la unanimidad, a la que, en definitiva, se orienta el principio de la proporcionalidad, y a la que tiende indefectiblemente la política compromisaria y transaccional, que es la consecuencia ineludible del principio. Desde un punto de vista no democrático, puede censurarse por perjudicial dicha función del sistema representativo próporcional. Pero aun desde el punto de vista de la política de realidades (que siempre tiene que ser más o menos moderadamente democrática, puesto que la idea pura de la democracia lleva a la negación del Estado y la Sociedad) puede chocar con algunas dificultades el sistema proporcional. Representa una incitación a que los partidos se pulvericen, originando con ello una debilitación del parlamento, del todo indeseable, pues ningún partido dispone de mayoría en la formación de voluntad, y la formación de un bloque mayoritario de varios partidos es tanto más difícil cuanto más pequeños son éstos, resultando casi imposible unir en un haz relativamente homogéneo partidos tan dispares, para constituir una mayoría gobernable. Por estas razones, algunos sistemas aspiran a modificar la proporcionalidad, atribuyendo, por ejemplo, todos los puestos al partido que en una circunscripción ha alcanzado la mayoría absoluta de sufragios.

Como la idea de proporcionalidad tiende a garantizar la adecuada representación de todos los partidos, no hay tal sistema cuando se contenta con otorgar representación a una sola minoría, aquella que sigue en votos a la mayoría, no estando, pues, representados más que

dos partidos. Este sistema se llama «representación de las minorías». Técnicamente, ha sido desenvuelto en varios tipos, pero ha sido casi totalmente eliminado por el sistema proporcional puro.

7. Técnica del sistema de representación proporcional. Su principio fundamental (que cada grupo político esté representado en el parlamento en relación a su fuerza numérica) tropieza con varias dificultades de realización. Para que subsista el principio de la democracia indirecta, esto es, un cuerpo representativo encargado de una misión especializada, no pueden estar representados en ese cuerpo todos los partidos, por lo cual hay que fijar un límite inferior, un mínimum de sufragios de los que debe disponer cada grupo para hacer triunfar un diputado, por lo menos. Por otra parte, un grupo mayor debe tener tantos diputados cuantas sean las veces que el mínimo de votos establecido esté contenido en la suma total de sufragios logrados por ese grupo. Llámase a este mínimo «cociente electoral», y la determinación del mismo, como clave para distribuir entre los partidos contendientes los puestos a ocupar, es el problema técnico más importante de la representación proporcional. Este problema, genuinamente matemático, no puede resolverse políticamente por exactitud rigurosa, sino mediante una aproximación relativa a la idea de proporcionalidad; pues el resultado del reparto proporcional de puestos entre los distintos partidos, no hay más remedio que expresarlo en números redondos. El resultado matemático, en virtud del cual pueden corresponder a un partido $7^5/_8$ mandatos, por ejemplo, no es aprovechable, políticamente. Es una aproximación muy relativa a la idea de proporcionalidad, determinar el cociente electoral de tal forma que se divida el número total de votos emitidos por el número de diputados a elegir, y atribuir a cada partido tantos puestos cuantas veces esté contenido dicho cociente en la suma de votos por él alcanzada. Pero como el cociente no está contenido exactamente en esa suma, no pueden entrar en la división todos los puestos disponibles, y quedan los «restos». (Así, por ejemplo, 100 electores han de elegir 5 diputados, y los votos se reparten entre tres partidos políticos que logran 31, 33 y 36 sufragios cada uno: entonces no entran en la división sino tres puestos, ya que el cociente electoral es 20.) Si los mandatos sobrantes se concediesen a aquellos grupos cuyo número total de votos, dividido por los cocientes, arrojase un resto mayor, estaríamos en presencia de una realización harto tosca de la proporcionalidad. Por eso se han ideado distintos métodos para llevar a cabo esta división con la mayor proporcionalidad posible. Pero aquí no nos corresponde ya exponer al detalle estos sistemas.

Otro problema práctico de la representación proporcional gira en torno a la técnica de la votación, según que se vote a uno solo o por listas. Si sólo puede elegirse a un candidato y se declara elegido a quien alcanza el cociente electoral, existe el peligro de que los votos se concentren en pocos candidatos, a los cuales habrá que elegir; o, por el

contrario, que los sufragios se dispersen demasiado y no haya bastantes candidatos que alcancen el cociente. Este peligro se evita acumulando votos a los candidatos del mismo partido, en la forma siguiente: se cuenta en primer lugar el número total de votos emitidos a favor de todos los candidatos; después se determina el número de puestos que corresponde a cada partido, según los sufragios alcanzados; por fin, sumando votos se van eligiendo candidatos, con lo que resulta que un candidato que obtuvo un número de votos inferior al cociente, puede ser elegido porque se le acumula el exceso de votos obtenido por los demás de su partido. La elección por listas facilita todavía más el sistema. Cada elector no puede votar sino la lista de un partido; vota por el partido, no ejerce el menor influjo en la selección de candidatos. La dirección del partido determina quiénes le han de representar, y en qué orden han de ir en la candidatura. Si el elector hubiese de influir en la selección de candidatos, habría de tener libertad para confeccionarse una lista a su gusto; pero este sistema de lista libre presenta graves dificultades para determinar con precisión el resultado, pues téngase presente que cada candidatura o papeleta tiene doble significación: profesión de fe partidista y selección de candidatos, pudiendo juzgarse con arreglo a este doble punto de vista.

Como el principio fundamental del sistema es el reparto proporcional de los puestos entre los partidos políticos, y éstos constituyen una unión puramente personal (que es el fundamento del sistema), la división del cuerpo electoral en circunscripciones territoriales contradice directamente al sistema proporcional. De hecho, destruye completamente la proporcionalidad del resultado total la división del territorio en circunscripciones, dentro de las cuales se practica el sistema de elección proporcional, pues puede ocurrir que haya partidos cuyos electores se hallen repartidos por todo el territorio, sin poder alcanzar el cociente en ninguna circunscripción; entonces quedarían sin representación, a pesar de que el número total de votos logrados podría contener varias veces el cociente y, por tanto, deberían tener una representación relativamente numerosa. Recientemente, se han ideado varios métodos para obviar estos inconvenientes, manteniendo en lo fundamental la división en circunscripciones; por ejemplo, los votos sobrantes no aprovechados en el primer escrutinio, pueden repartirse en una segunda operación entre los puestos reservados a este objeto.

Como el partido es el fundamento del parlamento elegido por el sistema proporcional, la consecuencia del mismo (sobre todo a base de listas obligatorias) es la organización legal de los partidos. Si el partido político llega a ser un factor decisivo en la formación de voluntad estatal, se hace precisa la ordenación legal del mismo, desde este punto de vista, cuidando especialmente de que dentro del partido impere el principio del control democrático y de que se limite en lo posible la dictadura de los comités y líderes, a que tanto se presta el sistema de representación proporcional.

§ 48. Democracia de la legislación

A. Sistemas unicameral y bicameral

La idea democrática exige que el órgano legislativo se componga de una sola cámara. Si, a pesar de ello, muchas repúblicas democráticas han adoptado el sistema bicameral, débese, en parte, a que la constitución de esos Estados se ha inspirado, consciente o inconscientemente, en el modelo de la Monarquía constitucional, porque por motivos históricos se consideró conveniente inspirarse en estas formas clásicas del constitucionalismo, y porque la teoría constitucionalista ha ejercido, y ejerce todavía, un influjo preponderante. Ante todo, se reafirma la doctrina de la separación de poderes, con su tendencia a dividir el poder en la medida de lo posible, a no conceder demasiado poder a ningún órgano; lo cual trae como consecuencia, en la democracia representativa, el repartir el poder legislativo, no ya entre el parlamento y el jefe del Estado, sino entre dos cámaras dentro del mismo parlamento. Este dogma de la Monarquía constitucional, inspirado en las necesidades políticas de la misma, resulta impracticable en la democracia, como lo demuestra la dificultad de instituir una segunda cámara al lado de la elegida por sufragio universal, que no sería más que una repetición de ésta, si quería mantenerse en vigor el principio democrático. El sistema bicameral se comprende perfectamente en la Monarquía constitucional. Los grupos privilegiados, próximos al monarca, son el contrapeso de la representación popular en el proceso legislativo. En la República democrática, el sistema bicameral anula prácticamente el principio democrático, pues éste se expresa en una de las cámaras, cuya actuación es contrapesada por la otra, la « alta cámara » o « Senado », elegida con arreglo a un sistema diferente: se exige, tanto para poder elegir como para resultar elegido, un límite más alto de edad, mayor duración de la función, circunscripciones más amplias, menor número de senadores que de diputados, etc. A veces, en la formación del Senado se tienen en cuenta ciertos motivos federalistas: se concede representación a las regiones históricas. Este principio es decisivo en la formación de las « cámaras de los países », en el Estado federal, cuya organización democrática tiene un límite, precisamente en la necesidad de la representación de los Estados miembros, aparte de la representación general del pueblo. Si en la República democrática el sistema bicameral tiende a realizar el principio de la división del poder, ambas cámaras han de estar en un plano de igualdad. Por lo demás, así como ya en la Monarquía constitucional la tendencia democrática llevaba a la supresión de la alta cámara, en la República democrática tiene que afirmarse plenamente la supremacía de la cámara de los diputados o cámara popular sobre el Senado. Jurídicamente, esto puede realizarse de distintas maneras. Así, por ejemplo, ciertas leyes de excepcional importancia política pueden no necesitar la aprobación del Senado; o bien puede exigirse en algunos casos de conflicto

un acuerdo común de las dos cámaras, prevaleciendo la opinión de la popular, por ser más numerosa; o puede bastar un segundo acuerdo de la cámara de diputados, exigiéndose un determinado « quorum »; o conceder al Senado un veto meramente suspensivo. A veces se justifica la existencia del Senado atribuyéndole una cierta participación en las funciones ejecutivas: asentir a los nombramientos, cooperar en la negociación de tratados internacionales, etc.

B. Organización y procedimiento parlamentarios; obstrucción

La organización y procedimiento parlamentarios no se hallan regulados, tradicionalmente, por una ley formal, sino por un estatuto autónomo del mismo parlamento. El reglamento parlamentario es una resolución de la cámara, que se distingue de las leyes en que no necesita la aprobación de la otra cámara (en el sistema bicameral), ni tampoco la promulgación y la publicación. Esto es lamentable, pues se trata de normas importantes referentes al procedimiento legislativo, es decir, de determinaciones de índole constitucional, que sólo en parte se contienen en las leyes constitucionales, en tanto que la constitución regula los principios básicos de la organización y del procedimiento parlamentarios. A veces, se estima necesario dictar una ley — reglamento o leyes especiales aparte del reglamento estricto — cuando se trata de regular derechos y deberes de personas ajenas al parlamento, o las relaciones de éste con otros órganos. Pero desde el punto de vista del principio del « Estado legislativo », todo el Derecho parlamentario tiene que manifestarse en forma de ley o de norma legalmente delegada.

La organización usual del parlamento consta de un presidente elegido por él, y sus representantes, vicepresidentes, secretarios, etc. Cuanto al tiempo, la función del parlamento se divide en legislaturas, cuya duración coincide con la del tiempo por el que los diputados son elegidos. El principio democrático exige que ese período sea lo más breve posible, para dar motivo a que el pueblo manifieste su voluntad renovando frecuentemente a sus representantes. La renovación del parlamento puede ser total o parcial. La legislatura se divide en períodos de « sesiones », que duran parte del año. Se presupone que la actividad del parlamento no es permanente, sino periódica, pues las modificaciones del fundamento del orden jurídico — creación y modificación de normas generales — no son la regla, sino la excepción; lo contrario que el establecimiento de normas jurídicas individuales de la administración y la jurisdicción, cuya actividad tiene que ser continua. Insístese en esta idea, tanto desde el punto de vista del conservatismo como especialmente desde el de la teoría constitucional, que tiende a situar el centro de gravedad en el poder ejecutivo, desplazándolo de la legislación. En las épocas de intenso movimiento social, particularmente después de las revoluciones, se precisa una actividad legislativa intensa, por lo que la función parlamentaria se hace permanente, y la división de la legislatura en breves períodos de sesiones, de pocos meses

o semanas, interrumpe la totalidad del proceso parlamentario e impone la necesidad de recomenzarlo cada vez que vuelve a funcionar el parlamento. Esta tendencia aumenta en las democracias parlamentarias, en las que el centro de gravedad de la vida política radica en el parlamento. Aquí se hace más difícil considerar como secundaria la actividad del parlamentario, de donde resulta que éste no se conforma ya con percibir dietas por asistencias efectivas a las sesiones, sino que cobra sueldo fijo. Mientras que en las monarquías constitucionales hay entre cada legislatura un interregno más o menos largo de carencia total de parlamento, impera en las repúblicas democráticas (en las que el gobierno no es más que el órgano ejecutivo del parlamento) la tendencia a acortar y aun suprimir dichos interregnos. De la misma manera tiende a imponerse el principio de que sólo el parlamento mismo debe decidir sobre su actividad, y, por tanto, sobre su convocatoria, reunión y disolución. En la República democrática no es posible el principio característico de la Monarquía constitucional, que asegura al gobierno un influjo decisivo en la actividad del parlamento, por el derecho de convocarlo y disolverlo. Pero aun las constituciones democráticō-republicanas suelen conceder al jefe del Estado esta plenitud de poderes respecto del parlamento, en su tendencia a fortalecer el poder del gobierno, inspirándose en el modelo de la Monarquía constitucional y despreciando el dogma (que, por otra parte, respeta) de la separación de poderes.

El procedimiento parlamentario de la legislación comienza con una iniciativa de ley, que puede proceder de uno o varios miembros de la cámara, o del gobierno mismo; en ciertos casos, puede proceder también de la otra cámara; pero, en general, no tienen igualdad de derechos y sólo se reconoce a la última un derecho de veto a las resoluciones de la primera. Las iniciativas del gobierno gozan, por regla general, de una cierta preferencia sobre las demás en la discusión. En el sistema bicameral se exige que ciertas leyes (las financieras, por ejemplo) sean discutidas simultáneamente por las dos cámaras. En el procedimiento parlamentario, que comienza con la iniciativa y acaba con la votación definitiva del proyecto, hay dos momentos característicos. Primero, varias lecturas del proyecto, si la deliberación consta de un debate general y otro especial, en el pleno de la cámara. Segundo, la preparación del proyecto de ley en las comisiones parlamentarias, que suelen corresponder a las actividades propias de cada rama de la administración (los ministerios), y que son las que realizan la labor del parlamento. Es de importancia secundaria el que la actividad de las comisiones se realice ya al comienzo o en el curso del procedimiento parlamentario, es decir, que comience antes o después de la primera lectura del proyecto de ley en el pleno. En principio, el moderno procedimiento parlamentario es público. Esta publicidad no consiste sólo en que cualquiera puede asistir como oyente a las sesiones, sin más restricciones que las impuestas por la limitación del local, o en que la publicidad no puede suprimirse sino por especial acuerdo del parlamento, sino, más bien, en la publicación de las deliberaciones por la

prensa, y en la especial protección jurídica de las opiniones emitidas por los parlamentarios (cfs. para más detalles pág. 449). La publicidad del procedimiento parlamentario sustituye hasta cierto punto la imposibilidad de una participación directa del pueblo en la formación de voluntad estatal. Mediante esta publicidad, la discusión de opiniones manifestada en el procedimiento parlamentario llega a las más extensas zonas populares no participantes directamente en la formación de voluntad estatal, asegurándoles, indirectamente, un cierto influjo en la creación normativa, por el efecto que la opinión pública produce siempre sobre el parlamento. Este efecto, más controlador que creador, hace comprender que la publicidad del procedimiento parlamentario (y de toda clase y grado de formación de voluntad estatal o creación jurídica) constituye un principio fundamental de la democracia parlamentaria.

Los preceptos que regulan el procedimiento parlamentario, y en particular los derechos concedidos a las minorías por dichos preceptos, pueden ser abusivamente interpretados por aquéllas, para dificultar o impedir que la mayoría adopte acuerdos que no les agradan, paralizando de tiempo en tiempo el mecanismo parlamentario. A este proceder de las minorías se le llama « obstrucción ». La obstrucción se llama « técnica » cuando consiste en el empleo formal de medios reglamentarios, como largos discursos, provocación de votaciones nominales, presentación de proposiciones incidentales que deban discutirse antes de los asuntos del orden del día, etc.; la obstrucción « física » es aquella que, para paralizar el mecanismo parlamentario, recurre a la aplicación directa o indirecta de medios de violencia, como la promoción de escándalos, destrucción del mueblaje de la sala, etc. Esta última carece de toda justificación, por su antijuridicidad formal; pero también la primera debe ser juzgada como contraria al espíritu y sentido del reglamento parlamentario, por cuanto que tiende a estancar en absoluto el proceso formativo de voluntad estatal. Sin embargo, no es posible rechazarla en absoluto como incompatible con el sistema de mayorías, ya que este sistema no puede identificarse con el « dominio » de las mismas (cfs. pág. 412). En efecto, la obstrucción ha sido muchas veces un medio, no de hacer imposible en absoluto la formación de voluntad parlamentaria, sino de obligarla a seguir la dirección de un compromiso, de una transación entre la mayoría y la minoría.

C. Situación personal de los parlamentarios (inmunidad)

Respecto de la situación jurídica personal de los parlamentarios urge advertir, en primer término, que el examen de la validez de la elección del presunto diputado es facultad del mismo parlamento, por regla general, si bien, a veces, se cede dicha competencia a un tribunal alejado de las pasiones políticas, inevitables cuando el parlamento ha de decidir. En general, puede decirse que la situación jurídica personal de los parlamentarios es de especial privilegio, siguiendo en

esto una antigua tradición que se remonta a los tiempos medievales. Son inviolables por sus votos y opiniones, de las que sólo responden ante la cámara cuando las emiten en el ejercicio de su función. El parlamento dispone, a ese efecto, de los siguientes medios penales: ordenar al orador que se ciña al tema, llamarlo al orden, retirarle el uso de la palabra, y eventualmente, desaprobar su conducta. También puede tener el derecho de prohibirle la asistencia a una o varias sesiones, y hasta privarle del acta. A esta subordinación de los parlamentarios a la jurisdicción disciplinaria de su propia corporación se la suele llamar «inmunidad» profesional, si bien esta denominación no es exacta sino bajo el supuesto de que entre los hechos en los que interviene la jurisdicción del parlamento (con exclusión de la de toda otra autoridad o tribunal) se comprenden no sólo las infracciones del orden parlamentario, sino todas las infracciones jurídicas (por ejemplo, las ofensas al honor) cometidas por un diputado en el uso de la palabra. La inmunidad en sentido estricto o extraprofesional consiste en que el diputado no puede ser judicialmente perseguido sino con el consentimiento de la cámara a que pertenece, y que incluso la detención en caso de flagrante delito necesita la aprobación posterior del parlamento.

Si la legislatura se divide en períodos de sesiones, el privilegio de la inmunidad no vale más que durante el período. La institución de la inmunidad parlamentaria tuvo en su origen el sentido de una protección del parlamento contra los obstáculos que a su actividad podían provenir de parte del monarca o de su gobierno. Pero en el Estado moderno carece de sentido, una vez afirmada la «independencia» del poder judicial; y más aún en la democracia, en la que no existe una antítesis radical entre el gobierno y el parlamento.

De acuerdo con el principio del «libre mandato», los diputados no son responsables ante sus electores; no tienen éstos la facultad de retirarles su representación por ningún motivo. Por excepción, se encuentra en algún caso la institución de la destitución del diputado por sus electores, o al menos el precepto de que aquél pierda su mandato si deja de pertenecer al partido que lo eligió (por salirse voluntariamente de él, o por haber sido expulsado).

Ofrece graves dificultades conceder al mismo cuerpo representativo la decisión sobre la pérdida del mandato, o acerca de si están dados o no los supuestos legales bajo los que esa pérdida debe efectuarse. Es preferible acudir a un tribunal independiente, incluso para la mera proposición, si bien esta última podría corresponder también a los partidos organizados.

D. Iniciativa popular y referéndum

La aspiración íntima del principio democrático a lograr una participación lo más directa posible del pueblo en la formación de voluntad estatal, actualiza en la democracia parlamentaria ciertas instituciones

que posibilitan la participación del pueblo en la legislación : la iniciativa y la decisión popular o referéndum.

La iniciativa popular consigue que el impulso del procedimiento parlamentario no proceda solamente del parlamento o del gobierno, sino del pueblo mismo. Se concede a un cierto número de electores la facultad de presentar una proposición de ley, bien de forma que el parlamento esté obligado a discutirla y votarla (aunque no a aceptarla), o bien de manera que el parlamento esté obligado a someter a un plebiscito la aprobación de un proyecto de ley análogo a la proposición. En el primer caso, puede determinarse que la iniciativa tenga por objeto un proyecto ya elaborado, para el cual tiene que recogerse cierto número de firmas. En el segundo, la iniciativa puede tener por contenido una indicación hecha en términos generales. La institución de la iniciativa es tanto más eficaz, cuanto menor es el número de ciudadanos cuya proposición tiene como consecuencia la puesta en movimiento del procedimiento parlamentario. Por otra parte, sin embargo, este número no puede ser muy pequeño, para evitar abusos. En el Estado federal puede requerirse también que la proposición sea presentada por la mayoría de electores de cierto número de Estados miembros.

El referéndum trata de unir la legislación por el parlamento con una manifestación directa de la voluntad del pueblo. A diferencia de la democracia directa, en la que los ciudadanos deliberan en mutuo contacto en la asamblea popular, el referéndum tiene que limitarse a una votación en la que toman parte todos los ciudadanos. Esta votación puede referirse a una ley votada por el parlamento, publicada y dotada de fuerza legal. Racionalmente, tal votación no puede promoverse sino con el fin de dar ocasión al pueblo de manifestarse contra una ley que no le place, con la consecuencia de que si la mayoría vota contra ella, la ley pierde su eficacia. Para ello puede determinarse un plazo, a contar desde el momento de la puesta en vigor de la ley, dentro del cual debe verificarse tal votación. De ordinario, el referéndum se verifica sobre una ley todavía no sancionada por el parlamento. El plebiscito decide si la voluntad del parlamento ha de ser ley o no. Según disponga la constitución, puede existir un referéndum limitado tan sólo a las leyes constitucionales y tributarias y otras leyes especiales, o bien extensivo a toda clase de leyes. El referéndum es facultativo u obligatorio, es decir, puede verificarse por libre determinación de ciertos factores, o cuando son dadas ciertas circunstancias independientes de todo arbitrio subjetivo. El plebiscito sobre un proyecto de ley sancionado por el parlamento puede estar preceptuado por el proyecto mismo, o ser propuesto por alguna minoría de la cámara, o por la otra cámara, si existe ; a veces, concédese dicho derecho al jefe del Estado. También puede darse a la iniciativa popular la posibilidad de traer a referéndum una ley sancionada por el parlamento. Cuando la minoría, la otra cámara o el jefe del Estado pueden promover el referéndum, se instaura una especie de apelación del par-

lamento al pueblo. El referéndum puede estar prescrito con carácter de obligatorio, o solamente para la revisión total de la constitución, o para toda reforma constitucional, o sólo para ciertas leyes especiales; también para el caso de un conflicto entre el jefe del Estado y el parlamento, o entre las dos cámaras. Como se deduce de lo que hemos dicho acerca de la iniciativa popular, el referéndum puede referirse también a una proposición de ley no tratada por el parlamento, sino presentada o promovida por la iniciativa popular. En esta combinación de iniciativa y decisión populares, el parlamento puede quedar radicalmente eliminado en ciertos casos.

El plebiscito puede aceptar o rechazar la proposición de ley. Por eso cada ciudadano se limita a decir «sí» o «no». Si el pueblo rechaza un proyecto de ley sancionado por el parlamento, de especial importancia política (por ejemplo, una ley constitucional), la constitución puede determinar para este caso la elección de un nuevo parlamento, por haberse planteado un conflicto entre el mismo y la voluntad popular.

¿Puede decirse que en el plebiscito se manifiesta realmente la voluntad popular? Esto depende no sólo de la universalidad del sufragio, sino de la medida en la que los electores participan de hecho en la votación. Desde este punto de vista debe juzgarse la cuestión en torno a cómo debe calcularse la mayoría para la repulsa de una ley ya en vigor o la aceptación de un proyecto de ley o acuerdo del parlamento. En el primer caso, acostumbra a requerirse, para que una ley sea desechada, que se manifieste contra ella la mayoría de todos cuantos poseen sufragio activo. En el último caso, suele bastar para que un proyecto sea aprobado, que se manifieste a su favor la mayoría de votantes.

E. La reforma del parlamentarismo y el problema de la representación corporativa. (Consideraciones políticas)

A medida que se fortalece el principio democrático, aumenta la tendencia a eliminar el sistema representativo por la iniciativa popular y el referéndum, y a abreviar las legislaturas, para dar ocasión al «pueblo», es decir, a los electores, de manifestar su voluntad con la mayor frecuencia posible: incluso se hace perceptible el propósito de echar por tierra el llamado «mandato libre», y se afirma la tendencia a subordinar jurídicamente el diputado al elector, haciendo posible la destitución de aquél por éste, y el ejercicio de un control permanente de los diputados, mediante una organización sólida del cuerpo electoral. Pero la oposición contra el parlamentarismo proviene también de otros sectores. Desenvolviendo el principio de la división del trabajo, se quiere sustituir el cuerpo legislativo central y universal (que por su composición no está capacitado para ninguna actividad técnica especializada) por parlamentos técnicos para cada dominio de la legislación, adscribiéndolos, por ejemplo, a las materias propias de

cada rama de la administración ; las comisiones parlamentarias son, en cierto modo, un germen de esta organización. Como en ellas es donde se realiza el trabajo realmente decisivo, el pleno del parlamento ha quedado de hecho reducido a un aparato formal de votaciones. Si estos parlamentos técnicos (que no podrían en ningún caso hacer superfluo un parlamento político general, como órgano superior y comprensivo) no son elegidos por sufragio universal de los ciudadanos, sino por ciertos grupos electorales organizados por clases o profesiones, la democracia no queda suprimida en manera alguna, sino meramente reformada ; el parlamento ha sido sustituído por una organización profesional estamentaria (o « corporativa ») del proceso formativo de voluntad estatal. En particular, aspira hoy a realizarse la idea de un parlamento económico. Éste podría coexistir con el parlamento político, y tendría una misión meramente informativa y consultiva ; a veces, se le podría conceder un veto suspensivo ; en su composición hallarían la debida ponderación los múltiples intereses contrapuestos dentro del campo de la producción, así como los de los productores y consumidores, patronos y obreros, etc.

Otras veces se va mucho más lejos y se reclama abiertamente la sustitución del parlamentarismo democrático por la organización corporativa. En lugar del principio « mecánico » de las mayorías, debería estructurarse « orgánicamente » al pueblo ; y la formación de voluntad estatal no debería quedar abandonada a los azares del voto mayoritario, sino que cada grupo popular (organizado como clase profesional) debería participar en ella en la medida correspondiente a su importancia y significación dentro de la totalidad orgánica del pueblo. Como lo que interesa primordialmente es suprimir el parlamento, los partidarios de la representación por clases se esfuerzan en demostrar la inadmisibilidad del principio parlamentario. Atribúyese a este sistema un sentido y propósitos que jamás tuvo ni alcanzó. Partiendo de la base de que el parlamento no ha realizado lo que prometía su supuesta idea, dedúcese la problemática consecuencia de que se ha sobrevivido, y tiene que ser sustituído por un nuevo principio de formación de voluntad estatal. El argumento más corriente hace referencia al hecho de que el parlamento, en contradicción con su idea, no representa la voluntad del pueblo, ni puede representarla, dada su organización característica. La afirmación es exacta, porque las constituciones típicas de las democracias parlamentarias no admiten una voluntad popular jurídica ; y en otro sentido cualquiera, la voluntad del pueblo es una pura quimera. Pero la prueba de que la voluntad del parlamento no es la voluntad del pueblo, no objeta nada contra el principio parlamentario, sino cuando se busca en éste una legitimación a la ficción de la representación. Pero el parlamentarismo puede justificarse sin recurrir a ficciones (cfs. pág. 436). El éxito inigualado que alcanzó en la historia constitucional de los siglos XIX y XX no puede basarse únicamente en la mera creencia en una ficción tan fácilmente destruíble, como la que contiene la teoría de la representación

del pueblo por el parlamento. El valor y la significación objetivas de una institución social no tiene que coincidir necesariamente con la interpretación subjetiva que, por motivos políticos, recibe de los que en ella están interesados.

Un argumento menos frecuente, pero más especioso, se ha aducido recientemente contra el parlamentarismo; se dice que la creencia en su valor, con su procedimiento específicamente dialéctico, proviene de la ideología liberal. Así como el liberalismo espera lograr la mayor armonía de los intereses económicos lanzándolos a la más desenfrenada concurrencia, cree igualmente que de la libre lucha de opiniones en el procedimiento parlamentario nacerá alguna verdad absoluta, algún valor político absoluto. Partiendo de este supuesto, según el cual, el liberalismo conduce a nada menos que a una tal verdad o valor, dedúcese que esta institución «ha perdido su base histórico-espiritual» y sólo se mantiene «como un vacuo aparato, que vive gracias a una inercia puramente mecánica» (SCHMITT). Pero toda esta argumentación tiende, aunque no lo confiese, a atribuir al democratismo liberal una concepción metafísica y, por tanto, absolutista, del mundo. Se asegura que el parlamentarismo, por su naturaleza propia, ha de realizar en el procedimiento dialéctico-contradictorio y en el ámbito de la formación de voluntad política la idea de la «armonía preestablecida» (puramente metafísica, con pretensiones de verdad absoluta); del mismo modo que, en el campo de la vida económica, la realiza la libre concurrencia. Pero, justamente la inversa es la verdad; hemos de demostrar que al democratismo en general, y al parlamentarismo en particular, es inmanente una ideología crítico-relativista. Por lo demás, el sentido objetivo de la dialéctica del parlamentarismo no es en modo alguno el logro de una verdad absoluta — que es siempre inalcanzable —, o de una voluntad estatal absolutamente justa, sino la consecución de una «vía media» entre los intereses de la mayoría y los de la minoría: el compromiso político. Y desde este punto de vista, quizá puede mantenerse el paralelismo entre la lucha parlamentaria y la libre concurrencia económica; pues toda economía se basa, en último término, en el intercambio de bienes, y todo intercambio es compromiso, transacción, como ya se ha demostrado.

Si se considera la organización con la que muchos desean sustituir el parlamentarismo «inactual», esto es, la «representación por clases», la «organización corporativa», se ve que la realización de su idea choca con dificultades gravísimas y en parte insuperables. Ante todo, no puede ocultarse que la estructuración del pueblo en clases profesionales (que, por esencia, es una estructuración con arreglo a intereses comunes) no comprende todos los intereses que deberían tenerse en cuenta en la formación de voluntad estatal. Los intereses profesionales concurren con otros de la más variada índole, frecuentemente vitales; así, por ejemplo, religiosos, éticos, estéticos. Se es agricultor o abogado, y no por eso se tiene interés únicamente por las cosas de la agricultura o del foro. Se desea que el Derecho matrimonial sea

así y no de tal otro modo; se desea una determinada regulación de las relaciones entre el Estado y la Iglesia; y, en general, se está interesado por un orden justo, conveniente o soportable, al menos, de la colectividad, lo cual sobrepasa con mucho los estrechos límites de la profesión. ¿Dentro de qué grupos profesionales podrían decidirse todas estas cuestiones auténticamente vitales? Añádase que a una estructuración por clases profesionales es inmanente la tendencia natural a una amplia diferenciación, pues la idea que nos ocupa no puede realizarse más que si cada grupo profesional se constituye sobre la base de la plena comunidad de intereses. En una economía y técnica progresivas, el número de profesiones con derecho a organización autónoma tendría que contarse por cientos y miles; y aun entonces, siempre sería algo arbitraria la delimitación de unos grupos frente a otros. Pero entre los grupos profesionales entre sí no existe, naturalmente, comunidad, sino contraposición de intereses. Y la organización de los intereses comunes en los grupos profesionales agudiza todavía más esa contraposición. ¿Cómo deberían decidirse esas múltiples antítesis de intereses entre los distintos grupos? Ciertamente, las cuestiones puramente profesionales podrían encontrar una solución relativamente satisfactoria dentro de cada grupo, dotado de cierto poder autónomo de decisión en sus propios asuntos; aquí podemos prescindir de la cuestión de si la fácil colaboración que se lograría entre patronos y obreros de un mismo grupo profesional no se debería, en último término, a que los más débiles desde el punto de vista económico carecerían de todo apoyo por parte de sus compañeros de clase de los otros grupos. Pero, muchas veces, la mayoría de las cuestiones no son puramente de «régimen interno», no afectan sólo a los intereses de los miembros; otros grupos profesionales se hallan tan interesados, y en cierto sentido más, en su solución, que los mismos grupos a los que directamente afectan. Y de la decisión de estos conflictos es de lo que se trata. La respuesta a esta cuestión fundamental no la encontramos en la ideología del corporativismo. No hay más solución que atribuir la decisión definitiva de los conflictos de intereses entre los grupos profesionales a una autoridad, creada con arreglo a una ley ajena al principio corporativo, o bien a un parlamento elegido por todo el pueblo, o a un órgano de complexión más o menos autocrática. Con plena razón se ha hecho observar que (siempre que no se trate de asuntos puramente internos, reservados a la autonomía de cada grupo) el principio fundamental de la constitución corporativa tendría que ser la coincidencia de voluntades de todos o, al menos, de los grupos profesionales interesados en la decisión. Naturalmente, esto es prácticamente imposible; y al mismo tiempo demuestra cuán vacua e inaplicable es la fórmula con la que se contrapone la idea corporativa al principio democrático, esa fórmula según la cual a cada grupo debe concederse una participación en la formación de voluntad estatal adecuada a la importancia que tiene para la totalidad orgánica del pueblo; pues cuando se trata de realizar este principio, precisa establecer de antemano

quién ha de determinar la medida de esta importancia, y qué unidad ha de adoptarse para determinarla. Aun supuesto que se resolviesen estas insolubles cuestiones, y aun dando por cierto que llegase a constituirse un cuerpo representativo a base de clases profesionales, siempre quedaría el problema de determinar el principio con arreglo al cual debería formarse una voluntad unitaria dentro de ese organismo. ¿No tendría que recurrirse, en definitiva, al principio «mecánico» de la mayoría? Y si así fuese, ¿qué sentido tendría organizar tal parlamento a base de las clases profesionales? Si en el «parlamento corporativo» la mayoría decide contra la minoría, en todo o en parte, parece preferible que el parlamento sea elegido no por los pertenecientes a una determinada profesión, en calidad de miembros de la misma, sino por los miembros de la comunidad estatal; por quienes no sólo se interesan por las cuestiones de su profesión, sino por todos aquellos asuntos que pueden constituir el objeto de la voluntad del Estado. Ésta es la razón última por la cual la organización corporativa no puede nunca sustituir por completo al parlamento, y sólo puede existir juntamente con él, o con un monarca, como factor consultivo, no decisivo; limitando su función principal a señalar los intereses que pueden ser afectados en la creación jurídica, e informar al legislador propiamente dicho. Por eso no basta el principio de la organización corporativa para resolver el problema de la forma del Estado. Queda intacta la alternativa fundamental: o democracia o autocracia.

No es, pues, extraño que la organización corporativa, tal como se ha realizado históricamente, haya sido siempre la forma en la que uno o varios grupos trataban de dominar a los otros; por lo cual puede sospecharse, con seguridad de acertar, que cuando hoy se reclama insistentemente la instauración del corporativismo, no se trata tanto de la necesidad de una participación orgánica (esto es, «justa») de los grupos profesionales en la formación de voluntad estatal, como de la aspiración de poder de ciertos sectores de intereses, a los que la constitución democrática parece no ofrecer ya garantías de éxito político. Para que la estructuración corporativa sea una organización basada en la comunidad de intereses, no se puede pensar en elevarla a factor primario y decisivo mientras haya otros intereses más potentes que los profesionales. Si los trabajadores de todas las profesiones se sienten, con razón o sin ella, más unidos entre sí que con los capitalistas del mismo grupo profesional; y si, como lógica consecuencia, también los últimos se organizan en común por encima de toda diferencia profesional, apenas puede encontrarse un tipo de organización corporativa surgido de la entraña misma de la realidad social que sea capaz de desplazar la actual forma democrático-parlamentaria del Estado, sin aproximarse más o menos a un tipo autocrático, es decir, al predominio dictatorial de una clase sobre otra.

A favor de la organización corporativa se aduce que ella podría traer a juego las «verdaderas» y «reales» fuerzas sociales. Con eso quiere decirse que el corporativismo es mejor y más justo que la de-

mocracia parlamentaria. Pero si se trata de reflejar en la organización política la realidad social, la « verdadera » y genuina expresión de la sociedad actual dividida en dos clases, es la forma democrático-parlamentaria del Estado, con su desdoblamiento en una mayoría y una minoría. Y si hay alguna forma que ofrezca alguna posibilidad de superar pacífica y paulatinamente, sin convulsiones revolucionarias, esta violenta antítesis (que se puede lamentar, pero que no puede ser negada en serio), esa forma es la democracia parlamentaria, que seguramente necesita ser reformada en muchos puntos (y, de hecho, es susceptible de serlo), y que puede ser completada, pero nunca eliminada por la organización corporativa.

§ 49. Democracia de la ejecución

A. Legislación democrática y ejecución autocrática

Es un hecho chocante el que, hasta hace poco, se haya considerado satisfecha la exigencia democrática con la atribución al pueblo o a su representación de la tarea legislativa, mientras que el problema de democratizar las dos ramas de la ejecución no pudo nunca situarse en el primer plano del interés político y teórico. Se aceptó como algo evidente el hecho de que una misma constitución enlazase la democracia extrema de la legislación y la autocracia absoluta de la administración. En una doctrina muy extendida, que distingue entre forma del Estado y forma de gobierno, limitóse el concepto de la primera expresamente a la función legislativa, mientras que el de la última no se fijaba en todos los restantes grados de la creación jurídica, sino que únicamente calificaba de « monárquica », « democrática » o « aristocrática » a la actividad administrativa llamada « gobierno », según el número de los que formaban el órgano supremo de la ejecución; no sin dejar de insistir más o menos en que de la naturaleza del gobierno se desprende el principio monárquico, al paso que a la legislación se adaptan también los procedimientos democráticos. El problema de la forma del Estado desvía su interés (con propósitos más o menos conscientes) de los distintos grados de la ejecución, para concentrarlos en la legislación.

El dogma de la separación de poderes es, en gran parte, el causante de que la teoría de la forma del Estado — que domina todo el proceso formativo de voluntad estatal — haya permanecido fija en un solo estadio de ese proceso, no teniendo en cuenta la estructura escalonada de la creación jurídica. Débese ello no sólo a que rompe el enlace orgánico de la legislación y la ejecución, tratando de coordinar ambas funciones después de aisladas, sino también — y esto es fundamental — porque el sentido del dogma de la separación consistía en contraponer la autocracia ejecutiva a la democracia incesante de la legislación, y el poder del monarca al poder creciente del pueblo (cfs. págs. 337 y ss.). La separación de poderes ha sido como la espina dorsal de la Monar-

quía constitucional. Y como la teoría del constitucionalismo se impuso en la ciencia política, se comprende que se aceptasen muchas cosas específicas de la Monarquía constitucional, como si derivasen de la naturaleza misma del Estado. Y no debe negarse que lo que condujo a muchas constituciones democrático-republicanas a imitar el constitucionalismo monárquico, fueron los indudables méritos de esta forma de Estado. Una República con legislación democrática y ejecución autocrática — cosa sólo posible bajo el supuesto de una radical separación de ambas funciones — implica un acercamiento, consciente o inconsciente, al tipo de la Monarquía constitucional. En verdad, un desenvolvimiento consecuente de la idea democrática conduce a otros resultados. Es una exigencia democrática evidente que al pueblo debe corresponder no sólo la legislación, sino también una ejecución lo más directa posible. Así, pues, la separación de poderes es contraria al principio democrático, que trata de unirlos todos en el pueblo. Pero, por otra parte, por razones puramente técnico-sociales, se hace patente la necesidad de la división del trabajo en el ámbito de la ejecución más que en el de la legislación; lo cual excluye toda participación directa del pueblo en dicha función, pues los actos ejecutivos no podrían reservarse a la asamblea popular más que en comunidades muy pequeñas, y cuando la ejecución se limitase a la guerra y a la administración de justicia en lo criminal. La mera necesidad de una división territorial y de una estructuración jerárquica conduce a una diferenciación de órganos. El principio democrático se reduce a la elección de estos órganos ejecutivos y a su estructura colegial. En general, el sistema colegial es más democrático que el ministerial; pues aparte de las consideraciones fundamentales que cabe hacer en torno a la autocracia como dominio de uno solo, es más fácil que la resolución que responda a las exigencias de la opinión pública o de la voluntad popular se adopte por una corporación, en la que se discuten las razones en pro y en contra, que no por una sola persona, en cuyo interior no necesita verificarse esa « dialéctica de los opuestos ». Para que el organismo de la ejecución se aproximase en lo posible a la idea democrática, tendría que estar formado por un sistema de órganos colegiales elegidos por el pueblo, constituyendo una jerarquía desde el órgano ejecutivo central — dividido, tal vez, en organismos parciales, por competencias — hasta los órganos locales de la administración. Desde el punto de vista democrático, nada se opone a que el parlamento y el supremo órgano de la ejecución sean una y la misma cosa, o bien el último una sección del primero, o en todo caso un órgano elegido por él. Si ha de atenderse a la idea de la mayor división posible del poder entre los órganos creados por el pueblo (idea en modo alguno incompatible con el principio democrático), nada impide que, aparte de la representación popular para la legislación, elija el pueblo un nuevo *collegium* como supremo órgano ejecutivo. Dada la relación que existe entre la legislación y su ejecución, es forzoso que ese órgano ejecutivo se halle subordinado al parlamento, en el sentido de que aquél ha de ejecutar la voluntad de

éste, o mejor, la voluntad estatal creada por él. Sin embargo, no es preciso que la observancia de esta relación (la «legalidad de la ejecución») se halle garantizada de tal forma, que los órganos ejecutivos supremos sean responsables ante el órgano legislativo; el control de la legalidad de la ejecución podría ser la misión de un tercer órgano.

B. La llamada República presidencialista y el dominio del parlamento

Es un rasgo característico de muchas repúblicas democráticas el que sus constituciones, al aceptar el dogma de la separación de poderes, organizan el aparato de la ejecución con arreglo a principios autocráticos, haciendo del jefe del Estado — dotado de gran plenitud de poder — el órgano supremo del poder ejecutivo; así que la República que acepta íntegramente la separación de poderes, se organiza como República presidencialista; sin embargo, no existe conexión de esencia entre estos dos hechos. Sólo el ejemplo de la Monarquía constitucional hace comprensible este tipo de República. El presidente de la República, en su calidad de jefe del Estado, es un elemento marcadamente monárquico. Desde un punto de vista estrictamente democrático, no hay lugar para semejante órgano; poner a un hombre en la cima del Estado, contradice abiertamente la idea de la soberanía del pueblo. Se admite que el jefe del Estado sea un órgano necesario, porque se está habituado a las formas monárquicas. No es preciso que estén concentradas en un órgano todas las funciones que constituyen de ordinario su competencia: nombramiento de ministros y funcionarios, representación en el exterior, etc. Por eso son posibles repúblicas sin jefe del Estado propiamente dicho (cfs. págs. 390 y ss.).

Pero si tal órgano existe, su designación por elección directa del pueblo (como en la República presidencialista) es el medio de fortalecer su poder frente al parlamento. A medida que el presidente, como jefe del poder ejecutivo, se independiza del parlamento, que ni le nombra ni puede destituirlo, no sólo puede dar a la ejecución una orientación divergente de la marcada en la ley, sino que incluso puede influenciar el poder legislativo; pues el principio de separación de poderes (en cuyo nombre se concede al jefe del Estado en la República presidencialista una posición independiente del parlamento, y para cuya celosa guarda se prohibe al presidente todo contacto con el parlamento) se restringe a favor del presidente, concediéndosele el derecho de promulgar las leyes votadas por el parlamento. Y este acto puramente formal puede transformarse fácilmente por el presidente en un derecho material de veto, si la constitución no se lo concede ya expresamente (aunque con carácter meramente suspensivo), del mismo modo que en la Monarquía constitucional el principio de separación de poderes se limita, en la legislación, a favor del monarca. Cosa harto distinta es la situación del presidente cuando es elegido por el parlamento. Es un exponente de éste, si se le conceden otras funciones distintas

de las meramente representativas; y en su posición depende políticamente del parlamento.

Como tipo de dominio parlamentario debe mencionarse también el caso de que las funciones propias del jefe del Estado se atribuyan al presidente del parlamento o al del gobierno elegido por el parlamento, al jefe del «Gabinete» o «Consejo de ministros». El principio democrático requiere que no se exija ninguna condición especial para poder ser elegido jefe del Estado. Pero, en general, se exige una edad superior a la requerida para el ejercicio de los demás derechos políticos. El principio democrático exige también una duración lo más corta posible del mandato presidencial, y la prohibición o limitación de la posibilidad de ser reelegido.

La semejanza entre el monarca y el jefe de un Estado republicano, muéstrase también en la tendencia que existe a suprimir o limitar la responsabilidad del presidente. Si se le reconoce facultad para nombrar ministros, es una consecuencia de la separación de poderes el que aquéllos sean responsables, no ante el parlamento, sino tan sólo ante el presidente elegido por el pueblo, pues no pueden tener el menor contacto con el parlamento, y ni siquiera pueden pertenecer a él como miembros; del mismo modo que, inmediatamente después de la implantación de una constitución, los ministros eran responsables tan sólo ante el monarca y no ante el parlamento. En realidad, los ministros no son más que órganos auxiliares subordinados al presidente. Si el presidente es elegido por el parlamento, apenas es posible eludir la responsabilidad parlamentaria de los ministros; y cuando el presidente ejerce su derecho formal de nombrar a los últimos, está de hecho ligado a la voluntad de la mayoría parlamentaria. En este otro sistema se comprende que, si bien no es preciso que los ministros pertenezcan al parlamento, pueden pertenecer a él. Esta situación de dominio parlamentario puede tener traducción jurídica cuando los ministros pueden ser elegidos por el parlamento y destituídos por él en virtud de acuerdo formal, con lo cual el presidente perdería todo influjo en la formación de gobierno, y éste quedaría convertido en un comité ejecutivo parlamentario (más aún que en la Monarquía parlamentaria). Y todavía podría llevarse este tipo a sus últimas consecuencias, exigiéndose no sólo el refrendo del ministro responsable para los pocos actos del presidente, sino estableciendo que esos actos no puedan realizarse sino a propuesta del gobierno o de alguno de sus miembros.

C. Democratización de la administración

Pero el problema de la democracia no se refiere únicamente a los grados superiores de la ejecución. En principio, todos los grados de la administración y de la justicia son susceptibles de democratizarse, si los órganos de las mismas son órganos colegiales, no designados por autoridades superiores, sino por los mismos súbditos: por los adminis-

trados, por las partes litigantes, por los sometidos a procedimiento criminal; y no de por vida, sino por poco tiempo; además, para ser elegido no habría que exigir ninguna competencia técnica oficialmente reconocida. La administración y jurisdicción democráticas se llevan a cabo por profanos y, en este sentido, se contrapone al sistema burocrático, en el que dichas funciones son desempeñadas por funcionarios técnicos profesionales, nombrados de por vida. El sistema burocrático se ordena al principio autocrático, en lo cual se revela éste como un principio diferenciador, basado en la división del trabajo, mientras que la democracia se caracteriza por una cierta tendencia al primitivismo. Aun cuando el postulado de una amplia democratización de la administración no ha surgido sino con el robustecimiento de la idea democrática, después de la caída de poderosas monarquías, precisa afirmar que la Monarquía constitucional no desconoció en absoluto la administración democratizada. El régimen parlamentario tuvo como consecuencia una modesta democratización de los puestos superiores de la jerarquía administrativa; y como fenómeno correlativo, se produce la autonomía municipal. Autonomía, en este sentido, equivale a administración democrática, a administración de los administrados por sí mismos o por la corporación por ellos elegida. Ya antes se indicó que esta autonomía no puede significar una antítesis de la administración del Estado, sino un caso particular de ésta, una determinada organización técnica de la misma; ya que la administración autónoma de los municipios es ejecución de normas coactivas generales y creación de normas individuales que, en cuanto normas jurídicas, han de tener carácter estatal (cfs. págs. 240 y ss.). A pesar de todo, es frecuente oponer ambas administraciones, en lo que se revela el propósito de declarar como única forma legítima de Estado o administración estatal aquella por la que se inclinan las preferencias políticas del autor.

Hasta qué punto fueron considerados los municipios autónomos como cuerpos extraños en el sistema de la administración estatal autocrática, muéstrase en la teoría antes descrita, y casi incomprensible hoy, según la cual el municipio no era un órgano del Estado, sino un ser independiente de él — lo mismo que el individuo humano del Derecho natural individualista —, dotado de derechos naturales contra el Estado, como también de un radio de acción innato, por así decirlo, no concedido ni susceptible de serle suprimido por el Estado. Tras este «municipalismo jusnaturalista» que abre un dualismo teoréticamente inadmisible de dos sistemas normativos, ocúltase la antítesis entre los principios de organización autocrática y democrática. Es el municipio democrático el que no quiere ser considerado como órgano del Estado autocrático. Pero es uno de los errores tradicionales de la teoría de los Derechos político y administrativo el mantener teóricamente la oposición de Estado y municipio como esencias absolutamente antitéticas, a pesar de su carácter puramente histórico, aun allí donde la democratización de los grados supremos de la administración ya no

permite afirmar la subsistencia de tal antítesis inconciliable, ni siquiera desde el punto de vista técnico.

La autonomía en sentido amplio comprende también la facultad de legislar: una facultad delegada a la corporación autónoma para crear normas jurídicas generales. De cuanto llevamos dicho resulta que no puede hablarse de una oposición de naturaleza entre la ley y el reglamento, de una parte, y la creación autónoma de Derecho, de otra; ya que la ley democráticamente creada — la ley de la República democrática o de la Monarquía constitucional — es creación jurídica no menos autónoma que la realizada por una corporación local autónoma dentro de una Monarquía o una República, la cual no es posible sino sobre la base de una ley; y por eso está en el mismo plano que el reglamento, e incluso podría ser designada, con este nombre de «reglamento», a no ser que se reserve este concepto para la creación autocrática de normas generales (cfs. pág. 241).

En el dominio de la jurisdicción, la institución del jurado (que no siempre es elegido, sino sorteado) significa la penetración del elemento autocrático en el sistema de la organización judicial, que, incluso en las repúblicas democráticas, ofrece rasgos marcadamente autocráticos. Por excepción, existen también tribunales especiales elegidos; por ejemplo, un tribunal de Estado elegido por el parlamento para juzgar a los ministros, y otros casos semejantes que se presentan incluso en la Monarquía constitucional.

D. Relaciones entre la democracia de la legislación y la democracia de la ejecución

Hasta ahora, se han discutido las formas posibles de una ejecución democrática, a reserva de determinar en qué relación se halla la democracia de la ejecución con la legislativa. Aunque otra cosa pudiera parecer a primera vista, no es cierto que la una sea la consecuencia de la otra, y que la idea democrática esté mejor servida cuanto más ampliamente se realice en el proceso ejecutivo la forma democrática de creación de voluntad; pues, por esencia, la ejecución está informada por la idea de legalidad; y aun dando por supuesta la democracia de la legislación, no cabe deducir que la legalidad de la ejecución quede garantizada con sólo recurrir a formas democráticas. Ciertamente, precisa reconocer sin titubeos que la elección plenamente democrática por el parlamento del órgano ejecutivo supremo, y la responsabilidad del mismo ante éste, constituye ya una cierta garantía, aunque no la única posible, de la legalidad de sus actuaciones. Teniendo en cuenta la experiencia de la responsabilidad parlamentaria, se ve que el sistema ministerial, de ejecución por un solo órgano, es preferible al colegial, que no sólo disminuye el sentimiento de la responsabilidad de cada uno, cuya participación en el acuerdo se reduce a emitir su voto, sino que incluso dificulta la afirmación y exigencia de responsabilidades. No sólo eso: en las instancias medias e inferiores de la administración,

la democratización radical haría peligrar la democracia legislativa. Si el territorio estatal está dividido en grandes regiones o provincias administrativas, y éstas en comarcas o distritos, y la administración de estos territorios se encomienda, en buenos principios democráticos, a corporaciones elegidas por los ciudadanos residentes en el territorio, de modo que bajo el gobierno central están las corporaciones regionales o provinciales y bajo éstas las comarcales, es más que probable que estos cuerpos representativos (especialmente si su estructura política es distinta de la del órgano central legislativo) no consideran como suprema finalidad suya la legalidad de sus actos, y tiendan, por el contrario, a colocarse en oposición con las leyes votadas por el parlamento. La voluntad total — expresada en la legislación central — corre peligro de ser paralizada por la voluntad de la parte — en las corporaciones locales administrativas —. Seguramente, hay medios técnicos para evitar este peligro y suspender los actos ilegales de las administraciones autónomas. Pero estos medios, lejos de orientarse en el sentido de la democracia de la ejecución en las regiones o provincias administrativas, constituyen más bien su limitación. La legalidad de la ejecución — es decir, en la legislación democrática, la voluntad del pueblo, la democracia misma — queda mejor garantizada en las instancias inferiores e intermedias por los órganos individuales nombrados por el poder central y responsables ante él, que por los cuerpos autónomos. No queremos decir con ello que no exista otro medio mejor de asegurar esa legalidad de la ejecución. Pero interesaba hacer observar que, dentro de ciertos límites, la forma autocrática de la ejecución no es la antítesis radical de la democracia legislativa, y que el postulado de una administración democrática; para que sea algo más que un vulgar tópico, no puede tener sino una validez condicionada y limitada — en interés de la misma democracia, precisamente.

La responsabilidad — la garantía más importante de la legalidad — de los cuerpos administrativos autónomos es tanto menor cuanto mayores son éstos; pero si se quiere alejar su actividad de la peligrosa zona de la ilegalidad, ha de ser limitada lo más posible en el ámbito de libre apreciación otorgado por la ley. Un funcionamiento saludable de la administración democrática no puede esperarse sino supuesta una gran amplitud del margen de libre apreciación; lo cual significa que la democracia administrativa oculta una potente tendencia hacia la descentralización. A la voluntad de los miembros no puede concederse beligerancia sino a costa de la voluntad del todo. La concesión de un margen de discrecionalidad va implicada en toda delimitación de la facultad creadora de Derecho de los órganos medios e inferiores por las normas de grado superior; si la garantía de esos límites se encomienda a órganos autocráticos, nombrados por los órganos superiores, o al menos responsables ante ellos y destituibles por los mismos, se acepta un enlace de elementos autocráticos y democráticos en la organización de la administración media e inferior. Tal es la característica de la Monarquía constitucional, si bien en ella la

mezcla de las formas democráticas con las autocráticas se realiza en los grados superiores de la formación de voluntad estatal, en la legislación, por lo cual no se excluye del todo la posibilidad de una paralización de la democracia por la autocracia (y a la inversa); mientras que allí donde el principio de la forma estatal mixta se limita a los grados medios e inferiores de una formación de voluntad estatal puramente democrática en su cima, no hay que esperar peligros, sino robustecimientos de la democracia.

Aun supuesto que el órgano ejecutivo creador de la norma individual sea designado democráticamente, esto es, «elegido»; aun supuesto que se trate de una corporación elegida por el pueblo o de una asamblea de ciudadanos de la que forma parte la misma persona obligada por la norma individual, todavía puede quedar un resto de autocracia, desde el momento que la obligación o vinculación en el caso concreto puede imponerse contra la voluntad del obligado: por ejemplo, por acuerdo de la mayoría. En otro lugar se expuso (cfs. páginas 409 y ss.) que la existencia de todo orden social supone necesariamente este mínimo de autocracia o, con otras palabras, esta limitación del principio democrático de la autodeterminación. También se dijo que incluso el principio de la unanimidad hace posible una diferencia entre la norma creada por ese procedimiento y la voluntad de los súbditos, puesto que éstos quedan ligados al consentimiento prestado, y carece en absoluto de toda relevancia jurídica una modificación posterior de su voluntad. Este grado relativamente supremo de la creación democrática de Derecho se encuentra también en amplia medida en los grados inferiores del Derecho civil. Es la forma típica del negocio jurídico.

La norma jurídica general delega la determinación del hecho, bajo cuyo supuesto ha de aplicarse el acto coactivo de la ejecución, en el mutuo acuerdo de las partes, las cuales crean así la norma jurídica individual, la obligación concreta para cada uno; pero como esta obligación depende del consentimiento del obligado, éste participa en la creación de la norma. Por eso desde antiguo han hablado aquí los juristas de una «autonomía privada». Como ya se mostró en otra parte, se trata de una creación de Derecho delegada en las partes, las cuales continúan el proceso iniciado con el acto legislativo de publicación del Código civil; y en esto se diferencia el negocio jurídico del acto de creación de una norma individual, de fundación de un deber concreto de las partes por voluntad de una sola, especialmente cuando ésta se halla investida de autoridad. Recordemos aquí, ya que el problema se plantea desde el punto de vista de la democracia administrativa, que la antítesis mencionada desempeña el papel decisivo en la equívoca distinción del Derecho en público y privado (cfs. pág. 114).

§ 50. La dictadura de partido (bolchevismo, fascismo, nacionalsocialismo) (*)

La democracia, especialmente la de tipo parlamentario, es por naturaleza un Estado de partidos. La voluntad colectiva se forma en la libre concurrencia de los grupos de intereses constituidos en partidos políticos. Por esta razón, la democracia no es posible sino como transacción y compromiso entre esos grupos opuestos. No siendo así, corre el peligro de transformarse en su contrario : en una autocracia.

Recientemente, esta autocracia se ha realizado en una forma particular. Procede de la revolución socialista que estalló en Rusia, como consecuencia de la Gran Guerra, y que continúa victoriosa en dicho país. El origen espiritual de la nueva forma política se halla en la idea de una dictadura del proletariado, idea forjada en la concepción marxista de la lucha de clases. En la realidad política, esta dictadura del proletariado se traduce consecuentemente en la dictadura de un partido representativo de los intereses proletarios, dirigida, no sólo contra los partidos burgueses, sino incluso contra todos los demás partidos obreros. Tal es el sentido político del « bolchevismo ». Esta palabra procede del nombre del partido que ejerce la dictadura ; pero actualmente no sólo sirve para designar el carácter de la soberanía en un determinado Estado, sino que se ha convertido en concepto genérico. Lo mismo puede decirse de aquella otra dictadura análoga a la del bolchevismo, en su estructura y nacimiento, aun cuando de finalidades antitéticas, ejercida en Italia por el partido burgués de los fascistas, victorioso en su lucha contra los partidos proletarios. En efecto, el « fascismo » no sólo constituye actualmente una determinada estructuración del poder soberano en cierto Estado, sino que representa el tipo de la dictadura de un partido burgués, opuesta a la dictadura del proletariado.

Si se contempla la nueva forma política desde el punto de vista de su desenvolvimiento en relación con la democracia inmediatamente anterior, precisa constatar que es justamente del seno de esta democracia de donde ha surgido la autocracia moderna. El « Estado de partidos » se ha convertido en « Estado de un solo partido », esto es, en dictadura de partido, desde el momento que un partido único ha alcanzado el poder para ejercerlo exclusivamente por sí mismo, excluyendo a todos los restantes. Éstos son aniquilados, y se impide por todos los medios posibles la formación de partidos nuevos. Los cargos públicos de mayor importancia son ocupados por miembros del partido dominante, el único al que se reconoce existencia jurídica. Su organización es la única que influye de modo decisivo en la formación de la voluntad estatal. Es posible que el partido esté reconocido por el orden jurídico, especialmente por la constitución ; pero no es preciso;

(*) Este capítulo ha sido redactado por el autor para la edición española, no figurando por tanto en la edición alemana. — *N. del T.*

su influencia sobre los órganos de la legislación y ejecución estatales puede ser extrajurídica. En ese caso, la fase decisiva de la formación de voluntad estatal se relega a un estadio prejurídico. Mas esto también ocurre en el Estado de partidos, puesto que también en éste desempeñan cierto papel las asambleas y resoluciones adoptadas en el seno de los partidos; pero su importancia es menor porque la decisión definitiva (y nunca del todo previsible) se realiza en el procedimiento dialéctico del parlamento, en el que actúan fuerzas de varia dirección. Esta concurrencia es lo que falta por entero en la dictadura de un partido, aun suponiendo que subsista una corporación legislativa, pues se pone buen cuidado en que ésta se halle constituída en todo o en su mayor parte por los miembros del partido dominante.

Puesto que lo importante es la organización del partido dominante, la cuestión de la forma constitucional se relega a segundo término. Tanto la Monarquía como la República se convierten en formas puramente externas vaciadas de todo contenido material propio; tanto la una como la otra ofrecen idéntica posibilidad de que en su interior se desenvuelva una dictadura partidista. En efecto, de las tres dictaduras típicas actualmente existentes, dos de ellas mantienen la fachada republicana: Rusia y Alemania, y una la de la Monarquía: Italia.

Por lo mismo, es de importancia subalterna averiguar si la dictadura de partido se ha impuesto por vía revolucionaria, suplantando la constitución vigente y sustituyéndola por una nueva, que expresaría más o menos claramente el verdadero carácter del nuevo poder; o si se ha establecido por procedimiento legal, por ejemplo, llamando el jefe del Estado (monárquico o republicano) al poder al líder o líderes del partido dictatorial, el cual conseguiría luego, por uno u otro procedimiento dentro de la legalidad, un decreto de plenos poderes que le permitiría adoptar medidas dictatoriales; en ese caso, la constitución sigue formalmente en vigor, con alguna que otra reforma, y subsiste la continuidad en el proceso de formación jurídica. Materialmente, la dictadura significa siempre, cualquiera que sea el procedimiento (legal o revolucionario) de su instauración, una plena ruptura con el precedente sistema democrático o su afín el monárquico-constitucional.

Esto se traduce en primer término en la plena supresión de la libertad personal y política. Todas aquellas instituciones tan características del Estado de Derecho, que servían para proteger al individuo contra los arbitrarios ataques de los órganos estatales o de los partidos, son radicalmente eliminadas o pierden toda eficacia real. Tampoco queda lugar para la participación efectiva de los súbditos en la creación de las normas, por lo menos de las generales, de las leyes. Si existe un órgano colegial legislativo distinto de la jefatura del partido (encargada de la dirección del Estado), sus miembros son nombrados directamente por el gobierno; o existe tal falta de libertad en la elección que ésta viene a ser, en el fondo, una forma de nombramiento. Aquí

radica precisamente la nota decisiva del carácter autocrático de esta forma estatal. Por lo que respecta a su ideología justificativa, las actuales dictaduras se distinguen por características nada leves. El bolchevismo se atiene, en principio al menos, a la ideología democrática, de la que echa mano hasta cierto punto en la organización de las autoridades. Incluso llega a caracterizarse como la « verdadera democracia » al presentarse como dictadura de una clase, cuya finalidad es la supresión de toda oposición de clases y, por consiguiente, el establecimiento de la libertad plena y perfecta. El ideal democrático de la libertad subsiste, al menos, por referencia a la finalidad última de su política: la realización del socialismo; pues éste es un ideal de masas que se ha convertido en efectivo poder político, en la lucha por la democracia y en la democracia por la que luchó, con la imprescindible ayuda del sufragio universal e igualitario.

No ocurre así en la segunda forma de dictadura partidista: el fascismo. En su lucha contra el socialismo o, mejor, contra las masas que luchaban por el socialismo, tenía que dirigirse principalmente contra la democracia, que ponía en peligro el poderío político de la burguesía, puesto que ofrecía a las masas grandes posibilidades de acción, aun cuando éstas no fuesen lo suficientemente intensas para conseguir por sí solas la realización del socialismo. Por eso, en la realidad, también el bolchevismo socialista pasa de la democracia a la dictadura; de ese modo, la ideología democrática queda desamparada tanto por las extremas derechas como por las extremas izquierdas. El fascismo lleva su lucha contra la democracia y el socialismo bajo la bandera de la idea nacional. Aquí tenemos una distinción importante entre ambas clases de la moderna autocracia. En un caso, se trata de una dictadura de partido proletario-socialista; en otro, la dictadura es burguesa y nacionalista. De aquí resulta que el fascismo, al rechazar el punto de vista específicamente socialista de la lucha de clases, no quiere pasar, como el bolchevismo, por ser dominio de una clase, sino que se afirma, contrariamente, como representante de la totalidad de un pueblo unificado en nación. Y justamente en esta invocación a la unidad, en esta exigencia de superación, de ignorancia o de negación de las antítesis de clase — las cuales existen y actúan de hecho, a pesar de que se quiera desconocerlo —, en la proclamación de una idea capaz de unir a todos los miembros del Estado, que pueda ser alzada ante el extranjero como signo diferenciador y que sirva, por tanto, para elevar a su más alto punto la propia conciencia nacional, en todo eso radica una de las condiciones esenciales del éxito del fascismo. En el Estado fascista no impera ya la ideología democrática, sino un ideario aristocrático-autocrático, más o menos consciente y consecuentemente desenvuelto. Allí impera la idea de que la « élite » es la llamada a ejercer la función directora, y la idea, o, mejor, la creencia en la naturaleza carismática de una personalidad (o « caudillo »), a la que de manera misteriosa y sobrenatural se le ha otorgado la gracia de dirigir la cosa pública. Existe la tendencia, al menos en el domi-

nio de la ejecución, a que los órganos estatales sean designados por nombramiento del caudillo, o a nombrar para esos cargos a sus lugartenientes. El principio «autoritario» sustituye al democrático; pasa a primer plano la exigencia de la disciplina y de la obediencia incondicional al superior jerárquico, e incluso la administración civil recibe un carácter esencialmente militar.

A la militarización del Estado precede la militarización del partido. Es más, esta última es el supuesto esencial de la apropiación del poder por el partido. Una de las características esenciales de la dictadura fascista consiste en que se halla protegida por una milicia formada por miembros del partido militarmente organizados, uniformados y armados; todo ese aparato militar favorece su acceso al poder. La dictadura se encuentra luego con el problema político de establecer una relación adecuada entre la milicia del partido y el ejército regular del régimen anterior. Ambas milicias, que llegan a constituir una unidad en la medida de lo posible, son como la espina dorsal del Estado fascista, el cual acepta conscientemente el carácter de Estado militarista: lo cual se ve con suficiente claridad en la educación de su juventud.

El bolchevismo coincide con el fascismo en su actitud fundamentalmente antipacifista. En política exterior, ambos son imperialistas. Aquél, con la finalidad de extender el imperio del socialismo por medio de la revolución mundial; éste, desde el punto de vista de la expansión y predominio nacionales. En consecuencia, uno y otro demuestran un claro desvío hacia toda forma de organización internacional cuya finalidad sea la exclusión de la guerra, y cuya consecuencia resulte ser el mantenimiento del status quo, y que, además, esté fundada sobre el principio democrático de la igualdad de todos los Estados, prescindiendo de su extensión territorial y de sus instrumentos de poder político. El bolchevismo y el fascismo son por igual enemigos de la Sociedad de Naciones, porque uno y otro son adversarios, encubierto el uno, declarado el otro, de la democracia.

Pero, a pesar de esta repulsa de la democracia —tan marcada especialmente en el ámbito ideológico—, el fascismo se ve obligado a hacer ciertas concesiones a este principio irresistible de la formación de voluntad social. En la dictadura, el caudillo siente la necesidad de recabar el asentimiento —al menos tácito— de amplias masas ciudadanas, a las que se estima inadecuado conceder una participación activa en la dirección del Estado. Y ese asentimiento, o la apariencia del mismo, se provoca ya en la forma tradicional del plebiscito, o en la más moderna de fiestas y manifestaciones de masas. No hay que maravillarse, pues, de que también el fascismo, olvidando su posición esencialmente antidemocrática, se declare, imitando a su fraternal enemigo el bolchevismo, la «auténtica democracia».

Hay un hecho que demuestra hasta qué punto esta ideología se halla alejada de la realidad: la dictadura partidista —y en este punto no hay la menor diferencia entre sus dos tipos representativos— no

sólo aniquila la libertad política, sino ante todo y con especial energía la libertad intelectual, tan esencial a una democracia. Dirígese en primer término contra la libertad de prensa, porque conoce la importancia extraordinaria de la opinión pública para la solidez del poder, y por eso ahoga sin contemplaciones toda manifestación adversa o simplemente desfavorable. El bolchevismo ha dado el ejemplo en la elaboración sistemática de las representaciones políticas dominantes en las masas, con todos los medios de una propaganda ejercida por órganos estatales. Ha comenzado por poner al servicio del gobierno la producción consciente de ideologías no sólo por medio de la prensa, sino por manifestaciones públicas, radio, cinema, teatro e instituciones análogas. En este respecto, el fascismo ha seguido sus huellas sin reserva alguna. Compréndese que un sistema semejante no puede dejar de influir sensiblemente en la escuela y la enseñanza, y que la libertad de la ciencia no puede ser respetada por él. La ciencia es puesta al servicio incondicionado de los intereses del poder público, en tanto que es susceptible de ello : y la ciencia social lo es, sin duda alguna.

No puede decirse lo mismo de la religión, la cual mantiene su libertad más fácilmente que la ciencia en la dictadura partidista. El bolchevismo se limita a separarla del Estado y a limitar su eficacia a la esfera privada. No impide su ejercicio, pero tampoco la propaganda antirreligiosa, la cual se endereza especialmente contra el cristianismo, como ideología protectora del orden social burgués. También el fascismo garantiza la libertad religiosa; pero favorece abiertamente la religión cristiana, a la que trata de poner abiertamente al servicio de su poder. El fascismo trata sobre todo de entenderse con la Iglesia católica, como potencia internacional. Incluso allí donde la población católica no es más que una minoría en oposición con la mayoría protestante, el fascismo se esfuerza por la firma de un concordato.

La oposición de la dictadura partidista a la democracia no es tan grande en lo que respecta a la idea de igualdad, como en lo referente a la de libertad. En verdad, no se es reconocido el principio de la igualdad política en el sentido de una igualdad de los derechos políticos de todos los ciudadanos, la cual va unida de modo inseparable a la libertad política. El bolchevismo excluye de todo derecho político a categorías enteras de ciudadanos. El fascismo establece, de acuerdo con su ideología aristocrática y autoritaria, una articulación jerárquica sumamente diferenciada de los funcionarios públicos, y un complicado sistema de honores y dignidades. Y allí donde el fascismo enlaza la idea nacional con el principio racista, o hace basar aquélla en éste, realiza íntegramente una selección de determinadas partes de la población para impedirles el acceso a los cargos públicos y el ejercicio de ciertas profesiones.

Por esta razón se aspira intensamente a provocar en el país una igualdad intelectual, en el sentido de una uniformidad de las inteli-

gencias. También en este punto es absoluta la coincidencia en ambos tipos de dictadura partidista. Lo único que varía es el aparato ideológico. En un caso, es la idea socialista de la naturaleza colectiva del hombre ; en el otro, es la idea, deducida del nacionalismo, del Estado « totalitario », es decir, del Estado que regula autoritariamente todas las relaciones sociales : tales son las dos opuestas ideas que justifican la uniformidad intelectual de todos los súbditos. En ambos casos, la tendencia a comprender del modo más completo posible al individuo por el orden coactivo del Estado, tiene que conducir necesariamente a una estandarización de la vida cultural.

La oposición más saliente entre ambos tipos de dictadura partidista, existe por relación a su actitud ante la igualdad material o económica de los ciudadanos. Bolchevismo y fascismo se hallan en una relación positiva ante el orden económico socialista y capitalista, respectivamente. Pero urge advertir que así como la dictadura proletaria tiene que quedar muy atrás de su ideal marxista de una economía planificada, por razones técnicas y políticas, tampoco la dictadura burguesa está decidida a mantener sino a costa de ciertas reformas el sistema actual, basado en la propiedad privada de los medios de producción y en la libre concurrencia; pues advierte que sin esas reformas el régimen capitalista no puede subsistir. En ese sentido ha realizado ensayos muy dignos de ser tenidos en cuenta. Tampoco pueden ser menospreciados los enérgicos esfuerzos realizados por el fascismo para suavizar eficazmente las desigualdades de las clases, por medio de su política social. Precisamente porque combate al socialismo, se afana lo indecible por quitarle la base de sus argumentos más burdos. En esto suele ir tan lejos, que incluso arrebata el nombre al adversario, y se llama a sí mismo socialismo, a la manera del bolchevismo que se encubre con el título de democracia. Por lo demás, esta adaptación espontánea o forzada a los fines del adversario puede ser de efectos mucho más profundos de lo que cabe sospechar. Y no parece imposible que el fascismo, la forma política adoptada por la burguesía en la lucha de clases, se revele en último término como la vía adecuada para imponer una economía colectivista dirigida y planificada — en lo que consiste la médula del socialismo — en lugar de la anarquía económica del capitalismo. Hay motivos para creer que el realizador de este movimiento no ha de ser precisamente el proletariado, como piensa la teoría marxista ; esta función, en efecto, puede ser realizada por la burguesía — aunque, de seguro, no por su gusto — si ésta acierta a darse cuenta de la insostenibilidad de esta forma económica ; e incluso cabe afirmar que la burguesía constituye una condición más favorable para el logro definitivo de esa misión, ya que el proletariado no dispone, naturalmente, del gran número de fuerzas cualificadas que se requieren para efectuar el paso de una a otra forma de producción. El fascismo es quizá el instrumento político de la burguesía para asegurarse la dirección de este proceso, que ha de conducir inexorablemente a su desaparición como clase. Y por paradójico que

parezca, el nacionalismo fascista es, probablemente, por la fuerza incomparablemente mayor de integración que posee, una garantía más segura de realización del socialismo que la ideología originaria de éste.

§ 51. Forma del Estado y concepción del mundo

La oposición de democracia y autocracia — esto es, el problema de la forma estatal — es importante para el estudio de la creación jurídica no sólo en sentido técnico, por autoridades u órganos, sino por las partes en general (órganos en sentido amplio). Pero no sólo se trata de una antítesis de métodos de creación jurídica, sino de toda clase de normas; por tanto, de una oposición de dos tipos de orden social. El punto de vista decisivo es si tal orden se crea o no con participación de quienes están sometidos a sus normas. De ese modo, el concepto de forma del Estado equivale a la idea de «forma social» en general. Por eso se comprende que el problema de la forma estatal o social se refiera también muy especialmente a la cuestión de la forma de organización de las empresas económicas: cuando el empresario o patrono dicta por sí solo las normas relativas a la dirección de una empresa, tenemos un caso de «autocracia industrial»; cuando los obreros participan más o menos, por precepto legal, en la dirección de la empresa, existe «democracia industrial».

Las ideas de autocracia y democracia, que informan el concepto de forma del Estado, son de naturaleza puramente formal. No puede hacerse la menor referencia al contenido del orden creado con arreglo a uno u otro método, ninguno de los cuales implica por necesidad un determinado contenido. Es un malentendido, un pleno desconocimiento del sentido implicado en el concepto de forma estatal, oponerse a nuestro concepto de la democracia «meramente» formal o política, contraponiéndole la democracia social o económica (comprendiéndose por tal un orden social a cuyos súbditos se garantiza una cantidad igual de bienes). Prescindiendo de que esta cantidad «igual» es siempre elevada, el concepto de «igualdad» puede adoptar significados tan distintos, que sea imposible unirlos con una palabra relativamente tan simple como «democracia». Esa igualdad quiere decir «justicia», y es tan equívoca como ésta. Compréndase como quiera esa igualdad en la distribución de bienes, que el orden social ha de garantizar, siempre podrá demostrarse que ese contenido puede ser adoptado tanto por un orden autocrático como por uno democrático (atendiendo al método de su creación). Nadie duda que una economía socialista puede crearse tanto por procedimiento autocrático como democrático; y del ideal de una igualdad material, entendida como se quiera, no derivan razones de ninguna índole que hablen a favor o en contra del ideal de libertad, es decir, de la idea de democracia. Es sencillamente absurdo utilizar el concepto esencialmente formal — como método — de la democracia a favor de un determinado contenido jurídico, tan inde-

pendiente del método de su creación, que podría ser creado por el método opuesto.

Como la democracia y la autocracia no son más que métodos de creación de un orden social, los representantes de uno y otro principio creen que, por su mediación, podrán alcanzar el mejor orden social. Por eso es una argumentación completamente vacía de sentido aquella con la que muchos gustan de oponer la autocracia a la democracia: ésta no podría subsistir frente a aquélla, porque la autocracia representa el único principio posible, a saber, que sólo los mejores deben dominar. Aquí, el «mejor» no puede ser sino quien crea las mejores normas; y estas normas mejores son aquellas que únicamente deberían ser creadas. Pero hay que desenmascarar este tópico del dominio de los mejores, que no es más que una desdichada tautología. Nadie discute que los mejores son los que deben dominar: acerca de esto se hallan de acuerdo los demócratas y los partidarios de la autocracia; el problema es otro, de naturaleza política o técnico-social: ¿cómo llegarán a dominar los mejores?, ¿cómo podrán afirmar su poder? Se trata de la selección de elementos directores. Pero, precisamente en este punto, un examen hecho a conciencia no puede conducir a consecuencias unilaterales a favor ni en contra de la democracia o la autocracia. Si se dice que la democracia es el pedestal que eleva a los fanfarrones y a los demagogos que especulan con los más bajos instintos de las masas, puede responderse que precisamente la democracia es el método que pone los más amplios fundamentos al caudillismo, haciéndole objeto de una libre concurrencia y creando una base, la más amplia posible, para la selección. En cambio, el principio autocrático, especialmente en su forma efectiva de Monarquía burocrática, ofrece poquísimas garantías de que los capaces hallen libre el camino. Añádase que la democracia, así como facilita el acceso a los puestos directivos —hecho probado—, crea también la garantía de que un caudillo que se desacredita será desplazado rápidamente de su puesto; mientras que la autocracia actúa en sentido contrario, con su principio de la función vitalicia o hereditaria. Y en íntima relación con esto se encuentra el hecho de que en la democracia, los principios del «saberse acreditar» y de la «libertad de crítica» determinan el descubrimiento rápido y fácil de los vicios de la administración; mientras que en la autocracia se practica el tradicional sistema del encubrimiento, puesto que impera el principio conservador del mantenimiento a toda costa de la autoridad del funcionario una vez nombrado. Son miopes aquellos que creen ver más corrupción en la democracia que en la autocracia. De seguro, es una bendición el que un hombre pueda desenvolver, como monarca absoluto, una personalidad ética y genial. Pero, del mismo modo que la historia muestra democracias decadentes junto a otras florecientes en lo político y cultural, con incorruptible serenidad muestra también, junto a las figuras ideales de Césares gloriosos, la imagen repulsiva de otros Césares depravados que aniquilaron sus Estados y causaron a sus pueblos desventuras sin cuento.

Por eso la decisión entre la democracia y la autocracia — la cuestión dramática de toda política — no puede deducirse ni del contenido deseado del orden social (pues solamente sus métodos de creación es lo que se discute), ni cabe enfocarla hacia la posibilidad de asegurar por un método u otro la realización de un orden social cuyo contenido se estima justo. La cuestión es otra; todo gira en torno a si uno se cree facultado para considerar aquel contenido como justo, absoluta o relativamente. La cuestión decisiva es ésta: ¿hay o no un conocimiento de la verdad absoluta, una visión de los valores absolutos? Tal es la oposición fundamental de concepciones del mundo y de la vida, a la que se ordena la antítesis de autocracia y democracia: la creencia en una verdad y unos valores absolutos es el supuesto de una concepción metafísica y, sobre todo, místico-religiosa del mundo. Pero la negación de este supuesto, la creencia de que el conocimiento humano no puede alcanzar más que verdades y valores relativos; la convicción de que cada verdad y cada valor — tal como el hombre los encuentra — tienen que estar dispuestos en todo momento a retirarse y dejar paso a otros, conduce a la ideología del criticismo y del positivismo, entendiendo por tales aquella dirección de la filosofía y de la ciencia que parte de lo positivo, es decir, de lo dado, de la mudable y siempre cambiante experiencia, rechazando la hipótesis de un «absoluto» trascendente a aquélla. A esta oposición de conceptos del mundo corresponde la antítesis de estimativas y, en especial, de actitudes políticas. A la concepción metafísico-absolutista del mundo, se ordena una actitud autocrática; por el contrario, el relativismo crítico se corresponde con el ideario democrático. Quien sabe con certeza absoluta cuál es el orden social mejor y más justo, rechazará enérgicamente la exigencia insoportable de hacer depender la realización de este orden del hecho de que, por lo menos la mayoría de aquellos sobre los que ha de valer, se convenzan de que, en efecto, es el mejor y el que más les conviene; y mientras tal convencimiento llega, el orden no podría crearse. En efecto: si hay alguien que se halla en posesión del Bien sumo, ¿qué puede pedirse sino la obediencia ciega, rendida, desinteresada y agradecida de aquellos para quienes la imposición del afortunado que alcanzó «la Verdad» ha de ser la salvación? Pero, para que esta obediencia pueda darse, es preciso creer que, en efecto, la persona autoritaria del legislador está en posesión del Bien sumo, que está en comunicación con la divinidad, cuyo conocimiento es inaccesible a la gran masa de súbditos.

Mas quien estima que el conocimiento humano no puede alcanzar verdades ni valores absolutos, no sólo ha de estimar posible, cuando menos, la propia opinión, sino la ajena y aun la opuesta. Por eso el relativismo es la concepción del mundo que presupone la idea democrática. La democracia concede igual valor a la voluntad política de cada cual, respetando por igual toda creencia, toda opinión en que aquélla se manifiesta. Por eso toda convicción política tiene la misma posibilidad de manifestarse y de luchar en la libre concurrencia por

la conquista de las inteligencias y los corazones. Por eso también ha sido considerado, con razón, como democrático el procedimiento dialéctico de las asambleas populares y parlamentarias, en las que la libre discusión precede y prepara la creación normativa.

El imperio de la mayoría, tan característico de la democracia, distínguese de todo otro dominio en que no sólo presupone por esencia una oposición — la minoría —, sino que la reconoce políticamente, y la protege en los derechos fundamentales y de libertad, o en el principio de proporcionalidad. Y cuanto más fuerte es la minoría, tanto más tiende a convertirse la política de la democracia en una política de compromisos; del mismo modo que nada es tan característico de la concepción relativista del mundo como la tendencia a buscar una compensación entre los puntos de vista contrapuestos, de los cuales ninguno cabe hacer propio sin reservas y con plena negación del otro. La relatividad del valor de cualquier profesión de fe política, la imposibilidad de que ningún programa o ideal político pretenda validez absoluta (pese a la desinteresada dedicación subjetiva y la firme convicción personal de quien lo profesa), inducen imperiosamente a renunciar al absolutismo en política: sea el absolutismo de un monarca, de una casta sacerdotal, aristocrática o guerrera, de una clase o de un grupo privilegiado cualquiera. Quien en su voluntad y actuaciones políticas puede invocar la inspiración divina, el apoyo sobrenatural, puede tener el derecho de cerrar su oído a la voz de los hombres, y de imponer su voluntad — que es la del Sumo Bien — a un mundo de descreídos y de ciegos — porque quieren de otro modo —. Por eso, el lema de la Monarquía cristiana de derecho divino pudo ser el «autoridad, no mayoría», un lema que ha sido el blanco de todos los ataques de cuantos han luchado por la libertad espiritual, por una ciencia libre de dogma y milagrería, fundada únicamente en la razón humana y la duda crítica; en una palabra, de cuantos han luchado por la democracia, pues quien sólo se apoya en la verdad humana y sólo orienta las finalidades sociales con arreglo al conocimiento humano, no puede justificar la coacción (imprescindible para su realización) de otro modo que por el asentimiento de la mayoría, al menos, de aquellos en beneficio de los cuales ha de redundar el orden coactivo — y éste ha de proteger el derecho de la minoría, para que en todo momento pueda convertirse por sí misma en mayoría.

Tal es el sentido auténtico de aquel sistema político que llamamos democracia, y que no puede oponerse al absolutismo en política, sino por ser expresión del relativismo político.

Notas y apéndices

Al § 1. Las frases citadas al principio se hallan en el libro de FRITZ MAUTHNER, «Wörterbuch der Philosophie. Neue Beiträge zu einer Kritik der Sprache», vol. II, 1910 (art. «res publica»); allí se lee:

Págs. 323-4: «En Prusia, las provincias o países que tienen su propia constitución se llaman Estados, como en los Países Bajos. Aun hoy es un título oficial el de «colección legal de los reales Estados prusianos». Y la pragmática con la que Francisco II fundó en 1804 el Estado austríaco, habla de «nuestros reinos y otros Estados.»

Cfs. OSWALD SPENGLER, «Der Untergang des Abendlandes. Umrisse einer Morphologie der Weltgeschichte», vol. II.

Pág. 446: «El Estado es la historia considerada sin movimiento; la historia es el Estado pensado en movimiento de fluencia. La forma abstraída, sacada de la corriente vital en que vive un pueblo, es el estado en que se encuentra dicho pueblo con respecto a su lucha en y con la historia.»

Sobre los nombres del Estado se encuentran indicaciones muy instructivas en GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre», 4.ª edición (publicada por Walther Jellinek), 1922, págs. 129 y ss. Cfs. también ORAZIO CONDORELLI, «Per la storia del nome «stato» (Il nome «stato» in Machiavelli)». Modena, 1923.

Acerca de la distinción entre conceptos jurídicos materiales y esenciales, véase FELIX SOMLO, «Juristische Grundlehre», 1917, págs. 26 y siguientes.

Al § 2. La división, hoy generalmente aceptada, de la Teoría general del Estado en una doctrina social (Sociología del Estado) causalista y una teoría jurídico-normativa del Derecho político, es la base del «standard work» de G. JELLINEK. Cfs. las «investigaciones preliminares» de los capítulos 1.º y 2.º de esta obra, págs. 3-52. Véase también mi escrito: «Der soziologische und der juristische Staatsbegriff», 1922, § 1, págs. 1 y ss. Cfs. también C. F. VON GERBER, «Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts», 2.ª ed., 1869.

Pág. 1: «El Estado es el orden jurídico de la vida común de un pueblo.»

Pág. 2: «El Estado es la forma jurídica de la vida común de un pueblo, y esa forma es uno de los tipos primarios y eternos del orden moral de la humanidad.»

Págs. 1-2: «La consideración natural del pueblo unificado por el Estado da la impresión de un organismo, esto es, de una estructura en la que el todo indica a cada una de las partes su lugar propio, para cooperar al fin común. Pero la consideración jurídica del Estado capta también el hecho de que en él el pueblo adquiere la cualidad de conciencia jurídica colectiva y la capacidad de querer; es decir: en el Estado alcanza el pueblo su personalidad jurídica.»

Acerca del problema de las dos naturalezas del Estado, véanse mis trabajos: «Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», 1920, págs. 10 y ss., y «Der soziologische und der juristische Staatsbegriff», §§ 18-20, págs. 105 y ss., y la bibliografía que allí se cita; así como el prólogo a la segunda edición de mis «Hauptprobleme der Staatsrechtslehre», 1923, págs. XIX y ss.

Al § 3. A-C; cfs. sobre esto mi escrito: «Der soziologische und der juristische Staatsbegriff», §§ 2-4, págs. 4 y ss., y la bibliografía allí citada, especialmente GEORG SIMMEL, «Soziologie», 1908, cuya teoría de la acción recíproca se expone en el texto.

Cfs. «Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff», §§ 2-6, págs. 37 y ss., y la bibliografía allí citada, especialmente RATZEL, «Politische Geographie», 2.ª ed., págs. 3-23.

Como ejemplo clásico de una teoría organicista, que no es más que el manto que encubre postulados ético-políticos, véase la conocida y en otro tiempo muy extendida obra de BLUNTSCHLI, «Allgemeine Staatslehre», 5.ª ed. (Teoría del Estado moderno, 1.ª parte), 1875, donde se lee lo siguiente:

Pág. 22: «La historia, al revelarnos la naturaleza orgánica del Estado, nos da a conocer también que éste no figura en la escala de los organismos inferiores como los animales y las plantas, sino que es de especie superior. Nos lo revela como un organismo ético-espiritual, como un gran cuerpo que es susceptible de hacer suyos los sentimientos e ideas de los pueblos, y expresarlos en leyes, realizarlos como acciones propias. Ella misma nos informa acerca de las propiedades morales, del carácter de cada uno de los Estados. Atribuye al Estado una personalidad, dotada de cuerpo y espíritu, capaz de poseer y emitir su propia voluntad.»

Pág. 23: «Lo mismo ocurre con la cualidad masculina del Estado moderno, que le ha sido descubierta por oposición a la Iglesia femenina.»

Pág. 34: «El concepto supremo del Estado, actualmente no realizado aún, es éste: el Estado es la humanidad organizada, pero la humanidad en su manifestación masculina, no en su organismo femenino. El Estado es el varón.»

Un representante más moderno de la teoría orgánica es OTTO GIERKE. Éste se opone a equiparar el organismo social con los cuerpos de la naturaleza, pero cree posible agrupar los organismos físicos y sociales bajo el concepto unitario de «ser viviente». En su escrito «Das Wesen der menschlichen Verbände» dice:

Págs. 12-13: «La teoría orgánica considera al Estado y las restantes colectividades como organismos sociales. Afirma, por tanto, la existencia de organismos colectivos, cuyos miembros son los hombres, sobre los organismos individuales. Para ello, se limita, por de pronto, a agrupar bajo un concepto genérico aquellos fenómenos en los que descubre características comunes. Y como, en principio, el concepto de organismo se forma por abstracción de los seres vivos, se ve obligada la teoría a comparar el organismo social con los organismos individuales.»

Págs. 15-16: «Bien comprendida, esta comparación no significa sino que reconocemos en el cuerpo social la unidad vital de un todo formado por partes, análoga a la que percibimos en los seres vivientes de la naturaleza. No olvidamos que la estructura interna de una totalidad cuyas partes son hombres, tiene que ser de una calidad tal que no se le puede buscar modelo en la naturaleza; que allí se verifica una conexión, una vinculación espiritual creada, formada, actuada y disuelta por el obrar psíquicamente motivado; que allí termina el reino de la ciencia natural y comienza el imperio de la ciencia del espíritu. Pero nosotros consideramos la totalidad social, juntamente con el organismo individual, como viviente, y subordinamos individuos y colectividades bajo el concepto genérico de ser viviente.»

A la objeción de que los organismos sociales no son susceptibles de percepción sensible, responde del siguiente modo:

Págs. 16-18: «La percepción sensible no nos ofrece más que hombres aislados. Quien atribuye vida autónoma a las colectividades invisibles, introduce en la realidad visible un elemento suprasensible. Esta objeción es muy frecuente, pero a pesar de su superficialidad, es menos clara de lo que a primera vista parece. Por de pronto, no es cierto que la percepción sensible no pueda decirnos nada sobre la existencia de colectividades. También la vida colectiva se refleja en totalidades físicas, que nos son dadas como fenómenos sensibles. Vemos marchar un regimiento a los acordes de una marcha; vemos los electores que arrojan en la urna sus candidaturas; seremos retirados por la fuerza pública en un tumulto callejero, y en éste y en cien casos más, perceptibles sensorialmente, se trata de acaeceres que pertenecen al conjunto orgánico de la vida del Estado. A decir verdad, no vemos más que determinadas partes del cuerpo del Estado. Mientras que con una sola mirada abrazamos la totalidad de la imagen física de un hombre, no podemos mirar el cuerpo del Estado en total. Por eso el arte no puede representar corpóreamente al Estado como a un hombre cualquiera; tiene que servirse del símbolo y presentarnos una estatua de mujer, como la Germania o la Borussia. Pero de aquí no puede deducirse una objeción contra la realidad de los cuerpos sociales, pues la objetividad exterior no es afectada por el hecho de que los sentidos no puedan percibirla en su totalidad. Tampoco dudamos que la tierra es un cuerpo esférico, a pesar de que no percibimos directamente sino trozos minúsculos del mismo. Por el contrario, esto es rigurosamente cierto: sea poco o sea mucho lo que podamos ver de las colectividades, lo que no vemos es su unidad vital. Lo que nos ofrecen los sentidos son movimientos corporales. Si los interpretamos como efectos de una unidad vital, deducimos lo invisible de lo visible. Y si atribuímos personalidad a una colectividad cualquiera, unimos la propiedad de ser sujeto constante, con esta unidad invisible. Pero ocurre que en el hombre, en cada hombre, sucede lo propio. También su unidad vital escapa en absoluto a la percepción sensible. Y también su personalidad es un atributo otorgado a esta unidad invisible, revelada tan sólo en sus efectos. Es un craso error creer que podemos ver la personalidad del individuo con los ojos del cuerpo.»

¿No existe, pues, ninguna diferencia entre los organismos físicos y los sociales? En su folleto «Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft», en el «Schmollers Jahrbuch», 1883, escribe GIERKE en tono de censura:

Pág. 1104: «Todavía hay muchos trabajos en torno a la Teoría del Estado que reclaman como un privilegio bien adquirido el derecho a situarse en aquella atmósfera nebulosa en la que desaparecen confusamente los límites entre la discusión jurídica y las consideraciones de índole política, ética o económica.»

Sin embargo, su escrito sobre «Das Wesen der menschlichen Verbände» culmina en una apología ético-política, que pone al descubierto los pensamientos ocultos de su teoría orgánica:

Págs. 34-5: «Pero el jurista puede permitirse una cosa: hacer referencia a la significación ética de la idea de la unidad real de la comunidad. Sólo sobre la base de esta idea puede afirmarse que la comunidad posee valor en sí. Y sólo si se afirma el valor superior del todo frente al de las partes, puede fundamentarse el deber ético del hombre de vivir para el todo y de morir por él, si el caso lo requiere. Si el pueblo no es en realidad más que la suma de sus componentes, y el Estado una institución para hacer la felicidad de los individuos nacidos o por nacer, el particular puede ser coaccionado a poner sus fuerzas y su vida a disposición de la colectividad; pero no se le puede suponer una obligación ética de hacerlo. Y entonces, palidece el destello de una idea ética nobilísima, que en todo tiempo ha aureolado el sacrificio de la vida en aras de la patria. Pues ¿por qué había de sacrificar el individuo su propio yo por el bienestar de otros muchos, que no son más que él?

La conducta ética de los individuos entre sí se rige por este mandamiento: ama a tu prójimo como a ti mismo. Sobre él quieren fundar la vida de la sociedad humana algunos individualistas avanzados de intención idealista, como Tolstoi: y he ahí que destruyen el Estado y predican el anarquismo. El complemento

religioso del mandamiento del amor al prójimo se halla en el mandamiento de amar a Dios sobre todas las cosas. Con él se edifica el reino de Dios, que no es de este mundo. Y también en la comunidad terrena hay que decir: ama al todo más que a ti mismo. Y esto no tiene sentido más que si el todo es superior y más valioso que la suma de los individuos, si la colectividad es algo más que un medio para los fines del individuo, y si no vive y muere por una palabra vacía quien actúa y lucha por el honor y la felicidad, la libertad y el Derecho de su pueblo y de su Estado. »

Cfs. sobre esto: FRITZ SANDER, « Staat und Recht », en los « Wiener staatswissenschaftliche Studien », nueva serie, publicados por HANS KELSEN, vol. I, págs. 245 y ss.

El sociólogo sueco RUDOLF KJELLEN ha tratado recientemente de redescubrir la teoría orgánica con su libro « Der Staat als Lebensform », 4.ª ed., 1924, que es acaso una de las obras de más éxito en la Teoría del Estado. Me permito citar los siguientes pasajes:

Págs. 31 y ss.: « Nos limitamos a constatar el hecho de que los Estados, tal como los buscamos en la historia, y tal como en la realidad nos tenemos que mover en ellos, son seres sensibles y racionales, como los hombres. »

Págs. 35-36: « La nueva ciencia del Estado participa íntimamente de la convicción que ya representó RANKE a su modo ante el gran mundo, hace casi un siglo, a saber, que su objeto son seres vivientes supraindividuales, tan reales como sus individuos, sino que infinitamente mayores y más poderosos en su desarrollo que aquéllos. Es realmente imposible sustraerse a esta impresión, que deja un análisis detenido de la realidad. Estos Estados hablan y obran, celebran congresos o luchan en los campos de batalla, se envidian y se odian entre sí o simpatizan mutuamente, se atraen o se repelen, se ayudan o se combaten, lo mismo que los demás seres en una comunidad. Cada Estado en particular es como un individuo para sí, con su carácter particular, sus intereses peculiares, su modo de obrar, su mundo emocional. »

KJELLEN sigue la fantasía personificadora del pueblo y atribuye a unos Estados el sexo femenino, y el masculino a otros:

Pág. 36: « Cuán intensiva es la impresión personal que producen, demuéstralo el hecho de que la fantasía popular se halla presta a individualizarlos con nombres de personas e imágenes humanas. Así, por ejemplo, todos nosotros conocemos « moder Svea », una mujer, lo mismo que « la belle France »; y no hay más que pasar la vista por las hojas de la *Review of Reviews* para topar con los rostros de « John Bull » o del « Uncle Sam », siempre los mismos tipos, como figuras de un juego de títeres. Los gobiernos cambian, las generaciones se suceden, pero los poderes permanecen idénticos; sólo cambian, cuando más, de siglo a siglo. Contra tradiciones antiguas, enraizadas en profundidades históricas y en amplias zonas de la conciencia popular, los particulares no pueden ejercer sino un influjo limitadísimo. Son realidades objetivas que están fuera de los individuos y por encima de ellos, y al mismo tiempo en ellos, y a su vez se hallan sometidos también, a su modo, al poder de las leyes fundamentales de la vida. »

Pág. 175: « El Estado no sólo se presenta ante nosotros como una forma contingente o artificial, decapitada en conceptos jurídicos, de la humana coexistencia, sino como un fenómeno hondamente enraizado en realidades históricas y sociales, orgánicamente desarrollado, fundamentalmente del mismo tipo que el hombre; en una palabra: como una revelación biológica o como un ser viviente... Si el Estado es un ser viviente, ¿no ha de estar sometido a las leyes fundamentales de la vida, de las que es la más grande la de la fugacidad? »

Las leyes vitales biológicas, a las que está sometido el Estado, son utilizadas por KJELLEN para finalidades puramente ético-políticas. Así, por ejemplo, insiste especialmente en que el suelo, la « tierra », el territorio estatal, constituyen directamente el « cuerpo » del Estado, y en definitiva, el Estado mismo — a la manera del hombre, que « es »

un cuerpo — (págs. 53 y ss.). De ahí se deduce el principio de la integridad del territorio estatal, que es una norma política o internacional:

Págs. 55 y ss.: « Una ulterior consecuencia es el derecho del Estado a adoptar dentro de su propio territorio cuantas medidas sean necesarias para su seguridad, y su desaliento cuando tiene que ceder algo de este derecho. »

Pág. 56: « Al mismo tiempo, síguese negativamente de nuestra tesis que ningún Estado puede ejercer un poder efectivo de dominación en territorio ajeno, pues un cuerpo no puede servir a dos señores. »

Es evidente que lo importante era defender estas tesis, políticas o jurídicas — a las que, indudablemente, puede llegarse prescindiendo de la teoría orgánica —; el supuesto de que el territorio estatal sea el «cuerpo» del Estado, o que el Estado sea «de tierra» (pág. 54), es un preciosismo superfluo. La tendencia política de KJELLEN se descubre con toda claridad cuando considera la exigencia de conquistar Finlandia como expresión de una ley biológica, que llama « ley de la curación ». Comienza hablando de las pérdidas territoriales del Estado, y dice a continuación:

Pág. 57: « Donde todavía reina la salud, muéstrase un sentimiento instintivo de la necesidad de reganar lo perdido en el exterior por un desenvolvimiento interior intensivo. Este sentimiento fué expresado en la frase de TEGNÉR: *reconquistar Finlandia dentro de los límites de Suecia.* La intuición del poeta ha captado aquí una verdad profunda, de naturaleza puramente geopolítica; podríamos llamarla *ley de la curación.* Esta ley fué la que impulsó al pueblo holandés, en 1830, a reconquistar Bélgica en territorio marítimo, y la que impulsó al pueblo danés, en 1864, a reconquistar Schleswig; y si nosotros queremos reconocer actualmente en nuestro propio país un impulso potente de desenvolvimiento, un mayor interés por nuestros tesoros naturales, juntamente con una cierta osadía y espíritu emprendedor en la política comercial, cosas que contrastan con el largo período de estancamiento que hemos atravesado, es la ley de la curación que nos ordena imperiosamente reconquistar la unión en las montañas, pantanos, saltos de agua y líneas de tráfico. »

Ahora bien, habría que preguntar a qué consecuencias llevaría esta « ley de la curación », desde el punto de vista de un « biólogo social » finlandés. Compréndese fácilmente que también el postulado político del Estado nacional sea considerado como ley biológica, a pesar de que la realidad histórica muestra cuán incumplido ha sido hasta ahora dicho postulado, y cuán difícil es que alguna vez pueda realizarse íntegramente. Es característico que KJELLEN considere como un impulso vital, emanado de modo general de la naturaleza del ser viviente « Estado », aquello que es deseo de muchos, pero no de todos los hombres (pues muchos hay que rechazan el Estado nacional por motivos pacifistas, religiosos, etc.):

Pág. 123: « Pero el principio de la nacionalidad tiene garantizada su realidad y validez no sólo por su virtud propia, sino por el contacto y fusión con otra fuerza de no menor peso y valor. Esta contracorriente es la aspiración íntima del Estado a conseguir un contenido vivo y sensible. Así como hay una corriente que va de la nación al Estado — sobre esto hemos hecho suficientes observaciones —, hay otra corriente que afluye del Estado a la nación. En el primer caso, la iniciativa procede de la nación, que quiere idealizar su nacionalidad en lealtad. En el segundo, el Estado es el momento primario y director, que quiere materializar la lealtad en nacionalidad. »

Pág. 124: « En estas nupcias contraídas por el ser naturalista de la nación, con las aspiraciones racionales del Estado, radica lo más profundo de la idea del Estado moderno; aquí se refleja con la mayor claridad su carácter íntimo, como ser viviente. »

La teoria « orgánica » de KJELLEN persigue tendencias antidemocráticas, además de imperialistas :

Págs. 91-92 : « Lo que perjudica en nuestra opinión a esta concepción son sus consecuencias políticas, sin género de duda. Ella contradice la solución, tan sencilla, del problema de la voluntad popular, por vías democráticas, como es la que buscan los ciudadanos actuales con su fácil disposición a identificar esta voluntad popular con la voluntad del Estado. Nuestra concepción orgánica requiere instituciones para la protección de las minorías y de las generaciones futuras, cosas que al democratismo avanzado no sólo dejan indiferente, sino que son causa de abominación. »

KJELLEN se lanza abiertamente contra el sufragio universal y a favor de una especie de representación de intereses. A esto nada puede objetarse. Pero este postulado político es mantenido como una verdad científico-naturalista :

Pág. 166 : « El sufragio universal no crea más que una representación nacional, mientras que nosotros aspiramos a una representación de la sociedad. Aquí se revela súbitamente, con toda nitidez, la conexión íntima que existe entre el poder político y la sociedad. Ninguna forma política puede alcanzar duración si no es una expresión directa de las realidades sociales. »

Pág. 167 : « La solución del gran problema de la representación se halla en la representación de los intereses, en la que entrarían todas las grandes zonas laborales de la sociedad moderna, representada cada una por hombres de su confianza, que serían sus portavoces, y sin que ninguna pesase más de lo que correspondiese a su valor para la generalidad. »

Este razonamiento es puramente político, pero no ciencia natural, como pretende KJELLEN hacernos creer que contiene su obra. Ni siquiera los sentimientos patrióticos — a pesar de su respetabilidad desde otros puntos de vista — podrían hallar cabida en una obra biológica. Pero ¿cómo presenta KJELLEN aquella ley de vida en virtud de la cual el Estado tiene que morir, al igual que todos los seres vivos?

Pág. 175 : « Si el Estado es un ser viviente, ¿no ha de estar sometido a las leyes fundamentales de la vida, de las que es la más grande la de la fugacidad? »

Pág. 176 : « Con horror apartamos de nosotros la idea de que el imperio inexorable de la fugacidad pudiera extender sus límites hasta aquí. Si el problema, con su poder misterioso, arrastra nuestro pensamiento hasta aplicarlo a otros Estados, retrocedemos instintivamente cuando afecta a nuestro propio Estado. La sola idea de que nuestra patria pudiese morir un día, nos conmociona en lo más hondo de nuestro ser. Ante esta posibilidad, es natural que rechacemos en general esta cuestión con la fórmula del budismo : *el Santo no lo ha revelado.* Sin embargo, nuestra investigación fracasaría en el punto más decisivo, si eludiésemos toda respuesta : por el camino a que nos hemos lanzado no llegamos fácilmente a la cuestión. Precisa buscar una explicación, aun cuando nos demos cuenta de que llegamos ya a los límites de la razón, allí donde ya no puede exigirse de la ciencia una contestación concreta. »

¿Es esto verdadera « Sociología »?

Y, finalmente, un pequeño detalle, de gran importancia para descubrir el espíritu de esta biología política « científica ». KJELLEN atribuye al Estado cuerpo y alma y, por tanto, voluntad, y le supone (como en el hombre) un libre albedrío, dentro de ciertos límites (pág. 135). De ahí la necesidad de someter a valoración ética las acciones del Estado como las del hombre. Pero KJELLEN, que desprecia en todo momento el método que afirma practicar : el método biológico, es decir, científico-causal, exento de juicios de valor, para sostener en su lugar una serie de postulados ético-políticos ; en el mismo momento en que

estaría muy en su lugar valorar con criterio jurídico o ético la conducta internacional del Estado, nos recuerda que él no es más que un biólogo, a quien no hay que preguntarle lo que debe ser, sino pedirle la explicación de lo que es.

Pág. 192: «En tales circunstancias, no parece ni siquiera útil mantener la ilusión de que los Estados se hallan bien dispuestos en materia de Razón y de Derecho. Les vemos proclamar a los cuatro vientos los *principios del Derecho y de la Justicia* que figuran como emblema del Palacio de la Paz, de La Haya; ¡pero en la práctica no vemos más justicia que la que place hacer al *justo*! Más nos valdrá, pues, comprender de una vez las razones biológicas que obligan a los Estados a recorrer su camino, que constatar amargados e impotentes la caída en el pecado, para lanzar el anatema.»

Resumiendo: esta teoría orgánica, último brote de una Teoría del Estado, inspirada, según afirma, en el espíritu de una Biología auténticamente «científica», no pasa de ser un programa político, conocido hasta la saciedad, formado por una mezcla de imperialismo, nacionalismo, antiinternacionalismo y antidemocratismo. (Cfs. también mi escrito: «Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», 1920, págs. 19 y 20; además, las recensiones del libro de KJELLEN, por MARCK, en «Kantstudien», vol. 23, fasc. 1, y FRITZ SANDER, en la «Zeitschrift für öffentliches Recht», vol. 1, fasc. 3 y 4, págs. 338 y ss.).

De la misma especie es la obra del eminente biólogo OSCAR HERTWIG, «Der Staat als Organismus», Jena, 1922. Ya en sus escritos biológicos ha hecho referencia HERTWIG a las coincidencias existentes entre los fenómenos de la vida celular y los de la vida social:

Págs. 1-2: «En mi nuevo libro *El Estado como organismo* emprendo ahora el camino opuesto, pues soy un convencido de que la investigación comparativa de las relaciones humanas desde el punto de vista de un investigador de la naturaleza ofrece ventajas inestimables, de las que me limitaré a señalar brevemente estas dos: una de ellas es la posibilidad de un tratamiento más objetivo de las cuestiones políticas y sociales. Quien trata de comprender los acontecimientos como fenómenos naturales y aspira a hallar en ellos una cierta regularidad, álzase sobre el juicio de aquellos que por su dedicación a las actividades político-sociales tienen que situarse en un punto de vista eminentemente subjetivo.»

Sin embargo, el principio fundamental sobre el que se alza toda la obra de HERTWIG: el Estado como organismo biológico, de la misma naturaleza que los demás organismos, incluso el hombre, experimenta ciertas limitaciones:

Pág. 11: «Ciertamente, hay una importante diferencia entre el organismo físico y el estatal, por el modo y manera en que se hallan unidos en cada uno de ellos los elementos vitales más simples, constituyendo un todo convenientemente ordenado. En los animales y en las plantas, las células hállanse sólida y físicamente unidas, de modo que o bien mantienen un contacto directo, o no pueden señalarse los límites que las separan, por lo cual, salvo pocas excepciones, no pueden variar a su arbitrio la posición que ocupan en el conjunto. Exteriormente, el organismo (divisible en células) constituye una unidad física cerrada, espacialmente delimitada. En cambio, en el Estado formado por los hombres, al cual comparamos con un organismo, cada individuo conserva su plena independencia corporal o física. Las uniones por medio de las que son agrupados y por las que se les señala a cada uno el puesto que ha de ocupar en el organismo superior, son de naturaleza ética y espiritual. Sin embargo, aun cuando los individuos conserven esa independencia física que les permite ejercitar libremente sus actividades dentro de ciertos límites, mantienen relaciones sólidas, minuciosamente ordenadas por reglas y leyes

que regulan sus actividades en servicio de la generalidad, y afirman y satisfacen sus facultades y necesidades físicas y espirituales en la vida económica y espiritual del Estado. »

HERTWIG no se da cuenta de que al afirmar el carácter ético-espiritual de las « uniones » que se dan en el Estado, hace imposible toda concepción de éste como organismo biológico, pues no sabe que el conocimiento metódicamente orientado a lo ético-espiritual se dirige a una finalidad por entero distinta, y que afecta a un objeto en absoluto diferente del de la consideración naturalista. Para HERTWIG, lo ético-espiritual hállase en la misma línea evolutiva que lo biológico, únicamente en un estadio superior a éste.

Pág. 74 : « En los impulsos de los animales y en sus acciones guiadas por el instinto, no puede hablarse de Derecho ni de injusticia, de moralidad ni de inmoralidad. Estos conceptos se han formado en el hombre, a consecuencia de su socialización, y como el más noble fruto de la misma. »

Pese a todas sus repetidas seguridades de que la vida estatal no puede tratarse sino desde el punto de vista de la ciencia natural objetiva, el escrito de HERTWIG no es más que un violento alegato contra la socialdemocracia, trayendo a cuento una vez más todos los argumentos que mil veces se han repetido para combatirla. Él mismo reconoce al principio que su supuesta biología estatal persigue fines políticos, al decir :

Pág. 5 : « La comparación del Estado con un organismo físico no es — de ello estoy íntimamente convencido — un juego ocioso y vacío de la fantasía, sino que, mostrando todas sus posibilidades, puede aclarar muchas cosas y orientar los oscuros impulsos sociales en la sociedad humana hacia finalidades más precisas del futuro desenvolvimiento orgánico del Estado. Yo veo una tarea esencial del presente libro en el propósito de dar un contenido más concreto en muchos detalles y particularidades a las ideas generales antes expresadas, dándoles una utilidad efectiva en lo político y lo social. »

Con ayuda del equívoco concepto de evolución, que ya en la Biología propiamente dicha es de funestos alcances, no se da cuenta HERTWIG de la imposibilidad lógica de derivar finalidades políticas del conocimiento de las conexiones de causalidad, desconociendo, además, que tal deducción sería una captación. La ley de la evolución es concebida tanto como ley del acontecer efectivo cuanto como ley axiológica, en el sentido de una norma del progreso.

Pág. 6 : « La idea de la evolución en la Biología tiene algo de esperanzador. Quien se abandona a ella, cree poder atisbar el futuro del mundo de los organismos con fundado optimismo. Pues si, como enseña la moderna Biología, muchos seres orgánicos, a través de largos períodos y mediante una serie casi infinita de pequeñas modificaciones, han pasado de las formas elementales de la vida, de la simple célula a la complicada organización de los animales y plantas policelulosas, que constituyen verdaderas maravillas de la creación ; si, por otra parte, en el desarrollo de cada organismo individual se verifica un proceso evolutivo análogo, siempre renovado, a través de imperceptibles variaciones ontogenéticas, tenemos derecho a creer que todavía no se ha acabado para el futuro el perfeccionamiento, por evolución, del mundo orgánico en cada uno de sus representantes, sino que aún existen posibilidades insospechadas. »

De este modo, HERTWIG puede oponer lo siguiente a las tendencias anarquistas del marxismo :

Págs. 153-4 : « Aquí como allí, se desconoce el papel que desempeña la organización en el desenvolvimiento del mundo orgánico, desde las formas inferiores de la existencia a las formas superiores. No se comprende que, así como en la evolución de los seres vivos, las células elementales se unen en tejidos, en órganos, en individuos vegetales o animales de orden superior, también en la evolución de la humanidad se unen los hombres, impotentes en su aislamiento para realizar la más insignificante labor positiva, en grupos más o menos amplios, comenzando por la familia; y que entre las innumerables formaciones colectivas de grado inferior o superior, la más importante de todas es el Estado de fundamento nacional, puesto que él solo es capaz, en virtud de su organización, de garantizar la posibilidad de que todas las aptitudes y capacidades del género humano lleguen a su pleno desenvolvimiento. Compréndese fácilmente que el Estado, como los individuos, tiene sus defectos, que se hacen patentes en cada período histórico : pues, al fin, está compuesto de hombres, con todas sus virtudes y debilidades. Por eso los partidos políticos, acentuando según sus preferencias tales o cuales defectos, pueden hablar de « autocracia », de « Estado de clase », de Estado « militarista », « mercantilista » o « teocrático »; están en su derecho al combatir lo que creen desnaturalización del Estado; allí donde puedan mejorar algo, harán bien en hacerlo; pero no deberían cometer la locura de negar en absoluto el Estado y tratar de suprimirlo, pues destruyendo la organización estatal, o disgregando a los hombres que el organismo estatal mantenía unidos, destrúyese también la superior cultura humana, que había sido penosamente adquirida en el decurso de la historia, con todas las ventajas de un estado superior de vida. »

Otro ejemplo de este tipo de método biológico :

Págs. 154-5 : « Si se compara al Estado con el organismo, al concepto de sociedad corresponde el concepto histológico de tejido. El Estado es una amplia unión de hombres mutuamente vinculados, con una organización específica, firmemente delimitada en el exterior, y con un territorio a él perteneciente, de contornos precisos. Todo Estado es, pues, una individualidad, cuyas características peculiares no se dan más que una vez en la historia. Por el contrario, la sociedad no es una unidad delimitada, como no lo es el tejido vegetal o animal, por lo cual carece de individualidad. Así como el tejido se encuentra en todos los animales y plantas, la sociedad es un elemento constitutivo de todos los Estados y es, por naturaleza, internacional. »

Puesto que la sociedad es un « tejido » y no un « organismo », se cree autorizado HERTWIG a deducir la siguiente consecuencia :

Págs. 156-7 : « Por tanto, no existe en realidad una solidaridad efectiva, de honda raigambre, entre los proletarios de los distintos Estados, como nos quiere hacer creer la socialdemocracia. La irrupción de la guerra mundial y las consecuencias que de ella se han seguido, pone bien a las claras que no era más que una ilusión de sus defensores. No se ha visto por ninguna parte, durante ni después de la guerra, una armonía de los trabajadores franceses, belgas, italianos e ingleses con los alemanes. El obrero alemán se ve eliminado y despreciado en todos los países, incluso cuando era empleado en Francia en la restauración de los territorios del teatro de la guerra. Y aun cuando la lucha de clases pueda relegar pasajeramente a segundo término la característica nacional, ésta acabará por sobreponerse y reafirmarse en todo Estado genuinamente popular que represente una auténtica individualidad histórica con una misión específica civilizadora, y tenga, por tanto, títulos suficientes para ocupar un puesto preeminente en el progreso de la humanidad. Después de la noche oscura, un pueblo así volverá a sentirse orgulloso de sus características. El engañoso canto de sirena de los comunistas internacionales : *¡proletarios de todos los países, uníos!*, será ahogado por el canto triunfal de un pueblo consciente de sí mismo : *¡une tu suerte a la de la patria querida, que en ella están las raíces de tu fuerza!* Pero un pueblo que afirma de sí mismo no tener patria, merece dejar de existir como Estado. »

Como quiera que con estas afirmaciones HERTWIG cree proclamar verdades « científicas », más aún, « científico-naturalistas », se impone como consecuencia la necesidad de

Pág. 157 : « ... demostrar que es un error científico el sentido internacionalista y antiestatal de la socialdemocracia alemana y de las clases trabajadoras

sometidas a su organización ; pero, al mismo tiempo, es un pecado en el Estado alemán, a cuyo rápido derrumbamiento, y a cuya destrucción y depauperamiento ya iniciados, ha contribuído tanto, como dejan entrever los últimos acontecimientos. »

Esta biología patriótica es tan extraña, por cuanto que el marxismo por ella combatido opera absolutamente con el mismo método naturalista y causal, con la mira puesta en el conocimiento de una ley natural de la evolución social.

Como ejemplo clásico de la manera con que un biólogo concibe las « leyes naturales » cuando quiere explicar con ellas la « vida social », citaremos la siguiente proposición, en la que HERTWIG resume una de las conclusiones más importantes de su libro :

Pág. 172 : « En sus direcciones extremas, por ejemplo, en el comunismo, el socialismo obrero choca no sólo con la ley de la división del trabajo y la diferenciación, sino también contra los hechos del aumento de población ; choca, por tanto, con dos leyes naturales, por las que está dominada toda la vida orgánica. »

Y, finalmente, ésta :

Pág. 226 : « Del caos de la anarquía brotarán siempre nuevos Estados nacionales como organismos rejuvenecidos, y los hombres serán unidos en ellos en organizaciones nuevas, con arreglo a la ley de la división del trabajo y la diferenciación. En lugar de las antiguas, surgirán nuevas desigualdades, pues en la naturaleza viva no hay ninguna organización perfecta sin alguna desigualdad de sus partes. De ese modo, la desigualdad humana volverá a ser honrada en nueva forma, después de las amargas experiencias sufridas en este mundo al revés, y después del naufragio de las tendencias niveladoras del igualitarismo moderno. »

Aquí no nos interesa discutir la legitimidad o rectitud de semejante programa político. Pero se debe protestar enérgicamente, en interés de la ciencia pura, contra este propósito de proclamar como verdad « natural » o biológica, este u otro cualquiera programa político.

Acerca de la teoría orgánica, cfs. también RICHARD SCHMIDT, « Allgemeine Staatslehre », vol. 1, § 18, págs. 156-166.

Al § 4. A-C. Cfs. acerca de esto mi escrito « Der soziologische und der juristische Staatsbegriff », §§ 6-11 (págs. 33 y ss.), y la bibliografía que allí se cita, especialmente SIMMEL, en cuya obra « Soziologie » (págs. 558 y ss. de la edición alemana) se encuentra la diferencia entre acto psíquico y contenido espiritual.

D : Sobre el carácter jusnaturalista de la moderna sociología, cfs. el notable libro de ADOLF MENZEL, « Naturrecht und Soziologie », Viena, 1912.

Al § 5. Cfs. HERMANN COHEN, « Ethik des reinen Willens », 3.ª ed., 1921.

Pág. 64 : « La teoría del Estado es necesariamente teoría del Derecho político. El método de la teoría del Estado se halla en la ciencia jurídica. Aun cuando para constituir el concepto de la ciencia política deben cooperar otras ciencias, el fundamento metódico está formado indiscutiblemente por la ciencia del Derecho. El concepto y el método de la ciencia del Estado está condicionado preferentemente por la ciencia del Derecho. »

A-C: Cfs. sobre esto mi libro «Der soziologische und der juristische Staatsbegriff», §§ 17-19 (págs. 75 y ss.).

D: MAX WEBER desenvuelve las ideas capitales de la «Sociología comprensiva», expuestas en este capítulo, en su monumental obra «Wirtschaft und Gesellschaft», Tübingen, 1922 («Grundriss der Sozialökonomik», tercera parte). Cfs. sobre esto mi libro «Der soziologische und der juristische Staatsbegriff», § 27 (págs. 156 y ss.). Los pasajes más importantes de la obra de WEBER, a los que refiero mi exposición, son los siguientes:

Pág. 1: «Sociología (en el sentido en que nosotros usamos esta palabra tan equívoca) significa: una ciencia que trata de entender el obrar social interpretando su sentido subjetivo, y de explicar causalmente su proceso y sus efectos.»

Pág. 6: «Para nosotros no hay ningún obrar, en el sentido de una orientación intencional comprensible de la conducta propia, sino como comportamiento de una o varias personas individuales. Para otros fines del conocimiento puede ser útil o necesario considerar al individuo como una socialización de células o como un complejo de reacciones bioquímicas, por ejemplo, o pensar que su vida psíquica está constituída por no importa qué suerte de elementos.»

Págs. 6-7: «Para otros fines del conocimiento (por ejemplo, del conocimiento jurídico) o para determinadas finalidades prácticas, puede ser también conveniente e incluso indispensable tratar los grupos sociales (Estado, cooperativa, sociedad anónima, fundación) como si fuesen individuos particulares (por ejemplo, como titulares de derechos y deberes o como sujetos de ciertas acciones jurídicamente relevantes). Por el contrario, para la interpretación por la sociología del sentido subjetivo del obrar, estos grupos sociales no son más que procesos y conexiones de un obrar específico de los hombres, aisladamente considerados, puesto que ellos son los únicos titulares que nosotros podemos apercibir del obrar intencional. A pesar de todo, la sociología no puede ignorar, ni siquiera para sus fines, esos conceptos colectivos ideados por otras ciencias, pues la interpretación del obrar guarda con dichos conceptos las siguientes relaciones: *a*) ella misma se ve obligada, a veces, a operar con conceptos análogos (y con frecuencia idénticos), para conseguir una terminología inteligible. Tanto el lenguaje jurídico como el vulgar designan con la palabra Estado, por ejemplo, tanto el concepto jurídico como aquellos hechos del obrar social sobre los cuales pretenden valer las reglas del Derecho. Para la sociología, el concepto «Estado» no consiste única o necesariamente en los elementos jurídicamente relevantes del mismo. Y en todo caso, para ella no existe ninguna personalidad colectiva activa. Cuando habla de Estado, de nación, de sociedad anónima, de familia, de cuerpo de ejército, etc., se refiere única y exclusivamente a un determinado proceso del obrar social efectivo o construído como es posible, y atribuye un sentido radicalmente distinto al concepto jurídico, que utiliza por su precisión y arraigo. *b*) La interpretación del obrar ha de tener noticia de un hecho fundamental importantísimo, a saber: que esas colectividades que ocupan y preocupan tanto al pensamiento vulgar como al jurídico (o de cualquier otra especialidad) no son más que representaciones — referidas en parte a lo existente y, en parte, a lo que debería ser — que se forjan los hombres en cuanto tales (no sólo los juristas o los funcionarios, sino también el *público*), hacia las cuales orientan su obrar; por lo cual gozan de una importancia poderosa, a veces dominante, para determinar causalmente las características del proceso efectivo del obrar humano, especialmente cuando son representaciones de algo que debería ser — o no ser —. (Un Estado moderno debe a ello buena parte de su existencia — considerado como un complejo de un específico obrar humano en común —: existe, porque hay hombres que orientan su obrar hacia la representación de que existe o debe existir en su forma actual: hacia la representación, por tanto, de que tienen validez los ordenamientos de aquella especie, orientados en lo jurídico.)»

Pág. 13: «La relación social consiste, exclusivamente, incluso cuando se habla de grupos sociales como el Estado, la Iglesia, el gremio, el matrimonio, etc., en la probabilidad de haberse verificado o haber de verificarse en el futuro un obrar cuyo sentido es referirse a la conducta de otros, orientando hacia ella su proceso. Precisa dejar esto bien sentado, para evitar una concepción substancialista de estas nociones. Un Estado deja de subsistir sociológicamente en cuanto desaparece la probabilidad de que se produzca un determinado obrar social de sentido intencional. Esta probabilidad puede ser más o menos grande. En el sentido y en la medida

en que existió o existe de hecho (apreciablemente), existe o existió la relación social respectiva. Cuando se dice, por ejemplo, que un determinado Estado existe aún o no existe ya, no puede entenderse otra cosa que tenga un sentido claro.»

Pág. 14: «Por tanto, no puede valer para la sociología esta alternativa, a la que no puede escapar la ciencia jurídica: una proposición jurídica de determinado sentido ¿está o no en vigor (jurídicamente)? ¿Existe o no tal relación jurídica?»

Al § 6. A: RICHARD SCHMIDT, «Allgemeine Staatslehre», vol. 1, págs. 116 y ss., distingue claramente la cuestión acerca del origen del Estado, del problema en torno a las condiciones de origen del mismo; rechaza la primera, y trata de resolver el último. Cfs. ob. cit., págs. 123 y siguientes.

B: Cfs. sobre esto HERMANN REHM, «Allgemeine Staatslehre», 1899, §§ 66-69, págs. 266-275; mi folleto «Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie», en «Imago», t. VIII, 1922, fasc. 2, págs. 97 y ss., y la bibliografía que allí se cita, especialmente SIGMUND FREUD, «Totem und Tabu», 2.ª ed., 1920, y HEINRICH SCHURTZ, «Altersklassen und Männerbünde», 1902. Véase también mi trabajo «Gott und Staat», en «Logos», vol. II, fasc. 3, págs. 261 y ss., y la bibliografía allí citada. Además, MAX WEBER, «Wirtschaft und Gesellschaft», página 126.

C: La teoría de la lucha de clases es la teoría del ser y del origen del Estado, profesada por el socialismo marxista. Cfs. acerca de esto mi escrito «Sozialismus und Staat», 2.ª ed., 1923, y la bibliografía que allí se cita, especialmente FRIEDRICH ENGELS, «Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staates», 6.ª ed., 1894, y MAX ADLER, «Die Staatsauffassung des Marxismus» (en los «Marx-Studien», vol. IV), 1922. Afines a la doctrina marxista son las teorías sobre el origen del Estado de LUDWIG GUMPLOWICZ, «Die soziologische Staatsidee», 2.ª ed., 1902, y de FRANZ OPPENHEIMER, «Der Staat» (en «Die Gesellschaft», publicada por MARTIN BUBER, vols. XIV-XV).

Del mismo método que la tesis marxista, según la cual todos los Estados son Estados de clase, es decir, en los que una clase domina a las demás, proviene también el dogma de OSWALD SPENGLER:

«No hay más que Estados de clase, Estados en los que gobierna una sola clase.»

(«Untergang des Abendlandes», vol. II, pág. 457). Aquí, como en el marxismo, identifícase el dominio de una clase con el *Imperium* estatal, con lo cual se identifica la clase — en el sentido spengleriano de «brazo» o «estamento» — con el Estado. SPENGLER simpatiza abiertamente con la aristocracia como forma estatal, y hace de esta simpatía una verdad científica. Según él, no hay más que dos clases: nobleza y clero, de las cuales sólo la primera es la «clase propiamente dicha», como conjunto de sangre y raza (pág. 414). La historia, cuanto más «genuina», tanto más incluye el torrente de la vida pública en la vida privada de algunas estirpes, incorporándoselas; es decir, tanto más aristocrática es la constitución política (págs. 415 y ss.). Como SPENGLER trata, ante todo, de afirmar expresamente como proposi-

ciones teoréticas sus postulados políticos antidemocráticos, no ve inconveniente alguno en desenvolver su principio fundamental de que no hay más que Estados de clase, allí donde habla de Estados que son precisamente lo contrario del Estado de clase, como de modo especial las modernas democracias de base capitalista, en las que domina la burguesía, la que, según SPENGLER, es lo contrario de la nobleza : la « no-clase » (pág. 561) :

« La evolución comienza en el momento en que, con la aparición de la gran ciudad, la no-clase, la burguesía, toma la dirección de la vida pública. Contra la sangre y la tradición se alzan los poderes del espíritu y del dinero. En lugar de lo orgánico se instaura lo organizado; en lugar de la clase, el partido. »

¿Hay, pues, también Estados de partido y no sólo Estados de clase, puesto que las modernas democracias son Estados, sin duda, pero no Estados de clase, en sentido spengleriano? No, en absoluto, pues en otro lugar cree SPENGLER que puede rebajar el valor de la democracia, declarando que el espíritu y el dinero — las dos fuerzas fundamentales de aquélla — tienden

« al dominio de una clase, que no reconoce sobre sí la supremacía del Estado ».

(Pág. 405). ¿Qué clase puede ser ésa, puesto que sólo hay dos, y « propiamente dicha » sólo una, la nobleza, y qué Estado puede ser ése, puesto que el Estado no es sino el dominio de una clase? SPENGLER no recurre a esta « supremacía del Estado », bien distinta del dominio de una clase, sino para oponerla a la democracia, que él censura, o para apoyar el principio monárquico, que él afirma ; pero este concepto de un Estado independiente de la clase contradice su tesis fundamental. Como si nunca hubiese dicho que no hay más que Estados de clase, caracteriza una determinada evolución histórica como

« la victoria del Estado sobre la clase ». « Ahora despunta el sentimiento de que existe algo más, a lo que la nobleza ha de someterxse, en unión con todas las demás clases y profesiones, algo inaprehensible, una idea. La concepción ilimitadamente jusprivatista de los acontecimientos se transforma en pública. »

Pero SPENGLER trata de salvar la evidente contradicción, y dice :

« El Estado podrá ser todo lo noble que se quiera, y lo es casi (!) sin excepción... ; pero el caso es que el sentimiento ha variado. »

(Pág. 466). Pero al variar el sentimiento, tendría que variar también el Estado, ya que incluso el « Estado noble » no vive sino en aquel « sentimiento » y no tiene sino una existencia ideal. Ahora bien, cuando SPENGLER habla de un Estado superior o antitético de la clase, se refiere al Estado histórico, no a su idea o sentimiento, como lo prueba el que, en Inglaterra, «la victoria de la gentry » — por tanto, de una clase « propiamente dicha » — « anuló realmente el Estado » (pág. 489).

« El parlamento estableció entonces como rey a Guillermo de Orange y luego impidió la abdicación de Jorge I y II, ambas cosas en interés de la clase. » (ib.)

Si SPENGLER fuese consecuente con su tesis fundamental, hubiera tenido que decir que la victoria de la gentry habría creado el Estado en Inglaterra, en lugar de anularlo. Pero SPENGLER no se preocupa mucho

de la consecuencia. No hay más que Estados de clase, clase y partido son lo más opuesto que se puede imaginar. La moderna democracia es un Estado en el que gobierna un partido, la no-clase, pero cuyas tendencias fundamentales se dirigen al dominio de una clase, contra el verdadero poder del Estado. Inglaterra es un típico Estado noble, por tanto, hay dominio de una clase; luego el Estado es anulado; pero, en realidad, gobierna sólo un partido, uno de los dos partidos nobles:

« lo que se llamaba la oposición, era la actitud de uno de los partidos de la nobleza, cuando gobernaba el otro » (pág. 515).

Al § 7. Cfs. GEORG JELLINEK, « Allgemeine Staatslehre », cap. 7, págs. 184-229.

A: Cfs. RICHARD SCHMIDT, « Allgemeine Staatslehre », vol. I, Introducción, § 4, págs. 25 y ss.; HERMANN REHM, « Allgemeine Staatslehre », § 2, págs. 8-10; JELLINEK, ob. cit., págs. 13 y ss.

B: Cfs. mi escrito « Sozialismus und Staat », 2.ª ed., 1923.

C: Cfs. mi folleto « Politische Weltanschauung und Erziehung », en « Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung », t. II, 1912, págs. 1 y ss.; cfs. también mi trabajo « Marx oder Lassalle », 1924.

Acerca de la llamada « teoría del reconocimiento », véanse mis « Hauptprobleme der Staatsrechtslehre », cap. XII, págs. 346 y ss.

Sobre las teorías metafísicas del Estado, cfs. HOBHOUSE, « Die metaphysische Staatstheorie », Leipzig, 1924.

Al § 8. Cfs. J. C. BLUNTSCHLI, « Allgemeine Staatslehre », libro V, págs. 45-358; G. JELLINEK, « Allgemeine Staatslehre », cap. 8, págs. 230-265; RICHARD SCHMIDT, « Allgemeine Staatslehre », t. I, § 17, págs. 145 y siguientes.

Al § 9. Cfs. RICHARD SCHMIDT, « Allgemeine Staatslehre », t. I, §§ 3-4, págs. 19 y ss.; G. JELLINEK, « Allgemeine Staatslehre », cap. 4, págs. 71-125.

Al § 10. Véanse mis « Hauptprobleme der Staatsrechtslehre », especialmente el prólogo de la segunda edición y la bibliografía que allí se cita. Cfs. también mis escritos « Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts », págs. 9, 13 y ss., y « Rechtswissenschaft und Recht », 1922. Sobre la teoría de la proposición jurídica, véase el escrito de FELIX KAUFMANN, « Die Kriterien des Rechts », 1924.

Cfs. también C. F. VON GERBER, « Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts », 2.ª ed., 1869:

Pág. 2: « El supuesto de toda construcción jurídica del Derecho político es la concepción del Estado como ser personal. »

Pág. 3: « El Derecho político, como doctrina científica, tiene como objeto el Derecho propio del Estado en cuanto tal. »

Además, OTTO GIERKE, «Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft»:

Pág. 1125: «En sus reflexiones sobre el Estado, parte Laband, acertadamente, del principio de que, para el Derecho político, el eje de toda construcción jurídica no es el Estado como institución objetiva, sino como sujeto de deberes y derechos. La posibilidad de imponer con plenitud el pensamiento jurídico en el Derecho político, va unido a la posibilidad de repartir exhaustivamente el conjunto de normas de Derecho que constituyen el orden estatal en diferentes esferas subjetivas de voluntad, jurídicamente limitadas. Por eso merece plena aprobación el hecho de que Laband haya situado en el centro de los conceptos del Derecho político la noción de personalidad del Estado.»

Al § 11. Cfs. mis «Hauptprobleme der Staatsrechtslehre», capítulos XXII y XXVII, págs. 567-664.

Al § 12. Cfs. mis «Hauptprobleme der Staatsrechtslehre», cap. XI, págs. 311-346. BINDER, «Rechtsnorm und Rechtspflicht», 1912, y mi comentario en mis «Probleme der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», pág. 164.

Al § 13. Véanse mis libros «Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», págs. 16 y ss.; «Hauptprobleme der Staatsrechtslehre», caps. IV-VI, págs. 97-188, y el prólogo a la segunda edición, págs. IX y sig.; «Zur Theorie der juristischen Fiktionen», en los «Annalen der Philosophie», t. I, 1919, págs. 639 y ss.

Al § 14. Cfs. mi escrito «Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», págs. 289 y ss.

C: Sobre el concepto jurídico material de la persona jurídica, cfs. MAX WEBER, «Wirtschaft und Gesellschaft»:

Pág. 439: «El concepto de personalidad jurídica no es superfluo, desde el punto de vista de la técnica del Derecho, más que allí donde a la corporación no se le reconoce un patrimonio.»

Pero sólo ese concepto jurídico material de la persona es un concepto «técnico». El concepto «esencial» de la misma, como expresión de la unidad de un orden jurídico, es, ciertamente, «superfluo» para la explicación del material jurídico; es un mero medio auxiliar, del que se puede echar mano, pero al que no es necesario recurrir.

Al § 15. Cfs. acerca de esto C. F. VON GERBER, «Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts», págs. 219 y ss. GERBER vió ya la distinción entre los conceptos jurídico-esencial y jurídico-material de la persona jurídica del Estado:

Pág. 2: «El supuesto de toda construcción jurídica del Derecho político es la concepción del Estado como ser personal. Pero el concepto jurídico de la personalidad del Estado es un concepto primario, cuyas características esenciales han de ser muy tenidas en cuenta. Implica un absoluto desconocimiento del lugar que el Estado ocupa en el sistema de los ordenamientos éticos de la humanidad, consi-

derar que la personalidad jurídica del pueblo en el Estado es un concepto derivado, y buscar su concepto genérico en las personas jurídicas del Derecho privado, incluyendo al Estado en la escala de estas últimas. O se está obligado a dotar dicha institución jusprivatista con una serie de elementos que por naturaleza le son ajenos, o se despoja al Estado de sus características peculiares, hasta hacerlo encajar en la serie de las corporaciones privadas. Insistamos, más bien, en señalar que la Jurisprudencia estaba en su pleno derecho al distinguir entre el Estado en su función específica, y el Estado como fisco, reservando para este último la personalidad jurídica en sentido del Derecho privado. »

Véanse también mis « Hauptprobleme der Staatsrechtslehre », cap. XIV, págs. 395-412 ; « Grenzen zwischen soziologischer und juristischer Methode », 1911, págs. 59 y ss. ; « Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts », págs. 16 y ss. ; « Der soziologische und der juristische Staatsbegriff », §§ 22 y 23, págs. 132-140.

Al § 16. Cfs. mis « Hauptprobleme der Staatsrechtslehre », pág. 4, y prólogo de la 2.ª ed., pág. XVII ; véanse también mis escritos « Ueber Staatsunrecht », en la « Grünhuts Zeitschr. für das gesamte öffentliche und Privatrecht der Gegenwart », 1913 ; « Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts », págs. 21 y 147 ; « Das Verhältnis von Recht und Staat im Lichte der Erkenntniskritik », en la « Zeitschrift für öfentliches Recht », vol. II, fasc. 5 y 6, págs. 453 y ss., 1921 ; « Rechtswissenschaft und Recht », 1922, págs. 129 y ss. ; « Der soziologische und der juristische Staatsbegriff », caps. 10-12, págs. 205-253. Véase FRITZ SANDER, « Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? », en la « Zeitschrift für öffentliches Recht », vol. II, fasc. 5 y 6, págs. 511 y ss. ; « Staat und Recht » (en los « Wiener staatswissenschaftliche Studien », nueva serie, vol. I), passim.

Al § 17. A y B. Cfs. mis « Hauptprobleme der Staatsrechtslehre », caps. XXVI y XXVII, págs. 629-663, y prólogo de la segunda edición, pág. VIII ; « Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft », en « Archiv des öffentlichen Rechts », vol. XXXI, 1913, págs. 53 y ss. y 190 y ss. ; FRANZ WEYR, « Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems », en « Archiv des öffentlichen Rechts », 1908, págs. 529 y ss.

C : Cfs. H. KRABBE, « Die Lehre von der Rechtssouveränität », 1906, págs. 42 y ss.

D : Véase mi libro « Der soziologische und der juristische Staatsbegriff », § 23, págs. 136-140.

1. GEORG JELLINEK, « Allgemeine Staatslehre ».

Pág. 15 : « Si la política por sus fines y métodos ha de separarse de la doctrina sociológica del Estado y del Derecho público, no ha de olvidarse, sin embargo, la conexión íntima que existe entre todas las esferas de una ciencia, y además que esta disciplina práctica es del valor y significación más altos para quien quiera trazar eficazmente las cuestiones teóricas. »

Pág. 17 : « De aquí se deriva un principio importantísimo, que formulamos del siguiente modo : lo que es imposible políticamente, no puede ser seriamente objeto de investigación jurídica. »

Pág. 18 : « Un segundo principio enseña al conocimiento político la ciencia del Derecho, y es : la presunción de legalidad en las acciones de los órganos supremos del Estado. »

2 y 3. OTTO MAYER, «Deutsches Verwaltungsrecht», vol. I, 1.ª edición.

Pág. 97: «La sentencia en un asunto civil se basa siempre en la ley, a la que da aplicación en el caso concreto. Esto incita a buscar un fundamento análogo para el acto administrativo. Pero hay que hacer las debidas distinciones antes de lanzar una afirmación demasiado absoluta. No está reservado a la ley determinar autoritariamente el derecho de los súbditos en cada caso. Ello es más bien una manifestación del poder público, al que corresponde también el poder ejecutivo. Por eso es, en rigor, el contenido de un acto administrativo. Indudablemente, cuando hay que invadir la esfera de la libertad o de la propiedad — órdenes, imposiciones de cargas, tributos, expropiaciones o limitaciones del dominio, etc. —, precisa un fundamento legal. No porque se determine el derecho de cada uno, sino porque se prescribe una invasión en la esfera reservada a la autonomía individual. Pero el acto administrativo puede conceder un beneficio a los súbditos — un derecho de posesión de algo, un aprovechamiento, una recompensa —: entonces no hay que hablar de reserva de la ley, y se ve bien a las claras que el acto administrativo es eficaz por virtud propia.»

Seguidamente, OTTO MAYER polemiza con aquellos que, por referencia al acto administrativo, sostienen que «detrás de cada acto jurídicamente eficaz ha de haber una norma que sea su medida» (pág. 97, nota).

En la segunda edición se lee:

Pág. 100: «La sentencia judicial no puede dictarse sino sobre la base de la ley. Lo mismo ocurre con el acto administrativo para todo aquello a lo que se extiende la reserva de la ley, o para aquellas materias de las que de hecho se ha adueñado la ley. La ley quiere llegar a regularlo todo, sin conseguirlo siempre; hay materias en las que la administración ha de intervenir, que escapan a la regulación legal: la reserva de la ley, a su vez, tiene sus lagunas. En tales casos, el acto administrativo obra autónomamente. No es como el negocio jurídico de los particulares, que deriva de la ley toda su eficacia jurídica, sino que él mismo es poder público, que extrae de sí mismo su fuerza jurídica, siempre que la ley no le haya marcado expresamente sus límites.»

Y en una nota dice:

Pág. 100: «Efectos incontrolables del Derecho privado y de la Justicia influyen juntamente para inclinar a la afirmación de que todo acto administrativo, toda disposición o como se la quiera llamar, necesita tener tras sí una norma de Derecho para ser válida.»

Pero OTTO MAYER defiende justamente lo contrario por referencia al acto administrativo.

E: Cfs. EDGAR LOENING, artículo «Staat» («Allgemeine Staatslehre»), en el «Handwörterbuch der Staatswissenschaften», vol. VII, 3.ª ed.:

Pág. 693: «Bajo la influencia de la teoría de Machiavelli, mal interpretada por cierto, fundóse en el siglo XVII, con la *ragione di stato*, la razón de Estado o arte político, tanto en la política práctica como en la ciencia, la doctrina según la cual el político no debería tener en cuenta otro factor que el interés momentáneo del Estado, quedando desvinculada la política tanto de los límites del Derecho como de los de la moral. La misma expresión Estado recibió una significación accesoria vengonzosa, tanto que V. L. von Seckendorff se precave en el prólogo de su *Fürstenstaat* (1655) de la imputación que se le podría hacer si pensase al hablar de Estado en lo que solía recibir entonces tal nombre, y que más bien debería llamarse deslealtad, vergüenza y liviandad, cosas que algunos extraviados tratan de disimular hablando de Estado, de *ratione status* o asuntos del Estado. Y en 1685 declaraba nuevamente (en el prólogo a su *Christenstaat*) que, en el fondo, le repugna el uso de la palabra Estado, pero que se ve obligado a usarla porque no ha encontrado ninguna que la sustituya más cómodamente, y porque

parece haber logrado carta de naturaleza en el idioma. Pero él no la emplea en el sentido en que lo hace la mayoría de las gentes, sino como situación, como clase; no queriendo, sin embargo, utilizar esta última expresión, porque designa una condición más bien personal. »

De modo análogo la antitesis de « Estado » y « Derecho » posee, a veces, un significado idéntico al de la oposición entre Derecho « público » y « privado », « objetivo » y « subjetivo ». Entonces, « Estado » significa tanto como Derecho « público » y « objetivo », y Derecho equivale a Derecho « privado » y « subjetivo ». Cfs. acerca de esto OTTO GIERKE, « Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien », en la « Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft », 1874 :

Págs. 296 y ss. : « Para descubrir los cimientos indestructibles que la ciencia moderna ha construído como base de todo el edificio del Derecho político, precisa recordar que a la ciencia y la vida de nuestro tiempo incumbe la tarea de resolver en una unidad superior dos direcciones fundamentales contrapuestas de la ciencia política. Una de ellas, aceptando como única realidad la de lo general, llegó a negar el elemento jurídico del Derecho público ; la otra, no reconociendo más realidad que la de lo individual, llegó a destruir el concepto del Estado. La primera de estas direcciones extremas dominó en la antigüedad clásica, y ha recobrado su imperio en la filosofía, la jurisprudencia y la política con el renacimiento de las ideas clásicas. Según esta concepción, el hombre es para el Estado. Sólo lo general tiene plena realidad, sólo ello es fin último y lleva en sí mismo la razón de su existencia. El individuo no existe, en última instancia, para sí, sino para la colectividad. De aquí proceden todas las múltiples teorías que, en la cuestión del origen del Estado, repiten con más o menos variaciones el tema aristotélico de la prioridad del todo sobre las partes. El Estado representa, por esencia, una totalidad autónoma con partes subordinadas, que constituyen una unidad en sí, por sí y para sí. Sobre esta concepción fundamental no influye para nada el modo como se represente, por lo demás, al Estado — como ser natural, cómo fundación divina, como voluntad soberana, como idea materializada, como concepto evolutivo —. En el aspecto jurídico, precisa atribuirle una personalidad, que no sólo es unitaria sino omnicomprensiva, de modo que para todas aquellas relaciones a las que se refiere, no puede pensarse una personalidad propia de los individuos unidos en el Estado. A éstos se les reconoce, sin duda, una personalidad, pero sólo porque se separa plenamente de la esfera estatal un círculo de relaciones individualistas, en el que la libre voluntad individual recibe un poder soberano. De aquí resulta que el concepto del Derecho, cuya misión es la ordenación de las relaciones de voluntad surgidas de la convivencia de las personas, no puede comprender la organización interna del Estado, pues una pluralidad de personas, cuyos ámbitos de voluntad necesitan ser mutuamente delimitados, no existe sino por relación a la esfera individual a la que el Estado reconoce autonomía ; y de cualquier modo que se conciba la relación de esta ordenación con el Estado, su contenido es, en todo caso, verdadero y genuino Derecho para los hombres. Por el contrario, el orden de existencia del Estado tiene que tener un carácter específicamente distinto de este Derecho privado. Por muchas semejanzas que ofrezca el Derecho público con el privado, siempre le faltarán las notas características que convierten en Derecho al último, pues entre una voluntad unitaria y sus miembros subordinados, entre una totalidad causal y sus partes causadas, no puede existir nunca una reciprocidad de relaciones de voluntad. La inclinación a la concepción contraria, al individualismo extremado, dominó en la era germánica, y debió a la escuela del Derecho natural el haberse impuesto, bajo diversas formas, en la filosofía, la jurisprudencia y la política. Esta dirección se basa en el principio de que el Estado es para el hombre. Sólo el individuo tiene realidad, él solo es fin y existe por su propia naturaleza como unidad. El Estado no es más que un medio para mejor poder proteger los intereses comunes, mas no por eso menos individuales, de todos o de muchos individuos, sumando sus fuerzas. Respecto al origen del Estado, síguese de ahí que el individuo le precede, ya se imagine que dicho origen fué debido a un hecho creador más o menos consciente de los individuos hasta entonces disgregados, a una actividad más o menos libre de la voluntad humana, a un contrato o a un acto de sumisión libre a un imperante. Por esencia, el Estado no constituye sino un complejo de personas y organizaciones, que cooperan al resultado común como las piezas

de una máquina complicada. Pero este Estado carece de una unidad esencial inmanente. Por eso, aun en el aspecto jurídico, son los individuos los que forman el Estado, los individuos dotados de una personalidad propia y originaria. Considerado en sí mismo, el Estado no es una persona, sino una suma de personas individuales desigualmente situadas: unas que dominan, y otras que son dominadas. Pero mientras los unos, deduciendo las últimas consecuencias del individualismo, niegan en absoluto la personalidad del Estado, al que sustituyen por los individuos, pretenden los otros, sin abandonar el terreno individualista, reservar al Estado el papel de sujeto unitario de Derecho, por razones de oportunidad. Pero, aun en este último caso, la hipótesis de una personalidad jurídica del Estado no significa una esencia peculiar de lo general, sino únicamente una ficción, creada con fines técnico-formales. Esta personalidad del Estado es un expediente artificial, un medio auxiliar de la construcción, un ser conceptual abstracto carente de toda realidad. Es una unidad puramente teórica, a la cual se atribuyen aquellas propiedades de los individuos de que precisa echar mano, para los fines de la personificación. De ese modo no se abandona la base individualista, pues todo se reduce a crear artificialmente un individuo llamado Estado. Pero, por lo que se refiere al Derecho, el individualismo le concede la posibilidad de abarcar tanto las relaciones particulares como las estatales, pues también el orden de la existencia estatal — si esta existencia es el resultado de una acción conjunta de los individuos — ha de delimitar los respectivos ámbitos autónomos de voluntad. Pero, sobre este fundamento, el Derecho público tiene que ser construído de modo tan individualista como el Derecho privado, y por más que se quiera ocultarlo, toda teoría individualista del Derecho político va a parar, en último término, a una concepción jusprivatista. De ese modo se salva el carácter jurídico del Derecho político, si no se le oponen otras razones, pero a costa de someterlo a la idea del Derecho privado. Y lo que gana con ello la idea del Derecho, lo pierde irremediablemente la idea del Estado. »

F: Cfs. KRABBE, «Die moderne Staatsidee», 1919.

Al § 18. Cfs. sobre esto J. C. BLUNTSCHLI, «Allgemeine Staatslehre», libro I, cap. 1, págs. 14-25.

GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre», págs. 144-148, capítulo VI, sección III, págs. 174-183, y cap. XIII, págs. 394-434. Especialmente, las dos definiciones del Estado. Concepto social:

Págs. 180-181: «El Estado es la unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación y formada por hombres asentados en un territorio.»

Concepto social:

Pág. 183: «Como concepto de Derecho es, pues, el Estado la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio; o para aplicar un término muy en uso, la corporación territorial dotada de un poder de mando originario.»

Véanse también mis «Hauptprobleme der Staatsrechtslehre», prólogo a la segunda edición, págs. XX-XXI, y la bibliografía allí citada, especialmente mi escrito «Der soziologische und der juristische Staatsbegriff», § 14, págs. 84-86, § 21, págs. 121-131.

Al § 19. A: Cfs. mi escrito «Der soziologische und der juristische Staatsbegriff», § 16, págs. 91-92.

B: Cfs. GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre»:

Pág. 356: «En la vida del Estado las relaciones reales preceden a las normas producidas por ellas. Existen, pues, en el proceso de la formación de los Estados, en las revoluciones violentas acaecidas durante la vida de los mismos, épocas en que aparece el orden del Estado ante todo como poder puramente de hecho que toma después el carácter de poder jurídico cuando ha pasado a la historia o se ha realizado en el pensar humano.»

Pág. 433: «La voluntad que ha de cuidar de la comunidad y ha de proveer a sus fines, puede, en las relaciones primitivas o durante las conmociones en la vida del Estado, adoptar el carácter de un poder de hecho. Mas en un Estado ampliamente desenvuelto o en una situación normal, ha de tener el carácter de un poder jurídico. Como él no puede obrar de un modo permanente mediante órdenes particulares, sino según reglas fijas, necesita a su vez instituciones firmes para darse a sí mismo seguridad. De ahí que sean precisas, como fundamento de su actividad, relaciones de voluntad permanentes, fijas e independientes de personas individuales. Estas relaciones de voluntad, ordenadas mediante reglas fijas, son precisamente las relaciones jurídicas. En el concepto, pues, de poder del Estado está contenido ya el concepto de orden jurídico. De aquí que el poder del Estado, en su organización y en sus relaciones con sus fines, sea el objeto del Derecho político. Todo Derecho político es una doctrina de los poderes del Estado, de sus órganos, de sus funciones, de sus límites, de sus derechos y de sus deberes.»

Véase también RICHARD SCHMIDT, «Allgemeine Staatslehre», vol. I, págs. 8 y ss.

C-F: Cfs. C. F. VON GERBER, «Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts»:

Págs. 21 y ss.: «La manifestación jurídica del poder del Estado es el *Imperium*. Éste es un poder de voluntad, con eficacia para entrelazar políticamente a los miembros del pueblo estatal, que a él están sometidos. Su eficacia, incluso contra el que interiormente se resiste a ella, se basa en que es el poder supremo de un pueblo, al que de modo general va unida la convicción de su irresistibilidad.»

GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre»:

Págs. 427-8: «Toda unidad de fines en los hombres necesita la dirección de una voluntad. Esta voluntad, que ha de cuidar de los fines comunes de la asociación, que ha de ordenar y ha de dirigir la ejecución de sus ordenaciones, es precisamente el poder de la asociación. Por esto, toda asociación, por escasa fuerza interna que posea, tiene un poder peculiar que aparece como una unidad distinta de la de sus miembros. Hay dos órdenes de poderes: poder dominante y poder no dominante. ¿En qué consiste la distinción de ambos? El poder simple, el poder no dominante de la asociación, se caracteriza por serle posible dar nombre a los miembros de la asociación, pero carece de fuerza bastante para obligar a sus propios medios a la ejecución de sus órdenes. Todo miembro de una asociación que no posee poder de autoridad puede en cualquier ocasión sustraerse a ella. ¿Debe permanecer en la asociación, o debe, en virtud de los estatutos, y a pesar de su salida de la asociación, satisfacer siempre las obligaciones respecto de ésta? Para lo segundo, sería preciso la autorización o la orden de un poder autoritario que estuviese sobre la asociación misma.»

Págs. 429-30: «El poder de dominación, por el contrario, es irresistible. Dominar quiere decir mandar de un modo incondicionado y poder ejercitar la coacción para que se cumplan los mandatos. El sometido a cualquier poder puede sustraerse a él, a menos que se trate del poder de dominación. Cualquiera otra asociación puede expulsar; pero la asociación dotada de derecho de dominación puede mantenerlo, en virtud de la fuerza que le es originaria, dentro de la asociación. Sólo es posible salir de un Estado para someterse a otro. Al *Imperium* no puede sustraerse hoy nadie, a menos que huya a un desierto o a las proximidades del polo. Sólo de este modo consiente hoy el Estado en la disolución del lazo entre él y sus miembros; pero siempre fija él, mediante el orden jurídico, la capacidad de cambiar de ciudadanía y de emigrar, y determina las condiciones bajo las cuales puede ser concedida o negada dicha ciudadanía.»

Pág. 430, nota: «En ningún país basta la simple declaración de la voluntad para perder la ciudadanía, muy al contrario de lo que ocurre para salirse de una sociedad.»

Pág. 430: «El poder que está dotado de esta fuerza es un poder de dominación y, por consiguiente, poder del Estado. La dominación es la cualidad que diferencia el poder del Estado de todos los demás poderes. Allí donde hallamos el poder dominante, bien sea en una sociedad inserta en la vida del Estado o en un individuo, es porque procede del poder del Estado. Incluso cuando esta dominación ha llegado a ser derecho propio de una asociación no tiene un carácter originario, sino que es siempre poder derivado.»

Al § 20. Cfs. C. F. von Gerber, «Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts», pág. 22. Véase también G. Jellinek, «Allgemeine Staatslehre», cap. XIV, págs. 435-504; Hermann Rehm, Allgemeine Staatslehre», § 10-16, págs. 40-70. Cfs. mi escrito «Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», caps. I, II y III, págs. 1-102, y la bibliografía en ellos citada.

A: Cfs. Otto Gierke, «Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien»:

Pág. 175: «Comprendemos por Estado la comunidad más amplia y elevada de cuantas se revelan en la vida común humana sobre las existencias individuales, y cuya realidad conocemos no por los sentidos, sino por los medios del espíritu. Esta comunidad es para nosotros una unidad permanente, que quiere y obra como los seres vivos, y en la que se agrupa todo un pueblo. Para nosotros, cada individuo y cada suma de individuos, en lo que se refiere a la posición que ocupan en la comunidad estatal, no es una existencia individual cerrada, sino miembro de una existencia colectiva; participa en un orden superior de la existencia, que se alza sobre el orden de vida de los individuos. Por eso mismo el imperante es también para nosotros el miembro quizá más importante de la comunidad, el único que decide sobre el movimiento del todo, pero al mismo tiempo no es más que una parte de esta totalidad: él no es un todo en sí mismo considerado; podríamos compararlo con la cabeza del cuerpo humano, sin olvidar nunca que, sin éste, aquélla no constituiría una individualidad. A estas concepciones nuestras corresponde, en el aspecto jurídico, la teoría de la personalidad del Estado. Para nosotros, la comunidad en cuanto tal es el sujeto supremo en Derecho público; el imperante es su miembro más importante, el órgano dominante de la personalidad del Estado (que no se confunde con él en modo alguno). A decir verdad, muchos conceptos tradicionales de la teoría del Estado están en contradicción con esta doctrina; así, por ejemplo, el concepto dominante de la soberanía; pues desde el momento que el punto de partida del Derecho político está constituído por la personalidad del Estado, ya no puede hablarse, en última instancia, más que de soberanía del Estado mismo, pero no de ninguno de sus miembros, como si fuera superior al Estado. Son restos de una concepción política anticuada, que es preciso superar.»

Pág. 304: «Entre las existencias humano-sociales, se cuenta especialmente el Estado. La esencia de la unión estatal descansa en que su contenido es la imposición coercitiva de la voluntad general. Es la comunidad del obrar político. Su substancia es la voluntad general, su forma manifestativa el poder organizado, su misión la acción conducente al fin deseado. La vida estatal ha existido en todo tiempo: sin embargo, no se ha hablado de Estado propiamente dicho, mientras no se ha formado un organismo peculiar y característico de la vida estatal. La familia aislada, la horda errante, la estirpe nómada, realizan funciones estatales, pero en ellas el Estado no ha llegado aún a ser una esencia independiente. Cuando el Estado llega a este grado de su formación, las tareas estatales pueden ser realizadas por grupos sociales más o menos reducidos o más o menos amplios, por comunidades políticas, corporaciones y uniones de amplitud creciente. Ahora bien, aquella comunidad cuyo poder no está limitado por ningún poder análogo situado sobre ella, sino que está ella misma situada sobre todo otro poder de naturaleza idéntica a la del suyo, tiene que mostrar un carácter específico y una serie de distinciones cualitativas de todas las otras asociaciones políticas; pues un poder que es superior a todo otro, se distingue de los demás por la nota característica de que es el poder por antonomasia, en que es poder y sólo poder; y una voluntad que está dotada de semejante poder, distínguese de toda otra en que es una voluntad soberana, general, determinada por sí misma y sólo por sí misma. Por eso, aun cuando todas las asociaciones políticas son estatales, sólo se llama Estado a aquella de entre ellas que goza de este poder supremo.»

C: Cfs. Leonhard Nelson, «Die Rechtswissenschaft ohne Recht», 1917; véase también mi folleto «Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft», en «Schmollers Jahrbuch», vol. 40, 1916, págs. 138-139:

Pág. 138: «Si quiero valorar algo desde el punto de vista moral, si quiero situarme en el punto de vista dogmático de la teoría moral, tengo que proceder

como si las normas de la moral por mí reconocidas constituyesen un sistema supermo, no derivable de ningún otro, soberano, por tanto. Del mismo modo, una ciencia jurídica autónoma y unos juicios de valor jurídico no son posibles sino bajo el supuesto de la soberanía del orden jurídico. Esta soberanía del orden jurídico, y no otra cosa, es lo que se llama positividad del Derecho. Desde el punto de vista jurídico normativo, la soberanía es una propiedad del orden jurídico, pero no una realidad social a la que se diese el nombre de Estado. Al Estado no puede atribuirse la soberanía más que considerándolo como orden — que no puede ser más que el orden jurídico —, como personificación del Derecho ; pero la ciencia del Estado ha olvidado siempre este carácter puramente normativo de la soberanía. (De ahí derivan todos los enfadosos equívocos que caracterizan las modernas doctrinas en torno al problema de la soberanía.) Pero de ese modo, se explica también la verdadera relación que existe entre el concepto de Derecho positivo y el de Estado soberano, relación que la teoría dominante admite en principio, bien que desfigurándola totalmente, cuando fundamenta la positividad del Derecho en la autoridad del Estado, erróneamente considerada como algo empírico. Aquí podemos prescindir de considerar si esta positividad del Derecho o la correspondiente soberanía del Estado es o no una ficción ; aquí basta afirmar que no tiene en modo alguno carácter absoluto, ya que el conocimiento no puede reconocer con necesidad la propiedad de una supremacía, de una independencia absoluta, a ningún determinado sistema normativo, a ningún orden concreto, ni siquiera a aquel que recibe el nombre de Estado ; basta mostrar y establecer el carácter relativo de la positividad del Derecho o soberanía del Estado, y que renunciar a una u otra significaría tanto como imposibilitar un concepto autónomo del Derecho y, por tanto, una ciencia jurídica autónoma. »

Véase también FRITZ SANDER, « Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung », en la « Zeitschr. für öffentl. Recht », vol. I, 1919-20, pág. 162.

G : Cfs. H. KRABBE, « Die Lehre von der Rechtssouveränität », 1906, y el comentario correspondiente en mis « Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts », §§ 5 y 6, págs. 22-36.

H : Cfs. mi artículo « Souveränität » en el « Wörterbuch des Völkerrechts », editado por KARL STRUPP, t. II, 1925, págs. 554 y ss., y la bibliografía allí citada ; véase también ALFRED VERDROSS, « Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung », 1923, caps. I-III, págs. 1-36.

Al § 21. Cfs. mi escrito « Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts », III, págs. 53-85, y la bibliografía que allí se cita, especialmente GEORG JELLINEK, « Allgemeine Staatslehre », págs. 486-496.

Al § 22. Véase mi escrito « Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts », caps. V-IX, págs. 102-274, y la bibliografía allí citada, especialmente FRITZ SANDER, « Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung », en la « Zeitschr. für öffentl. Recht », vol. I, págs. 132 y ss. ; véase también ALFRED VERDROSS, « Zur Konstruktion des Völkerrechts », en la « Zeitschrift für Völkerrecht », 1914, págs. 329 y ss. ; del mismo : « Die Einheit des rechtlichen Weltbildes », caps. IV-VII, págs. 36-135.

Al § 23. Véase mi escrito «Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», cap. XI, págs. 314-319; cfs. también HANS NAWIASKY, «Der Bundesstaat als Rechtsbegriff», 1920, páginas 26 y ss.

Al apéndice «Estado e Iglesia». Cfs. ULRICH STUTZ, «Kirchenrecht», en la «Enzyklopädie der Rechtswissenschaft», de HOLTZENDORFF y KOHLER, 7.ª ed., t. V, 1914, págs. 390 y ss.; PAUL HINSCHIUS, «Allgemeine Darstellung des Verhältnisses von Staat und Kirche», en el «Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart», publicado por HEINRICH MARQUARDSEN, t. I, 1887, págs. 187 y ss.

Al § 24. A: Cfs. mi escrito «Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», págs. 71 y ss.; véase también mi libro «Der soziologische und der juristische Staatsbegriff», § 14, págs. 84-86. FRITZ SANDER, «Die transzendentale Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens», en la «Zeitschrift für öffentl. Recht», vol. I, 1919-20, págs. 468 y ss.

B-E: Cfs. WALTER HENRICH, «Theorie des Staatsgebietes», 1922 y la bibliografía allí citada, especialmente ERNST RADNITZKY, «Die rechtliche Natur des Staatsgebietes», 1905, en el «Archiv des öffentl. Rechts», vol. 20, págs. 313 y ss. DONATO DONATI, «Stato e Territorio», 1924.

Véase también C. F. VON GERBER, «Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts», págs. 62 y ss.

Págs. 64-65: «El territorio, además de ser un objeto del poder público, es uno de los atributos más característicos de su Estado. El Estado tiene su cualificación física en su ámbito territorial; en él se individualiza realmente el Estado. Por esa razón, el Estado y el territorio son cosas inseparables, y el derecho a determinado ámbito territorial estatal es uno de los elementos a tener en cuenta en la determinación del organismo individual de un Estado. Pero allí donde la significación del Estado como organismo personal ha sido jurídicamente reconocida, el territorio, forzosamente unido al Estado, tiene que participar en la peculiar condición jurídica propia de este último. El territorio es indivisible como el Estado, que lo es por gozar de personalidad. El Estado se destruiría a sí mismo si dividiese el territorio. El derecho de destruir el territorio de un organismo estatal jurídicamente existente, por división del mismo, no puede pertenecer tampoco a un tercero. Esto es lo que quieren expresar las constituciones cuando ponen el principio de la indivisibilidad del territorio del Estado a la cabeza de todas las leyes fundamentales.»

I-K: GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatsrechtslehre»:

Págs. 394-5: «La tierra sobre que se levanta la comunidad Estado, considerada desde su aspecto jurídico, significa el espacio en que el poder del Estado puede desenvolver su actividad específica, o sea la del poder público. En este sentido jurídico la tierra se denomina territorio. La significación jurídica de éste se exterioriza de una doble manera: negativa una, en tanto que se prohibe a cualquier otro poder no sometido al del Estado ejercer funciones de autoridad en el territorio sin autorización expresa por parte del mismo; positiva la otra, en cuanto las personas que se hallan en el territorio quedan sometidas al poder del Estado. Las asociaciones comunales que forman parte del Estado tienen, en virtud del poder de autoridad que les está conferido por aquél, un territorio determinado sobre el cual ejercen funciones de autoridad, que, como sucede con el Estado, se exteriorizan de un modo positivo y negativo. Este poder falta a aquellas asociaciones que están dotadas de

autoridad, pero que sólo pueden ejercitarla sobre sus miembros, o aquellas asociaciones que de un modo especial tienen autoridad también sobre terceros, pero siempre con un carácter independiente de todo fundamento territorial. »

Págs. 395-6 : « El territorio de un Estado tiene dos propiedades : es, de un lado, una parte del Estado, considerado éste como sujeto, lo cual es una consecuencia lógica de que los hombres que viven de continuo en un territorio sean miembros de este Estado y, por consiguiente, el Estado mismo adquiere este carácter sedentario peculiar a sus miembros. Igualmente resulta esto de las relaciones sociales reales. Toda la evolución del Estado y de su actividad, únicamente puede tener lugar dentro de un espacio determinado de territorio. Así como las corporaciones están desprovistas de espacialidad, ha menester el Estado, por el contrario, de una extensión determinada, la cual señala el límite en que su soberanía actúa con la nota de exclusivismo que a ésta le es propia. Aquella extensión territorial es la garantía de que ha de ser posible al Estado llevar a cabo por completo la realización de sus fines. Además, si existieran varios Estados independientes entre sí en un mismo territorio se hallarían en guerra perpetua, no sólo a causa de la oposición permanente de los intereses, sino porque sus conflictos no podrían resolverse por juez alguno. De aquí que puedan coexistir en un mismo territorio numerosas corporaciones, pero sólo un Estado. En esta propiedad del territorio, como un momento integrante del sujeto del Estado, descansa la impenetrabilidad de éste. En un mismo territorio solamente puede desplegar su poder un Estado. A esta regla pueden oponerse las siguientes excepciones aparentes : »

Entre estas excepciones se incluyen el condominio, las uniones de Estados, el ejercicio permitido de actos de dominio realizados por un Estado en territorio de otro, la ocupación militar :

Págs. 397-8 : « El territorio, como momento que corresponde al Estado en cuanto sujeto, es el fundamento de la función negativa que corresponde al Estado en el Derecho internacional. La exigencia que dimana de la personalidad internacional del Estado, de que todos los Estados extranjeros se abstengan de realizar acciones injustas que lesionen sus intereses, refiérese igualmente a la integridad espacial del Estado. Trátase, pues, aquí, no de un derecho prohibitorio análogo al que puede tener el propietario, sino de exigencias que surgen inmediatamente del reconocimiento de la personalidad. El ser del Estado mismo, y no la posesión de algo que le pertenezca, es lo que engendra la exigencia de respeto al territorio. Las violaciones que se cometen con éste no tienen, pues, en el Derecho internacional el carácter de una perturbación en la posesión, sino el de violación de la personalidad misma del Estado atacado. »

Págs. 398-9 : « El territorio es, en segundo lugar, fundamento espacial para que el Estado pueda desplegar su autoridad sobre todos los hombres que viven en él, ya sean ciudadanos propios o de un país extraño. Los mandamientos de autoridad del Estado deben realizarse dentro de su territorio, bien traten de asegurar la situación de éste, bien de modificarla. Sólo en este sentido se puede hablar del territorio como de un objeto del dominio del Estado. Sin embargo, a menudo se saca de lo antes dicho una consecuencia falsa, cual es : la de que el territorio mismo está sometido al dominio inmediato del Estado y que, por consiguiente, existe un derecho real a favor del Estado. Jamás puede, pues, el Estado directamente, sino por la mediación de sus súbditos, ejercer dominio sobre el territorio. El dominio directo jurídico sobre una cosa, dominio que se exterioriza por acciones físicas sobre la misma, es lo que constituye la propiedad. El dominio sobre el territorio no es, desde el punto de vista del Derecho público, *dominium*, sino *Imperium*. El *Imperium* significa poder de mando, mas este poder sólo es referible a los hombres. »

Pág. 402 : « En virtud de la unidad e indivisibilidad del Estado, sus elementos son igualmente unos e indivisibles. Esto tiene valor, sobre todo, cuando se trata del territorio del Estado, máxime si se considera la cuestión desde el punto de vista histórico, pues la indivisibilidad del Estado fué concebida primeramente como indivisibilidad del territorio. Mucho tiempo antes de que se hubiese hablado o combatido la doctrina de la división de los poderes del Estado, la escisión que se hacía del Estado mediante las herencias hizo ver que estas divisiones eran perjudiciales, y al cabo se consideraron inadmisibles. La división del territorio del Estado ha sido consecuencia de haber concebido a éste jurídicamente como entidad de Derecho privado, al que era extraño el concepto del poder unitario del Estado ; más bien se consideraba el poder como un agregado de diferentes derechos reales y personales, y, por tanto, no se podía llegar a alcanzar jamás una visión clara de cómo el territorio era un elemento del Estado. En tanto que no se ha reconocido

al territorio la propiedad de ser un momento del Estado como sujeto, hubo de considerársele como una cosa, divisible, por consiguiente, en virtud de su propia naturaleza. La indivisibilidad del territorio del Estado, tal como ha sido expuesta frecuentemente en la época moderna en las constituciones, ofrece una excepción importante. Mediante un contrato entre Estados puede segregarse una parte del territorio y transmitirse a otro, ya a consecuencia de una guerra, ya por otra razón, como es, por ejemplo, la determinación de fronteras o cesión voluntaria. »

Pág. 403 : « Lo que se dice del Estado puede aplicarse igualmente a otras corporaciones territoriales, singularmente a las asociaciones municipales, las cuales ejercen sobre su territorio un poder derivado del Estado, aun cuando tengan en una cierta medida independencia jurídica. Respecto de estas corporaciones, el territorio es igualmente un elemento primordial de su personalidad : dominan sobre personas, sobre cosas y, por tanto, también, aunque sólo de un modo indirecto, sobre su distrito, dentro del cual les es posible ordenar a las personas, realizar determinados actos, valiéndose siempre para ello de medios de Derecho privado. »

Pág. 404 : « El reconocimiento de que la relación del Estado con el territorio es de carácter personal y no de carácter jurídico real, es uno de los resultados de más importancia en la doctrina moderna del Derecho político. La concepción del territorio como un derecho real conduce en sus últimas consecuencias a la confusión entre poder público y propiedad. »

Al § 25. Cfs. FRITZ SANDER, « Staat und Recht », vol. I, passim, especialmente pág. 146. ADOLF MERKL, « Die Lehre von der Rechtskraft », en los « Wiener staatswissenschaftliche Studien », vol. XV, fasc. II, 1923, especialmente :

Pág. 177 : « Lo que es objeto de discusión para nosotros no es la validez en sí, sino la duración de validez de lo jurídico. Tal es el problema capital de este trabajo. Pero observamos que, hasta ahora, la ciencia jurídica ha suscitado la cuestión de la duración de validez de los fenómenos jurídicos bajo el título de fuerza del Derecho ; no se ha atrevido, sin embargo, a plantearla en toda su amplitud, ni siempre ha poseído plena conciencia de la magnitud del problema suscitado ; ni siquiera se ha servido de una expresión fija, habiendo recurrido a diversos puntos de vista, según las preferencias de cada autor ; así, por ejemplo, se ha fijado especialmente en la reformabilidad de los actos estatales. Este cultivo de la terminología jurídica nos determina y justifica al mismo tiempo, que tratemos el mencionado problema en torno a la duración de la validez de lo jurídico, como problema de fuerza del Derecho. Conságrase de ese modo una expresión del Derecho y de la ciencia jurídica usada corrientemente, aun cuando no siempre en ese sentido, que constituye uno de los problemas más hondos y fundamentales de la teoría del Derecho. Para este problema necesitamos un nombre, y la terminología jurídica nos brinda con las palabras fuerza del Derecho un término que encuentra aplicación a un problema como el nuestro. Por eso, la cuestión acerca de la duración de validez de los fenómenos jurídicos la llamamos nosotros cuestión acerca de su fuerza jurídica. Y por fuerza del Derecho entendemos, precisamente, la específica duración de validez de lo jurídico. »

Pág. 229 : « Si se determina la fuerza del Derecho, siguiendo a la doctrina dominante, como específica duración de validez de lo jurídico — o, mejor, de toda norma jurídica —, y si (apartándose en esto de dicha doctrina) se precisa esta duración determinando que un fenómeno jurídico, especialmente una norma de Derecho, permanece en vigor mientras no se realizan las condiciones de la pérdida de su validez establecidas por las normas condicionantes, se da a entender con todo ello que la norma es hasta cierto punto irreformable, debiendo este carácter al hecho de que las normas superiores no conceden posibilidad de reforma y sólo las normas que carecen de esta posibilidad son auténticamente irreformables. En la delimitación de esta irreformabilidad condicionada y relativa, radica la distinción más importante entre la doctrina corriente y nuestra propia teoría de la fuerza del Derecho. »

Al § 26. A : Cfs. J. C. BLUNTSCHLI, « Allgemeine Staatslehre », libro II, págs. 85-254 ; este autor expone la teoría del pueblo del Estado como teoría de la « naturaleza del hombre y de los pueblos » ; en contra,

GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre», págs. 406 y ss., quien estudia al pueblo del Estado — dentro de la teoría jurídica del Estado — desde un punto de vista puramente jurídico, si bien demasiado matizado aún de carácter político-jusnaturalista. (Lo mismo puede decirse de la teoría del territorio. Cfs. J. C. BLUNTSCHLI, «Allgemeine Staatslehre», libro III, págs. 254-298, donde se dedica un capítulo al clima, otro a la fertilidad del suelo, etc.; contra esto, GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre», págs. 394 y ss., donde se estudia la condición jurídica del territorio dentro de la teoría jurídica del Estado.)

B-C: Cfs. GEORG JELLINEK, «System der subjektiven öffentlichen Rechte», 2.ª ed., 1905, passim, especialmente pág. 87:

Págs. 87-8: «El poder estatal de dominación se ejerce en interés colectivo, y tiene un objeto determinado. Es un poder que se ejerce sobre cuanto no está totalmente subjetivado, sobre lo que no ha sido reservado a la libertad. Por eso, el miembro del Estado goza de un *status* en el que es soberano, una esfera exenta del poderío estatal, negadora del *Imperium*. Es la esfera de la libertad individual, del *status* negativo o *status libertatis*, en la que los fines estrictamente individuales encuentran satisfacción en la libre actividad del individuo. Toda la actividad del Estado se ejercita en interés de los dominados. Pero el Estado, en el cumplimiento de sus fines, reconoce a los individuos la capacidad jurídica de reclamar para sí el poder estatal, de utilizar las instituciones políticas; les reconoce, pues, exigencias positivas, un *status* positivo, el *status civitatis*, que es la base de todas las prestaciones estatales en interés individual. Cuando el Estado reconoce al individuo la capacidad de obrar a favor de aquél, lo sitúa en una esfera más elevada de la ciudadanía, más calificada, más activa. Es el *status* activo, el *status* de la ciudadanía activa, en el que se encuentra todo aquel que es titular de derechos políticos en sentido estricto. Estos cuatro *status:* pasivo, negativo, positivo y activo, agotan las posibles situaciones en que puede hallarse el individuo por relación al Estado. Prestaciones al Estado, libertad frente al Estado, exigencias al Estado, prestaciones para el Estado: tales son los puntos de vista bajo los cuales puede considerarse la situación jurídica pública del individuo. Estos cuatro *status* forman una línea ascendente: primeramente, el individuo, prestando obediencia al Estado, carece de personalidad; después se le reconoce una esfera autónoma de libertad; más tarde, el Estado se obliga a realizar ciertas prestaciones a favor del individuo; por fin, la voluntad individual participa en el ejercicio del poder estatal de dominación, o incluso queda reconocida como titular del *Imperium* estatal.»

E: Cfs. C. F. VON GERBER, «Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts», págs. 32 y ss.; especialmente:

Págs. 37 y ss.: «Un límite importantísimo del poder del Estado radica en el principio del respeto a los derechos adquiridos.» — *Pág. 38:* «De ese modo, el principio de la inviolabilidad de los derechos adquiridos aparece como una consecuencia del concepto del Derecho y de su reconocimiento en el Estado; cuando las constituciones lo reconocen y garantizan expresamente, no hacen sino confirmarlo de manera solemne.» — *Pág. 39:* «El principio del respeto a los derechos adquiridos contiene, en primer término, un límite absoluto al ejercicio del poder administrativo estatal; también el poder legislativo está obligado a su guarda, por cuanto que una negación de los derechos adquiridos, sin razón suficiente que la justifique y sin la correspondiente indemnización, será considerada en todo tiempo como una aplicación abusiva del derecho de la legislación, que aun cuando no carezca de eficacia formal, constituirá un atentado a la conciencia jurídica, pues aquellos derechos satisfacen ciertos intereses que precisan ser reconocidos por la ley. Y no habrá quien se atreva a despreciar este género de consideraciones si guarda algún respeto al juicio que desde el punto de vista ético merecen sus actos; y los actos del poder público no escapan a esta medida.»

Véase también GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre»:

Pág. 359: «Para atenuar las violaciones del orden del Estado, se ha ideado la categoría del derecho de la legítima defensa de aquél, o del estado de necesidad política, lo que no es sino otra expresión para indicar cómo la fuerza va antes que el Derecho.»

Y en otro lugar dice:

Págs. 358-9: «Todo Derecho tiene un límite insuperable en el hecho mismo de la existencia del Estado. Por esto puede aniquilar el Derecho una modificación de los fundamentos de la vida del Estado; pero el Derecho no tiene jamás fuerza bastante para determinar en los momentos críticos de la vida del Estado la dirección de su camino.»

F: Cfs. C. F. VON GERBER, «Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts:

Págs. 221-2: «La primera impresión que recibimos al considerar la situación del individuo por relación al Estado, es la de que aquél posee contra éste una multitud de derechos. El goce de los llamados derechos populares y libertades ciudadanas, no menos que los derechos políticos, es algo que salta tan a la vista, que podría uno sentirse inclinado a tomarla como punto de partida de la evolución jurídica del organismo estatal. Sin embargo, esto no sería acertado. Se repite aquí un fenómeno que puede observarse frecuentemente en el dominio de la ciencia jurídica, cual es que un hecho de extraordinaria importancia vital no puede considerarse desde el punto de vista puramente sistemático, sino como algo secundario, esto es, derivado de un momento jurídico primario. El individuo no goza de derechos ciudadanos, sino porque es, jurídicamente, súbdito del Estado. La subyección ciudadana al poder del Estado es, indudablemente, el hecho principal que ha de tener muy en cuenta la ciencia jurídica, si quiere caracterizar la conexión orgánica del Estado con sus ciudadanos. En un Estado libre y bien ordenado, esta subyección no tiene otra finalidad ni causa otros efectos que dar base a una existencia dotada de derechos políticos y ciudadanos; pero esto no debe perturbar al jurista hasta el extremo de considerarlos como algo aislado y autónomo, perdiendo de vista sus fundamentos últimos.»

H: GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre»:

Pág. 406: «Los hombres que pertenecen a un Estado forman en su totalidad la población del mismo. Al igual que el territorio, tiene el pueblo en el Estado una doble función: de un lado, es un elemento de la asociación estatal, al formar parte de ésta, en cuanto el Estado es sujeto del poder público. Designaremos al pueblo, desde este punto de vista, como pueblo en su aspecto subjetivo. En otro sentido, es el pueblo objeto de la actividad del Estado, es decir, pueblo en cuanto objeto.»

Págs. 407-8: «Si se parte del conocimiento de la naturaleza corporativa del Estado, se deduce de este concepto la cualidad subjetiva del pueblo de una manera que podría llamarse tautológica. No sólo se llega al conocimiento del Estado mediante la deducción, sino también mediante un orden de reflexiones que hasta ahora no ha sido expuesto. Una pluralidad de hombres sometidos a una autoridad común, que no lleguen a poseer la cualidad subjetiva de un pueblo, no serían un Estado, porque a todos les faltaría ese momento que hace de la pluralidad una unidad. Una situación de esta naturaleza correspondería tal vez a aquella en que se encontraban el señor y el feudatario en el mundo medieval, quienes, en virtud de títulos jurídicos diferentes, poseían una variedad de territorios, que, no obstante ser de un mismo dueño, no constituían una comunidad interior, pues permanecían conscientes de su existencia jurídica distinta, aislada. Actualmente ofrecen un ejemplo muy elocuente de esto los territorios protegidos por Alemania, en los que se muestra cómo la sola unidad interna del poder del Estado no es suficiente para fundamentar una unidad estatal. El poder que protege es idéntico al poder del Imperio, y sin embargo, los territorios protegidos no forman una unidad estatal con el reino, porque si bien el pueblo de estos territorios está sometido al Imperio, en cambio no comparte con el pueblo, que forma el Imperio, la cualidad subjetiva de éste. Por esto un Estado formado por esclavos, a cuyo frente estuviera un gran dueño de plantaciones, sólo tendría de Estado el nombre. Entre estos miles de esclavos faltaría un lazo jurídico que uniese los unos a los otros. Estos esclavos, en tal

situación, no tendrían la menor conciencia de su existencia recíproca. Cuando la doctrina antigua del Estado limitaba los fenómenos del mismo a los hombres libres, expresaba con esto una de sus más profundas verdades. Sólo entre hombres libres, dice Aristóteles, es posible un Derecho en el sentido político, y sin este Derecho no hay Estado. »

Pág. 421 : « La voluntad del Estado es voluntad humana. El Estado consigue, según un orden legal determinado, la colaboración de las voluntades individuales que han de realizar sus funciones. Esto puede hacerlo de dos modos : o creando obligaciones, o concediendo un derecho. Estos derechos que concede él para poder realizar sus fines, son el fundamento de una posición más amplia de la personalidad, que consigue de este modo la participación en la actividad del Estado al ser reconocida como titular de un órgano en el mismo. »

Págs. 423-4 : « No hay Estado posible donde no haya personas que puedan tener este orden de exigencias. Por lo menos hay una, el soberano, que necesita ser el titular del órgano más alto. De este modo se muestra de la manera más clara la conexión que existe entre el pueblo, subjetivamente considerado, y el Derecho público. El poder del Estado necesita nacer, en algún modo, del pueblo, esto es : el sujeto titular de este poder ha de ser miembro de la comunidad popular. Así como de un rebaño de esclavos — cosas en sentido jurídico — puestos bajo la posesión de un señor común no puede nacer un Estado, del propio modo tampoco aparece un Estado en su sentido riguroso allí donde existen razas sometidas a quienes se coloca fuera de la comunidad del Estado. »

Pág. 426 : « En lo que respecta al individuo, su sometimiento al poder del Estado puede llegar hasta el aniquilamiento mismo de la personalidad, en forma de pena. En tanto que el individuo no tiene sino mero deber de obediencia, no es sujeto de derecho. Hay una situación del individuo, la de sometimiento, en la que se encuentra despojado de toda personalidad y no es sino sujeto de deberes. La obediencia de la totalidad de los sometidos tiene, en cambio, otro carácter : es el complemento del poder del Estado, sin el cual no puede éste existir. Un poder que manda y no es obedecido pierde su carácter de poder de autoridad. Considerado más de cerca, se ve cómo todo el poder del Estado descansa en la obediencia de los súbditos ; toda su actividad es obediencia transformada. » « Por obra del poder unitario del Estado, la pluralidad de los miembros constituye la unidad del pueblo. Esta unidad es la del pueblo del Estado, la de la multitud fundida, gracias al mismo. »

Cfs. OTTO GIERKE, «Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft ». GIERKE hace observar aquí una consecuencia política de la teoría, a consecuencia de la cual el Estado — en cuanto persona — domina sobre el pueblo.

Pág. 1131 : « Admitiendo tal concepción, es imposible que el pueblo y el Estado coincidan absolutamente. El Estado se sitúa fuera del pueblo, y sobre él. El pueblo, a su vez, lo mismo que el territorio, constituye un mero objeto sobre el cual ejerce el Estado su derecho de dominación. La teoría antigua contraponía a una personalidad del Estado construída de modo semejante, una personalidad del pueblo, como titular de derechos populares ; pero LABAND ha acabado con este resto de la constitución dualista del Estado estamentario. Mas olvidó conceder una reparación al pueblo, situando la personalidad unitaria del Estado en la totalidad organizada. Es verdad que ya dice que el pueblo es el substrato del Estado. Pero considera de la misma condición a la tierra y la gente, y, en el fondo, no quiere decir otra cosa sino que ambas constituyen los dos supuestos esenciales del Estado (I, pág. 184). En efecto, la persona jurídica, en el sentido de la teoría por él admitida, se halla fuera de su substrato, como algo del todo ajeno a él. La personalidad del Estado es, pues, una unidad conceptual que se alza sobre el pueblo. Y éste, desde el punto de vista del Derecho político, no constituye unidad subjetiva, totalidad, comunidad, sino únicamente una pluralidad cambiante de individuos. De ese modo, la relación jurídica entre el Estado y el pueblo se agota en la suma de relaciones de poder que existen entre el titular del poder político y los miembros del Estado. Y el sistema recibe un tinte marcadamente absolutista, que no puede atenuarse sino mediante inconsecuentes concesiones a la doctrina clásica del constitucionalismo. »

Al § 27. Cfs. GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre», capítulo XIX, págs. 625 a 660.

RICHARD SCHMIDT, «Allgemeine Staatslehre», § 32, págs. 271-278.

Al § 28. A-B: Cfs. GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre», págs. 637-647; JULIUS HATSCHEK, «Die Selbstverwaltung», 1898; del mismo: artículo «Selbstverwaltung» en el «Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts», publicado por MAX FLEISCHMANN, 2.ª ed., t. III, 1914, págs. 429 y ss.

C: FRITZ FLEINER, «Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes», 4.ª ed., 1919:

Págs. 95-99: «El Estado utiliza para su servicio, de una manera inmediata, a las corporaciones administrativas autónomas existentes. En numerosos casos se limita a regular por la ley una materia administrativa, pero confiere su ejecución a una corporación autónoma. De esta manera, tal corporación llega a sustituir al Estado en el desempeño de las funciones administrativas públicas, y ejerce la administración pública por derecho propio, puesto que, según la ley, tiene facultad para regir esta administración. Entre las corporaciones territoriales a las que puede confiarse la tarea, se encuentran en primer lugar los municipios y las organizaciones superiores, como las mancomunidades municipales, organizaciones integrales que llevan una existencia propia, paralela a la del Estado, con una esfera de acción propia. Aparte de ellas, poco a poco las legislaciones del Reich y las de los Estados particulares han creado instituciones especiales independientes, en número cada vez mayor, para la ejecución de los nuevos deberes administrativos y cuya organización ha sido adaptada a fines especiales: cajas de socorro y cooperativas profesionales de seguros obreros, asociaciones de beneficencia, etc. Tales asociaciones pueden denominarse, en un sentido amplio, establecimientos públicos. Se dijo anteriormente que el Estado no ejerce el monopolio de la pública administración. En los municipios y en ciertas organizaciones superiores, como las corporaciones administrativas en Würtemberg, las circunscripciones y provincias en Prusia, etc., ha habido ciertas comunidades que se han desenvuelto históricamente con un fin propio distinto del del Estado. El objeto de esta administración estuvo constituído por la administración del propio patrimonio, por la administración económica. Pero, con el transcurso del tiempo, esta administración extendióse a la satisfacción de todas las necesidades locales: construcción de vías de comunicación, servicios de agua e incendios, etc.; en algunos Estados particulares tuvieron también a su cargo la policía local. De este modo se ha formado el concepto de un círculo propio de acción de los municipios, en oposición al ámbito de competencia de la administración estatal delegada. El legislador se encontraba ante aquella realidad, y tenía que respetarla. Las corporaciones mencionadas llevan la administración de los asuntos que el Estado ha delegado en ellas o que ha puesto a su libre disposición, mediante órganos que, por lo general, nombran ellas mismas. En este tipo de administración, los interesados participan en la gestión de los asuntos locales, directa o indirectamente, como electores del órgano de la corporación, o como miembros de la misma. Esto justifica que se hable en estos casos de administración autónoma. El Estado no administra, sino que los directamente interesados son los gestores de la pública administración. Ahora bien, una administración confiada en todo o en parte a ciudadanos independientes, constituye el reverso de la administración estatal llevada a cabo por funcionarios profesionales. La administración autónoma constituye un límite a la omnipotencia del Estado. Políticamente hablando, establece la posibilidad de proporcionar a los ciudadanos una educación ciudadana, haciéndoles colaborar en la administración pública, y suscitando su interés por los asuntos de aquélla. Mediante este sistema, el Estatuto municipal de Stein, del año 1808, ha iniciado la renovación del Estado prusiano. La autonomía administrativa en la vida pública alemana fué asumiendo, en los años anteriores a la Guerra, hasta cierto punto, las funciones que pertenecen, en la pura democracia, a los llamados derechos nacionales, es decir, la colaboración activa de los ciudadanos en los asuntos del Estado. El mejor medio de una descentralización de la Administración pública está en la autonomía administrativa. La corporación con vida autónoma rige sus asuntos administrativos bajo su propia responsabilidad, siendo de su

cuenta los gastos. El Estado queda descartado de esas atenciones. El Estado confiere a las corporaciones autónomas un cierto poder de soberanía (imperium) para cumplir su misión, pues si han de dirigir bien la administración pública, necesitan los mismos medios de que el Estado dispone.»

Cfs. también C. F. VON GERBER, «Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts»,

Pág. 140: «Actualmente, que el Estado ha llegado ya en Alemania a la plenitud de su existencia política, después de haber superado el período privatista, sólo a él, y no a ninguna otra entidad, se le puede reconocer el derecho a legislar, que es la manifestación por excelencia de la soberanía política. Un derecho legislativo de los municipios, corporaciones y particulares no es imaginable más que en una época en la que el concepto del Estado no ha logrado aun todo su desarrollo, en la que los elementos que componen la población carecen de un lazo común, y en la que la incipiente soberanía territorial tenía que ceder una parte de las tareas estatales a las corporaciones medio sometidas a su imperio. El derecho de las corporaciones y particulares a regular sus relaciones internas por medio de determinaciones firmes y duraderas existe todavía hoy, pero no se ejerce en forma de legislación sino de acciones jurídicas que constituyen únicamente aplicación y ejecución de instituciones y reglas de Derecho ya existentes. Este concepto de autonomía es el único que puedo reconocer para el Derecho actual.»

G: JULIUS HATSCHEK, «Selbstverwaltung», en el «Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts», t. III:

Págs. 423-4: «La autonomía administrativa es una institución política, y significa una colaboración de las entidades locales superiores en los fines del Estado. Esta colaboración puede alcanzarse mediante una doble técnica jurídica. Se puede facultar u obligar a la entidad local considerada como totalidad, convirtiéndola en corporación con derecho subjetivo a su autonomía administrativa, más o menos amplia. Entonces, la manifestación de la voluntad de la entidad local, desde el punto de vista jurídico, es siempre el ejercicio de un derecho subjetivo de la misma, la cual constituye en ese caso una asociación activa, un cuerpo autónomo administrativo. O bien se puede obligar o facultar a los miembros de la entidad local en cuanto tales, repartiendo oportunamente los derechos y deberes comunales; en ese caso, se alcanza por ese medio un fin común independiente. Entonces, la entidad local representa el tipo de la asociación pasiva dentro de la autonomía. La distinción jurídica entre la asociación activa y pasiva consiste, expuesta en pocas palabras, en que la asociación activa manifiesta su voluntad como ejercicio de un derecho subjetivo del que es titular, mientras que la asociación pasiva lo hace como realización del Derecho objetivo, con la cooperación de los titulares de aquellos derechos y deberes comunales, que son los miembros de la entidad local. El orden jurídico puede seguir un camino u otro, y esta elección depende de un mecanismo social, que puede utilizar, pero no crear. Este mecanismo social consiste en un enlace de intereses. En primer lugar, el interés del Estado va unido con los intereses colectivos particularistas de las entidades locales, de tal forma, que la satisfacción de los últimos significa también, *uno acto*, satisfacción del primero. El orden jurídico utiliza esta vinculación de intereses reconociendo como derecho subjetivo de la entidad local el interés colectivo particular de la misma, el cual va unido en la forma que se ha visto, con el interés del Estado. El orden jurídico crea, pues, un derecho a la autonomía administrativa, a ser asociación activa o cuerpo administrativo autónomo. Pero, con objeto de dotar a la voluntad de la entidad local de un titular de voluntad psíquica, el Derecho utiliza todavía otra vinculación de intereses: la que existe entre el interés colectivo de la entidad y los intereses individuales de sus miembros. También en este caso es preciso que con la realización del interés individual se realice, *uno acto*, el interés colectivo de la entidad local. El orden jurídico reconoce con este fin derechos y deberes electorales a los miembros de las entidades locales, crea cargos honoríficos y estatuye el deber de aceptarlos. De ese modo juega el mecanismo social en dos suertes de vinculación de intereses, que el orden jurídico utiliza para sus fines. Sin embargo, hay veces en las que el orden jurídico salta por encima de alguna de estas vinculaciones, por ejemplo, la que existe entre el interés del Estado y el interés particularista local: se dirige directamente a los miembros de las entidades locales, reparte entre ellos derechos y deberes, pero no reconoce a la entidad local misma como titular de aquéllos. Esto lo hace con preferencia allí donde no se ha desarrollado la idea de la libre asociación municipal o

se supone fundadamente que no se desarrollará, o allí donde no puede confiarse la administración del Estado a los cuerpos administrativos autónomos, por estar en mayoría los intereses de aquélla, según ocurre frecuentemente. Así vemos que, con independencia del orden jurídico, el mecanismo social existe en la forma ya conocida por nosotros de la vinculación de intereses, que el Estado no puede crear, sino tan sólo utilizar. Este mecanismo social es la autonomía política. Se halla fuera del orden jurídico, porque es un fenómeno psíquico-social. Lo que el Derecho da a luz en el mundo jurídico en la forma de deberes y derechos subjetivos repartidos entre los miembros de la entidad local, no es más que una débil reproducción de la vida real de aquella vinculación de intereses. Puesto que la autonomía como institución política descansa en ese mecanismo social de los intereses, y éste no puede originarse sino cuando las entidades entre las que juega son de naturaleza homogénea, síguese que la autonomía no es posible sino cuando el Estado halla en el ámbito de su soberanía una asociación homogénea, con la que se vincula del modo específico ya explicado. Semejante asociación no puede ser otra que la entidad local, como corporación territorial. Por tanto, la autonomía sólo puede existir entre el Estado y las entidades locales, no entre el Estado y otras corporaciones de Derecho público o uniones privadas (según la teoría de L. v. STEIN). »

Cfs. también C. F. VON GERBER, « Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts », págs. 42 y ss., en las que el autor equipara los municipios a los ciudadanos en su relación con el poder del Estado:

Pág. 43: « La soberanía del Estado es, en esencia, el ejercicio de su derecho de imperio sobre los ciudadanos y municipios, dentro del ámbito espacial de su poder. »

H: Cfs. GEORG JELLINEK, « Allgemeine Staatslehre »:

Pág. 644: « Los municipios, como el Estado, tienen un territorio, súbditos y un poder independiente. Pero se distinguen del Estado en que el municipio no posee un *Imperium* originario, sino que le ha sido prestado por el Estado. Todo *Imperium* de un municipio es derivado, incluso aquellos derechos de soberanía que se le han concedido como derechos propios. Los de soberanía del municipio no son nunca derechos originarios. Su territorio es, al propio tiempo, territorio del Estado; sus súbditos, súbditos del Estado, y su poder está sometido al del Estado. Estas corporaciones territoriales descansan en una base social que no ha creado el Estado, a saber: la comunidad de intereses de los vecinos. A menudo se han formado independientemente del Estado, y han sobrevivido a los cambios experimentados por éste; en tal sentido es justa la afirmación de que los municipios son más antiguos que el Estado. »

Págs. 645-6: « Los municipios tienen, como toda asociación, derechos que por su naturaleza no rebasan los límites de la libertad de asociación privada reconocida por el Estado. Gozan en este sentido del derecho a instituir órganos propios, a la admisión de miembros, a administrar sus bienes, a gobernar los asuntos locales; en una palabra, ejercen la función administrativa privada dentro de la extensión de que antes hemos hablado. El Estado regula también, sin duda alguna, de muy distintos modos este campo de actividad en sus leyes municipales; pero hasta tanto que una regla jurídica dictada por el Estado con carácter restrictivo no le reconozca otro límite o dominio de poder, lo que vale aquí es la voluntad propia del municipio, la cual sólo tiene su límite en los fines de la asociación. Los municipios están además investidos por la ley de un derecho de soberanía estatal, es decir, su *Imperium* le es concedido de tal suerte, que tienen derecho a exigir el ejercicio del mismo, el cual no sólo le es garantido en interés del Estado — pues mediante la administración autónoma parece lograr mejor sus fines que por obra de órganos del Estado — sino también en interés propio. El poder de policía, el derecho de exigir prestaciones personales y reales de sus miembros, lo tienen los municipios, no sólo para poder cumplir sus deberes respecto del Estado, sino más bien para poder satisfacer sus fines peculiares. Los impuestos que establecen los municipios en virtud de su *Imperium* son aplicados sin distinción en cumplir todos los objetivos del municipio. El *Imperium* es, por tanto, un medio administrativo de los municipios para conseguir desplegar plenamente su actividad. El Estado utiliza además para sus fines a los municipios, en tanto en cuanto los inserta, en calidad de miembros, dentro de su organización administrativa. En este caso el municipio tiene que ejercitar funciones estatales en virtud de obligaciones que le impone el Estado, por lo cual el campo de acción de un municipio se divide en campo de acción propio

e independiente y campo de acción concedido, delegado, cuya distinción, aun cuando procede de la terminología francesa, recibe en esta ocasión un sentido muy diferente. En el círculo de actividad propia ejercitan los municipios sus derechos; en el que le es concedido o delegado, el municipio tiene el carácter de órgano del Estado. »

Al § 29. Cfs. GEORG JELLINEK, « Allgemeine Staatslehre », páginas 647-660.

Al § 30. Cfs. mi escrito « Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts », caps. IX y X, págs. 291-314.

GEORG JELLINEK, « Die Lehre von den Staatenverbindungen », 1882; del mismo: «Allgemeine Staatslehre», cap. 21, págs. 737-787.

C: Cfs. HANS NAWIASKY, « Der Bundesstaat als Rechtsbegriff », especialmente pág. 37.

D: Un ejemplo clásico de cómo se ocultan tendencias políticas de carácter monárquico-federalista tras la teoría de las uniones de Estados, muéstralo OTTO MAYER al pretender construir una diferencia de esencia entre el Estado federal monárquico y el republicano. Cfs. su folleto « Republikanischer und monarchischer Bundesstaat », en el « Archiv des öffentl. Rechts », t. 18, págs. 33 y ss. La cuestión acerca de si la Unión es un Estado o un mero pacto, depende de que dé o no origen a un nuevo sujeto dotado de poder contra los miembros, un nuevo «soberano» (págs. 347-349). Según él, en este punto radica la distinción esencial entre el Estado federal monárquico y el republicano. En la República, el soberano es el pueblo; la unión de varias repúblicas hace soberano al pueblo de la Unión en su totalidad.

Pág. 351: « Ahora bien, este soberano republicano tiene una característica de que carece el monárquico: la adición de varias soberanías republicanas crea por sí misma un nuevo soberano que desplaza al antiguo, o no le deja subsistir sino en la medida que le place. »

En cambio, la unión de varios Estados monárquicos no puede dar nunca origen a una nueva soberanía.

Págs. 363-4: « En ese caso, el poder del Imperio descansa en la totalidad de los soberanos que en los Estados particulares existen; el Imperio se funda en el pacto que los mismos celebran. A diferencia de la República, el resultado es el siguiente: la adición de varias soberanías monárquicas no crea jamás por sí misma un nuevo soberano, sino una federación de monarcas. »

Esta teoría no concibe la posibilidad de que los llamados « soberanos » de los Estados particulares pudieran estar sometidos a un orden o « poder » superior. Cfs. sobre esto el artículo de A. AFFOLTER, « Zur Lehre vom Staatenbunde und Bundesstaate », en el « Archiv des öffentlichen Rechts », t. 34, pág. 55.

E: JULIUS HATSCHEK, « Allgemeines Staatsrecht », tercera parte. (« Das Recht der modernen Staatenverbindungen »), publicado en la Colección Göschen, n.º 417, 1909.

Al § 31. Cfs. la bibliografía citada en la nota anterior, especialmente JULIUS HATSCHEK, «Allgemeines Staatsrecht», tercera parte, cuyo abundante material de Derecho comparado he utilizado en mi exposición.

Véase también mi folleto «Die Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaats, nach der neuen österreichrischen Bundesverfassung», en la «Zeitschrift für schweizerisches Recht», nueva serie, t. XLII, págs. 174 y ss.

F: La tendencia política en la teoría de las uniones de Estados es abiertamente confesada en alguna ocasión, e incluso afirmada como misión de la ciencia jurídica. Así, por ejemplo, dice MAX HUBER al discutir la cuestión de si la Sociedad de Naciones es una unión de Estados:

«A pesar de lo dicho, la consideración de la Sociedad de Naciones desde el punto de vista de la Confederación de Estados, es de gran valor, al menos como hipótesis para el trabajo jurídico, pues en muchos puntos permite llegar a soluciones claras, imposibles de otro modo, por ejemplo, en la cuestión de su personalidad jurídica. Pero es también importante como principio político; esta concepción jurídica es constructiva; impulsa a la Sociedad de Naciones a asegurar y ampliar sus competencias. La ciencia del Derecho no ha de limitarse a comprender jurídicamente lo existente, sino que debe emitir juicios propios de valor sobre lo que debiera realizarse, y procurar que esos juicios sean reconocidos por el Derecho positivo, dentro de los límites trazados en la Jurisprudencia.»

WALTHER SCHÜCKING y HANS WEHBERG que citan este pasaje, observan en su libro «Die Satzung des Völkerbundes», 2.ª ed., 1924:

Pág. 108: «Estas razones no son las que menos influyen en nosotros para pensar que debemos afirmar tal concepción jurídica de la naturaleza de la Sociedad de Naciones. El jurista debe adelantarse al político en el progreso del Derecho.»

Al § 32. Cfs. OTTO GIERKE, «Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien» (contra MAX SEYDEL, «Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre», 1873):

Págs. 186 y s.: «Por otra parte, la división favorita de Seydel de la actividad estatal en dos funciones únicas (con lo que, además de degradarse el concepto del Derecho, se confunden en un confuso concepto genérico la administración y la justicia) es en absoluto rechazable por toda ciencia jurídica. Harto preferible es la división corriente, que considera la legislación, la administración y la justicia como tres funciones coordinadas. La legislación es la creación de normas de Derecho; la administración en sentido amplio, la actividad vital positiva de la comunidad estatal, realizada dentro de los límites del Derecho, con criterio de oportunidad; finalmente, la justicia es la determinación de la norma aplicable al caso concreto. Ciertamente, la administración y la justicia tienen de común frente a la legislación su orientación a lo concreto. Pero desde otros puntos de vista más importantes para la ciencia del Derecho, la legislación y la justicia pueden oponerse a la administración, por cuanto que las primeras tienen por contenido al Derecho, mientras que para la última el Derecho no es más que un límite. También pueden oponerse la legislación y la administración a la justicia, porque las dos primeras se determinan por el motivo del bien público, mientras que la justicia no puede reconocer ese criterio.»

Cfs. también GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre», páginas 496 y ss., y cap. 18, págs. 595-624.

Al § 33. Cfs. mis «Hauptprobleme der Staatsrechtslehre», 2.ª ed., prólogo, págs. XII y ss., y la bibliografía allí citada, especialmente ADOLF MERKL, «Die Lehre von der Rechtskraft», págs. 81 y ss.; la teoría merkeliana de la construcción escalonada del orden jurídico es decisiva para mi doctrina de las funciones del Estado.

Al § 34. Cfs. GERHARD ANSCHÜTZ, «Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz», 2.ª ed., 1913.

GEORG JELLINEK, «Gesetz und Verordnung», 1887.

Al § 35. A: Cfs. GEORG MEYER, «Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes», t. I, 2.ª ed., 1893:

Pág. 1: «La administración en sentido amplio se divide en justicia, esto es, la actividad encaminada al mantenimiento del orden jurídico, y administración en sentido estricto, es decir, la cura de los intereses estatales y nacionales. Cuando usamos la palabra administración sin más añadidos, la entendemos en este último sentido.»

Véase también OTTO MAYER, «Deutsches Verwaltungsrecht», 1.ª ed., t. I:

Pág. 5: «En el antiguo Derecho, la legislación significaba la actividad del titular del poder supremo, cuando establecía reglas generales obligatorias para los súbditos, esto es, preceptos jurídicos.»

Pág. 7: «Justicia, jurisdicción, administración de justicia, es la actividad del Estado encaminada a mantener el orden jurídico por medio del poder autoritario.»

Pág. 13: «La administración es la actividad del Estado para realizar sus fines dentro de los límites de su ordenamiento jurídico. Podemos prescindir de añadir *fuera de la legislación y de la justicia;* esto queda reemplazado al decir *dentro de los límites de su ordenamiento jurídico,* pues en la legislación, tal como nosotros la entendemos, el Estado está por encima de su ordenamiento jurídico; y en la justicia, todo cuanto ocurre es sobre la base de este ordenamiento. En cambio, la relación de la administración con el orden jurídico, al cual está sometida, es mucho más libre. De qué naturaleza sea esa relación es lo que constituye el objeto de nuestro estudio.»

Véase también FRITZ FLEINER, «Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts», 4.ª ed., 1919:

Pág. 3: «Toda la vida política se encuentra sometida a un orden fundamental, escrito o consuetudinario, que nosotros llamamos constitución del Estado. Ella es la que provee de órganos al Estado y le hace capaz de voluntad y de actividad. Por ella el Estado viene a ser una persona jurídica.»

Págs. 3-4: «La administración en sentido amplio, a diferencia de la constitución, viene a ser la actividad que el Estado desarrolla para la realización de sus fines esenciales. Así como la constitución representa en el Estado el elemento estable, permanente, en la administración, por el contrario, se nos manifiesta el Estado en actividad. Hasta el siglo XVIII se usaba el vocablo gobierno para designar esta actuación. Pero, muy pronto, un estudio más profundo reveló que esta ingente actividad funcional del Estado se ejerce en varias direcciones, y, en consecuencia, quedó afirmada la diversidad de las funciones que competen al poder del Estado, a saber: legislación, jurisdicción y administración en sentido estricto. Mediante la actividad legislativa, el Estado responde a su misión de crear el Derecho. La resolución de lo que, conforme a la ley vigente, es Derecho en cada conflicto jurídico, incumbe a la Justicia. La legislación y la administración de justicia constituyen los fines específicos del Estado, pero no son las únicas funciones del mismo. Un Estado que se limitase solamente a dar leyes y a dictar sentencias, caminaría rápidamente a su destrucción, pues con la publicación de leyes y sentencias no se agota su actividad.»

Pág. 4: «La función ejecutiva no agota el círculo de los negocios que competen al Estado, además de la legislación y de la jurisdicción, pues también le incumben otras tareas, aun cuando ninguna ley se las haya encomendado expresamente. Del mero hecho de la existencia del Estado surge el deber de realizar tales misiones, por ejemplo, la protección de sus súbditos y del territorio frente a otros Estados, el mantenimiento del orden público en el interior y otras obligaciones de esta índole.»

Pág. 5: «La función ejecutiva y el gobierno representan dos facetas de la tercera función política, esto es, de la administración en sentido propio; así, todo lo que cae fuera de las atribuciones del legislador y de los tribunales es, por tanto, administración en sentido estricto, o simplemente administración: conjunto de funciones de naturaleza técnica, intelectual y jurídica, cada una de las cuales tiende a alcanzar resultados útiles al bien común.»

E: Cfs. JULIUS HATSCHEK, artículo «Fiskus» en el «Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechtes», 2.ª ed., t. I, 1911, págs. 803-809; véase también FRITZ FLEINER, «Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts», págs. 36 y ss., y 40 y ss. MAX WEBER, «Wirtschaft und Gesellschaft», pág. 126.

G: Cfs. GERHARD ANSCHÜTZ, «Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz»:

Pág. 53: «La ciencia política moderna, superando el estrecho concepto de ejecución, ha formulado el siguiente concepto de la administración: actividad libre de la personalidad del Estado, actuando por medio de sus órganos para el logro de sus fines; libre de la coacción del Derecho, pero dentro de sus límites.»

Pág. 54: «En una palabra, la actividad administrativa del Estado es análoga a la libre actividad del individuo en la realización de sus finalidades particulares. Encuentra sus límites en el Derecho, del mismo modo que los encuentra el particular. En ciertos casos, puede hallarse motivada o indirectamente determinada por leyes o preceptos jurídicos, pero aun entonces no está dominada en cuanto tal por la norma jurídica, sino por una ley de vida en sentido amplio: el principio de oportunidad. Esta ley impera incluso en el caso en que la acción administrativa parece completamente libre y no determinada por ninguna clase de normas jurídicas.»

Véanse también mis «Hauptprobleme der Staatsrechtslehre», capítulo XIX, págs. 491-514.

H: Cfs. GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre», págs. 616-621, especialmente:

Págs. 616-7: «En todo Estado se puede hallar una oposición en el ejercicio de todas sus funciones, a saber: la oposición entre la actividad libre y la actividad reglada. La primera se determina por el interés común, pero no mediante una regla especial jurídica. La segunda se propone la satisfacción de un deber de derecho. La actividad libre es por su importancia la primera, primera también lógicamente, y constituye el fundamento de todas las demás actividades. Por ella afirma el Estado su propia existencia, pues la fundación de éste no significa jamás la ejecución de principios de Derecho. Por ella obtiene el Estado dirección y objetivo en su movimiento histórico; toda transformación y progreso en su vida parte de ella; un Estado cuya actividad fuera totalmente reglada, es una concepción irrealizable. Esta actividad libre se encuentra en todas las funciones materiales del Estado que han aparecido separadamente en la historia. Ninguna es posible sin ella; su más amplio campo de acción aparece en la actividad legislativa, la cual, conforme a su naturaleza, debe gozar de la más amplia libertad. No menor es su importancia en la administración, donde este elemento recibe el nombre de Gobierno. Un Estado con un Gobierno que obrara sólo según leyes no sería posible políticamente. Sobre la dirección de la actividad que da al Estado el Gobierno, jamás puede decidir una regla de Derecho.»

Véase RUDOLF SMEND, «Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform». En el «Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für WILHELM KAHL», 1923:

Págs. 15-16 : « Determinar positivamente el ámbito del Gobierno, debería ser objeto de una exposición más amplia de teoría del Estado. Pero debe indicarse cuando menos el resultado, aunque sólo sea para poner de relieve al propio tiempo el alcance de conceptos insuficientes y aprovechables en esta parte de la Teoría del Estado. La teoría formalista del Derecho político ha tenido en ese punto una visión justa en muchos casos, y la ciencia jurídica extranjera vióse forzada por la evolución ya descrita de su Derecho público a admitir que el concepto de Gobierno tiene que orientarse al de administración, porque ambos dominios constituyen juntamente las dos mitades complementarias de la superficie total de las funciones del Estado, aparte de la legislación y la justicia. Desde este punto de vista, el Gobierno es aquella parte de ese ámbito que cae en el sector de la política, es decir, aquel en el que el Estado determina e impone su propia esencia ; mientras que la administración es aquella parte en la que el Estado sirve a otros fines o se limita a crear los instrumentos técnicos para sus funciones políticas. »

Cfs. contra esto C. F. VON GERBER, « Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts » :

Págs. 29-30 : « Una observación digna de tenerse en cuenta es aquella según la cual la actividad no legislativa ni judicial del Estado, que se comprende bajo el nombre genérico de administración, se subdivide en una gubernamental y otra ejecutiva (por ejemplo, MARTITZ, « Betrachtgn. über die Verf. des norddeutschen Bundes », 1868, pág. 2). Con dicho nombre se designa toda la actividad que el Estado realiza libremente ; toda aquella actividad, por tanto, que no se agota en mera ejecución de la ley : declaración de guerra, firma de tratados de paz, negociación y firma de tratados internacionales, creación de instituciones benéficas, quizá también el ejercicio del derecho de legítima defensa. Concedo que es algo violento comprender todas las acciones en que se revela el poder del Estado, bajo la incolora palabra de administración (de sentido más bien negativo : lo que no es legislar ni juzgar) ; pero me falta un interés jurídico suficiente para agrupar aquellas actividades del modo indicado, por lo que admito la licitud de tales especializaciones para los fines de la ciencia política, distintos de los jurídicos. »

K : Cfs. GEORG JELLINEK, « Allgemeine Staatslehre » :

Págs. 612-13 : « La situación central en estas cuestiones corresponde a la administración. Ha habido grandes épocas en la historia en las que la legislación era completamente desconocida ; ha sido preciso un amplio desarrollo en la cultura para que aparezca, junto al derecho consuetudinario, el derecho legislado. Aun hoy la legislación es una función intermitente. Otro tanto acontece con las decisiones judiciales. En la evolución social pueden igualmente hallarse largos períodos de tiempo en los que en ninguna circunstancia ha necesitado el juez mostrar su actividad. Pero la administración, que contiene en sí ya al Gobierno, necesita siempre ser ejercida. Sin ella el Estado no podría existir ni un momento. Se puede concebir un Estado despótico, sin leyes ni jueces ; pero un Estado sin administración sería la anarquía. La administración es, por tanto, la función más comprensiva. Toda preparación de las leyes le compete a ella ; la actividad del juez ella la apoya, y, por último, ella es la que asegura la ejecución de las decisiones judiciales. Aun históricamente, se muestra la administración como función fundamental, pues la legislación va unida en un principio a ella. Más tarde se la separa, y la actividad jurisdiccional, limitada en su comienzo a una acción insignificante, alcanza con el proceso de la evolución del Estado un campo de actividad cada vez más amplio. Por esto puede designarse como administración toda la actividad del Estado que queda, una vez separada la legislación y la actividad jurisdiccional. En esta misma posibilidad de su limitación negativa se muestra la significación que tiene para el Estado. Sólo la administración es susceptible de ser explicada por la mera oposición a las demás actividades y órdenes del Estado. Con el desarrollo de la legislación ha cambiado la situación primitiva de la administración. La primera adquiere cada día un desarrollo mayor, y no sólo obra limitativamente, sino como dominadora de las demás funciones. Esto se muestra con claridad al considerar la realización del Derecho como objeto de la actividad judicial. También queda sometida una gran parte de la administración a la actividad legislativa, a tal punto, que dentro de la vida normal en un Estado ampliamente desenvuelto, la administración vive en una relación de dependencia respecto de la legislación. El Estado normal fué definido, tanto antiguamente cuanto en los tiempos modernos, como aquel en el que domina la ley, esto es, como aquel en el cual la administración y la actividad jurisdiccional tienen por fundamento reglas de Derecho. »

L: Cfs. OTTO MAYER, «Deutsches Verwaltungsrecht», 2.ª ed., pág. 10; véase también GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre»:

Págs. 610-11: «Además de estas funciones normales, hay otras actividades extraordinarias del Estado que no pueden incluirse en ninguna de las tres categorías. Ocupa el primer lugar la guerra. Es verdad que se ha intentado considerar su dirección como una actividad administrativa; pero esto no es acertado, pues toda administración supone la autoridad incuestionable del Estado, la eficacia incuestionable de su *Imperium* y el funcionamiento cierto de su orden jurídico, en tanto que la guerra, aunque limitada por el Derecho internacional, queda fuera de todo orden jurídico. En la guerra, lo que está en cuestión es la existencia del Estado; en la administración, en cambio, se afirma su poder como un poder inquebrantable. Las propias reglas coercitivas del Derecho internacional, extrañas a la guerra, están dirigidas de un modo inmediato contra el mismo Estado extranjero, como, por ejemplo, el bloqueo pacífico, y no pueden ser caracterizadas como actos de administración, porque la coacción administrativa sólo puede ejercerse con un subordinado. Tampoco es un acto de administración la lucha contra una insurrección que toma aspecto de guerra, porque en ella la existencia del Estado puede estar tan amenazada como en una guerra internacional.»

Al § 36. Cfs. GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre», capítulo 15, págs. 505-539; RICHARD SCHMIDT, «Die Vorgeschichte der geschriebenen Verfassungen», 1916. Véanse también mis «Hauptprobleme der Staatsrechtslehre», 2.ª ed., prólogo, págs. XV y ss., y la bibliografía allí citada, especialmente ADOLF MERKL, «Die Lehre von der Rechtskraft», págs. 209 y ss.

A: Cfs. ALFRED VERDROSS, «Die Einheit des rechtlichen Weltbildes», págs. 47 y ss.

Al § 37. Cfs. HERMANN REHM, «Allgemeine Staatslehre», páginas 217, 226, 233 237 y ss., y passim; RICHARD SCHMIDT, «Allgemeine Staatslehre», págs. 209 y ss.; GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre», págs. 497 y ss. y 596 y ss.

D: Cfs. MAX WEBER, «Wirtschaft und Gesellschaft», págs. 165 y siguientes.

Al § 38. Cfs. HERMANN REHM, «Allgemeine Staatslehre», páginas 39-41, 176-180; RICHARD SCHMIDT, «Allgemeine Staatslehre», págs. 135 y ss.; véase de modo especial GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre», cap. XVI, págs. 540-593. Véanse también mis «Hauptprobleme der Staatsrechtslehre», cap. XVII, págs. 450-465, y ERICH VOEGELIN, «Reine Rechtslehre und Staatslehre», en la «Zeitschrift für öffentliches Recht», t. IV, fasc. 1-2, págs. 80 y ss., especialmente págs. 97 y ss.

C. F. VON GERBER, «Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts»:

Págs. 72-3: «La representación del Estado como organismo lleva consigo la idea de que tienen que crearse ciertos órganos en cuyo obrar se realice la voluntad de su personalidad. En los estados monárquicos alemanes, estos órganos son el monarca y los estamentos. Y el modo y extensión con que actúan uno y otros como órganos del Estado, es muy distinto; pero ambos tienen de común la propiedad de que los dos tienen como propia y originaria la profesión del obrar jurídico.

Por eso, una de las tareas capitalísimas de la ley fundamental es la afirmación y demarcación de su derecho. Los empleados públicos no se cuentan entre los órganos del Estado; su derecho no es un derecho originario a manifestar la voluntad del Estado, sino secundario; son meros servidores jurídicos del monarca.»

A: Cfs. GEORG JELLINEK, «System der subjektiven öffentlichen Rechte»:

Pág. 224: «Sólo la actividad imperativa, ordenadora y directiva de las autoridades e instituciones es de naturaleza estatal. Las organizaciones técnicas, científicas, artísticas, son acciones de los individuos, prescritas ciertamente por el Estado, pero no ejecutadas por él. Cuando esas acciones tienen alguna relevancia desde el punto de vista del Estado, son ejecución de voluntad estatal; pero no constituyen nunca la voluntad del Estado mismo.»

B: Cfs. HERMANN COHEN, «Logik der reinen Erkenntnis», 2.ª ed.:

Pág. 349: El organismo. La nueva especie de partes que caracterizan la nueva unidad, el nuevo sistema del individuo, fué ya considerada por los antiguos como órganos. Y este instrumento no ha sido adaptado a una mera técnica exterior, sino que es considerado como el vehículo más íntimo de vida. De ese modo, lo orgánico significa la oposición a lo mecánico en su peor significación vulgar. Los órganos no son partes. Pero así como lo indivisible lleva al origen del número, así también el individuo lleva al origen de la unidad vital. Del mismo modo, por fin, el órgano lleva al organismo como sistema de sus órganos. Las partes se convierten en miembros, los instrumentos en extremidades. La unidad de este objeto constituye lo que se llama específicamente el cuerpo. Por tanto, todavía se admite como supuesto el sistema; pero la dirección es distinta. Habíamos reconocido como un mérito del sistema frente a la totalidad, que en ésta los elementos son algo accesorio, y sólo interesa su conjunto, la posibilidad de concebirlo como tal conjunto organizado. Pero, en el sistema, los elementos pasan al primer plano, pues el sistema supera al conjunto.»

OTTO GIERKE se acerca a veces a la idea de que el organismo no es sino la idea de un sistema ideal. Cfs. la nota del § 3, D. Véanse también los siguientes pasajes del folleto de GIERKE «Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien», en la «Zeitschrift für die ges. Staatswissenschaft», 1874 (contra VAN KRIEKEN, «Ueber die sogenannte organische Staatstheorie», 1873):

Pág. 270: «Van Kricken siente la necesidad de destruir este fundamento, y aduce contra el mismo que, de ese modo, habría que considerar al Estado como producto de la naturaleza, cuando en verdad es un fruto de la actividad humana, una obra de la voluntad consciente y racional del hombre. Pero con este argumento incurre en una confusión funesta para su propia teoría, puesto que, con petición de principio, confunde el organismo con los productos de la naturaleza. Aun suponiendo que se decidiese la cuestión acerca de la voluntad libre para la existencia del Estado en sentido del autor, no quedaría probado con ello en modo alguno que el Estado no podía ser un organismo, sino que entonces se originaría la cuestión de si sobre aquellos organismos que produce la naturaleza inconsciente, no crea también la actividad de la voluntad humana — que no es sino la última fase de la evolución de la naturaleza, la naturaleza consciente — algún género superior de organismos.»

GIERKE explica que el Estado es un organismo jurídico:

Pág. 287: «Pues precisamente el contenido de la teoría orgánica del Estado es que, para el Derecho, existen dos clases de organismos, cuya diferencia específica consiste en que se den o no las características individualistas explicadas. Los únicos organismos naturales que interesan al Derecho, los hombres, son organismos simples del Derecho; son para éste lo mismo que los organismos elementales para la ciencia orgánica de la naturaleza; toda su vida interior, su composición y articulación, escapan plenamente al Derecho: desde el punto de vista jurídico, constituyen meras unidades, y sus miembros y sus órganos no son *nada*. Pero, además, afírmase la existencia de organismos, cuya vida nace de la unión de esencias jurídicas simples, que tienen para el Derecho la significación de un ser jurídico compuesto.»

Conceptos análogos repite en su trabajo «Das Wesen der menschlichen Verbände»:

Pág. 33: «La ciencia jurídica no tiene que vérselas con las unidades sociales de vida, sino en tanto que actúan en el Derecho; por lo cual tiene que proceder unilateralmente, pues la vida jurídica no es más que un aspecto, y no el más importante, de la vida en común. La ciencia jurídica debe darse cuenta de esta unilateralidad. Tiene que recordar en todo momento que las fuerzas vivientes de los organismos sociales se manifiestan más allá del Derecho en todos los movimientos de poder y cultura, y producen sus efectos más violentos independientemente del Derecho, y aun contra el Derecho.»

Por tanto, si lo esencial de los organismos sociales está más allá del Derecho, ¿cómo puede captarlos la ciencia jurídica? Estamos en presencia de la teoría de la doble naturaleza. De acuerdo con ella, dice GIERKE, «Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft», en «Schmollers Jahrbuch», 1883:

Pág. 1149: «Pues el Estado no es sólo un organismo jurídico, sino un organismo social natural y ético-espiritual, cuyo orden de existencia es orden jurídico, pero no sólo orden jurídico.»

Cfs. FRITZ SANDER, «Staat und Recht», págs. 245 y ss., especialmente págs. 267.

C: Cfs. GEORG JELLINEK, «System der subjektiven öffentlichen Rechte», págs. 28 y ss., y 223 y ss.

D: Cfs. GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre», págs. 542 y siguientes.

Al § 39. La necesidad de determinar el Estado como concepto jurídico-material, ha sido planteada por WALTER HENRICH, «Theorie des Staatsgebietes», págs. 12 y ss.

Al § 40. Cfs. GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre», páginas 544 y ss.

Al § 41. G: Cfs. OTTO MAYER, «Deutsches Verwaltungsrecht», 2.ª ed., t. I:

Págs. 97-8: «El supuesto de la eficacia de los actos de autoridad debidamente manifestados, es su legalidad. El acto ilegal es inválido, y no debe producir el efecto de Derecho que persigue, debe ser ineficaz; pero, tanto en el acto administrativo como en la sentencia, esto no aparece con tanta claridad sino en una especie determinada de la irregularidad jurídica: en el caso de la nulidad. El acto administrativo es nulo si el órgano de quien procede no es autoridad, o si no tiene competencia para dictar medidas de esa índole. En tal caso, no encarna la fuerza de la voluntad del Estado; su voluntad carece de eficacia. Allí donde la defectuosidad no va tan lejos, como en los casos de simple invalidez, el acto jurídico inválido se mantiene en vigor como si fuera válido; su eficacia dura hasta que pasa a examen de una autoridad competente, la cual, según la extensión de su competencia, puede declararlo inválido y anularlo, o, por lo menos, rehusar su observancia en ciertos casos concretos, como si no existiese. La invalidez en tales casos significa mera anulabilidad. Aquí se hace patente una vez más la diferencia de valor jurídico de las declaraciones de voluntad de la autoridad y de los simples particulares en el negocio jurídico. Éste es ineficaz si no se prueba su legalidad. Pero la autoridad, con tal obre en los límites de su competencia, atestigua al propio tiempo que existen todos los supuestos de la validez del acto por ella realizado. Este autotestimonio y la correspondiente eficacia del acto no pueden ser invalidados sino por una competencia superior.»

En una nota polemiza OTTO MAYER contra la formulación demasiado estrecha del principio de la negación del derecho de examen:

Pág. 98, nota: «Es una concepción demasiado estrecha todavía limitarlo a la negación del derecho judicial de examen. La fórmula justa debe ser otra: negación del derecho de examen a todo aquel a quien no le ha sido concedida expresamente una competencia en este sentido. Esto vale igualmente para las sentencias y los actos administrativos.»

Véase también FRITZ FLEINER, «Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts»:

Págs. 194-196: «Mientras en el Derecho privado se considera generalmente como nulo un negocio jurídico que tenga defectos jurídicos, en el Derecho público sólo se toman en consideración infracciones gravísimas de la ley para que produzca tal efecto. Unicamente se considera nula aquella orden que carece de algún elemento jurídico esencial. Considéranse elementos esenciales de todo orden: 1.º, que la autoridad de la cual emana la disposición sea competente en cuanto a la materia y en cuanto al lugar; 2.º, que la orden tenga la forma prescrita por la ley y haya sido dictada observando los preceptos esenciales sobre el procedimiento; 3.º, que sean cumplidas todas las condiciones jurídicas que la ley considera imprescindibles para una orden de la índole antedicha, y 4.º, que la orden disponga algo que sea de hecho y jurídicamente posible y que no contravenga ninguna ley prohibitiva. Si una orden no reúne uno de estos requisitos, entonces es nula. La orden nula no tiene validez jurídica ni siquiera en apariencia. Todos pueden considerarla como inexistente, tanto el Tribunal como el particular, el cual procede, en tal caso, por su cuenta y riesgo. No hay necesidad de una declaración formal y especial de nulidad, pero tampoco está excluída. Compete a la autoridad que ha dictado el decreto, así como al superior jerárquico, revocar de oficio la disposición nula, y el mismo resultado se obtiene mediante un recurso ante el Tribunal contencioso-administrativo. En cambio, si una orden está viciada de nulidad por otras causas, entonces sólo por una declaración oficial se le puede privar de la capacidad de producir efectos jurídicos. La orden irregular puede ser anulada, impugnada. Sin embargo, hasta que oficialmente se declare tal nulidad o revocación, la orden ha de ser considerada como dotada de validez jurídica. Esta anulación (impugnación) puede efectuarse bien de oficio, es decir, por revocación de la orden anulable que lleve a efecto la autoridad que la ha dictado o por el superior jerárquico en virtud de su poder de control, bien por decisión de la autoridad competente en el expediente incoado ante ella o recurriendo al procedimiento contencioso-administrativo en virtud de un recurso interpuesto por el ciudadano interesado.»

Pág. 199: «El hecho mencionado de preferir la declaración de anulación a la nulidad que sobreviene *ipso iure*, se explica en consideración a razones de carácter práctico. La seguridad jurídica estaría amenazada si cada autoridad y cada ciudadano tuvieran la facultad de considerar inexistente un acto público que tiene apariencia de legal.»

Véase en sentido contrario EDGAR LOENING, «Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts», 1884:

Págs. 122-23: «De la obligación que todo funcionario tiene de atender a su cargo, deriva... *c*) el deber de obediencia a sus superiores jerárquicos. Este deber no es ilimitado; hállase limitado por la obligación del funcionario de realizar las funciones propias del cargo, dentro de los preceptos de la constitución y de las leyes. De aquí resulta que, a reserva de que otra cosa dispongan las leyes, el funcionario no tiene obligación de obedecer sino aquellas órdenes e indicaciones de sus superiores jerárquicos que se hallen de acuerdo con la constitución y las leyes. No está obligado, y ni siquiera autorizado, a dar ejecución a las órdenes ilegales o inconstitucionales, y más bien está obligado a la inejecución de las mismas. La cuestión es en extremo discutida. Todo el mundo está de acuerdo en que la obligación del funcionario se reduce: 1.º, al cumplimiento de los deberes del cargo; 2.º, a la ejecución de las órdenes que le sean dictadas en forma legal; 3.º, a la realización de aquellos actos para los que posea competencia cuanto a la materia y cuanto al lugar. Contra esta concepción hay una doctrina muy extendida, según la cual el funcionario no tiene que examinar si el acto cuya ejecución le ha sido confiada daña o no materialmente al Derecho en vigor.» «Aun cuando el acto fuese ilegal en sí, el funcionario habría de obedecer la orden, y la responsabilidad no sería suya,

sino de quien la dictase» «Esto no es necesario, pero la ejecución de un acto ilegal no puede convalidarse sino por precepto jurídico positivo. Ahora bien, en el Derecho del Imperio no existe tal precepto, y no puede tampoco ser sustituído por consideraciones políticas como pretende LABAND, I, págs. 427 y ss.»

Véase PAUL LABAND, «Das Staatsrechts des deutschen Reiches», vol. II:

Págs. 461 y ss.: «Si, por otra parte, el funcionario no cumple las órdenes legales porque cree en su ilegalidad, comete una infracción del deber del servicio, un delito disciplinario, y se le puede hacer responsable criminal o civilmente por su omisión. El examen de la legalidad de todas las órdenes dictadas por los superiores jerárquicos ha de ser realizado por todos los funcionarios, pero por su cuenta y riesgo. Por eso es de gran importancia determinar hasta dónde ha de extenderse dicho examen. Si se le hiciese extensivo a la cuestión acerca de si el superior jerárquico había o no rectamente interpretado y aplicado los preceptos jurídicos vigentes, no sólo se destruirían los fundamentos de la jerarquía administrativa, sino que se realizaría una inversión de la misma.» *Pág. 462:* «Por el contrario, el deber de examen de los funcionarios se extiende tan sólo a la legalidad formal de los preceptos que le son dictados, y consta de tres cuestiones: ¿tenía competencia la autoridad que dictó el precepto para dictarlo? ¿Es competente el funcionario para realizar el acto cuya ejecución se le encarga? ¿Ha sido dictado el precepto en forma legal?» *Pág. 461, nota:* «En los escritos recientes de Derecho político se encuentra con frecuencia la doctrina según la cual el funcionario a quien se dicta una orden ilegal está obligado a recurrir ante la autoridad superior, pero con obligación de ejecutar la orden si su representación es ineficaz.» «Esta teoría, a pesar de haber hallado acogida en las constituciones de muchos pequeños Estados, no resuelve la cuestión, y más bien pretende eludirla, pero en vano. Una orden ilegal y nula en sí misma no puede convalidarse por el hecho de ser dictada dos veces; un funcionario a quien está prohibida la ejecución de la orden no puede tener luego la obligación ni el derecho de cumplirla, por el mero hecho de haber hecho constar su incapacidad ante la autoridad superior. Si la teoría tuviese verdadera validez, cada funcionario podría salvar su responsabilidad con una representación aparente ante la autoridad superior, o bien ésta podría añadir a sus órdenes la cláusula de que serán ineficaces todas las representaciones que le sean hechas por los inferiores jerárquicos. Por lo demás, ninguna autoridad estimaría adecuado estar discutiendo con sus inferiores si sus decisiones son conformes al Derecho y a las leyes, y por qué motivos.»

Véase también C. F. VON GERBER, «Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts», págs. 113 y ss.

I: Cfs. ADOLF MERKL, «Die Lehre von der Rechtskraft», passim.

Al § 42. E: OTTO GIERKE, «Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft»:

Pág. 1145: «Un tercer criterio distintivo de los órganos del Estado resulta del hecho de que entre ellos tiene que haber uno que sea el más alto, porque la unidad de la personalidad del Estado exige imperiosamente un órgano central unitario.»

Pág. 1147: «En verdad, la unidad de la comunidad es absolutamente compatible con la distribución de las funciones contenidas en el poder del Estado entre varios órganos, que representan inmediata e independientemente la personalidad del Estado. Lo incompatible con aquella unidad es únicamente la división mecánica de las funciones estatales en varias esferas del poder atribuídas a órganos separados como poderes independientes. Por eso precisa un órgano supremo que, en cuanto órgano central, participe esencial y directivamente en toda función del Estado. No está excluído, sin embargo, en modo alguno que este órgano soberano sólo pueda ejercer en ciertas direcciones el *poder indiviso e indivisible* del Estado juntamente con algún órgano no soberano. Precisamente en eso consiste la esencia del Estado constitucional, en el que el soberano no es, en efecto, el titular único del poder del Estado, sino que no se le reconoce más que como cotitular del mismo.»

Véase también GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre»:

Pág. 550: «La exigencia política de que la unidad del Estado se manifieste también en la unidad de un órgano supremo, porque de este modo los conflictos interiores son más fáciles de prever, conduce a menudo al principio falso de que se necesita concentrar en un órgano todo el poder jurídico del Estado.» «Es exacto, sí, que el Estado necesita una voluntad única, pero no lo es que esta voluntad haya de ser la de un solo órgano.»

Pág. 552: «Otra teoría que está en relación con la que acabamos de refutar, y que se encubre bajo el manto de un principio jurídico, es aquella que considera que la existencia del titular del poder del Estado está sobre todos los órganos del mismo. Dicho titular es el Estado, y no otro.»

Pág. 554: «Todo Estado necesita un órgano supremo. Este órgano es aquel que pone y conserva en actividad al Estado y posee el poder más alto de decisión. En todo Estado es necesario un órgano que dé impulso a la actividad total de aquél y cuya inacción habría de llevar consigo, por tanto, la paralización del Estado.»

Págs. 554-5: «Si una determinada constitución hubiera de tener dos órganos supremos iguales en poder, la consecuencia habría de ser la lucha permanente entre ellos, que concluiría con la victoria del uno o la aniquilación del Estado. Muéstralo lo que aconteció con la diarquía romana y las luchas entre el príncipe y las clases sociales en la Edad Media y Moderna.»

Cfs. también las notas a los §§ 45 y 46. Véase ADOLF MERKL, «Die monarchische Befangenheit der deutschen Staatsrechtslehre», en la «Schweizerische Juristenzeitung», fasc. 24, 1920.

Sobre la cuestión en torno acerca de la significación del principio «lex posterior derogat priori», véanse mis «Probleme der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», pág. 115, y el trabajo allí citado de ADOLF MERKL en el «Archiv des öffentlichen Rechts», t. 37, pág. 75.

Al § 43. Cfs. GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre», capítulo XVII, págs. 566-594; JULIUS HATSCHEK, «Allgemeines Staatsrecht», primera parte, págs. 67 y ss.

B: Acerca del concepto y naturaleza de la ficción en el Derecho, cfs. mi trabajo «Zur Theorie der juristischen Fiktionen», en los «Annalen der Philosophie», 1919, págs. 630 y ss.

E: Cfs. GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre»:

Págs. 582-3: «La representación formada de esta suerte se ha convertido en órgano de la voluntad del pueblo. Pueblo y representación del mismo forman, por tanto, jurídicamente, una unidad. En ambas formas de democracia, en la inmediata y en la representativa, el pueblo es órgano del Estado. Pero en aquélla la voluntad del órgano está formada por la unidad del pueblo en su totalidad, y en ésta mediante un órgano particular de la voluntad del pueblo. Esta misma relación se halla en las monarquías constitucionales existentes, que se distinguen de las democracias en que el pueblo no aparece en general como órgano inmediato, sino sólo con atribuciones menos amplias, y sobre todo, en que no es a él a quien corresponde el papel de órgano supremo del Estado, sino al monarca. Mas también en esta forma del Estado, el pueblo, considerado en su unidad, tiene el carácter de órgano de aquél, cuya voluntad se manifiesta en el parlamento. Pueblo y parlamento forman, pues, una unidad jurídica. El pueblo está organizado jurídicamente mediante el parlamento.»

Págs. 585-6: «En el Estado con constitución representativa, el pueblo, como elemento unitario del Estado, es al propio tiempo miembro activo u órgano colegial del mismo; o dicho de un modo más concreto, es aquella parte del pueblo al que, conforme a la constitución, le compete el ejercicio de un mayor o menor número de funciones políticas. Una parte de éstas las ejerce él mismo: las otras mediante delegación, la que al ser órgano del pueblo es al propio tiempo órgano del Estado. La representación del pueblo tiene, pues, el carácter de órgano secundario, esto

es, órgano de un órgano. El pueblo, como unidad, tiene el órgano de su voluntad en parte en la voluntad firme y ordenada de sus miembros, y en parte en la de sus delegados ; esto es : es en parte órgano primario, en parte órgano secundario. Obra como órgano primario el pueblo en el acto de la elección al escoger sus representantes ; y en verdad, el pueblo no es un puro órgano de creación cuya función y derecho concluyen con el nombramiento de sus representantes, como acontecía con la elección del emperador, por los príncipes electores, y la del Papa y los obispos en la Iglesia, la cual no crea ningún lazo jurídico, especialmente entre electores y elegidos, sino que desliga completamente a éstos de aquéllos, y aun los exalta sobre los electores. Más bien nace una relación permanente entre el representante y el pueblo en su unidad, a saber : una relación de órgano, que por su naturaleza puede ser una relación jurídica. Concuerda también la dependencia política permanente y normal de los elegidos para con los electores con la doctrina que hemos expuesto, y la teoría dominante se ve obligada a ignorarla como si fuese jurídicamente inapreciable. Este poder de la opinión pública, que no es medible jurídicamente, pero que políticamente tiene tanta fuerza, es causa de que, a pesar de que el elegido no necesite dar cuenta a sus electores, esté sometido siempre a la efectividad de su fiscalización. »

Págs. 589-90 : « En la doctrina que aquí mantenemos, lo más importante jurídicamente es que mediante ella se hacen comprensibles por vez primera fenómenos importantes de la vida de los Estados de estructura constitucional. La mayor parte de éstos tienen establecido, por lo que respecta a las Cámaras electivas, la renovación integral, y conceden a los gobiernos el derecho a disolverlas. Si, pues, el período legislativo ha terminado o las Cámaras han sido disueltas, ¿qué carácter tiene el Estado en el interregno hasta que tiene lugar una nueva convocatoria o elección? Según la doctrina dominante, tales Estados constitucionales serían al propio tiempo, de un modo intermitente, Estados absolutos ; lo cual no hay duda alguna de que es inexacto. Si el Reichstag alemán es disuelto o se convocan nuevas elecciones, no por eso falta al pueblo su órgano en el espacio de tiempo que media desde la conclusión de las sesiones hasta la terminación de las nuevas elecciones en el reino, sino que más bien puede decirse que la permanente institución legal de la organización electoral continúa existiendo ; y a su vez, el pueblo, como órgano primario, está allí para ejercer la actividad de órgano que le compete, cualesquiera que puedan ser las formalidades que haya que llenar para la preparación de la elección. »

F : Cfs. GEORG JELLINEK, « Allgemeine Staatslehre » :

Págs. 591-2 : « Los monarcas, por el contrario, son órganos primarios del Estado. Si las constituciones belga y rumana, siguiendo el modelo de la francesa de 1791, consideran al rey como representante de la nación, esto no tiene alcance jurídico alguno, pues el pueblo no puede nombrar al rey, desposeerlo, ni exigirle responsabilidad, por lo cual le falta toda posibilidad de aparecer frente a él como órgano primario. Aquellos principios constitucionales tienen sólo la significación de que mediante ellos se expresa el hecho histórico de la implantación de la dinastía por la elección de las Cámaras y se determina la competencia de la Corona. Tampoco en las monarquías basadas en principios democráticos tiene el Jefe del Estado por esta razón el carácter de representante del pueblo. »

Pág. 592 : « Si un funcionario ejerce su misión con independencia del Jefe del Estado, y por consiguiente, no está sometido a las órdenes de éste, entonces, en tanto que es independiente, es representante del Jefe del Estado y no órgano mediato de él. Allí donde, como acontece en los Estados Unidos, éstos no tienen un superior, y son nombrados, ya por sufragio del pueblo, ya por el poder ejecutivo, sin que éste ejerza sobre ellos influjo alguno, es manifiesto el carácter representativo del juez, los cuales en tales Estados son órganos inmediatos y secundarios de éste. Otra cosa acontece en los Estados en que los jueces se ven sometidos de un modo permanente al poder de la autoridad suprema que los nombra. En tales casos, tienen el carácter de órganos mediatos en cuanto sometidos a las facultades de la administración de justicia, y al declarar el derecho son representantes del jefe del Estado. Declarar el Derecho en nombre del monarca, quiere decir que el Juez obra como órgano secundario de éste, que su voluntad es de un modo inmediato la voluntad del monarca, así como la voluntad del representante del pueblo es voluntad del pueblo. »

Véanse también las págs. 673 y 677.

Al § 44. Cfs. J. C. BLUNTSCHLI, «Allemeine Staatslehre», libro VI, págs. 369-561; HERMANN REHM, «Allgemeine Staatslehre», §§ 42-47, págs. 180-197; RICHARD SCHMIDT, «Allgemeine Staatslehre», t. I, § 31, págs. 259-271; GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre», cap. XX, págs. 661-736; JULIUS HATSCHEK, «Allgemeines Staatsrecht», primera parte, págs. 5 y ss.

A: Cfs. GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre»:

Pág. 661: «Bajo el ascendiente enorme de Aristóteles, especialmente, se ha seguido tratando, hasta llegar a la época contemporánea, la doctrina de la división del Estado, doctrina que nos enseña a comprender la vida y suerte de éste partiendo de un centro inestable.»

Págs. 664-5: «Una de las ideas más geniales de la ciencia antigua del Estado fué el pensar que las formas de éste se identifican con las formas de la constitución. Hay cosas que siempre cambian en el Estado; pero hay ciertas relaciones abstractas de voluntad cuyo cambio apenas si es perceptible por los límites mismos en que tiene lugar. Y estas relaciones son como el andamiaje firme mediante el que se ordenan los mil elementos variables de cada Estado. Pero ¿cuál es el principio supremo para dividir las constituciones? La ciencia antigua partió para lograrlo del número de las personas directoras y de las cualidades éticas y sociales de éstas, con lo cual se introdujo precisamente un elemento indistinto y difícil de determinar en el principio de división, que en casos concretos puede dificultar la posibilidad de su aplicación. Los elementos que con seguridad científica son susceptibles de conocer, en todas circunstancias, de las relaciones de voluntad expresadas en la constitución, son los elementos formales, los cuales han de hallar su expresión, en virtud de la necesidad jurídica, en la vida del Estado. Estos elementos formales están libres de toda peculiaridad concreta; por esto sólo es posible una división científica, satisfactoria, de las formas del Estado como división jurídica. La cuestión de las formas del Estado se identifica, pues, con la de la distinción jurídica de las constituciones.»

Véase también LEONIDAS PITAMIC, «Plato, Aristoteles und die reine Rechtslehre», en la «Zeitschrift für öffentliches Recht», t. II, págs. 683 y ss.

B: Cfs. mi escrito «Vom Wesen und Wert der Demokratie», 1920. Véase FELIX WELTSCH, «Organische Demokratie», 1918, págs. 9 y ss.

C: Cfs. GEORG JELLINEK, «Allgemeine Staatslehre»:

Págs. 665-6: «El principio de distinción jurídica no puede ser otro que el del modo de la formación de la voluntad del Estado. Dos posibilidades jurídicas se dan aquí: o la voluntad suprema que pone en movimiento al Estado se forma según la constitución, mediante un proceso psicológico, esto es, natural, o por un proceso jurídico, esto es, artificial. En el primer caso tiene lugar la formación de la voluntad dentro de una persona física, y la voluntad del Estado, así formada, aparece al propio tiempo como voluntad física de una determinada individualidad. En el otro caso la voluntad del Estado se forma mediante un procedimiento jurídico, con las acciones voluntarias de una pluralidad de personas físicas, de modo que no aparece como la voluntad de una persona visible, esto es, de una determinada individualidad, sino como la voluntad de un *collegium*, es decir, como una voluntad que sólo tiene carácter jurídico. Las voluntades físicas y jurídicas nacen de la aplicación de principios de Derecho mediante un procedimiento constitucional previamente determinado. Éstas son las dos únicas posibilidades para una división suprema del Estado.»

D: RUDOLF SMEND, «Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform»:

Pág. 22: «La doctrina del poder político en el Estado suministra otro punto de apoyo. Si su esencia consiste en que mediante él se integra el Estado en una unidad, en un ser peculiar, en un todo, la peculiaridad del Estado tiene que fundarse en las características de estos factores de integración, y en éstos habrá que encontrar los verdaderos fundamentos para la clasificación de las formas del Estado,

según los diversos tipos de aquéllos. De ese modo resulta, indudablemente, una clasificación distinta de la tradicional y, especialmente, de la clásica y de las que con ella se relacionan ; expondremos brevemente de qué manera y por qué razones. El factor integrador puede ser, en primer término, esencialmente dinámico-dialéctico : en un proceso de compulsación y discusión de intereses y opiniones antitécas se obtiene de continuo la resultante de la dirección general de la voluntad política ; mediante las luchas de la opinión pública, elecciones, discusión parlamentaria, plebiscitos, etc. El Estado se integra, en primer término, en esta forma, en este proceso ; esto es lo que hace su característica, por oposición a todas las demás formas de Estado : el parlamentarismo es, por sí mismo, una forma estatal. »

Págs. 23-25 : « Todas las demás formas se distinguen del parlamentarismo en que el factor integrador decisivo es en ellas de naturaleza puramente estática. Así, por ejemplo, lo esencial de la Monarquía no es la naturaleza soberana de las relaciones más importantes de Derecho público, a diferencia del carácter corporativo de la República, sino el modo peculiar como se realiza la integración política. La Monarquía representa y simboliza los valores sobre los que se basa la comunidad del Estado, por su consistencia ; por lo cual representa lo que políticamente es, por esencial, indiscutible, como por ejemplo, la estructura territorial de los Estados particulares alemanes con anterioridad a 1918 en contraposición al derecho divino, el carácter de continuidad histórica en la política y el Estado — sólo una Alemania monárquica podía estimar como lo ha hecho la herencia de Federico el Grande y de Bismarck —, la variedad histórica de los valores que ella representa en el interior y en el exterior — en la Alemania monárquica, la oposición de Potsdam y Weimar es considerada como una oposición de países, no como una antítesis de Estado y otra comunidad cualquiera de cultura — ; finalmente, esa consistencia de la Monarquía determina que en la política exterior se conjuguen la dignidad histórica ante el extranjero y las amistades tradicionales, especialmente las solidaridades dinásticas. Aquí radica la verdadera función de la Monarquía, que, más aun que la teoría del Estado, ha sido expresada por la poesía alemana, al compararla con la bandera : al igual que ésta, la realeza es el símbolo de una suprema profusión de valores encarnados en una comunidad, de modo esencialmente estático. Lo contrario de la Monarquía como tipo de integración política es la democracia. Se ha trazado tantas veces el paralelo entre una y otra, que aquí basta hacer muy ligeras indicaciones. La democracia auténtica representa y es integrada por una serie de valores y verdades permanentes de carácter absoluto en un principio, y que la credulidad racionalista de tinte roussoniano localiza en la totalidad democrática del pueblo, pero que puede adoptar formas más concretas, como el « ethos » nacional de las grandes democracias ; así, por ejemplo, la doctrina de Monroe contrapone al « ethos » de la Santa Alianza, con sus actos de intervención, el desdeñoso *any principle satisfactory to themselves*. Sobre esta base se desarrolla la acción de la voluntad democrática, en su forma plebiscitaria — autoritaria, irresistible, representativa en sentido nacional y unificadora — ; una forma que, por lo demás, es correlato de la monárquica, y casi el reverso de la parlamentaria. »

E : Cfs. MAX WEBER, « Wirtschaft und Gesellschaft », págs. 26-27

Al § 45. A : Cfs. GEORG JELLINEK, « Allgemeine Staatslehre », págs. 661, 666 y ss.

C : Cfs. GEORG JELLINEK, « Allgemeine Staatslehre » :

Págs. 679-80 : « La nota esencial al monarca es la de representar el poder supremo del Estado, esto es, aquel poder que conserva a éste y le pone en movimiento ; visto más de cerca, consiste en una esfera libre, limitada por las leyes, pero no en cuanto a su contenido, y propia para dar una dirección a las acciones del Estado : sancionar las leyes, decidir libremente lo que debe ser Derecho, disponer asimismo de libre facultad en lo que respecta a las relaciones internacionales, acordar los tratados sobre la guerra y la paz, gozar del mando supremo del ejército, del nombramiento de los ministros y otros funcionarios y del derecho de gracia, constituyen una competencia, positiva y no ficticia del monarca. En este orden de cosas tiene también el monarca un verdadero derecho libre de mandar, que no existe allí donde la obligación está contenida dentro de la ley. Sólo en el sentido de que la organización del Estado es hoy legal, puede considerarse que la ley necesita ser el contenido de la voluntad del monarca, si bien de manera permanente ha de considerarse como fruto de la voluntad del legislador. Sólo en este sentido,

decimos, se puede hoy afirmar que el poder del Estado está contenido potencialmente en el monarca; claro es que este monarca no es el monarca real vivo, sino la institución abstracta. En tanto que este poder supremo, que pone y conserva en actividad al Estado, descansa en unas solas manos, se trata de una Monarquía, cuyos poderes persiguen siempre fines estatales. La Monarquía goza de tan grande facultad de adaptación a las más diversas circunstancias sociales, que resultan conciliables con el concepto y naturaleza de la Monarquía las mayores distinciones en la medida real del poder político del monarca. La actividad que compete al monarca de poner en movimiento al Estado, puede ir unido lo mismo al poder más amplio de la vida de éste que al menos comprensivo; sólo hay una nota común a todas las monarquías: con el quebrantamiento del poder monárquico, el Estado sería destruído al punto en sus funciones más importantes y caería en la anarquía.»

Véase EDMUND BERNATZIK, «Republik und Monarchie», 2.ª ed., 1919, pág. 44.

D: Cfs. C. F. VON GERBER, «Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts»:

Págs. 83-4: «El derecho de ser monarca en algunos Estados alemanes es un derecho hereditario, no impuesto desde fuera, de los príncipes alemanes; es un derecho cuyo origen se halla en las mismas familias dinásticas; contenido en germen en los derechos patrimoniales de los antiguos príncipes, se ha ido desarrollando por lenta evolución hasta llegar a la forma actual. La antigua soberanía en Alemania era una suma de derechos de soberanía, que en conjunto eran poseídos por el príncipe, como sujeto de un poder patrimonial extensivo a la población y el territorio; una y otro estaban localizados en la esfera jurídica de sus príncipes. Esta situación ha variado plenamente mediante un proceso evolutivo, lento en un principio y de ritmo acelerado en los últimos tiempos. La población y el territorio ya no pertenecen a la esfera patrimonial del príncipe, los súbditos forman parte del pueblo unificado con conciencia nacional, de él procede en las nuevas leyes constitucionales el Estado como organismo personal independiente, y el soberano ha cambiado su situación de sujeto de derecho superior al Estado, por la del órgano supremo de voluntad en el Estado. Pero por grande o importante que haya sido esta variación del contenido del derecho de los príncipes alemanes, no ha perdido por eso la solidez y firmeza de un derecho individual histórico; ha variado radicalmente su derecho propio originario, siguiendo la evolución política del pueblo con el que está unido, más no ha perdido el fundamento jurídico de su existencia; aun dentro del nuevo Estado, el derecho del monarca alemán conserva el numen y dignidad del viejo derecho hereditario de los príncipes.»

Véase también OTTO GIERKE, «Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien»:

Pág. 325: «El monarca no aparece como un miembro ordinario del Estado, al que tan sólo la constitución estableciese como órgano capital de la vida estatal, sino que es precisamente la cabeza del cuerpo del Estado, un miembro particularmente calificado, un miembro esencial, llamado por su naturaleza íntima a desenvolver una actividad notable en servicio de la comunidad. El Derecho público estatuye y delimita la condición del monarca, concediéndole un derecho propio en el Estado, y por lo cual queda investido de una personalidad parcial sobresaliente, dentro de la personalidad colectiva. Si se caracteriza este derecho del monarca, siguiendo el uso histórico, como soberanía, téngase presente que esta soberanía (en tanto que es más que la mera representación de la soberanía del Estado) no tiene sentido ni frente al Estado ni frente al Derecho, sino solamente frente a los restantes miembros del Estado. El derecho de la corona no es, como por ejemplo, el del oficio público supremo en el Estado liberal, un derecho al cargo, sino un derecho propio, lo mismo que el de ciudadanía o el de una clase social; por eso precisa tratarlo en el sistema del Derecho político entre los elementos fundamentales del cuerpo estatal, y no puede ser remitido, por ejemplo, a la doctrina de la organización del Estado.»

Véase del mismo, «Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft»:

Pág. 1136 : « El monarca no es meramente el órgano supremo del Estado, sino la cabeza jurídica de la nación. El Derecho público le reconoce una situación única dentro del cuerpo estatal, una significación específica y peculiar para la comunidad, un valor personal incomparable. No es un mero miembro del Estado que estuviese llamado por la constitución al ejercicio de determinados derechos de soberanía estatal, sino que su cualidad de miembro se distingue esencialmente de la de todos los demás. Así como todo ciudadano tiene un derecho propio en el Estado a su calidad de miembro del mismo, así también el monarca posee un derecho propio a ser cabeza del Estado. Este derecho, que puede considerarse como un derecho potenciado de ciudadanía, es el fundamento de su designación como órgano supremo del poder político. »

Es decir, para estos autores, la condición jurídica del monarca no deriva de las leyes positivas, sino de su naturaleza.

Cfs. EDMUND BERNATZIK, « Republik und Monarchie », págs. 29 y siguientes.

E : MAX WEBER, « Wirtschaft und Gesellschaft », pág. 401.

G : Cfs. EDMUND BERNATZIK, « Republik und Monarchie » :

Pág. 30 : « En la Monarquía existe un derecho complejo dividido entre el Estado y el monarca ; en el Derecho germánico hay y hubo miles de casos análogos. Es de la misma naturaleza que los innumerables derechos privados a los oficios, que tan frecuentes eran en otros tiempos, por ejemplo, los cargos de corregidor y de juez hereditarios, los de juez u oficial adquiridos por compra, y de los que todavía queda algún caso en el Derecho moderno, como los poderes judicial y de policía que se tienen en propiedad, o los beneficios eclesiásticos en Derecho canónico. Los titulares de todos estos oficios tienen un derecho al cargo y sus rentas semejante al de propiedad, a pesar de lo cual son órganos de la comunidad. »

Véase ADOLF MERKL, « Das Kriterium von Republik und Monarchie », en la « Zeitschrift für Verwaltung », t. 56, 1923, págs. 63 y ss.

Al § 46. A : Cfs. HERMANN REHM, « Allgemeine Staatslehre », pág. 191 ; GEORG JELLINEK, « Allgemeine Staatslehre », pág. 667.

B : Cfs. GEORG JELLINEK, « Allgemeine Staatslehre », págs. 696 y siguientes.

C : Como un ejemplo de cómo trata de interpretar la doctrina de la Monarquía constitucional la realidad jurídica, recurriendo a la terminología y esquemas de la Monarquía absoluta, cfs. C. F. VON GERBER, « Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts ». Si bien GERBER presupone (pág. 143) que « el derecho de legislación corresponde al monarca juntamente con los estamentos » y (pág. 188) que « ninguna disposición del monarca en asuntos de gobierno tiene eficacia jurídica si le falta la contrafirma del ministro responsable », declara, sin embargo, en otra parte :

Págs. 73-5 : « El monarca es el órgano supremo de voluntad en el Estado. Su voluntad vale como voluntad general, como voluntad del Estado. El monarca encarna la personalidad abstracta del poder del Estado. Y tanto con arreglo al Derecho de la antigua constitución federal como según las constituciones de algunos Estados alemanes, la representación de la voluntad del Estado en la voluntad del monarca debe extenderse a toda la superficie indivisa del poder público. Por tanto, lo que en potencia puede jurídicamente el poder del Estado, es también el contenido del derecho de voluntad del monarca, y alcanza en ésta su plena realización ; así como el derecho de soberanía del Estado se convierte en sus manos en derecho personal de soberanía, así también el deber del ciudadano para con el Estado se convierte en deber personal de lealtad para con el monarca. »

Pág. 75 : « Pero particularmente allí donde la voluntad del monarca está condicionada por el supuesto del asentimiento de los brazos o estamentos, el valor jurídico de esa voluntad comienza en el momento en que ha aceptado, a su vez, el asentimiento de los brazos. »

Pág. 121 : « Según eso, el Estado necesita todavía un órgano especial que realice estas dos misiones : asegurar la legalidad del gobierno y dar expresión directa y eficaz a las convicciones éticas del pueblo. Este órgano está constituído por la representación de los países, cuya misión no es dominar, sino limitar en cierto sentido la voluntad soberana del monarca, la cual alcanza su existencia jurídica en el momento que hace suya la voluntad de los representantes de los países, si la constitución así lo exige. »

Págs. 124-5 : « Su misión consiste en hacer efectiva la participación efectiva del pueblo en la determinación de la voluntad del Estado, bajo la voluntad soberana del monarca. »

Págs. 125-6 : « Tienen derecho a participar en la legislación, hasta el punto de que ninguna ley es posible sin su aprobación ; tienen derecho a participar en la fijación del presupuesto y, de modo especial, ningún impuesto o tributo puede fijarse sin su consentimiento ; requiérese su aprobación para cuanto se refiere a la deuda pública o enajenación de bienes del Estado ; además, tienen derecho de queja, iniciativa y petición, extensivo a todos los dominios de la pública administración ; pueden acusar a los ministros, y todavía deben recordarse algunas competencias para ciertos casos, como en la sucesión al trono, nombramiento de regencia y otros asuntos que pueden afectar extraordinariamente al interés público. Pero la totalidad de estos derechos no debe estar distribuída de tal modo que se destruya la unión de todo el poder del Estado en las manos del monarca ; su distribución no debe tener otro sentido que el de que el monarca necesite del consentimiento de los estamentos o brazos para ejercitar ciertos derechos. »

Por otra parte, tiene que conceder GERBER que la « voluntad del Estado » nace « mediante la actuación de sus dos órganos » — monarca y parlamento (estamentos o brazos) — (pág. 139). Puesto que GERBER no reconoce más órganos del Estado que el parlamento y el monarca, niega a los funcionarios, incluyendo a los ministros, el carácter de órganos estatales.

Pág. 108 : « Éstos son servidores y auxiliares del monarca ; inspiran sus actuaciones públicas en la voluntad de aquél, en tanto que ésta aparece — cumplidos ciertos requisitos de forma — como ley, decreto o instrucción, como voluntad del Estado. Éste es el punto de vista que sirve para determinar el concepto de empleado público. »

Es notoria la contradicción entre el hecho jurídico que se interpreta y la ideología que sirve de esquema interpretativo. Y esta contradicción es la nota característica de la teoría constitucional.

Cfs. también GEORG JELLINEK, « Allgemeine Staatslehre » :

Pág. 683 : « De aquí este principio : si bien es inexacto que todo poder corresponda necesariamente al rey, sí es cierto, respecto de todas las monarquías, incluso de las que han dado cabida en sus constituciones al principio democrático, que todas las funciones del Estado tienen su punto de partida y, por tanto, su punto de unión, en el monarca. »

Pág. 683 : « En las monarquías no precisan, por tanto, todos los demás órganos estar subordinados de un modo necesario al monarca ; pero sí necesitan al menos depender de él en el sentido de la dirección de su actividad ; su funcionamiento ininterrumpido y la prestación de fuerza de ley a sus acuerdos han de depender de su voluntad. »

Pág. 699 : « La Monarquía constitucional es un tipo de Estado unitario, a diferencia de la Monarquía estamentaria, que es dualista. Junto al rey, y sobre el rey, dotado de la *maior potestas*, está el parlamento o las cámaras como órgano inmediato del Estado. »

Al § 47. Cfs. JULIUS HATSCHEK, «Allgemeines Staatsrecht», segunda parte. GEORG MEYER, «Das parlamentarische Wahlrecht», 1901.

Al § 48. Cfs. JULIUS HATSCHEK, «Allgemeines Staatsrecht», segunda parte.

B: Cfs. CARL SCHMITT, «Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus», 1923, págs. 24 y ss., y 37 y ss.

C: Cfs. C. F. VON GERBER, «Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts», pág. 136.

E: Cfs. mi escrito «Das Problem des Parlamentarismus», Viena, 1925; CARL SCHMITT, «Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus», y la bibliografía allí citada. Véase especialmente

Págs. 9-10: «El interés científico de la presente investigación... se dirige a investigar la médula de la institución del parlamento moderno. Ella mostrará cuán incomprensible es ante los ojos de las ideologías políticas y sociales hoy dominantes, la base sistemática de que nació el moderno parlamentarismo; hasta qué punto la institución ha perdido sus supuestos espirituales y sociológicos, y cómo se mantiene meramente como un aparato vacío, en virtud de una inercia puramente mecánica, *mole sua.*»

Págs. 22-24: «La *ratio* del parlamento consiste, según la acertada expresión de RUDOLF SMEND, en el momento dinámico-dialéctico, esto es, en el proceso de compulsación y discusión de intereses y opiniones antitéticas, que arroja como resultado la voluntad estatal justa. Por tanto, lo esencial del parlamento es la pública conversación de argumentos y contraargumentos; de primera intención, no precisa pensar en la democracia. GUIZOT, representante típico del parlamento, ha suministrado también su argumento más típico: partiendo del Derecho (como antítesis del poder) cuenta las siguientes notas esenciales características del sistema que garantiza la soberanía del Derecho: 1.ª que los *pouvoirs* están obligados en todo momento a discutir y, por tanto, a buscar en común la verdad; 2.ª que la publicidad de toda la vida política coloca a los *pouvoirs* bajo el control de los ciudadanos; 3.º que la libertad de prensa impulsa a los ciudadanos a buscar por sí mismos la verdad y decírsela al *pouvoir*. Por consiguiente, el parlamento es la escena en la que se juntan y alcanzan público imperio las partículas de razón diseminadas y desigualmente repartidas entre los hombres. Todo esto parece un ideario típicamente racionalista. Pero sería incompleto e inexacto definir el moderno parlamento como una institución nacida del espíritu racionalista. Su justificación última y la evidencia que en su época alcanzó, debiéronse a que este racionalismo no era absoluto e inmediato, sino relativo en un sentido específico. Contra la afirmación de GUIZOT había objetado MOHL: ¿quién nos asegura que los poseedores de esas partículas de razón se hallan precisamente en el parlamento? La respuesta se hallaba en la idea de la libre concurrencia y de la armonía preestablecida, que aparecen en la institución del parlamento y en general en la política, bajo formas que apenas permiten reconocerlas muchas veces. Es necesario mirar al liberalismo como un sistema metafísico amplio y consecuente. De ordinario no se discuten sino las consecuencias económicas que derivan de sus premisas de libre concurrencia económica de los particulares, libertad de contratación, de comercio y de industria, armonía social de los intereses y principio del máximo enriquecimiento. Pero esto no es más que un caso particular de aplicación del principio general del liberalismo. Responde a lo mismo decir que de la libre lucha de opiniones resulta la verdad, como que de la libre concurrencia surge la armonía social. En eso consiste la médula espiritual de este pensamiento, su específica relación con la verdad, convertida en mera función de una eterna libre concurrencia de opiniones. Por relación a la verdad, significa la renuncia a un resultado definitivo. Esta discusión eterna ha sido conocida del pensamiento alemán en la noción romántica del *ewigen Gespräch*, del eterno conversar; anotemos de paso que la oscuridad que reina en las concepciones corrientes acerca de la política romántica alemana, calificada de antiliberal y conservadora, denuncian esta conexión. Las libertades de palabra, de prensa, de reunión y de discusión, no son, por tanto, tan sólo cosas útiles y convenientes, sino autén-

ticas cuestiones vitales del liberalismo. GUIZOT, al enumerar las tres características del parlamentarismo, ha citado la libertad de prensa como tercer momento esencial, junto a la publicidad y la discusión. Se ve fácilmente que la libertad de prensa no es más que un medio de la discusión y la publicidad, y no un momento verdaderamente autónomo. Pero es el medio característico de las otras dos notas esenciales, y así se justifica el que GUIZOT la destaque con tan singular relieve. Una vez reconocida en sus justos términos la importancia capital que adquiere la discusión en el sistema liberal, obtienen también la importancia que merecen dos postulados políticos característicos del racionalismo liberal, los cuales salen de la confusa atmósfera de los tópicos y de las razones tácticas del oportunismo político, para ascender a la región de la claridad científica: el postulado de la publicidad de la vida política y la doctrina de la división de poderes o, mejor, la doctrina del sistema de frenos y contrapesos de las fuerzas opuestas, como condición para obtener el justo equilibrio.»

Págs. 27-8: «La libertad de opinión pertenece a los particulares, y es necesaria para la concurrencia de la que resulta la armonía preestablecida. En el moderno parlamentarismo, esta creencia se une, en la opinión pública, con una segunda representación institucional: el equilibrio de las distintas actividades e instancias estatales. Y también en esta idea influye la representación de una cierta concurrencia, que arroja un resultado justo.»

Pág. 29: «Bajo la sugestiva influencia de una tradición de compendios, que ha banalizado la teoría de MONTESQUIEU de la división de poderes, se ha acostumbrado a no ver en el parlamento más que una parte de las funciones estatales, contrapuesta a las otras partes (poder ejecutivo y justicia). Pero el parlamento no sólo es un miembro del equilibrio, sino que ha de ser a su vez equilibrado, precisamente por ser poder legislativo. Esto se basa en un modo de pensar que crea siempre una pluralidad, para reemplazar la unidad absoluta por un equilibrio conseguido por una dinámica inmanente, en un sistema de transacciones. Pero el poder legislativo no sólo es interiormente equilibrado y dividido por el sistema bicameral o por las instituciones federalistas, sino que dentro de cada cámara se pone en función, a consecuencia de un peculiar racionalismo, un nuevo sistema de equilibrio de intereses y opiniones. La esencia del parlamento requiere una oposición: hay una metafísica del sistema de los dos partidos.»

SCHMITT distingue entre un racionalismo absoluto y otro relativo, de los cuales el primero rechaza esta teoría del equilibrio y conduce a la «dictadura de la razón»:

Pág 33: «A los dos es común la identificación de ley y verdad; pero el racionalismo relativo limita la teoría del equilibrio al parlamento y la legislación, si bien dentro de ésta ha de conformarse a su vez con una verdad relativa. Por eso el equilibrio ideológico logrado por la contraposición de opiniones no puede extenderse nunca a las cuestiones absolutas relativas a la concepción del mundo y de la vida, sino que ha de limitarse a aquellas cosas que por su naturaleza relativa son aptas para un proceso semejante. Las antítesis contradictorias suprimen el parlamentarismo, y su discusión presupone un fundamento común e indiscutido. Ni el poder del Estado ni convicción metafísica alguna pueden tener evidencia inmediata; todo tiene que averiguarse en el proceso intencionadamente complicado del equilibrio. Pero el parlamento es la escena en la que se delibera, es decir, en la que se obtiene la verdad relativa mediante un proceso discursivo, por la discusión del argumento a favor y en contra. Así como para el Estado es necesaria una multiplicidad de poderes, así también una corporación parlamentaria requiere una multiplicidad de partidos.»

Y, finalmente:

Págs. 39-40: «Comisiones reducidas, insignificantes, de los partidos y sus coaliciones, deciden a puerta cerrada; y lo que acuerdan en pequeño comité los representantes de los intereses grancapitalistas, es para la suerte cotidiana de millones de hombres, de mayor importancia quizá que todas las decisiones políticas. El moderno parlamentarismo, la exigencia de control y la creencia en la publicidad, han nacido en lucha con la política secreta de los príncipes absolutos; el sentimiento de libertad y justicia de la humanidad se alzó contra una práctica de arcanos, que decidía en acuerdos secretos el destino de los pueblos. Pero ¡cuán inofensivos e idílicos nos parecen hoy los objetos de aquella política de Gabinete de los siglos XVII y XVIII, en comparación con los destinos con los que hoy se juega,

y que son objeto de toda suerte de misterios! Ante este hecho, la creencia en la pública discusión tiene que sufrir desilusiones terribles. Seguramente, hoy habrá muy pocos hombres que quieran renunciar a las viejas libertades liberales, a la libertad de palabra y de prensa. No obstante, en todo el Continente europeo habrá también muy pocos que crean que esas libertades subsisten en el momento en que puedan poner en peligro a quien detenta en un momento dado el poder. Y todavía habrá menos que crean que la legislación y la política justas y verdaderas nacen de los artículos periodísticos, de los discursos de mitin y de los debates parlamentarios. Sin embargo, creer todo eso es creer en el parlamentarismo. Si la publicidad y la discusión se han convertido en la realidad efectiva de la práctica parlamentaria, en una formalidad vacua y nula, tenemos la prueba de que también el parlamento, tal como se ha desenvuelto hasta ahora como institución, ha perdido su sentido y sus supuestos sociológicos y espirituales. »

La argumentación de SCHMITT no es exacta sino bajo el supuesto de que el fundamento espiritual del parlamentarismo es, en efecto, el principio metafísico de la armonía preestablecida, que es una idea absoluta. Pero el propio SCHMITT inutiliza su razonamiento partiendo, por una parte, de este supuesto, y rechazando el parlamentarismo por la razón de que de los debates parlamentarios no puede nacer la verdadera y justa legislación o política; sin perjuicio de lo cual tiene que reconocer, por otra parte, el carácter fundamentalmente relativista de la ideología democrático-parlamentaria.

Véase también OSWALD SPENGLER, « Der Untergang des Abendlandes », t. II, y OTTO KOELLREUTTER, « Die Staatslehre Oswald Spenglers », 1924.

Cfs. ERNST VIKTOR ZENKER, « Der Parlamentarismus, sein Wesen und seine Entwicklung », 1914, págs. 22 y ss., 35, 99 y ss.

Sobre el problema de la representación por clases véanse HEINRICH HERRFAHRDT, «Das Problem der berufsständischen Vertretung von der französischen Revolution bis zur Gegenwart », 1921, páginas 36, 47, 53, 55 83 y ss. EDGAR TATARIN-TARNHEYDEN, «Die Berufsstände, ihre Stellung im Staatsrecht und die deutsche Wirtschaftsverfassung », 1922, especialmente pág. 239.

Al § 49. Cfs. ADOLF MERKL, « Demokratie und Verwaltung », 1923, y la bibliografía allí citada.

A : Cfs. HERMANN REHM, « Allgemeine Staatslehre », págs. 180 y 181 ; RICHARD SCHMIDT, « Allgemeine Staatslehre », págs. 259 y ss., especialmente

Pág. 261 : « En el momento en que se reconoció que la segunda función capital, el gobierno, no es sólo una ejecución mecánica de la voluntad de la ley (como creyeron, por ejemplo, LOCKE y MONTESQUIEU), sino un despliegue de voluntad libre y creador, dentro de los límites de la ley, se vió con toda claridad que en el gobierno no es posible la cooperación de varios órganos. Los actos del gobierno o administración central tienen que realizarse de modo continuo y a veces de improviso, si no se quiere detener y aun paralizar totalmente la actividad y la vida del Estado. Por tanto, el nacimiento de un acto de gobierno no puede depender de la coincidencia de varias voluntades, sin hacerlo tampoco un juego de azar. Para nombrar un nuevo ministro, para confirmar en sus puestos a determinados funcionarios administrativos inferiores, para tomar acuerdos ante una complicación bélica o ante una alteración del orden público, para adoptar medidas protectoras del comercio o para mejorar la situación del país, para construir una nueva carretera, etc., en todo esto no puede intervenir con decisión sino una voluntad — la del monarca

o la del grupo oligárquico — ; y aunque hay veces que parece que interviene otro órgano — un parlamento, una asamblea popular —, éste no realiza sino la tercera actividad funcional mencionada : el control o fiscalización de que el gobierno se mueve dentro de los límites del Derecho. »

Al § 51. Cfs. mi escrito « Vom Wesen und Wert der Demokratie », 1920 ; véase también ADOLF MENZEL, « Demokratie und Weltanschauung », en la « Zeitschrift für öffentl. Recht », t. II, 1924, págs. 701 y ss.

ÍNDICE ALFABÉTICO

Abolición, 433.
Absolutismo metafísico, 41, 472 y s.
Acción, 64.
— recíproca, 9.
Acta constitucional, 331.
Actio, 201, 208.
— *popularis*, 237.
Actividad libre del Estado, 511.
— reglada del Estado, 511.
Acto administrativo, teoría del, 117.
— de autoridad, 359, 381 y ss., 515.
— — teoría de la autolegitimación del, 381 y ss.
— coactivo, 54, 56, 62 y ss., 67, 183, 201, 208, 218, 280, 312, 317, 342 y ss.
— — condicionado, 62.
— — estatal, 53.
— complejo, 367 y s.
— de creación, formas del, 363.
— de ejecución, 342.
— de elección, 437.
— del Estado, 97, 347, 358.
— — — como acto de coacción, 70.
— — — en sentido jurídico material, 70.
— estatal de autoridad, 358.
— — imperativo, 200.
— incompleto, 368.
— irregular, 371.
— jurídico inválido, 515.
— legislativo, 365, 367.
— orgánico compuesto, 364.
— principal, 366.
— de publicación, 369.
— secundario, 366.
Actos administrativos, 116, 311, 493, 515.
— — locales, 237.
— anulables, 382.
— comunes a dos Estados, 270 y ss.
— diplomáticos, 183.
— estatales, 313, 342, 344, 359.
— — extranjeros, 184.
— de gobierno, 321, 527.
— irreformabilidad de los, 386 y s.
— judiciales, 387.
— jurisdiccionales, 116, 311.
Actos locales de ejecución, 236.
— nulos, 382.
— — y actos anulables, 359 y ss.
— orgánicos, 346.
— públicos, presunción de juridicidad a favor de los, 114.
— de soberanía en territorio de otro Estado, 183.
Acuerdo normativo, 258 y ss.
Adler, Max, 488.
Administración, 115, 275, 301, 309 y ss., 509 y ss.
— autónoma, 241, 507.
— — y administración estatal, 240, 505.
— autoritaria, 248.
— central, 244.
— común, 271.
— y constitución, 510.
— democrática, 462.
— democratización de la, 459 y ss.
— y Derecho, 309.
— directa por el Estado, 312 y ss.
— del Estado, 241.
— estatal y administración autónoma, 240.
— — indirecta, 311.
— facultades discrecionales de la, 116.
— federal, 288.
— — directa e indirecta, 289.
— como función individual, 302.
— y gobierno, 319 y ss.
— indirecta, 288.
— judicialidad de la, 322.
— como jurisdicción, 311.
— y jurisdicción (justicia), distinción entre, 316 y ss.
— como libre actividad del Estado, 317 y ss.
— local, 244, 246.
— separación de la jurisdicción, 339 y ss.
Adopción, 209.
Affolter, A., 508.
Aire libre, 182.
Alianzas, 268.
— uniones administrativas, 267.
Alma colectiva, 12.

Alma del Estado, 13, 17.
— de las masas, 11 y s.
Alta cámara, 445.
Alta mar, 183.
Ámbito espacial de validez de normas, 281.
— — — del orden estatal, 180 y ss.
Anarquía, 4.
Anarquismo, 36 y ss., 45, 47.
— colectivista, 37 y s., 40.
— nihilista, 48.
Antijuridicidad, 67 y s., 344.
Antinomia de ser y deber ser, 167.
Antítesis, tendencia política de la, 114.
Anulabilidad, 360 y s., 382, 515.
— de una orden, 516.
Anulación de actos, 370.
Anschütz, Gerhard, 510 y s.
Aparato coactivo, 33, 68, 183.
— estatal, 310, 357.
Arbitrio judicial, 166.
Aristocracia, 408, 434, 488.
Asamblea constituyente, 331.
— popular, 401, 416.
Asociación activa, 506.
— pasiva, 506.
Asociaciones masculinas, 31.
— religiosas, 177.
— — privilegio de las, 178.
Autarquía, 149, 155.
Autocefalia, 417.
Autocracia, 113, 141, 200, 207, 220, 408 y ss., 414, 417, 422, 464, 470 y ss.
— y democracia, 405.
— industrial, 470.
— pura, 416.
Autodeterminación, 411.
Autolegitimación de los actos jurídicos, 361.
Autolimitación, 160.
— del Estado, 100, 102.
Autonomía, 237 y ss., 434, 506.
— administrativa, 505 y s.
— y autocracia, 239.
— constitucional, 273 y ss.
— forma continental de la, 239.
— municipal, 460.
— política, 507.
— privada, 201, 208, 463.
Autoobligación de Dios, 102.
Autoridad, origen de la, 31.
Autoridades, 358.
— administrativas, 311.
— centrales administrativas de la unión, 288.
— — derecho de las, 235.
— judiciales locales, 237.
— locales, 235.
— organización autocrática de las, 379, 383.
Ayuntamiento, 243.

Bárbaros, 157.
Bernatzik, Edmund, 522 y s.
Binder, 491.
Biología, 484.
— del Estado, 15.
— patriótica, 486.
— política, 482.
— social, 13, 16.
Bluntschli, J. C., 478, 490, 495, 501 y s., 520.
Bodin, Jean, 149 y ss.
Bolchevismo, 464 y ss.
Brazos, 427, 488.
Buber, Martin, 488.
Burguesía, 42 y s., 205.
— como «no clase», 489.

Caja del Estado, 354.
Cámara alta, 434.
— de los Estados, 231, 286.
— de los países, 286, 445.
— popular, 434.
— — de los Estados federales, 286.
Cambio de constitución, 332.
Capitalismo, 469.
Cargos honoríficos, 353.
Carta municipal, 253.
— otorgada, 429.
Castigo, 56.
Causalidad, 64.
Centralización, 214 y ss., 217 y ss.
— de la creación de normas individuales, 219.
— parcial, 224.
— total, 220.
Ciencia, libertad de la, 202.
Círculo propio de acción de los municipios, 505.
Circunscripciones, 437.
— administrativas, 236.
— electorales, 439.
— judiciales, 236.
Ciudadanía, 208 y ss., 281 y ss.
— adquisición y pérdida de la, 131, 209, 496.
— pérdida de la, 209.
Ciudadanos, 196, 210.
Civitas dei, 4.
— *diaboli*, 4.
— *maxima*, 162, 172, 224, 256.
Clase, 488, 490.
Clérigos, retribución de los, 177.
Clero, 488.
Coacción, 22, 30, 40, 62, 129, 163.
— administrativa, 311.
— externa, 30.
— interna, 30.
Cociente electoral, 443.
Cohen, Hermann, 347, 486, 514.
Colocación, 355.
Colonias, 249 y ss.
Comarca, 248.
Comisiones parlamentarias, 447.
Competencia, 200.
— central, extensión de la, 272 y ss.
— concepto de, 194.
— constituyente, 273.
— — de los Estados miembros, 274.
— estatal, 53 y ss.
— local, 248.

Competencia municipal, 246.
Complejos del obrar en común, 25.
Compromiso, 413, 442.
— político, 453.
Compromisarios, 438.
Comunidad internacional de base contractual, 229.
— — como orden jurídico parcialmente descentralizado, 230.
— jurídica centralizada, 215.
— — descentralizada, 215.
— — internacional, 224.
— — — grado de, 229.
— — — como super-Estado, 186.
— — — universal, 229, 256.
Comunidades administrativas locales, 238.
— estatales, 153.
— no estatales, 155, 161.
— — su diferenciación de las estatales, 153.
— no soberanas, 154.
Concepción materialista de la historia, 27.
Conciencia, libertad de, 202.
Concordatos, 179.
Condición jurídica, 62.
Condominio, 184, 500.
Condorelli, Orazio, 477.
Conducta, 63.
— humana, 63 y s., 67, 83 y s., 180, 190, 197, 207, 214, 276, 279, 345.
— jurídica, 313.
Confederación, 254 y s., 267.
— de Estados, 226, 231, 272 y ss., 281.
— — ejecución de la, 275 y ss.
— — legislación en la, 275 y ss.
— personalidad jurídica de la, 265.
Confiscación, 206.
Conflictos de competencia, 246.
Consecuencia condicionada, 65, 218.
— jurídica, 62, 64, 344.
Consejo confederal, 227.
Conservatismo, 40 y ss.
Constitución, 60, 256 y s., 260, 325 y ss.
— confederal, 227, 260.
— corporativa, 454.
— del Derecho internacional, 230.
— del Estado, 250.
— — federal, 260, 289.
— eterna, 331 y ss.
— federal, 263, 266, 274, 291.
— como grado supremo, 306.
— en sentido formal, 329 y ss.
— — jurídico-positivo, 325 y ss.
— — lógico-jurídico, 325 y ss.
— — material, 329 y ss.
— teoría general de la, 60.
— total, 262, 273 y s.
— de la unión, 270, 274.
Constitucionalidad de las leyes, examen de la, 332 y ss.
Constituciones de los Estados miembros, 274.
— modernas, 203.
Contingentes militares, 284.
Continuidad jurídica, ruptura de la, 167.
Contrarius actus, 293.
Contrato, 201.
— de Derecho público, 108, 113.
— primitivo, invariabilidad del, 329.
— de servicio, 355.
— social, 29, 47, 203, 329.
— — doctrina jusnaturalista del, 327.
— — teoría del, 328.
Contratos colectivos, 342.
Corporación, 88, 211.
— teoría de la, 263 y ss.
Corporaciones administrativas autónomas, 505.
— autónomas activas, 247.
— — pasivas, 247.
— no soberanas, 134.
— no territoriales, 189.
— soberanas, 134.
— territoriales, 188 y s., 505, 507.
Corporativismo, 454 y s.
Cosa, 190.
Creación jurídica, 343.
— — etapas del proceso de, 305.
— métodos de, 408 y ss.
— normativa, 199.
— — como tratado, 229.
Cuerpo electoral, 437.
— del Estado, 17, 481.
Cuerpos autónomos, 237 y ss., 240 y s., 253 y ss.
— — activos, 247.
— — pasivos, 247.
— — como personas jurídicas, 241 y ss.
— — superiores, 248 y s.
Culpa, 65, 86.
Cuotas contributivas, 283.
Curación, ley de la, 481.

Deber, 197.
— de fidelidad del empleado público, 357.
— de indemnizar, 206.
— jurídico, 78 y ss., 198, 213.
— — y facultad, 81.
— — y vinculación psíquica, 80.
— moral, 79 y ss.
— de obediencia, 387, 516.
— — del órgano, 373 y s.
— y querer, 30.
— ser, 7, 24, 49, 62, 94, 312.
— — del orden jurídico, 77, 85, 93, 99.
— — y ser, 10, 38, 180.
Deberes, conflicto de, 374.
Decisión popular, 450.
— al órgano ejecutivo, negación del derecho de, 379 y ss.
Decreto, 253.
Delegación de funciones, 247.
Democracia, 113, 141, 150, 207, 220, 408 y ss., 417, 435 y s., 464, 470 y ss., 521.
— administrativa, 462.

Democracia y autocracia, 405.
— clásica, 435.
— y descentralización, 238.
— directa, 199, 401, 435.
— de la ejecución, 456 y ss., 461 y ss.
— formal o política, 470.
— indirecta o representativa, 199, 435.
— industrial, 470.
— de la legislación, 445 y ss., 461 y ss.
— parlamentaria, 199, 447.
— personificación del Estado y, 414.
— pura, 416.
— y relativismo, 472 y s.
— representativa, 199, 401, 403.
— social o económica, 470.
Democracias burguesas, 489.
Democratización de la administración, 459 y ss.
— — local, 239.
— de las autoridades centrales, 247.
Derecho administrativo, 56, 310.
— de anulación, 290 y s.
— de autarquía y autonomía, 143.
— de autonomía, 155.
— canóncio, 175.
— concepto de, 67, 142.
— constitucional, 60.
— consuetudinario, 303, 512.
— de cultura, 56.
— dispositivo, 107.
— dividido entre el monarca y el Estado, 423.
— electoral, 200, 202, 436.
— — democratización del, 405.
— escrito, 303.
— y Estado, 7, 21, 26, 55, 61, 68 y s., 90, 98, 117, 494.
— de examen, pero no decisión, del órgano ejecutivo, 377 y ss.
— como forma, 53.
— — del orden estatal, 55.
— fuerza del, 501.
— honorario, 426.
— idea del, 173.
— ilimitado de examen y decisión del ejecutor de la norma, por silencio de la ley, 374 y ss.
— individual, 76.
— individualizado, 303.
— de inspección, 249, 289 y s.
— internacional, deficiencia técnica del, 164.
— — como Derecho político externo, 160.
— — — superestatal, 169.
— — general, 216.
— — hipótesis del, 259.
— — imperfección técnica del, 145.
— — naturaleza jurídica del, 163 y ss.
— — órganos del, 146.
— — particular, 216.
— — primado del, 185.
— — reconocimiento del, por los Estados, 158 y s., 165.
Derecho internacional y territorio del Estado, 185.
— — validez del, 159 y s.
— judicial, 56.
— — de examen, 333, 516.
— de jurisdicción, 143.
— de legación en los Estados federales, 284.
— legislado, 512.
— de legítima defensa del Estado, 205 y ss., 503.
— y ley, 302.
— libre de ordenanza, 420.
— limitado de examen, 379 y ss.
— del más fuerte, 45 y s.
— material, 60.
— y moral, 136.
— natural, 5, 20 y s., 29, 47, 52 y ss., 95, 115, 192, 195, 203 y s., 212 y s., 245, 293, 302, 315, 327 y s., 331, 359, 361, 386, 410 y ss., 411, 460, 494.
— — autocrático, 150, 329.
— — democrático, 150, 329.
— — y Derecho subjetivo, 77 y ss.
— — individualista, 42.
— objetivo, 61, 71 y ss.
— parlamentario de encuesta, 431.
— y Poder, 57.
— — antítesis entre, 19.
— político, 59, 199 y ss., 503.
— popular, 141, 503.
— posible, 60.
— positividad del, 498.
— positivo, 59.
— — y Derecho justo, dualismo de, 78.
— privado, 199.
— procesal formal, 60.
— de propiedad, enajenación del, 205.
— propio del monarca, 421, 424, 522.
— — del municipio, 245 y ss.
— público, 199.
— — y administración, 115.
— — iglesia como corporación de, 177.
— — y privado, 105 y ss., 112 y ss., 494.
— — — antítesis entre, 244.
— — subjetivo, 199 y ss., 212.
— real, 60.
— de sancionar las leyes, 430.
— de secesión, 292 y ss.
— subjetivo, 72 y ss., 197, 199 y s., 213.
— — y Derecho natural, 77 y ss.
— — privado, 201.
— como suma de normas generales, 303.
— taxativo, 107.
— de veto, 366, 430.
— — suspensivo, 424.
— como voluntad del Estado, 69.
Derechos adquiridos, 78, 502.
— bien adquiridos, 205 y ss.
— fundamentales y de libertad, catálogo de, 330.

Derechos innatos, 78, 213, 245.
— de libertad, 202.
— de la majestad, 301.
— políticos de la mujer, 207.
— de soberanía, 143, 301.
— subjetivos públicos, 201.
Descentralización, 214 y ss., 224.
— administrativa, 235, 238.
— por autonomía, 235, 238.
— de la comunidad jurídica internacional, grado de, 229.
— en el dominio legislativo, 234.
— de la ejecución, 235.
— imperfecta, 234.
— de la legislación, 219.
— por países, 249.
— parcial, 216 y ss., 232 y s.
— — tipos de, 218 y ss.
— perfecta, 234, 246, 248.
— plena, 215, 217 y ss., 233.
— total, 221, 223.
Déspota, órgano del Estado, 425.
Despotismo, 417, 425 y ss.
— como Estado de Derecho, 426.
— orden jurídico del, 426.
Destinatario de la norma jurídica, 71.
Diarquía, 364, 518.
Dictadura de partido, 464 y ss.
— del proletariado, 464.
— de la razón, 526.
Dieta, 251 y s.
Dios y Estado, 100.
— y mundo, 101.
— como personificación del universo, 100 y ss.
— como principio anulador de la naturaleza, 104.
Diputados, 200.
Discusión en el sistema liberal, 526 y s.
Disolución de la unión, 292.
Disposición administrativa, 200.
Divinización del Estado, 49.
División de poder, 338.
— de poderes, doctrina de la, 526.
Doble nacionalidad, 209.
Documento constitucional, 331 y ss.
Dogma de la voluntad, 86.
Dominio, 12 y s.
— eminente, 423.
— del Estado sobre su territorio, 191.
Dominium, 191, 500.
Donati, Donato, 499.
Determinación causal de la voluntad psicológica, 95.
Dualismo de Estado y Derecho, 70.

Economía estatal, 314.
Efectividad, 23.
Eficacia del Estado o Derecho, 46.
Ejecución, 56, 62, 275, 300.
— como aplicación de Derecho, 301.
— autocrática, 456 y ss.
— centralizada, 219.
— confederal, 277 y s., 288, 290, 295.
— — carácter bélico de la, 280.
— democracia de la, 456 y ss., 461 y ss.
Ejecución del Derecho internacional, 280.
— legalidad de la, 461 y s.
— mediata, 277.
— política, 178.
Ejército en la confederación y el Estado federal, 283 y ss.
Elección, 363.
— por boleo, 438.
— por listas, 438.
— personal, 438.
Electores, 200.
Elegibilidad, 437.
Elementos del Estado, 123 y ss.
Empleado, 352.
— condición jurídica especial del, 255.
— destitución del, 371.
— honorario, 353.
— público, deber de fidelidad del, 357.
— — profesional, 353.
Empleados, forma de su designación, 354.
— municipales, 354.
— públicos, 354, 514.
— — remuneración de los, 354.
Encarnación de Dios, 100.
Engels, Friedrich, 34, 488.
Enseñanza religiosa, 177 y s.
Equilibrio político, 148.
Escalafón, 356.
Espacio como contenido de la norma jurídica, 180.
Estado, acepciones de la palabra, 4 y ss.
— actividades extraordinarias del, 513.
— antiliberal, 414.
— como aparato coactivo, 22, 50, 52.
— autocrático, 204.
— autoritario, 141.
— carácter normativo del, 18 y ss.
— civil, 175.
— como comunidad jurídica centralizada, 215.
— comunidad única, 161.
— concepto jurídico, 495.
— — — material del, 312 y ss., 357 y ss.
— — social del, 495.
— como corporación suprema, 151.
— de cultura, 55, 57.
— democrático, 150, 211.
— de Derecho, 55, 57, 119 y ss., 141, 204, 324.
— y Derecho, 5, 7, 21, 26, 55, 61, 68 y s., 90, 96, 98, 117, 343, 351, 494.
— — dualismo de, 99, 141.
— — internacional, 156 y ss.
— derechos internacionales del, 144.
— desaparición del, 33.
— y Dios, 100.
— como dominador omnipotente, 13.
— dos naturalezas del, 478.
— eclesiástico, 178.
— elementos del, 123 y ss.

Estado de Estados, 268 y ss.
— estamentario, 428.
— estructura espacial del, 214 y ss.
— de excepción, 207.
— extranjero, 156 y s.
— facultades y deberes jurídicos del, 96 y ss.
— fascista, 466 y s.
— federal, 219, 226, 231, 249, 254 y s., 262, 267, 272 y ss., 281.
— — ejecución en el, 275 y ss.
— — legislación en el, 275 y ss.
— — monárquico, 508.
— — republicano, 508.
— — soberanía de los Estados miembros del, 151.
— feudal, 427.
— fines del, 53 y ss.
— como fisco, 492.
— forma autocrática del, 42.
— forma del, y concepción del mundo, 470 y ss.
— forma democrática del, 41.
— formas del, 520.
— fundamento del, 44.
— e historia, 4, 477.
— identidad de, 168, 195.
— como ideología, 27, 196.
— — social, 28.
— e Iglesia, 14, 174.
Estado-Iglesia católico, 175.
Estado, impenetrabilidad del, 187 y ss.
— e individuo, 19 y ss., 494, 504.
— jurídico, 24 y ss.
— justificación del, 35 y ss., 46 y s., 49 y s.
— justo, 58.
— legislativo, 446.
— liberal, 413 y ss.
— como libertad, 58.
— límites territoriales del, 182.
— militarista, 467.
— militarización del, 467.
— y moral, 35 y ss.
— y municipio, 154, 244.
— nacional, 481.
— natural, 39.
— naturaleza corporativa del, 503.
— de necesidad política, 205 y ss. 503.
— no soberano, 153.
— noble, 489 y s.
— nombres del, 477.
— como orden coactivo, 40.
— — jurídico, 21.
— — válido, 46.
— como organismo, 347, 483 y ss.
— — jurídico, 514.
— — natural, 14.
— como órgano único, 368.
— origen del, 27 y ss., 166.
— de partidos, 464 y s.
— patrimonial, 422.
— perpetuidad del, 195.
— como persona, 141.
— — jurídica, 93 y ss.
— personalidad del, 491, 497, 504.
Estado, personalidad jurídica del, 495.
— de poder, 55, 57.
— poder del, 125 y ss.
— como poder supremo, 22, 138.
— policía, 302.
— posible, 58.
— como principio anulador del Derecho, 104.
— propio, 156.
— pueblo del, 196, 502 y s.
— real, 58.
— como realidad social, 9 y ss.
— rebelde, 279 y s.
— reconocimiento del, por parte de la comunidad jurídica internacional, 165 y s.
— relación del, con su territorio como relación jurídica, 189 y ss.
— religioso, 175.
— representativo, 397.
— como rey Midas, 57.
— semisoberano, 269.
— sentido ético-político del, 22.
— en sentido subjetivo, 210.
— como ser personal, 490.
— sexo del, 14, 480.
— significación de la palabra, 3.
— como sistema ideal, 17.
— de sitio, 207.
— como situación del Derecho internacional, 165 y ss.
— soberanía del, 145, 507.
— socialista, 208.
— y Sociedad, 3 y ss., 20 y ss., 41, 410, 485.
— sociológico, 24 y ss.
— de un solo partido, 464.
— como sujeto de Derecho de gentes, 165.
— superior, 262 y s., 269.
— suprema comunidad, 161.
— como suprema realidad ética, 43.
— como supuesto del Derecho, 97.
— teoría de la doble naturaleza del, 348.
— — de las formas del, 408 y ss.
— — teocrática del, 421.
— territorio del, 180 y ss., 499 y ss.
— totalitario, 469.
— unidad e indivisibilidad del, 500.
— unitario, 214, 218, 275.
— universal, 162.
— como validez de un orden ideal, 133.
Estados de clase, 489 y s.
— miembros, 219, 231, 249, 253 y ss., 262 y s.
— de partido, 489.
— sometidos, 269.
Estamentos, 427, 488.
— monarca y, 524.
Estatificación de las relaciones jurídicas, 343.
Estatismo, 40.
Estatuto de funcionarios, 356.
Estatutos, 342.
— autónomos, 240.

Estatutos locales, 251, 253.
Ética, 20 y s., 35.
— individualista, 51, 95.
— política, 51 y s.
— universalista, 51.
Etnología, 196.
Evolución, concepto de, 484.
— técnica del orden jurídico, 70.
Examen, carácter provisional del, 376 y s.
— derecho de, 516.
— — ilimitado de, 374 y ss.
— — judicial de, 333.
— — limitado de, 379 y ss.
— no decisión del órgano ejecutivo, 377 y ss.
Expiación, 62.
Expropiación por utilidad pública, 205.
Extranjero, 208.

Facticidad, 45.
Facultad, 78 y ss.
Facultades discrecionales, 317 y ss.
— — del órgano local, 236.
Familia como célula del Estado, 31.
— como origen del Estado, 31 y ss.
Fascismo, 464 y ss.
Federación, 219.
Fenómenos sociales, 4.
Filosofía del Derecho, 58.
Fin cultural, 55.
— del Derecho, 72.
— del Estado, 52 y ss.
— expansivo del Estado, 53.
— jurídico, 55, 57.
— de libertad, 57.
— limitado, 53.
— de poder, 57.
Fisco, 314 y ss., 354.
Fleiner, Fritz, 240, 505, 510 y s., 516.
Fleischmann, Max, 505.
Forma del Estado y concepción del mundo, 470 y ss.
— — concepto jurífico de, 408 y ss.
— de Estado como forma social, 470.
Formalismo, 405.
Formas del Estado, 58, 520.
Fragmentos del Estado, 249.
Freud, Sigmund, 31, 488.
Fronteras, 182.
— naturales, 29.
Fuerza del Derecho, 385 y ss., 501.
— formal de Derecho, 385.
— material del Derecho, 386.
Fugacidad, ley de la, 480, 482.
Función, carácter profesional y remunerativo de la, 353 y s.
— — temporal de la, 353.
— consultiva, 367.
— ejecutiva, 511.
— honorífica, 353.
— irregular, 371.
— monárquica, carácter hereditario e inviolable de la, 424.
— obligatoriedad de la, 352 y s.
— orgánica, 200, 345 y ss.
Función orgánica, regularidad de la, 370 y ss.
— — objetiva, 346.
— total, 364, 368.
Funcionarios, 200, 524.
— contractuales del Estado, 356.
— deber de obediencia de los, 373 y s.
— estatuto de, 356.
— honoríficos, 242 y ss.
— profesionales, 242 y ss.
— públicos, 313, 352.
Funciones, 300.
— centrales, 231.
— del Estado, articulación lógica de las, 300.
— estatales, 342.
— extraordinarias del Estado, 324 y s.
— parciales, 364.
— — de contenido diferente, 367 y ss.
— — — idéntico, 366 y ss.
Fundamento jurídico de la obligación, 110 y ss.

Garantía constitucional de los derechos de libertad, 204.
Gentry, 489.
Geografía, influencia de la, 28.
Gerber, C. F. von, 477, 490 y s., 496 y s., 499, 502, 506 y s., 512 y s., 517, 522 y ss.
Gierke, Otto, 478, 491, 494, 497, 504, 509, 514 y s., 517, 522.
Gnoseología jurídica, 171.
Gobierno, 5, 319 y ss., 511 y s., 527.
— y administración, 432.
— central, 243.
— control político del, 431 y s.
— federal, 289.
Gierke, 479.
Grupos sociales, 487.
Guerra, 164, 279 y s., 295, 513.
— como acto jurídico, 324 y s.
— entre los Estados de la unión, 284.
Guizot, 525 y s.
Gumplowicz, Ludwig, 33, 488.

Hacienda, 314.
— central, 243 y s.
— en la confederación y Estado federal, 283 y ss.
Hatschek, Julius, 247, 505 y s., 508 y s., 511, 518, 520, 525.
Hecho absolutamente nulo, 385.
— antijurídico, 345.
— condicionante, 63, 65 y ss., 218.
Henrich, Walter, 499, 515.
Hertwig, Oscar, 483 y ss.
Herrfahrdt, Heinrich, 527.
Heterocefalia, 417.
Heteronomia, reacción contra la, 37.
Hinschius, Paul, 499.
Hipótesis jurídica, 135, 168.
— originaria, 165.
Historia, 488.
Hobhouse, 490.
Holtzendorff, 499.

Hombre, 82.
— y Estado, 96, 346 y s.
— y órgano, 345 y ss.
— y persona, 346.
— en relación con el orden jurídico, 92.
— como sujeto de Derecho, 82.
Horda, 30.
Horma fundamental, 135.
Huber, Max, 509.

Ideología del Estado, 196.
— estatal, origen de la, 29.
— jusnaturalista, 39.
— social, 29.
Iglesia como asociación privada, 177.
— como corporación de Derecho público, 177.
— del Estado, 178.
— y Estado, 174.
— universal, 178.
Igualdad, 42, 53, 412, 470.
Ilegalidad del Estado, 103.
Ilimitabilidad del poder del Estado, 139.
Impenetrabilidad del Estado, 187 y ss,
Imperialismo, 467.
Imperium, 5, 88, 191, 358, 410, 414. 488, 496, 500, 502, 506 y s., 513.
— *romanum*, 149, 151.
Imputación, 63 y ss., 85, 94, 103, 140 y s., 155, 252, 348, 398.
— central, 85.
— al Estado, 349.
— periférica, 85.
— y voluntad, 85 y ss.
Inconstitucionalidad de las leyes, 237.
Inconveniencia de la norma, 236.
Independencia del poder judicial, 433.
Individualismo, 51, 494 y s.
Individuo y comunidad, 88.
— y Estado, 19 y ss., 494, 504.
— soberano, 95.
Iniciativa popular, 449 y s.
Inmunidad parlamentaria, 448 y ss.
— profesional, 449.
Instancia disciplinaria, 371.
— superior, 370.
Integración dinámica, 415 y s.
— estática, 415 y s.
— tipos de, 521.
Interés colectivo, 107 y ss.
— individual, 107 y ss., 201.
— medio, 73.
Inviolabilidad del monarca, 431.
Irreformabilidad de los actos, 386 y s.
Irregularidad de la norma local, 236.
Irreligiosidad, 178.
Irresponsabilidad del monarca, 337.

Jefe del Estado, 184, 243, 390 y ss.
Jellinek, Georg, 105, 127, 130, 132, 144, 188, 212, 214, 248 y s., 323, 351, 369, 389, 396, 405, 408, 477, 490, 492, 495 y ss., 502 y s., 505, 507 y ss., 512, 515, 518 y ss.
— Walther, 477.
Jerarquía, 356.
Jubilación, 354.
Judicialidad de la administración, 322.
Jueces, 393.
— inamovilidad de los, 393.
— independencia de los, 393.
— independientes, 340.
— reyes, 319.
Juez y monarca, 406 y s., 519.
Jura majestatis, 150.
Jurado, 434, 461.
Jurisdicción, 275, 300, 304, 433, 510.
— como aplicación de Derecho, 301.
— constitucional, 333.
— como creación de Derecho, 301, 305.
— disciplinaria, 371.
— como protección jurídica, 306.
— separación de la administración, 339 y ss.
Jus privatum, 118.
— *publicum*, 118.
— *secessionis*, 295.
Justicia, 59, 116, 470, 509 y s.
Justificación del Estado, 35 y ss.

Kahl, Wilhelm, 511.
Kaufmann, Félix, 490.
Kjéllen, Rudolf, 480 y ss.
Koellreutter, Otto, 527.
Kohler, 499.
Krabbe, H., 141, 492, 495, 498.
Kricken, Van, 514.

Laband, Paul, 517.
Legalidad de los actos políticos, 204.
— de la ejecución, 335 y s., 458.
Legis executio, 301 y s.
— *executor*, 342.
— *latio*, 301 y s., 323.
— *lator*, 342.
Legislación, 300, 509 y s.
— como aplicación de Derecho, 305.
— centralizada, 218.
— constitucional, 330.
— como creación de Derecho, 301.
— democracia de la, 445 y ss., 461 y ss.
— democrática, 456 y ss.
— y ejecución, 432.
— como función general, 302.
— indirecta, 275.
— municipal, 248.
— ordinaria, 330.
— separación de la ejecución, 336 y ss.
— tributaria niveladora, 43.
Legislador en sentido formal, 307.
Legislatura, 446.
Legitimación, 209.
Lex contractus, 77, 257, 259, 295.
— — validez de la, 294.
— *posterior*, 292, 395, 518.
— — *derogat priori*, 196.
Ley, 271, 342, 364 y s., 429, 432, 461.
— concepto de, 302 y ss.
— constitucional formal, 204.

Ley como ejecución de la constitución, 306.
— forma de, 305.
— fundamental, 304, 327, 329.
— en la Monarquía constitucional, 430.
— publicación de la, 430.
— regional, 240.
— y reglamento, 307 y ss.
— en sentido formal, 307 y ss.
— — material, 253.
— y verdad, 526.
Leyes, 251, 275.
— administrativas, 310.
— anticonstitucionales, 333.
— del Estado, 240, 253.
— iniciativa de las, 320, 447.
— judiciales, 310.
— municipales, 253.
— naturales, 15 y ss., 62, 486.
— de la unión, 276.
Liberalismo, 40 y ss., 53, 453, 525.
Libertad, 4, 36 y s., 51, 53, 57 y s., 94, 140 y s., 177 y s., 238.
— ciudadana, 503.
— y coacción, antítesis de, 30.
— como derecho subjetivo, 213.
— derechos de, 202.
— económica limitada, 43.
— fuera del Estado, 213.
— idea de, como fundamento de clasificación de las formas de Estado, 409 y s.
— individual, 335, 411.
— intelectual, 468.
— natural, 410.
— de opinión, 526.
— como participación en la legislación, 336.
— política, 410, 412 y s., 468.
— de prensa, 526.
religiosa, 178, 203, 468.
— social, 410.
— de la voluntad, 94 y s.
Libre asociación y reunión, 202.
— emisión del pensamiento, derecho de, 202.
Locke, 527.
Loening, Edgar, 493, 516.
Lucha de clases, teoría de la, 32.

Machiavello, 118, 493.
Majestas populi Romani, 149.
Mancomunidades municipales, 505.
Mandato, 399.
— imperativo, 401, 441.
— legal del monarca, 369.
— libre, 401, 441.
Mar libre, 182.
— litoral, 183.
Marck, 483.
Marquardsen, Heinrich, 499.
Martitz, 512.
Marx-Engels, 33.
Marxismo, 42, 486.
— tendencias anarquistas del, 484 y s.
Materialismo histórico, 27.
Mauthner, Fritz, 3, 81, 477.
Mayer, Otto, 117, 381, 493, 508, 510, 513, 515 y s.
Mayoría, voluntad de la, 413.
Mayorías, 438, 440.
— principio de, 410 y ss.
Menzel, Adolf, 21, 486, 528.
Merkl, Adolf, 305, 387, 501, 510, 513, 517 y s., 523, 527.
Método biológico, 485.
Meyer, Georg, 510.
Miembros del parlamento, 199.
Ministro, 237, 243, 369, 390 y ss.
— responsable, 270 y s.
Ministros-presidentes, 231.
Minoría, protección de la, 412.
Minorías, 440.
— representación de las, 442 y s.
Mohl, 525.
Monarca, 222, 269 y ss., 320 y s., 333, 364, 369, 406, 416, 521 y ss.
— condición jurídica del, 523.
— derecho propio del, 421, 424, 522.
— y estamentos, 524.
— independiente del Estado, 423.
— irresponsabilidad del, 431.
— como jefe de la ejecución, 430.
— y juez, 406 y s., 519.
— como legislador, 429.
— libre disposición del, sobre ciertas competencias, 420.
— como órgano del Estado, 423.
— órgano primario del Estado, 519.
Monarquía, 113, 408, 418 y ss., 425 y ss., 521 y s.
— absoluta, 425 y ss.
— constitucional, 428 y ss.
— — fundación de la, 337 y ss.
— — como Monarquía estamentaria, 524.
— — origen de la, 428.
— cristiana de derecho divino, 473.
— electiva, 424.
— estamentaria, 427 y ss.
— feudal, 427 y ss.
— ilimitada, 427.
— parlamentaria, 431 y s.
— patriarcal, 422.
— temporal, 405.
Montesquieu, 335, 526 y s.
Moral y Estado, 35 y ss.
Motivación, 12.
Municipalismo jusnaturalista, 246, 248, 460.
Municipio, 189, 210, 240 y s., 244 y s., 248, 505, 507.
— competencia natural del, 246.
— y Estado, 154, 244.
— radio del, 507.
Municipios autónomos, 460.
— derecho legislativo de los, 506.
Mutuus consensus, 294.
— *dissensus*, 294.

Nación y Estado, 481.
Nacionalidad, principio de la, 481.
Nacionalsocialismo, 464 y ss.

Naturaleza y Sociedad, 30.
— y espíritu, 50.
— retorno a la, 38.
Naturalización, 209.
Nawiasky, Hans, 499, 508.
Negación del Derecho, 67.
Negocio jurídico, 68, 111, 305, 308, 342, 359.
Negocios extranjeros en la confederación y el Estado federal, 283 y ss.
Nelson, Leonhard, 137, 497.
Nihilismo, 38.
Nobleza, 43, 488 y s.
Nombramiento, 363.
Norma central, 234.
— constitucional, 306.
— fundamental, 165, 216, 325 y ss., 342.
— — teoría positivista de la, 327.
— — hipotética, 304, 329.
— general abstracta, 302 y ss.
— individual, sumisión a la, 390 y ss.
— jurídica como juicio hipotético, 62.
— — primaria, 67, 344.
— — secundaria, 67, 344.
— local, 234, 236.
— primaria, 66.
— secundaria, 66.
— regularidad de la, 382, 384.
Normas centrales, creación de, 271.
— — individuales, 271.
— creación de las, 199.
— fuerza jurídica de las, 196.
— generales, 200, 218, 253, 275.
— — concreción de las, 304 y ss.
— — individualización de las, 304 y ss.
— individuales, 200, 218, 223, 236, 275.
— locales definitivas, 237.
— métodos de creación de las, 244.
Normatividad, 23, 46.
Nulidad, 360 y s., 382.
— absoluta, 370, 372.
— de un acto, 515.
— de una orden, 516.

Objetivismo gnoseológico, 41, 171.
Obligatoriedad de la función, 352 y s.
Obrar social, 487.
Obstrucción, 446, 448.
Ocupación del territorio del Estado rebelde, 279.
— en tiempo de guerra, 183.
Oligarquía, 435.
Omisión, 64,
Opción, 209.
Opinión pública, 519.
Oppenheimer, Franz, 488.
Orden central, 272 y ss.
— — común, 233.
— coactivo, 22, 36.
— eclesiástico, 175.
— estatal, ámbito personal de validez del, 196 y ss.
— — — temporal de la validez del, 194 y ss.
Orden estatal, validez del, 180 y ss.
— jurídico, construcción dualista del, 170.
— — contractual, 259.
— — estatal, 170.
— — — comienzo de la validez del, 167.
— — — primado del, 156, 158, 185, 187, 260.
— — — término de la validez del, 167.
— — internacional, 170.
— — — primado del, 156, 161 y ss., 171, 187, 229, 260, 266.
— — interno, primado del, 171.
— — soberanía del, 498.
— — universal, 224.
— — validez del, 123 y ss.
— natural, 30.
— racional, 30.
— social, 51, 411.
— — de los primitivos, 31.
— validez del, 411.
Ordenanzas de necesidad, 429.
Órdenes ilegales, 516 y s.
— locales, 273 y s.
Ordre naturel, 38.
Organicista, teoría, 13 y s.
Organismo, 514.
Organismos sociales, 479.
Organización autocrática, 244.
— corporativa, 452 y s., 455.
— democrática, 244.
— secundaria, 397, 400.
Órgano ajeno, 225.
— central, 236.
— colegial, 364, 366.
— compuesto, 229, 363 y ss.
— — como titular del poder supremo, 419.
— concepto formal y concepto material del, 351 y ss.
— deber de obediencia del, 373 y ss.
— del Estado, concepto jurídico formal del, 341 y ss.
— — — jurídico-material del, 351 y ss.
— — como creador y ejecutor del orden estatal, 341.
— — posición del, en la jerarquía del orden, 370 y ss.
— estatal, designación del, 361 y ss.
— como «facto» natural, 349 y ss.
— y hombre, 345 y ss.
— identidad del, 270.
— incompleto, 271.
— inferior, 387.
— legislativo de la federación, 263.
— — de la unión, 273 y s.
— parcial, 364, 367 y s.
— pertenencia del, 225
— primario, 519.
— representativo, 397 y ss.
— secundario, 518 y s.
— simple como titular del poder supremo, 419.
— sujeto del, 345 y ss.

Órgano superior, 387.
— supremo, 389 y ss., 517 y s.
— — necesidad de un, 393 y ss.
— — unidad del, 395.
— total, 368.
— unitario, 229.
Órganos autónomos, 368 y s.
— centrales, 231 y s., 273.
— — y locales, 231 y ss.
— comunes, 222, 228. 270 y s.
— de la comunidad jurídica internacional, 229.
— — total, 224.
— de las comunidades parciales, 224.
— confederales, 227.
— de creación, 341 y ss.
— creados, 361 y ss.
— del Derecho internacional, 146, 229.
— directos, 361 y ss.
— ejecutivos confederales, 288.
— del Estado, 14, 32, 70, 111, 241, 513, 524.
— — en sentido material, 313.
— — teoría de los, 341 y ss.
— — clases de, 361 y ss.
— — y órganos del Estado, 251 y s.
— — primarios, 397 y ss.
— — relación de los, 387 y s.
— — secundarios, 397 y ss.
— federales indirectos, 289.
— inmediatos, 389.
— legislativos en la confederación y el Estado federal, 284 y ss.
— — en los Estados federales, 288.
— — de los órdenes locales, 274.
— — particulares, 251.
— locales, 231 y s., 235, 273.
— municipales, 241, 253.
— no autónomos, 368 y s.
— del orden jurídico internacional, 231.
— del país, 252.
— potenciales, 370.
— propios, 154 y s., 224 y s., 227 y s., 268.
— públicos, 241.
— del Reich, 252.
— representantes, 397 y ss.
— simples, 229, 363 y ss.
— del todo, 228.
Origen del Estado, 27 y ss.

Pacta sunt servanda, 47, 147, 160, 163 y s., 169, 230 y s., 257, 259, 295.
Pacto constitucional, 331.
— social, 328, 411.
Países, 249 y ss., 253 y ss.
— en sentido estricto, 250 y ss.
Papa, personalidad internacional del, 179.
Parlamentarios, situación personal de los, 448 y ss.
Parlamentarismo, 416, 521, 525 y ss.
— reforma del, 451 y ss.
Parlamento, 199, 243, 369, 397, 416, 433.
— constituyente, 331.
— corporativo, 455.
— como cuerpo representativo, 400.
— dominio del, 458 y s.
— económico, 452.
— y gobierno, 431 y s.
— organización y procedimiento del, 446 y ss.
— y pueblo, 400, 402 y ss., 436, 518.
— — construcción jurídica de la relación entre, 404 y s.
— resolución del, 369.
Parlamentos de los países, 252.
— técnicos, 452
Partición del poder, 335.
Partido, 490.
— dictadura de, 464 y ss.
Partidos políticos como factores de formación de voluntad estatal, 444.
Patriarcado, 422.
Patriotismo, 485.
Pena, 62, 65.
Penas pecuniarias, 62.
Penetración de un Estado en otro, 187.
Pensión, 354.
Períodos de sesiones, 446.
Persona, 82.
— de Derecho, 83, 347.
— del Estado, 61, 87, 93 y ss., 140.
— — concepto jurídico-esencial de la, 491.
— — — jurídico-material de la, 491.
— física, 82.
— y hombre, 346.
— jurídica, 82, 265, 346 y s.
— — concepto jurídico-material de la, 491.
— — como limitación de la responsabilidad, 91, 316.
— — como personificación normativa, 87 y ss.
Personalidad, 84.
— del Estado, 491, 495, 497, 504.
— internacional del Estado, 500.
— jurídica, 199, 213.
— — concepto de, 491.
— del pueblo, 504.
Personificación, 345, 347.
— de comunidades jurídicas, 89 y ss.
— del Estado y democracia, 414.
Pertenencia del órgano, 232.
Pitamic, Leonidas, 520.
Plebiscito, 450 y s.
Pluralismo jurídico, 170.
Plutocracia, 434.
Poder, 249.
— central, 235.
— de la confederación, 227, 281.
— constituyente, 330.
— y Derecho, 57.
— de dominación, 154.
— dominante, 496.
— efectivo del Estado, 22.
— ejecutivo, 301.

Poder del Estado, 23, 496.
— — como coacción, 129 y ss.
— — como dominación, 128 y ss.
— — como fuerza natural, 126 y ss., 133.
— — como un hecho natural, 133.
— — ilimitabilidad del, 139.
— — límites naturales del, 54.
— — como poder coactivo propio, 132 y ss.
— — — irresistible, 130 y ss.
— estatal, 252, 281, 299.
— — indivisible, 299.
— — unidad del, 299.
— — unitario, 299.
— federal, 278.
— judicial, independencia del, 433.
— jurídico, 73 y s.
— legítimo, 167.
— de mando, 500.
— no dominante, 496.
— originario, 154.
— político y realidad social, 482.
— público y propiedad, 501.
— — titular del, 395.
— real, ilimitabilidad del, 150.
— reglamentario, 310.
— teoría del, 44 y ss.
— soberano, 13.
— supremo de decisión, 396.
— como voluntad, 73, 133.
Poderes colectivos, 364.
— pluralidad de los, 299.
Política, 35 y ss., 52 y s., 59, 105, 492.
— como ciencia, 35.
— del Derecho, 65, 93, 330, 339, 383 y ss.
— como Ética social, 58.
— social, 43.
— y Teoría general del Estado, 58.
Politismo, 40 y ss.
Positividad, 23 y s., 327.
— del Derecho, 23, 59, 498.
— — como soberanía del Estado, 135.
Positivismo, 52, 77.
Potestad de mando, 388.
Potestas directa, 176.
— *indirecta*, 176.
Pouvoir constituant, 329.
— *municipal*, 246.
Preceptos administrativos, 311.
Prensa, libertad de, 202.
Prevención, 62.
— idea de la, 65.
Princeps legibus solutus, 118.
Principio autoritario, 467.
— democrático, 245, 335.
— hereditario, 424.
— de igualdad en los Estados federales, 285 y s.
— de legalidad, 335, 337.
— de libertad, 335.
— de mayoría, 91, 410 y ss., 438 y s.
— monárquico, 416.
— de la nacionalidad, 481.
Principio de personalidad, 217.
— de territorialidad, 217.
— de unanimidad, 411.
Procedimiento, 368.
— administrativo, 311, 393.
— disciplinario, estructura judicialista del, 371.
— escrito, 32.
— judicial, 311.
— de la legislación, 306.
— parlamentario, publicidad de, 448.
— penal, 32.
Proceso, 368.
Proletariado, 42 y s.
Promulgación, 333, 430.
Propiedad, 190.
— inferior, 423.
— superior, 423.
Proposición jurídica, 61, 67.
— — como imperativo, 70.
— — como juicio hipotético, 70.
— — primaria, 68.
Protectorado, 254, 268 y ss.
Provincias, 217, 248 y s., 251.
Psicología social, 10 y ss.
Publicación de las leyes en el Estado federal, 277.
Publicidad, 527.
— de la vida política, 526.
Pueblo, 207, 249, 397.
— colonial, 212.
— del Estado, 196, 503.
— en el Estado federal, 286.
— estatal, 211 y s.
— — como elemento del Estado-sujeto, 210.
— — como límite del poder del Estado, 212.
— — y orden jurídico, 197.
— como órgano del Estado, 519.
— y Parlamento, 402 y ss., 436, 518.
— personalidad del, 504.
Pueblos nómadas, 193 y s.
Pureza del método, 58.
Purificación del método, 59.

Querer y deber, 30.

Racionalismo absoluto, 526.
— relativo, 526.
Radio autónomo de acción del municipio, 245 y ss.
— cedido de acción, 247.
— del municipio, 507.
Radnitzky, Ernst, 499.
Ragione di Stato, 118, 493.
Ranke, 480.
Ratione status, 119, 493.
Ratzel, 478.
Razón de Estado, 118, 493.
Reacción jurídica, 313.
Realidad del Estado, 59.
— relatividad de la, 50.
— y valor, 50.
Rebelión, 296.
Rebus sic stantibus, 295 y s.
Recepción del Derecho romano, 118.

Referéndum, 449 y ss.
Reforma constitucional, 330.
— — en la confederación de Estados, 285.
— — en los Estados federales, 287, 291.
Refrendo ministerial, 366, 392.
— de ministros responsables, 431.
Regalías, 301.
Régimen proporcional, esencia del, 440 y ss.
Regiones, 248 y s.
Reglamento, 253, 275, 307, 342, 429, 432, 461.
— concepto de, 308 y ss.
— y ley, 307 y ss.
— parlamentario, 446.
Reglamentos administrativos, 310, 432.
— constitucionalidad de los, 377.
— jurídicos, 310, 432.
— legalidad de los, 377.
— *praeter legem*, 429, 432.
Regularidad de la función, 370.
— de la norma, examen de la, 372 y ss.
Rehm, Hermann, 488, 490, 497, 513, 520, 523, 527.
Reichsrat, 252.
Reichsrecht bricht Landrecht, 234, 290 y s.
Reinos y países, 251.
Relación jurídica, 108.
— — concepto de, 109.
— pasiva, 207 y ss.
— de poder, 108.
Relaciones jurídicas personales, 190.
— — reales, 190.
— sexuales, ordenación de las, 31.
Relativismo y democracia, 472 y s.
— político, 473.
Religión, 174.
— cambio de, 178.
Remuneración de los empleados públicos, 354.
Reparación de un daño, 62.
Representación, 397 y ss.
— absorbente, 406.
— por clases, 452 y s.
— corporativa, 451 y ss.
— del monarca por el juez, 405.
— popular, 400.
— proporcional, 438.
— — de los Estados miembros en la federación, 286.
— — justicia de la, 441.
— — técnica del sistema de, 443 y s.
Representantes diplomáticos, 184.
República, 113, 418 y ss., 434 y ss., 521.
— presidencialista, 458 y s.
Responsabilidad civil del órgano, 372.
— colectiva, 279.
— de los cuerpos administrativos autónomos, 462.
— por culpa, 279.
— del Estado, 372.
Responsabilidad individual, 279.
— limitación de la, 91 y s.
— ministerial, 337, 371, 431.
— de un órgano ante otro, 389.
— personal del órgano, 371.
— restitutoria, 279.
Retiro, 354.
Retroactividad, 360.
— de las leyes, 206.
Revisión constitucional, 204.
Revolución, 167, 195, 280.

Sacerdotes, 178.
Sacrificio, 63.
San Agustín, 4.
Sanción, 344.
— de una ley, 365.
— del monarca, 366, 369.
Sander, Fritz, 483, 492, 498 y s., 501, 515.
Schmidt, Richard, 486, 488, 490, 496, 505, 513, 520, 527.
Schmitt, Carl, 453, 525 y ss.
Schücking, Walther, 509.
Schurtz, Heinrich, 31, 488.
Seckendorff, V. L. von, 493.
Sedentariedad, 193.
Self-government, 5, 239 y s.
Senado, 434, 445.
Sentencia como ejecución de la ley, 306.
— judicial, 200, 304 y s.
— — y ley, 493.
Sentimiento jurídico, 65.
Sentido y significación de un acto, 361, 385.
Separación de la Iglesia y el Estado, 177 y s.
— de poderes, teoría de la, 333 y ss., 338.
— — y partición del poder, 335.
Ser y deber ser, 7, 16, 24, 38 y s., 44, 49 y s., 54, 167, 180, 328, 411.
— del Estado, 59.
Servicio militar, 209.
Seydel, Max, 509.
Silencio del legislador, 375 y s.
Simmel, Georg, 478, 486.
Sistema bicameral, 445.
— burocrático, 460.
— colegial, 288, 366.
— de competencias, 221.
— de los dos partidos, 520.
— electoral, 436 y ss.
— de mayorías, 438.
— ministerial, 288. 366, 461.
— de proporcionalidad, 438.
— provincial, 217, 224.
— real, 221.
— de representación de las minorías, 443.
— territorial, 221.
— unicameral, 445.
Smend, Rudolf, 322, 416, 511, 520, 525.
Soberanía, 93 y s., 133, 146 y ss.
— abuso político del concepto de, 148.

Soberanía como característica esencial del Estado, 150 y ss.
— compartida, 152.
— concepto formal de la, 261 y ss.
— — jurídico material de la, 142, 261.
— en Derecho internacional, 138 y ss.
— como derecho subjetivo del Estado, 143.
dividida, teoría de la, 261 y ss.
— del Estado, 52, 95, 156, 497, 507.
— de los Estados miembros del Estado federal, 151.
— como exclusividad de la validez de un sistema normativo, 134 y ss.
— como expresión de la unidad de un orden, 137.
— exterior, 143.
— como ilimitabilidad del poder del Estado, 139.
— interior, 143.
— limitada, 155.
— negación de la, 162.
— del orden jurídico, 498.
— de la persona del Estado, 94.
— política, 506.
— popular, 150.
— — ficción de la, 461.
— como propiedad natural, 133 y ss.
— y supremacía de competencia, 139.
— como supuesto del conocimiento normativo, 133 y ss.
— y tratados internacionales, 146 y ss.
Sociabilidad, instinto de la, 31.
Socialismo, 469.
— anarquista, 42.
— de cátedra, 43.
— de Estado, 40 y ss., 53.
Sociedad, 20 y ss., 88.
— y corporación, 263 y s.
— Estado y, 3 y ss., 410, 485.
— de Naciones, 467, 509.
— y naturaleza, 30.
Sociología, 3.
— carácter jusnaturalista, 486.
— comprensiva, 25, 487.
— concepto de la, 487.
— del Estado, 7 y ss., 28, 477, 482.
— general, 20.
Solipsismo, 37.
— gnoseológico, 48.
Somlo, Félix, 6, 477.
Sorteo, 363.
Spengler, Oswald, 4, 477, 488, 527.
Status activo, 502.
— *civitatis*, 502.
— *libertatis*, 502.
— *pasivo*, 502.
Stein, L. v., 507.
Strupp, Karl, 498.
Stutz, Ulrich, 499.
Súbdito y ley, 380.
Súbditos, 111, 210, 344, 357, 373, 378.
Subjetividad jurídica, 199.
Subjetivismo gnoseológico, 171.
Subordinación, 387 y s.
Subordinación y designación, 390.
— jurídica, 198.
— y responsabilidad, 388 y s.
Sufragio desigual, 437.
— directo, 438.
— general y limitado, 436 y s.
igual, 437.
indirecto, 438.
público, 438.
secreto, 438.
universal igualitario, 43.
Sujeto del deber, 83.
— de Derecho, 81 y ss.
de la facultad, 83.
— del órgano, 345 y ss.
Supremacía de competencia, 139 y s., 273 y ss., 292.
— — en las federaciones, 287.

Tabla de derechos, 203.
Talión, 62.
Tatarin-Tarnheyden, Edgar, 527.
Técnica, 35.
Tegnér, 481.
Teocracia, 178, 421.
— judía, 175.
Teodicea, 103.
Teología, 20 y s., 100.
— método de la, 104.
Teoría del acto administrativo, 117.
— de la administración, tendencias políticas de la, 322 y ss.
— de la autolegitimación del acto de autoridad, 381 y ss.
— de la autolimitación del Estado, 97 y ss., 128.
de la centralización y la descentralización, 214 y ss.
— conservadora, 52.
— de la coordenación de la Iglesia y el Estado, 176.
de la corporación, 263 y ss.
— del Derecho, 59 y s.
— — político, 7 y ss., 61.
— de las dos naturalezas del Estado, 8, 348, 515.
— del equilibrio, 526.
— del Estado federal, 151.
— — como Política, 35.
— como Sociología, 3.
— — como Teoría del Derecho político, 61, 486.
— de las formas del Estado, 408 y ss.
general del Derecho, 58.
— del interés, 72, 106 y ss.
jurídico-normativa del Derecho político, 477.
— del mayor valor del Derecho público, 108 y ss.
— objetivista del Derecho internacional, 172.
— orgánica del Estado, 478, 482 y s.
— organicista, 13 y s., 16.
— — del Estado, 347.
— — como jusnaturalismo puro, 17.
— de los órganos del Estado, 341 y ss.
— del origen divino del poder, 421.

Teoría pactista, 46 y ss.
— patriarcal del Estado, 422.
patrimonial del Estado, 422.
de la pirámide jurídica, 325 y ss.
del poder del Estado, 123 y ss.
— de los poderes o funciones del Estado, 299 y ss.
— de ponderación de intereses, 387.
del primado de la Iglesia sobre el Estado, 176.
del pueblo del Estado, 501.
— — estatal, tendencias jusnaturalistas de la, 210.
— del reconocimiento, 46, 48, 158.
— revolucionaria, 52.
— de la separación de poderes, 333 y ss.
— de la soberanía del Derecho, 141.
— social del Estado, 28.
— subjetivista del Derecho internacional, 172.
— de la supremacía del Estado sobre la Iglesia, 177.
— teocrática del Estado, 421.
— del territorio estatal, tendencias jusnaturalistas de la, 192.
— — y el pueblo del Estado, 180 y siguientes.
— de la transformación, 276.
— del tratado constitutivo, 258 y ss.
— de la voluntad, 73.
Teorías metafísicas, 49.
Territorio, 249.
— como derecho real, 501.
— estatal, 281.
— — indivisibilidad del, 192.
— — integridad del, 481.
del Estado, 180 y s., 499 y ss.
— — como ámbito de la validez de un orden jurídico, 181 y s.
— — como espacio tridimensional, 182 y s.
— y pueblo en la confederación y en el Estado federal, 281 y ss.
— de la unión, modificaciones del, 282.
Territorios protegidos, 249 y ss., 503.
Tiempo como contenido de la norma jurídica, 180.
Timocracia, 434.
Tipos ideales de formas de Estado, 416 y s.
— reales de formas de Estado, 416 y s.
Titular de los derechos subjetivos, 81.
— de la función, 361.
— del órgano, 361.
— — identidad del, 369 y s.
Tolstoi, 479.
Tratado, 260.
— de la confederación, 260.
— y constitución, 257.
— constitutivo, teoría del, 258 y ss.
— duración de un, 293.
— de la federación, 260.
— perpetuidad del, 293.
Tratados internacionales, 146 y ss., 160, 162, 168, 183, 209, 229, 256 y ss., 266, 276.
Tribunal contencioso, 237, 393.
— administrativo central en el Estado federal, 289.
— de Estado, 371, 461.
— de justicia constitucional, 292 y s.
— Supremo, 237, 393.
— — federal, 289.
Tribunales independientes, 311.
— de justicia y ley, 380.
— situación jurídica de los, 393.

Unidad del Estado y de la Iglesia, 178.
Unión, 10 y s., 269.
— disolución de la, 292.
— orgánica facultativa, 370.
— — obligatoria, 370.
— personal, 222 y ss., 228, 231, 233, 269 y s.
— postal universal, 268.
— real, 223, 269 y ss.
— de Estados, nacimiento de la, 256.
Uniones administrativas, 268.
— de Estados, 214 y ss., 225 y s., 254 y s.
— — de Derecho internacional, 256 y ss.
— — — interno, 256 y ss.
— — división de las, según el contenido jurídico, 266 y ss.
— — no organizadas, 268.
— — organizadas, 268.
— no paritarias de Estados, 268 y ss.
— paritarias de Estados, 268 y ss.
Universalismo, 51.

Validez, ámbito de la, 194.
— del Derecho, 95.
— duración de la, 195.
— del Estado o Derecho, 46.
— ilimitabilidad de la, 188.
— jurídica, duración de la, 501.
— limitación de la, 194, 218.
— objetiva, 50, 71, 129.
— del orden estatal, 59, 180 y ss.
— — — ámbito personal de la, 196 y ss.
— — — — temporal de la, 194 y ss.
— — — extranjero, 183.
— — jurídico, 59, 123 y ss., 167.
— — objetividad de la, 264.
Valores, realización de los, 24.
Vasallaje, 254.
— entre dos Estados, relación de, 269.
Vecindad, 210.
Vendetta, 32.
Verdross, Alfred, 169, 327, 498, 513.
Vereinbarung, 258.
Veto absoluto, 366.
— suspensivo, 366.
Vía legislativa, 368.
Vinculación jurídica, 198.
Vindicta, 362.
Voegelin, Erich, 513.
Voluntad, 85, 94.

Voluntad ajena, 141 y s.
— colectiva, 11 y s., 90, 93, 348 y s.
— del Estado, 14, 17, 69, 103, 211, 348 y s., 408, 504.
— — y voluntad del órgano, 397.
— estatal, 111, 411 y s.
— — formación de, 201.
— formación jurídica y natural de, 415.
— libre, 140 y s.
— del órgano, 348.
Voluntad soberana, 497.
Votación, 365.
Voto plural, 437.

Weber, Max, 25, 487 y s., 491, 511, 513, 521, 523.
Wehberg, Hans, 509.
Weltsch, Félix, 520.
Weyr, Franz, 492.

Zenker, Ernst Viktor, 527.