GEORG JELLINEK

TEORÍA GENERAL DEL ESTADO

Prólogo de
FERNANDO DE LOS RÍOS

FONDO DE CULTURA ECONÓMICA
MÉXICO

Segunda edición en alemán, 1911
Primera edición en español, 2000
Segunda reimpresión, 2004

Jellinek, Georg
Teoría general del Estado / Georg Jellinek ; trad. y prólogo de Fernando de los Ríos. — México : FCE, 2000
687 p. ; 23 × 15 cm — (Colec. Política y Derecho)
Título original Allgemeine Staatslehre
ISBN 968-16-5950-3

1. Estado — Teoría de 2. Política I. Ríos, Fernando de los, prol. II. Ser III. t

LC JC233 J472 Dewey 320.1 J763t

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra
—incluido el diseño tipográfico y de portada—,
sea cual fuere el medio, electrónico o mecánico,
sin el consentimiento por escrito del editor.

Comentarios y sugerencias: editor@fce.com.mx
Conozca nuestro catálogo: www.fondodeculturaeconomica.com

Esta edición ha sido realizada con la colaboración
y autorización desinteresada de la Fundación Fernando de los Ríos,
propietaria de los derechos de autor

Título original: *Allgemeine Staatslehre*

D. R. © 2000, Fondo de Cultura Económica
Carretera Picacho-Ajusco 227; 14200 México, D. F.

ISBN 968-16-5950-3

Impreso en México • *Printed in Mexico*

V. EL NOMBRE DEL ESTADO

La historia de la terminología de una ciencia está estrechamente unida a la de la ciencia misma, porque existe siempre una correlación entre la palabra y el sentido que la misma encierra. La palabra ha sido frecuentemente la que ha trazado el camino de la ciencia en un pueblo o en una época.

Los griegos llamaron al Estado πόλις, que era idéntico a *ciudad*, razón fundamental por la cual la ciencia del Estado entre los griegos hubo de construirse sobre el Estado ciudad o sobre la ciudad Estado, y nunca pudo llegar a comprender el Estado como dotado de una gran extensión territorial. Cuando se habla de tales Estados, se les describe como un conjunto de habitantes (οἱ Αγγυπτοι οἱ Πέρσαι). Pero un nombre que exprese aquella relación en que se encuentra el territorio respecto a los habitantes no tuvo jamás significado entre los griegos.[1]

Se habla a menudo en el mismo sentido también de la πόλις; así los atenienses, tebanos y corintios, son identificados completamente con sus comunidades respectivas. Cuando se considera al Estado objetivamente, esto es, como la totalidad de la comunidad de un pueblo, se le llama τὸ κοινόν. En todas estas representaciones, el elemento real queda muy en segundo término con respecto al elemento personal. La comunidad de ciudadanos se identifica con el Estado; por esto precisamente la situación del individuo dentro del derecho público no está condicionada jamás por la pertenencia a un territorio, sino por el hecho de formar parte de una comunidad de ciudadanos o por una relación de protección respecto a éstos.

La terminología política de los romanos corresponde al mismo tipo. El Estado es la *civitas*, la comunidad de los ciudadanos o la *res publica*, esto es, la cosa común al pueblo todo, que es precisamente lo que corresponde a la expresión griega τὸ κοινὸν. Italia y las provincias son, primero y principalmente, países aliados y dependientes de la gran ciudad. La capacidad plena del derecho de ciudadanía sólo se le concede a aquellos que han sido admitidos para formar parte de la comunidad de la ciudad. El *civis romanus* es, y permanece siendo, únicamente el ciudadano de la ciudad de Roma; pero sobre la ciudad de Roma levántase el más pode-

[1] Se dice que el término χώρα es sinónimo de πόλις, y que describe el territorio del Estado en oposición a la ciudad. Véanse las citas en *Stephanus "Thesaurus graecae linguae", passim*, pero en este caso tiene singularmente el significado de *regio* y no de *civitas*.

roso Estado territorial de la Antigüedad. Esta transformación, sin embargo, sólo llega a expresarla de un modo imperfecto la terminología romana, pues identifica el poder de mando propio del gobierno con el Estado romano, haciendo de esta suerte equivalentes la *res publica* y el *imperium*, con lo que el elemento más esencial del Estado pasa a ser el poder del mismo y no los ciudadanos; esto es, la *res populi* se convierte en *res imperantis*. Como en Grecia, así también úsase aquí, a más de estas denominaciones, la de *pueblo* para expresar el Estado, por cuanto abstractamente *populus* y *gens* significan también Estado.[2]

El lenguaje expresa con gran fidelidad el cambio de las relaciones del Estado en el mundo germano. La palabra alemana *Reich* corresponde a la latina *regnum*, de la cual proceden *règne, regno, reign*, y significa primariamente dominación, y dominación de un príncipe.[3] Lo mismo sucede con las expresiones que proceden de la latina *imperium*, o sean *imperio* y *empire*. No existen expresiones generales para designar ni las monarquías ni las repúblicas, tanto más cuanto que la ciencia del Estado comienza en el siglo XVI a servirse de las lenguas nacionales. Además, estas expresiones sólo se aplican a los Estados muy extensos. En la literatura latina empléanse los términos de la Roma antigua; pero con la palabra *civitas* sólo se designa la comunidad de una ciudad.[4]

En oposición a la antigua concepción del Estado y la manera de ser designado el mismo, se halla la de la Edad Media, que le da usualmente los nombres de *Land, terra terrae*. Al hacer consistir lo fundamental del Estado en su elemento territorial, se puso a tono con los hechos históricos que consideran principalmente el predominio del Estado en los grandes territorios como lo que revestía más alta significación, y en su virtud hacían derivar el poder político de la propiedad del suelo.[5] Aun

[2] En el bajo latín empléase en vez de *res publica* la expresión más abstracta *status reipublicae*. Así en Ulpiano, lib. I, § 2, *b. de just et jure*, I, 1. Se encuentra también la expresión *status romanus*, en la acepción de Estado romano, en Aurelio Víctor, *De Caesaribus* (escrito en 360), cap. XXIV, § 9: *"Romanus statum quasi abrupto precipitavere"* (se trata de los sucesores de Alejandro Severo). Véase también en Ammiano, 20, 8, § 11 la carta dirigida por César Juliano a Constantino Augusto, en el año 360: *"Haec statui, Romano prodesse"*. Véase además en Orosio, ed. Zangemeister, II, 5, 9: *"Trecenti Fabii, vere clarissima, Romani status lumina"*; Casiodoro, ed. Mommsen, p. 422, 5: *"Romanum statum in confinio gentium sub tranquilitate regio in media urbe confundi"*. En estos pasajes y en otros, sobre los cuales el profesor Zangemeister me ha hecho fijar la atención, la palabra *status* no está nunca empleada de un modo absoluto en el sentido de Estado. La suposición de M. A. Zachariae, I, p. 41 (véase también Bluntschli, *Lehre von modernen Staat*, I, p. 24; H. Schulze, *Einleitung*, p. 124), de que "Estado" se halla implícito en aquel pasaje de Ulpiano, carece de fundamento.

[3] Sobre la variedad de sentidos de esta palabra, véase Gierke, *Das Genossenschaftsrecht*, II, pp. 570-571.

[4] Gierke, *op. cit.*, III. p. 356.

[5] Es de importancia para llegar a comprender la concepción de la Edad Media en oposición a la antigua, advertir que para ésta, *Ciudad, Burg* o *Wik* son modos territoriales y no personales

cuando esta manera de concebir el Estado lo haga aplicable tanto a los grandes como a los pequeños, le falta determinación y limitación, porque, de un lado, deja de comprender en sí a los Estados ciudades, y de otro, considera como tales, formaciones que no son Estados, por ejemplo, territorios y provincias. Sin embargo, este término no ha perdido toda su significación. En Alemania, oficialmente se usa la expresión *Landesgesetzen*, y en la ciencia empléase el de *Landesstaasrecht* para expresar el derecho de cada Estado en particular; mediante la expresión *Landtag*, empleada para nombrar las cámaras, mantiénese vivo el recuerdo del antiguo Estado territorial. También Hungría hasta el año 1887 llamaba a la colección oficial alemana de sus leyes *Landesgesetzsammlung*.

La necesidad de una palabra general que comprendiese la formación total del Estado fue atendida en Italia. Para la pluralidad de los Estados italianos no era acertado servirse de las palabras *regno, imperio, terra* ni bastaba *città* para expresar el carácter de los Estados de Florencia, Venecia, Génova, Pisa, etc. Y entonces es cuando comienza a usarse la voz *Stato*, que va unida al nombre de una ciudad: *stato de Firenze*, etc. He aquí creado un término incoloro aplicable a todos los Estados, así monarquías como repúblicas, grandes o pequeños, Estados ciudades o Estados territoriales. J. Burckhardt opina que lo que se designa con la expresión *lo stato*, es juntamente el gobierno y su corte, y que esta expresión ha podido usurpar la significación de la existencia total de un territorio.[6] Probablemente el sentido de esta palabra corresponde al de la antigua *status*, es decir, la constitución, el orden. Ya al comienzo del siglo XV se usaba en este sentido,[7] y a principios del XVI se emplea *stato* como la expresión corriente para designar a todo Estado. Con la aparición de la idea moderna del Estado nace igualmente la voz que le corresponde. Así lo enseña de una manera evidente la frase con que comienza Maquiavelo *Il Principe: "Tutti li stati, tutti e' domini che hanno avuto ed hanno imperio sopra li uomini, sono stati e sono o reppubliche o principati"*.[8]

de designar la organización comunal. La voz latina *civitas*, en la Edad Media, es un concepto local, y de ella se deriva en primer lugar *civis*, y después *citoyen, citadin, cittadino, citizen*, y Gierke, *Genossenschaftsrecht*, II, pp. 579-580. Frente a esto debe recordarse igualmente que para los griegos, la palabra πόλις era la primaria y πολιτης el concepto derivado.

[6] *Die Kultur der Renaissance in Italien*, 1860, p. 2, nota. Según Rumelin, *statistique*, en el H. B. Schönberg, 2ª ed., III, p. 700, la expresión *Estado* se usó por parte de los embajadores para designar los delegados y autoridades de cada comunidad, y sólo después se ha usado para expresar el territorio sometido al dominio de estas autoridades. Para la historia de las palabras *stato, état, staat*, véase Nys, *L'État et la notion de l'État*, 1901, pp. 420-421, y Ed. Loening, *op. cit.*, pp. 907 ss.

[7] Aunque de una manera completamente aislada, se encuentra ya en Inglaterra en el siglo XIV la palabra *status* como equivalente a Estado. Véase Ducange-Heuschel, *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, véase *status*.

[8] Puede atribuirse con justicia a Maquiavelo el haber introducido en la literatura científica la voz Estado.

En el curso de los siglos XVI y XVII penetra también esta palabra en el lenguaje francés y alemán. En Francia emplea Bodin aún (1576) la voz *république* cuando habla del Estado, en tanto que llama *Estat* a una forma determinada del Estado, por lo cual habla de Estado aristocrático y Estado popular.[9] Algunos decenios después usa Loyseau la palabra *Estat* en el mismo sentido amplio y comprensivo en que usaba Maquiavelo la palabra italiana que le correspondía.[10] En Inglaterra emplea Shakespeare frecuentemente *state* en el sentido técnico de Estado.[11] En Alemania mantiénese vacilante durante mucho tiempo la significación de *status*. A comienzos del siglo XVII se habla por vez primera de *status rei publicae* como expresión abreviada para indicar todo el *status*, en oposición a la corte, al ejército y a las cámaras de los Estados, queriendo significar, por tanto, con aquél, el estado total de los asuntos generales del país.[12] Más tarde se habla de *status publicus;* sin embargo, durante mucho tiempo la terminología es tan insegura que se designa con el mismo nombre la corte que la cámara de los príncipes.

En el curso del siglo XVIII se consolida esta expresión, sin duda bajo el influjo de la literatura de la ciencia del Estado, y se designa con esta voz a la totalidad de la comunidad política. Al final del citado siglo se termina este proceso, correspondiente a la transformación operada en la conciencia general que llevó a convertir los territorios en Estados. Sin embargo, la voz Estado conserva un doble sentido, cuyo rastro se deja sentir hasta en nuestros días. Así, por ejemplo, se llama estado a las provincias o territorios que tienen una constitución particular.[13] En este sentido, se habla oficialmente de los Estados del monarca prusiano como de los territorios de un príncipe que al propio tiempo es rey de Prusia. Aún hoy promúlganse las leyes prusianas en la colección de leyes para los Estados reales prusianos *Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preussischen Staaten.*[14]

Así Austria, en la Patente de 11 de agosto de 1804, por la cual tomaba Francisco II el título de emperador de Austria, se habla de la *posesión inseparable de nuestros reinos y Estados independientes,* así como de *nuestros Reinos y otros Estados,* lo cual no significa en nuestra lengua moderna otra cosa que reinos y países, como se ve claro con la denominación de Estados hereditarios, *Erb-Staaten,* aplicada a los países hereditarios

[9] *Six livres de la république,* II, caps. VI y VII. Pero en este tiempo usábase ya en el lenguaje oficial la palabra *état* en el sentido de Estado. Véase Loening, *op. cit.*, p. 908.

[10] Loyseau, *Traité des Seigneuries,* París, 1608, p. 25.

[11] Véanse las citas en Al. Schmidt, *Shakespeare Lexikon,* 2ª ed., II, 1118.

[12] Stölzel, *Brandenbury Preussens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung,* I, 1888, p. 19.

[13] Véase Adelung, *Versuch eines vollst. grammat. krit. Wörterbuches der hochdeutschen Mundart,* 1786, *"Staat".*

[14] H. Schulze, *Preussisches Staatsrecht,* 2ª ed., I, 1888, p. 139, n. 2.

alemanes que entonces formaban parte de la federación de los reinos de Alemania.[15] Es el mismo lenguaje que hemos encontrado con respecto a Prusia. Por esto, cuando se habla en la Patente de un cuerpo de Estados austriacos unidos *(vereinigten Österreichischen Staaten-Körper)* no se habla nada del reconocimiento de los países austriacos como Estados. Lo muestra también el acta de abdicación de Francisco II del 6 de agosto de 1806 en que declara el emperador "que él gobernará de aquí en adelante como emperador de Austria las provincias y tierras de su reino" en unión con el cuerpo total de los Estados austriacos. Aun en los más pequeños Estados se encuentra en esta época la misma falta de claridad en el lenguaje; por ejemplo, el rey Federico de Wurtemberg, en su manifiesto de organización de 18 de mayo de 1806, dado con ocasión de haberse fundado el reino formado por el antiguo y nuevo Wurtemberg, habla "de sus antiguos y nuevos Estados reunidos en un todo".[16]

El año 1820 emplean los representantes de Baden en la conferencia ministerial de Viena, la expresión de "los Estados del Gran Duque de Baden";[17] sin embargo, no sería justo tratar de deducir ninguna consecuencia para el derecho público de estas expresiones. Debe hacerse notar que en la terminología oficial de las dos grandes potencias alemanas no se encuentra, hasta la época de la disolución del imperio alemán, el concepto "Estado".[18]

A más de la voz Estado se usan hoy otras varias para expresar la idea de comunidad política. Considerado el Estado en su aspecto exterior se le llama *macht, puissance, potenza, power, poder,* cuyas expresiones se usan frecuentemente, incluso en el terreno diplomático. Igualmente, *Volk, nation, nazione, nación,* son reminiscencias de los antiguos modos de expresión, transmitidos mediante el *jus gentium* principalmente, usándose como equivalentes a Estado.[19] Nuestro *Volkerrecht* y el llamado por Bentham derecho internacional, expresa el derecho entre los Estados. Esta última expresión tiene una gran variedad de sentidos, y a causa de esto, es muy dado a confusiones. Mejor sería hablar de un derecho entre Esta-

[15] *"So ist solches... daan von denjenigen Unserer Erb-Staaten zu verstehen, welche bisher mit dem Römisch-Deutschen Reiche in unmittelbarem Verbande gestanden sind, und auch in Zukunft die nämlichen Verhältnisse mit demselben... beibehalten sollen".* Así debe comprenderse de aquellos de los Estados alemanes hereditarios que han formado parte hasta ahora del Imperio Romano-Alemán y que deberán conservar en el futuro las mismas relaciones con él.

[16] Reyscher, *Sammlung der württ. Gesetze,* III, p. 247.

[17] Aegidi, *Die Schlussakte der Wiener Ministerialkonferenzen,* p. 182.

[18] Para la historia de la voz alemana *Staat* estudiada en relación con su origen romano, es interesante considerar de un lado, que se designaba a los Países Bajos con el nombre de Estados generales *(generalstaaten, Stadt Stand).* De otra parte, a los cantones suizos aún se les llama oficialmente *Stände,* o sea Estados, como por ejemplo, "Consejo de los Estados" (al *Standerat, Standestimmem).* Por tanto, *Stand* equivale a Estado.

[19] Véase Neumann, *op. cit.*, pp. 108-109.

dos que de un *jus inter gentes* o *inter nationes*. Pero la terminología no siempre acompaña a la lógica. Desde el punto de vista científico, no hay término alguno tan útil y fácil como el de Estado, pues no permite se le una ninguna representación auxiliar que pueda llevarnos a una dualidad en el sentido de este término y que dé lugar a confusión.[20]

[20] Bluntschli, *op. cit.*, vol. I, p. 24, núm. I.

VI. DE LA NATURALEZA DEL ESTADO

1. Distintos modos como puede conocerse el Estado

Antes de pretender dar una solución al problema más importante y difícil de la doctrina del Estado, a saber, el conocimiento de su naturaleza, es preciso indagar los puntos de vista desde los cuales se puede alcanzar un conocimiento del Estado.

El Estado, en primer lugar, forma parte del mundo de los hechos, y por consiguiente, está encajado dentro del mundo de lo real en el sentido objetivo, esto es, que tiene existencia fuera de nosotros;[1] es una variedad de hechos que se desenvuelven en el tiempo y en el espacio; pero estos hechos necesitan poder ser advertidos, incluso por quien no sepa nada acerca del hombre y sus fines, pues lo que existe realmente, existe independientemente de todo subjetivismo; así vemos y reconocemos en las relaciones humanas hechos sociales semejantes a los de ciertos animales. Lo que pasa en las colmenas o en los hormigueros, lo percibimos nosotros; pero no podemos interpretarlo con toda justeza. Aún hoy no está claro para la ciencia qué fuerzas orgánicas o psicológicas son aquellas sobre las que descansan estos instintos generadores de las sociedades animales; esto es, sólo nos son suficientemente conocidos los hechos exteriores, pero no las fuerzas que están obrando internamente en cada uno de los miembros de la sociedad. Nosotros interpretamos, sin embargo, involuntariamente, en nuestro fuero interno, estos hechos, valiéndonos de analogías. Si no fuera por esto, veríamos tan sólo en ciertas sociedades una sucesión de hechos sin sentido, un organismo no humano. Pero un modo tal de considerar al Estado, exclusivamente desde su aspecto exterior, esto es, objetivo, como le habremos de llamar, ofrece solamente una imagen pobre, e insuficiente científicamente, del mismo. Los hechos sociales pueden comprenderse tan sólo con la condición de conocer los actos psíquicos que los determinan y acompañan; porque todos los hechos exteriores de la sociedad, del mismo modo que todos los cambios que tienen lugar en la vida de los hombres, van condicionados por la voluntad, cuya dirección y contenido están dados por la plenitud del ser psicológico y por la actuación del hombre. Mas con esta suerte de conocimiento se traslada el Estado del mundo de lo objetivo al mundo de lo subjetivo.

[1] La última de las cuestiones relativas a la teoría del conocimiento, o sea, la de la significación trascendente de este fenómeno objetivo, queda fuera de nuestro estudio.

Una parte de las innumerables acciones sociales humanas puede escindirse y traerse a la conciencia con un fundamento concreto, como una unidad sintética de fenómenos, unidad que debe existir tanto en la conciencia del estadista, cuanto en la del investigador y el crítico. Pero únicamente pueden explicarse las acciones mediante nuestra experiencia interna. Los medios de que dispone el que investiga en las ciencias naturales, pesar, medir, contar, no sirven para este caso. La investigación estadística sólo puede ofrecer el material objetivo exterior, que recibe su valor gracias a la interpretación psicológica. A este modo de investigación científica para conocer el Estado lo llamaremos subjetivo.

Esta consideración subjetiva del Estado no se opone en modo alguno a la objetiva, sino que sirve para completarla y aclararla. Determina la realidad del Estado no sólo como una realidad física sino como predominantemente psíquica, que descansa en relaciones internas humanas. Para la concepción subjetiva del Estado existen dos maneras posibles de ver, que han de ser rigurosamente separadas una de otra.

La primera tiene como objeto el estudio del Estado como fenómeno social: aquellos hechos reales subjetivos y objetivos en que consiste la vida concreta del Estado. Frecuentemente se designa a esta manera de considerar el Estado, aspecto histórico-político. Éste sirve de base a la historia de los Estados, a la doctrina de sus orígenes, transformación y decadencia, a la investigación de los supuestos sociales y de la acción del Estado, así como al estudio de sus elementos propios y de sus relaciones internas. En una palabra, esta disciplina se propone abarcar el ser y el obrar del Estado en el mundo externo y en el interno.

La segunda concepción tiene como objeto el aspecto jurídico del Estado; pero el derecho ofrece una doble vida: es, de un lado, ejercicio jurídico efectivo, en cuyo sentido tiene el carácter de un poder social que forma parte de la vida concreta de la cultura de un pueblo, y de otra parte, es una totalidad de normas que exigen ser transformadas en acciones. En este último sentido, el derecho no queda dentro del mundo del ser, sino del mundo de lo que debe ser. Constituye una pluralidad de conceptos y proposiciones, que no sirven para conocer lo dado sino para juzgar de la realidad. Así, pues, mediante las normas jurídicas no se conoce ningún ser real; pero el problema de la jurisprudencia no consiste en precisar lo *en sí* del Estado, sino más bien en ordenar lo dado para determinados fines desde puntos de vista firmes y juzgar de ellos conforme a las normas abstractas del derecho. La ciencia del derecho, por tanto, es una ciencia normativa, de igual modo que la lógica, que no nos dice cómo son las cosas, sino cómo se las debe pensar para no caer en contradicción. Si la realidad es el supuesto del derecho y la base sobre la cual ha de apoyarse, no por eso deja de ser el derecho de naturaleza puramente ideal,

porque la proposición jurídica como tal sólo tiene una existencia conceptual. Los juicios deducidos de proposiciones jurídicas suministran, por consiguiente, un conocimiento no de una sustancia, sino de una relación, a saber: nos enseñan a conocer la relación de los hechos con la norma. Por esto, lo justo y lo injusto no son predicados que vayan adheridos a las cosas, no son propiedades, sino relaciones. El conocimiento jurídico de un objeto es, pues, fundamentalmente distinto del conocimiento de los hechos reales que lo componen

La concepción jurídica del Estado tiene como objeto el conocimiento de las normas jurídicas que determinan y sirven de pauta a las instituciones y funciones del mismo, así como de las relaciones de los hechos reales de la vida del Estado con aquellos juicios normativos sobre los que se apoya el pensamiento jurídico. La concepción jurídica del Estado se propone, por consiguiente, completar la concepción social del mismo; pero no puede, en modo alguno, confundirse una con otra.[2] Su método es exclusivamente método jurídico. El desconocimiento y confusión de esta distinción que acabamos de hacer es la causa de la enorme cantidad de errores que aún hoy suelen encontrarse. La naturaleza jurídica del Estado y sus instituciones, por obra de esta confusión, queda identificada con su realidad social. El reconocimiento de que existen varios modos de concebir el Estado no ha penetrado aún en las conciencias.[3]

Para explicar de un modo definitivo los puntos de vista acerca del Estado, es preciso echar una ojeada crítica sobre las teorías emitidas hasta hoy sobre el mismo, apoyándonos en los resultados que se desprenden del método que hemos empleado. Las diferentes teorías deben ordenarse y examinarse según las diversas formas de conocimiento de que es

[2] Ed. Loening, *op. cit.*, p. 909, considera que sólo es posible, mediante un concepto jurídico del Estado, superar el carácter normativo del concepto del derecho, el cual es insuficiente para abarcar el sustrato real de las normas. Pero el mismo Loening no puede mantener su punto de vista. En la p. 923 habla del Estado como una unidad histórico-política y hace notar (en la p. 917) que el Estado y el derecho son conceptos correlativos y, por tanto, que el derecho supone el Estado, con lo que viene a reconocer que el Estado no puede ser completamente derivado del derecho. La separación del Estado, como fenómeno social y como concepto jurídico, ha sido, por el contrario, mostrada por Seidler, pp. 17 ss.

[3] Sobre la base de esta separación en los modos de concebir el Estado, que ya se encuentra en mis obras anteriores, se ha hecho modernamente una investigación profunda y sagaz por parte de Kistiakowski, *op. cit.*, pp. 61 ss. Bierling, en su obra *Juristische Prinzipienfrage*, I, 1894, p. 226, núm. 1, trata de refutar la posibilidad de que existan diversos modos de conocer el mismo objeto. Dice este autor que pueden existir infinidad de respuestas incompletas e inexactas para una misma cuestión; pero sólo puede existir una, justa y suficiente. Sin duda esta observación sería exacta si se tratase de un *ens perfectissimun;* pero no lo es para nosotros, cuyo conocimiento empírico jamás es perfecto. Por esto es una exigencia ideal el tratar de reunir todos los conocimientos de que es susceptible una cosa, en una respuesta suficiente a la cuestión relativa a su naturaleza. Esto no puede alcanzarse por la ciencia positiva, sino que entra en el mundo de la especulación y de las convicciones subjetivas.

susceptible el Estado; muchas de estas teorías son uniones de varias, en las que de un modo, la mayor parte de las veces falto de claridad, se mezclan elementos de varias categorías, sin regla ni orden. Pero en tales confusiones es necesario buscar los elementos de cada doctrina y, reducidos a sus elementos simples, considerarlos conforme a la división que aquí hemos anotado.

Habrán, pues, de quedar excluidas aquellas teorías, bastantes en número, que no tienen como objeto considerar al Estado tal como es dado, sino que estudian tipos ideales del mismo en alguna de sus formas.[4] Ni las utopías ni los ideales políticos son, en modo alguno, objeto de la ciencia del Estado. Les es posible tener significación en la ciencia de la historia, la ética y la política, pero en otra dirección. Estos tipos ideales pueden presentarse como normas de juicio de lo existente, mas se diferencian esencialmente de las normas jurídicas, porque el derecho es firmemente positivo, esto es, una medida general, reconocida para juzgar lo que existe, en tanto el tipo ideal del Estado tiende a ser reconocido, sin poderlo alcanzar jamás. Entre las diferencias permanentes que separan a los hombres, ocupan el primer lugar los ideales políticos.

2. Las teorías particulares sobre el Estado

a) Teorías que consideran al Estado de un modo predominantemente objetivo

Una teoría del ser objetivo del Estado en que no entre para nada la consideración de elementos subjetivos es científicamente imposible. Esto no obstante, han existido muchas teorías que se han propuesto considerar al Estado como un ser exterior y completamente desligado del elemento interno de la vida del hombre. Nosotros llamaremos a estas doctrinas, teorías en que predomina el aspecto objetivo del ser del Estado.

El Estado considerado como un hecho

El Estado es algo realmente dado, no una abstracción ni una cosa que exista meramente en nuestro pensamiento. Esta observación suele hacerse a menudo en la literatura moderna.[5] No puede unirse a ella ninguna idea clara. Con la doctrina de la realidad del Estado no queda dicho de qué orden son los hechos que se designan como Estados, si de naturaleza física o psicológica o de ambas a la vez, o si hemos de representarnos por Estado una sustancia o un contenido de hechos. La teoría naturalista del Estado[6] forma una variante de esta doctrina, la cual es algo más clara en cuanto opone el aspecto jurídico del Estado a su existencia natural. Esta existencia natural considérala, por lo común, como objetiva y como desarrollándose en el mundo de las cosas exteriores y no en el mundo interno e individual, y comparte, a causa de esto último, la falta de claridad y la superficialidad que es común a las teorías que consideran al Estado como un puro hecho. A éstas pertenecen igualmente todas aquellas que buscan la verdadera naturaleza de aquél en hechos sociales o en relaciones sociales de poder. Frecuentemente se contentan con palabras y confunden, aun desde su punto de vista, la causa del Estado con el Estado en sí mismo. Tal manera de considerar la cuestión hace imposible una teoría jurídica del Estado para un pensamiento consecuente, ya que quedan sin distinguir el hecho y el derecho.[7]

[4] La distinción, que ha sido tan frecuente, a causa del influjo de la filosofía especulativa, entre el concepto ideal y empírico del Estado, ha sido abandonada por la mayor parte de los teorizadores sobre el Estado. Sin embargo, Brie, *Theorie der Staatenverbindungen*, 1886, p. 2, admite esta dualidad en el concepto del Estado, así como Rehm, *Staatslehre*, p. 11, habla de un concepto filosófico del Estado.

[5] Véase, por ejemplo, Jordan, *Versuche über das allgemeine Staatsrecht*, 1828, pp. 15-16. K. J. Zachariae, *op. cit.*, I, p. 51: "No hay que decir que el Estado es y permanece lo que es y debe ser, según la noción genérica de él: un hecho o una relación de hechos consistente en que los hombres en su totalidad o en parte, están sometidos a un mismo poder jurídico". Zöepfl, *op. cit.*, I, p. 1: "El hecho de encontrarse varias familias establecidas de un modo duradero en un territorio determinado y reunidas en forma de población, se llama Estado". Seydel, *Grundzüge der allgemeinen Staatslehre*, p. 2: "Para nuestra ciencia, el Estado es puramente un hecho". Bornhak, *Preussisches Staatsrecht*, 1888, I, pp. 65 y ss. Rehm, *Staatslehre*, p. 11. Puede verse otra modificación del mismo pensamiento en Rotteck, *op. cit.*, 2, p. 45: "El Estado, en cuanto fenómeno, nos es dado". Duguit, *op. cit.*, I, p. 15: *"L'État, c'est la force matérielle qu'elle que soit son origine, elle est et reste un simple fait"*.

[6] Véase, por ejemplo, Schleiermacher, *op. cit.*, p. 2, n.: "Nosotros consideramos al Estado únicamente como un producto de la naturaleza (φύσις)". C. Frantz, *Naturlehre des Staates*, p. 10 ss. En lo que respecta a este último autor, así como en lo que concierne a Planta que tiene análogos puntos de vista, véase Van Krieken, *Über die sogenannte organische Staatstheorie*, 1875, pp. 75-76. Últimamente B. Schmidt, *Der Staat*, pp. 1 y 2, se ha expresado del modo siguiente: "El Estado, precisamente, tiene una existencia objetiva propia, una existencia de hecho, de igual modo que cualquier otro cuerpo natural". La existencia de este cuerpo está asegurada por una fuerza natural: el impulso de asociación. Semejante concepción reposa sobre la identificación de la oposición entre el mundo físico y el mundo psíquico y cae dentro del dominio de la metafísica realista.

[7] Comparte en Francia esta concepción Duguit, vol. I, p. 9. Declara que el Estado es *"un groupement humain, fixé sur un territoire déterminé, où les plus forts imposent leur volonté aux plus faibles"*. ¡Una invasión enemiga en tiempo de guerra ofrecería, pues, la imagen de un Estado! Esta doctrina conduce a la teoría de la dominación. Véase *infra*. A Duguit, cuyas ideas fundamentales son rechazadas en Francia, se ha unido Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, París, Nancy, 1904, pp. 15-16. Hauriou, *Précis du droit administratif et de droit public général*, 5ª ed., París, 1903, considera al Estado de un modo dualista: como *"organisme public"* y como *"milieu de vie"*. Igualmente Polier y De Maraus (discípulos de Hauriou), en la obra *Esquisse d'une théorie des États composés*, Tolosa, 1902, p. 34, distinguen entre *"État-Persone"* o *"État Puissance"* de *"État-Milieu"*. Pero no

El Estado en cuanto estado ("als Zustand")

La etimología de la palabra Estado nos conduce a esta teoría que hallamos ya en distintas formas en la doctrina del derecho natural. El Estado es considerado por esta escuela como *status civilis* en oposición a *status naturalis*, o más bien, ve primeramente en el Estado la cualidad de los individuos que viven en él. Por esto se considera el Estado como una situación o estado, y más directamente como un Estado de dominación.[8] Es una variante de esta doctrina aquella que concibe al Estado como relaciones de dominio.[9]

La teoría que examinamos tiene dos derivaciones que se repiten entre las doctrinas jurídicas. Mas nosotros sólo hemos de examinarla como doctrina del ser objetivo del mismo. La relación de dominación habrá de expresar el ser verdadero que incide en el fundamento de la representación del Estado.[10]

Esta doctrina desconoce que cada situación o estado se compone de una ilimitada variedad de relaciones que jamás son algo meramente objetivo, que no son ningún *concretum*, sino una abstracción de innumerables relaciones de voluntad, individualizadas. Este punto de vista realista es incapaz de comprender ni la unidad del Estado ni su continuidad, sino que más bien hace consistir aquél en una variedad de relaciones de poder que se suceden las unas a la otras. En tanto existan hombres sometidos al poder, habrá Estados de dominación. La relación de un señor con respecto a un individuo súbdito consiste, visto de cerca, en una serie de actos de dominación. Toda unidad de estas relaciones nunca es real fuera de nosotros, sino que nace en nosotros mediante síntesis que se perfecciona en la intimidad del sujeto. Por consiguiente, la relación individual de dominio nunca es algo puramente objetivo, ya que se desenvuelve en la vida interna individual. La cuestión acerca del lazo que une entre sí la variedad de las relaciones volitivas jamás la suscitan los representantes de esta doctrina. La antigua concepción del Estado del derecho natural no se presenta nunca aisladamente, sino unida a alguna otra.

dicen de una manera precisa en qué consiste este *milieu* en el cual, según ellos, se ha de buscar la esencia social del Estado.

[8] Por ejemplo, Kant, *Metaphisische Anfangsgründe des Rechslehre*, § 43: "La situación de los particulares en el pueblo, considerados en sus relaciones recíprocas, se llama estado civil *(status civilis)*, y la unidad total, en sus relaciones con sus propios miembros, Estado *(civitas)*". Igualmente L. V. Haller, con su teoría contraria al derecho natural, debe colocarse en la misma orientación; en su obra *Restauration der Staatsw.*, I, p. 463, llama al Estado: "la más alta gradación de relaciones naturales de servicio y de relaciones sociales"; más tarde Zöpfl, *op. cit.*, I, Estado: estado de dominación. H. Bischof, *op. cit.*, p. 31: Estado: estado particular de sometimiento de todas las voluntades, formadas por una variedad de elementos sociales establecidos en un territorio determinado, a una voluntad.

[9] U. A. Zachariae, *op. cit.*, vol. I, p. 43: "El Estado objetivamente significa: el Estado *(status* en sentido estricto) relación de derecho entre el todo y sus miembros". E. Lingg, *op. cit.*, p. 6, Estado: relaciones de dominio de un pueblo dentro de un determinado territorio.

[10] Mostrar esto es el propósito de Lingg en la obra ya citada.

Identificación del Estado con uno de sus elementos

Para huir de las ficciones jurídicas y comprender la existencia natural del Estado, anterior a la vida de toda jurisprudencia, debemos buscar la esencia objetiva de aquél en uno de los elementos que lo constituyen y que aparentemente se nos muestran con existencia real. Estos elementos son: tierra, pueblo y señor, dominador o soberano. En la teoría patrimonial del Estado se ha tratado de identificar el territorio y éste, pero tales doctrinas no han alcanzado gran predicamento. En cambio, los otros dos elementos constitutivos del Estado se presentan a menudo como lo esencial del Estado mismo.

A. *El Estado como pueblo.*—Parece a primera vista evidente que el Estado y los hombres que lo componen son una misma cosa, por lo que una de las más antiguas teorías es aquella que equipara al Estado con el pueblo. Ella forma la base de las concepciones de los antiguos, desempeña un gran papel en la doctrina del Estado de la Edad Media, en la que frecuentemente se considera el pueblo como la fuente de toda organización del derecho público, y es más, en ella descansan las teorías modernas sobre la soberanía de aquél, e influye en la del poder constituyente. Según esta teoría, a consecuencia de la división de los poderes del Estado, sólo puede nacer dicho poder, del pueblo, que es en donde están virtualmente contenidas todas las funciones del Estado.[11]

El error de estas doctrinas no es difícil de descubrir. Confunden la convivencia de los individuos tomados aisladamente con la concepción del pueblo comunidad. Un pueblo es tal, mediante la acción unificadora de la variedad de los hombres que la forman, llevada a cabo por la organización.[12] Ésta sólo es posible cuando unos mismos principios jurídicos rigen para una pluralidad, que queda elevada a unidad en el acto de reconocimiento. El pueblo, que parece de una realidad evidente, se ofrece,

[11] Esto está expresado de un modo claro en el preámbulo de las Constituciones de los Estados particulares de la Unión Americana, las cuales comienzan con esta declaración: *"We the people of [...] do ordain and establish this Constitution"*. Y la Constitución de la Unión principia con estas palabras: *"We the people of the United States [...] do ordain and establish this Constitution for the United States of America"*.

[12] La doctrina del derecho natural acerca del Estado bajo el influjo que por tanto tiempo se ha hecho sentir, de Pufendorf, consideraba que el pueblo consistía en un *pactum unionis*, pero aún no organizado. Es decir, antes de que él mismo tomase una conclusión sobre su constitución obrando como sujeto soberano. Esto mismo puede verse en Rousseau, *Contrat social*, I, 5, para el cual, antes de implantarse todo gobierno, el pueblo establece, mediante un contrato social, el principio de las mayorías.

considerado más de cerca, como un concepto jurídico que no coincide con los individuos aislados. Él es independiente de la personalidad de los que viven en un momento dado, porque perdura en tanto que los otros cambian; su voluntad es imperecedera; las conclusiones de una generación pasada alcanzan a la actual y a la futura hasta que un acto contrario de voluntad le niega la fuerza para obligar. La misma voluntad popular no es la voluntad física de una unidad, sino una voluntad jurídica formada por actos físicos voluntarios, sobre la base de proposiciones de derecho, pues de la voluntad de varios jamás se forma, psicológicamente, una voluntad única, mucho menos cuando hay frente a frente y disintiendo, una mayoría y una minoría. Los actos de voluntad de los hombres no pueden ser objeto de una adición y una sustracción que hagan que a tales operaciones aritméticas corresponda un hecho real. Más bien es preciso sentar como base firme una proposición jurídica que ordene y dé el valor de voluntad general a lo que sólo es una voluntad relativa compuesta de dos tercios, tres cuartos, etc., pues el principio de la voluntad general no es un principio que se pueda comprender como evidente. Históricamente, el principio de la mayoría se desenvuelve lentamente, y ha habido muchos casos en que ha faltado por completo. La doctrina del Estado como pueblo, que a primera vista parecía tan realista, aparece como una teoría jurídica confusa, al examinarla más de cerca.

B. El Estado como dominador o autoridad ("Herrscher"). Esta doctrina radica también en una representación ingenua que identifica el Estado con el gobierno. Las personas que ejercen la autoridad han sido consideradas en todos los tiempos por muchos como la encarnación del Estado y, por tanto, como su verdadera realidad. En el mundo cristiano encontró esta concepción un apoyo de gran importancia en las expresiones, tan comunes en el Nuevo Testamento, que sólo afirman del Estado la autoridad.[13] Esta teoría penetra en la ciencia mediante la doctrina absolutista, para la cual pueblo y tierra aparecen puramente como objetos de la actividad del príncipe en cuya acción se encuentra contenida toda la realidad del Estado. La exposición de esta teoría la ha hecho principalmente Hobbes, según el cual, el pueblo unido por el contrato que es el fundamento del Estado se somete al príncipe o a la asamblea dominante. De este modo se transmite al señor la voluntad de la comunidad. A pesar de que Hobbes explica el Estado como una persona colectiva, esta persona sólo es el objeto exterior sobre el que se afirma el poder del

[13] "Epístola a los romanos", 13, 1-7. A Tito, 3, 1. A Pedro, I, 2, 13-17. Orden del Estado: Orden del emperador. "Actos de los ap.", XVII, 7. Cuando Jesús habla de un reino terrestre lo describe como βασιλειχ, por consiguiente como dominio personal de un príncipe. Mateo, XII, 25; Marcos, III, 24 y 25; Lucas, XI, 17. También el reino de Dios es considerado como el reino de un rey.

Señor. Todo poder del Estado y todo derecho público inciden exclusivamente en la autoridad.[14]

La teoría francesa del absolutismo, tal como fue formulada por Bossuet, declara sin vacilar que todo el Estado se encuentra contenido en el príncipe; así pues, todo el pueblo queda absorbido en éste, a quien eleva a un ser supraterreno.[15] En el siglo XIX, K. L. von Haller ha presentado esta teoría bajo una nueva forma, al considerar que el príncipe precedía al Estado mismo en el tiempo y al tratar de explicar al pueblo como una creación del príncipe.[16] Pero en la época moderna ha reverdecido de nuevo esta doctrina y ha dado un fundamento sólido a la concepción realista del Estado. Sus representantes más conocidos son: Max von Seydel[17] y Bornhak.[18] Seydel cree haber puesto fin a todas las ficciones e imágenes falsas en la doctrina del Estado, al considerar lo real en el mismo, a saber: la tierra y la gente, como el objeto de la actividad del dominador y que forma el aspecto activo del Estado exclusivamente este dominador, el cual se encuentra sobre todo derecho y sobre toda ley. Por consiguiente, tal dominador, soberano frente al Estado, se mantiene en la relación de sujeto a objeto. El dualismo de Estado y soberano que hallamos en esta teoría ha sido salvado por Bornhak, que declara con desenvoltura que dominador o soberano y Estado son una misma cosa.[19] Si se le pregunta de dónde procede la existencia del soberano y de su poder, contestará señalando los hechos en que se muestran las relaciones efectivas de éste.[20]

No son precisas hondas reflexiones para comprender los errores fundamentales de esta doctrina. Un soberano o un dominador con una apariencia tan empírica y realista no es, en rigor, sino una abstracción jurídica, pues sólo considerando al soberano como institución independiente del cambio que es propio a los individuos, se puede evitar la consecuencia que se desprende de esta concepción, a saber: que con la muerte del soberano cese también de existir el Estado. Así pues, concebido el soberano como una persona física, queda destruida la continuidad de la vida

[14] *Elementa Philosophica de cive VI;* Leviatán, XVIII.

[15] Bossuet, *Politique tirée des propries paroles de l'Écriture Sainte,* III, 2-1. *"Les princes agissent donc comme ministres de Dieu et ses lieutenants sur la terre [...] c'est pour cela que nous avons vu que le trône Royal n'est pas le trône d'un homme, mais le trône de Dieu même";* VI, I, 1: *"nous avons vu que tout l'État est en la personne du Prince".*

[16] *Restauration der Staatsw.,* I, 2ª ed., 1820, p. 511.

[17] Véase especialmente *Grundzüge einer allg. Staatslehre,* pp. 1-2.

[18] *Preussisches Staatsrecht,* I, 1888, pp. 63-64. *Allg. Staatslehre,* p. 13.

[19] *Preussisches Staatsrecht,* I, p. 65.

[20] En una nueva forma, aunque con más confusión que en los anteriores escritores, se encuentra también esta teoría en Duguit, I, p. 19: *"L'État pour nous c'est l'homme, le groupe d'hommes, qui en fait, dans une société, sont matériellement plus forts que les autres".* El derecho ha de coincidir, pues, con esta voluntad del más fuerte si ha de ser la expresión de la solidaridad social, con lo cual falta todo criterio objetivo por el que pueda reconocerse si existe o no un principio de derecho.

del Estado. Para los seguidores de esta teoría, tal como la exponía la escuela del derecho natural, era más fácil evitar esta consecuencia gracias a la construcción apriorística sobre la que levantaban ellos todo su edificio. Mas los realistas modernos se encuentran dentro de una contradicción insoluble. Rechazan las ficciones jurídicas y, no obstante, fingen una persona real desligada de su sustrato físico y, además, por obra de una *generatio aequivoca*, explican la ley de la sucesión al trono mediante una ley que da el soberano y en razón de la cual adviene él en tal soberano.

Quien concibiese como unidad una serie de hombres coexistentes estaría en un error, según la doctrina de que venimos ocupándonos; pero, cosa inaudita, quien considerara en cambio una variedad de individuos cuyas vidas se suceden, como un individuo, se fundaría, según ella, en la realidad. Esta teoría, además, quiere considerar al pueblo como una unidad; pero no sabe decir de dónde procede esta unidad. Como se ha mostrado a propósito de la teoría del Estado en cuanto estado, si 100 000 hombres son dominados por uno, estos 100 000 continúan siendo individuos que están separados unos de otros, cuya unidad, desde el punto de vista realista, es una ficción. El realismo y el empirismo de esta doctrina no es otro, en rigor, que el popular y común en las investigaciones modernas sobre lógica, psicología y teoría del conocimiento, según las cuales sólo tiene verdadera existencia lo que es perceptible por los sentidos, y les ocurre, como no podía ser menos, que no les es posible ser consecuentes con este punto de vista.[21]

El Estado como organismo natural

De entre la variedad de aspectos que ofrece la teoría orgánica del Estado, hemos de mencionar en este lugar aquel que considera el Estado como una formación orgánica de carácter físico, con una existencia condicionada por leyes naturales, existencia que es independiente de la de los individuos que lo forman.[22] Entre estas doctrinas se han de contar las que consideran al Estado, en su exterior, de un modo análogo a los organismos naturales, e internamente, como un organismo ético espiritual. Pertenecen a ellas singularmente, las teorías antropomórficas que, al ejemplo de Platón, conciben al Estado como un hombre en grande.[23] Los excesos que principalmente se reprochan a la doctrina orgánica del Estado nacen, muy especialmente, de esta tosca concepción sensible del organismo. La investigación que hemos de hacer de ella no la desligará de la conexión que mantiene con la doctrina general orgánica del Estado.

[21] Véase Jellinek, *System der subj. öff. Rechte*, pp. 25-26.
[22] Véase nota 6 citada anteriormente, p. 163.
[23] Por ejemplo, Bluntschli, *Études psychologiques de l'État et de l'Église*, 1884. Van Krieken cita otros muchos autores, *op. cit.*, pp. 81-82.

b) Teorías que consideran al Estado desde un aspecto predominantemente subjetivo

Concepción del Estado como organismo ético-espiritual ("Geistig-sittlicher")

Que el Estado es un organismo, lo ha afirmado la ciencia del Estado en todos los tiempos. En la Antigüedad, Platón concibió el Estado como un hombre en grande, en el que existían los mismos elementos psicológicos que en el individuo. En la Edad Media, la analogía del Estado con el organismo humano se generaliza, a partir de J. Salisbury,[24] tanto más cuanto que el *pendant* del Estado, la Iglesia, aparece, según la expresión paulina de que todos somos miembros de un cuerpo,[25] como la unidad de todos los creyentes en el cuerpo de Cristo. La expresión de san Pablo ha ejercido gran influjo en la concepción orgánica de las relaciones de la comunidad.[26] Se opone a estas concepciones la doctrina del Estado de la escuela de derecho natural, la cual siempre parte de la concepción del individuo abstracto, a quien considera como el átomo de que se forma un Estado, y considera a éste, a su vez, como una gran sociedad libre formada artificialmente por los individuos. Si en estas doctrinas se encuentra ocasionalmente, como en la de Hobbes, alguna imagen alusiva a una concepción orgánica, es para ellas, en realidad, el Estado, un mecanismo complicado inventado por el hombre. En la reacción contra el derecho natural, la teoría orgánica reaparece con una nueva forma. A la doctrina del estado primitivo de naturaleza, se opone la aristotélica de la prioridad del Estado, al que explica como una institución originaria, e independiente, por tanto, de la conciencia reflexiva de los individuos. Y es más, el propio desarrollo, florecimiento y desaparición de los Estados, considéranse efectos de fuerzas independientes del arbitrio humano; esta concepción es una exigencia primordial para la escuela histórica del derecho, cuyos fundadores han explicado el proceso de formación del mismo, atribuyéndolo a la acción instintiva del espíritu popular.

La nueva teoría orgánica se presenta con un carácter diferente. A veces, como hemos visto, renueva la doctrina moderna, según la cual, el Estado es un organismo natural análogo al hombre, y da lugar a las más arbi-

[24] Véase Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, pp. 549-550.
[25] "Epístola a los Romanos", 12, 4-6. "A los Corintios", I, 12, 12-31.
[26] Sobre el influjo de la representación del *Corpus misticum Christi* en la doctrina del Estado y de la sociedad en la Edad Media, véase Gierke, *op. cit.*, III, pp. 517-518, 546-547.

trarias y fantásticas afirmaciones; pero otros más reflexivos postulan un género especial de organismo al asignar este carácter al Estado, a saber: organismos colectivos, espirituales, morales, organismos de orden superior. Esta segunda manera de considerar la doctrina orgánica cuenta actualmente con representantes preclaros; hombres de gran saber naturalista participan de esta opinión, como por ejemplo en Alemania W. Wundt.[27] También existen adeptos de esta doctrina entre los filósofos del derecho, teorizadores de la doctrina del Estado y economistas.[28]

Para apreciar esta teoría suficientemente se ha de considerar que el Estado no es el único fenómeno social que trata de explicarse como un organismo, sino que con este carácter se explican el derecho, la economía, los pueblos en particular, la sociedad en general y hasta la humanidad misma. Así pues, junto a la teoría orgánica del Estado ocupa su lugar la teoría orgánica del derecho, la de la economía y la de la sociedad.[29]

Es común a todas estas concepciones orgánicas la negación de la doctrina que considera las formaciones sociales como agregados procedentes exclusivamente de los individuos que las componen, o sea, como sus elementos últimos; es general también a estas concepciones orgánicas el estimar la comunidad humana como una unidad originaria con la que los individuos mantienen la relación de miembros, y por tanto, sólo pueden ser comprendidos partiendo de la naturaleza del todo. Preséntase, pues, la teoría orgánica, como la oposición a la doctrina individualista de la comunidad humana. Pero en todos sus aspectos échase de ver una falta fundamental, que es la de que opera con un concepto que no puede definir. Aún no existe una explicación suficiente de la naturaleza del organismo. Todas las definiciones que lo suponen como un fenómeno, independiente de nuestro modo de considerarlo, esto es, como algo objetivo, no son en rigor sino tautologías, descripciones y, las más de las veces, vagas generalidades. Apenas si es posible encontrar un signo distintivo entre organismo y mecanismo. Si alguna duda cupiera, sería prueba de ello la definición de Wundt sobre el organismo.[30]

[27] *System der Philosophie*, 2ª ed., 1897, pp. 616-617.

[28] Para la literatura antigua, véase Von Krieken, *op. cit.*, pp. 101-102. Entre los autores modernos es preciso mencionar singularmente a Lasson, *op. cit.*, pp. 289-290; Gierke, *Zeitschrift für die gesamte Staatsw.*, XXX, pp. 170-171. Véanse igualmente sus obras sobre el derecho de asociación, así como *Deutsches Privatrecht*, I, pp. 137-138, y su discurso rectoral: *Das Wesen der menschlichen Verbände*, 1902; Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, 1889; *Über Organpersönlichkeit, Schmollers Jahrbuch.*, XXVII, pp. 557 ss.; *Stellvertretung oder Organschaft, Iherings dogmatische Jahrbücher*, 1902, pp. 429-430; *Das städtische Amtsrecht in Preussen*, 1902; Schäffle, II, p. 434, éste no reconoce a los fenómenos otro valor que el de meras analogías.

[29] Sobre la doctrina orgánica de la sociedad, véase Barth, *op. cit.*, pp. 90, 166; Kistiakowski, pp. 19-20.

[30] Wundt entiende por organismo en general, *System*, p. 616, "toda unidad compuesta cuyas partes, o sean unidades más sencillas de propiedades análogas, son al propio tiempo

Sólo es posible dar una explicación que pueda satisfacer acerca del organismo, si se parte del concepto fin, porque la esencia del organismo es de naturaleza teleológica.[31] Todas las funciones orgánicas tienen un fin en relación con el todo, y el todo, a su vez, tiene relaciones de finalidad con sus partes. Para comprender un fin objetivo sería preciso superar las facultades de nuestro entendimiento. Para el conocimiento empírico de la naturaleza, los hechos orgánicos únicamente pueden ser efectos de un complejo mecanismo. El objeto de la ciencia natural, según opinión de la mayor parte de los naturalistas, consiste en reducir los hechos de apariencia orgánico-teleológica a hechos mecánico-atomísticos.[32] La nueva dirección en la biología, según la cual este objetivo es inasequible y no derivable de un principio particular que domine el orden mecánico, afirma que el fenómeno de la vida no puede darnos una conclusión acerca de las fuerzas capaces de formar lo orgánico; se encuentra ante un enigma que los métodos exactos de las ciencias naturales no pueden aclarar.

El concepto de organismo es, pues, el resultado de una concepción especial. Un género determinado de fenómenos y hechos exteriores con continuidad espacial y temporal se reduce a unidad en nuestra conciencia, mediante un orden de consideraciones teleológicas, sin que podamos afirmar con fundamento suficiente que a esta síntesis que internamente hacemos corresponda una unidad análoga objetivamente.[33] Y si afirma-

miembros u órganos que sirven para el todo". Pero él mismo tiene que convenir en que esta definición es igualmente aplicable a los cuerpos inanimados y que "una máquina, una obra de arte o una obra de la ciencia, pueden ser llamadas organismos". Sobre la dificultad de separar organismo y mecanismo, véase Brücke, *Vorlesungen über Phsysiologie*, I, 1874, pp. 1 ss.; La única diferencia entre el primero y el segundo consistiría en la capacidad que posee el primero de asimilarse materias extrañas. Véase también Blüntschli, *Mechanismus und Vitalismus*, 1901, pp. 62-63; Mach, *Die Analyse der Empfindungen*, 2ª ed., 1903, pp. 81-82. Junto a estas afirmaciones de especialistas parecen muy superficiales las de Preuss, *op. cit.*, p. 140. Este último *(Über Organpersönlichkeit, op. cit.*, pp. 121, 575) se consuela pensando en la impotencia de la ciencia para suministrar una explicación satisfactoria del organismo; pero esta confesión, para quien tenga fe en la doctrina organológica, ha de ser desoladora.

[31] Un producto orgánico de la naturaleza es todo objeto en que no hay nada que no sea fin y medio al mismo tiempo; Kant, *Kritik der Urteilskraft*, § 75. Sobre la relación entre el concepto del organismo y la representación de fin, véanse las observaciones acertadas y sagaces de Sigwart, *op. cit.*, II, pp. 428 ss., y especialmente, pp. 254-255. Véase Wundt, *op. cit.*, pp. 315-316 y 538-539.

[32] Entre los fisiólogos contemporáneos pueden verse L. Hermann, *Lehrbuch der Physiologie*, 10ª ed., 1892, p. 6; Landois, *Lehrbuch der Physiologie des Menschen*, 2ª ed., 1881, pp. 14-15; J. Steiner, *Grundriss d. Physiologie d. Menschen*, 4ª ed., 1898, pp. 2 ss.

[33] La biología, en sus comienzos, operó en el concepto "fuerza vital" como organizadora de lo objetivo. La biología moderna ha ido rechazando este principio organizante como propio del orden de la fantasía. Véase Hermann, *op. cit.*, pp. 5-6. Los mismos ensayos neovitalistas actuales distan mucho de construir el organismo total sobre la base de las fuerzas vitales. Bruno Schmidt, por el contrario *(op. cit.*, p. 2, compárese también 111 y 116), hace descansar los organismos animales y vegetales, y aun el propio Estado, en esa fuerza de que hemos hablado y que la ciencia rechaza.

mos tal unidad con una existencia de tal carácter, nos hallamos dentro del campo de la metafísica. La afirmación de que el organismo como tal existe fuera de los juicios de nuestra conciencia, tiene el mismo valor de verdad que la concepción de que independientemente de nuestras sensaciones existe un mundo de colores y tonos.

Esta objeción tiene aún más sentido a propósito de la doctrina del organismo social. El que consideremos la variedad de fenómenos que nos ofrecen los hechos sociales de un modo confuso y desordenado, como unidades de diversa naturaleza, tiene una razón de ser, que es la de que sin la capacidad de formar síntesis subjetivas, no existiría para nosotros ni el mundo del sentimiento ni el mundo del conocer ni el mundo de la acción. Pero añadir a esta síntesis un valor de verdad objetiva, es saltar de lo empírico a lo metafísico. Si partiendo de los fundamentos de la hipótesis orgánica, consideramos al Estado como una unidad interna, e independientemente de nuestro conocimiento, concedemos a esta unidad existencia propia, entonces entramos en la metafísica; porque la teoría orgánica, dígase lo que se quiera, ve en el organismo una esencia, esto es, una sustancia, soporte de las funciones que derivan de él. Aceptar una sustancia real, a la cual se le da el nombre de Estado o sociedad, corresponde a las creencias en el reino de la metafísica, ya se piense esta sustancia como sensible, ya como meramente ideal.[34]

El organismo moral o espiritual, la personalidad orgánica, devienen esencias místicas, cuando se las utiliza como medios para síntesis de fenómenos, como acontece, por ejemplo, en la teoría del espíritu del pueblo y el alma del mismo, que aparecen como verdaderos fantasmas, si se olvida que su valor sólo puede consistir en ser abreviaciones de procesos psicológicos complicados, no susceptibles de ser descifrados en sus detalles. La teoría orgánica, por tanto, considerada desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, no es una doctrina de la existencia objetiva del Estado, sino del Estado tal como se ofrece a nuestras consideraciones subjetivas teleológicas, cuya significación trascendente no podemos conocer.

[34] Mi posición respecto a la doctrina orgánica es igual a la que toma la teoría crítica del conocimiento frente a la dogmática. Las nuevas observaciones de Gierke, aunque no de un modo explícito, están dirigidas contra mí (véase Gierke, *Das Wesen der Menschlichen Verbände*, 1903); estas observaciones no prueban la posibilidad de la existencia objetiva de un organismo social, sino que nos enseñan a conocer puramente una profesión de fe, y quedan fuera de las cuestiones teóricas que plantea el problema del conocimiento. Véase también Preuss, *Über Organpersönlichkeit, op. cit.*, p. 575. Explica la vida como una gran x; pero opina que el hecho de que exista una diferencia esencial entre el concepto de organismo vivo y mecanismo muerto, debe ser aceptado como un dato real, con lo cual él se muestra como un metafísico no crítico que ofrece a la investigación un fin dogmático, allí donde precisamente comienza el verdadero problema científico. Véanse por último las excelentes observaciones de Max Weber, *Schmollers Jahrbuch.*, XXVII, p. 35, donde muestra muy acertadamente que Gierke hipostasía un contenido sentimental.

Una crítica científica que se base sobre datos ha de apartarse completamente de la hipótesis de la formación social como organismo real y existente, pues tal organismo no es sino trascendente. Habremos de examinar únicamente, pues, si la hipótesis orgánica es admisible como una forma de síntesis de los hechos sociales que tienen lugar fuera de nosotros.

Resulta de aquí, en primer lugar, que la traslación de la representación de organismo a la sociedad está muy poco justificada,[35] porque a la sociedad le falta, sobre todo, la limitación exterior, la exclusión que al organismo acompaña. Un cuerpo social no existe ni aun en la abstracción, ya que la sociedad supera los límites del Estado, sin que pueda decirse dónde tiene su fin. Por último, la sociedad carece de unidad interna, cuya comprensión es uno de los fines esenciales de la teoría orgánica, y le falta sustancialidad en nuestra representación.

Otra cosa es lo que ocurre con el Estado y con el concepto que va unido a él: el de pueblo. El Estado se nos ofrece como la unidad interna de su pueblo guiado por una voluntad. La hipótesis orgánica establece ciertas analogías de relaciones y caracteres entre los organismos naturales y el Estado y el pueblo, con lo cual cree hacer más comprensible y haber encontrado una alta forma de síntesis para los fenómenos naturales y políticos. Así acontece con la unidad de la variedad de fenómenos relativos al Estado y el pueblo, en el proceso de cambios que tienen lugar entre él y sus miembros. Lo propio ocurre con respecto a las modificaciones lentas de ambos en el curso de la historia, y finalmente respecto a la correlación en que se encuentran los miembros del todo y las funciones particulares del mismo. Esto es, precisamente, lo que nos hace creer que el todo existe para las partes y las partes para el todo, así como la mutua determinación de unos en relación con otros. Finalmente, la formación irreflexiva y, por decirlo así, naturalista de las instituciones de derecho público, parece oponerse a la derivación de estas instituciones de la voluntad consciente y reflexiva de los individuos; más bien son producto de fuerzas potentes, en las cuales el arbitrio humano sólo muy débilmente puede influir para modificarlas, si es que le es posible, en alguna medida.

Pero estos hechos nos ofrecen únicamente analogías, oponiéndolos mutuamente, diferencias profundas. Junto a la formación irreflexiva de las instituciones sociales, hállase esta otra que todos los días podemos advertir: la formación consciente de las mismas. El edificio entero de un Estado puede experimentar repentinamente la más poderosa transformación. Los Estados no crecen y desaparecen como los organismos porque no están sometidos cual éstos a las leyes de la evolución y de la

[35] Véanse las acertadas observaciones de Rümelin, *Reden und aufsätze*, III, pp. 263-264.

regresión.[36] Les falta además lo que es peculiar de lo orgánico y lo que constituye el punto central de todo lo vivo: la renovación mediante el cambio de generaciones: no pueden reproducirse. Sólo es posible querer representar el nacimiento de los nuevos Estados como un proceso de reproducción de cualquier clase que sea, para aquellos que se sirven de vagas analogías. El reino alemán e Italia, los Estados de los Balcanes y Cuba, para referirnos sólo a los tiempos más modernos, deben su existencia a la espada, que no es, ciertamente, un medio orgánico de procreación. A lo más podría descubrir este fenómeno una desbordada fantasía en la colonización, que habrá de extinguirse cuando se ocupe toda la tierra. Los partidarios de la doctrina orgánica llaman a las instituciones de derecho público que ellos rechazan, inorgánicas, cuyo término contiene ya la negación de toda la doctrina orgánica, puesto que en la vida de un organismo no puede existir nada que no sea orgánico: la enfermedad, la atrofia, la falta de vigor, etc., son procesos orgánicos. Que sólo el organismo típico y perfecto tenga derecho a la existencia o, lo que es lo mismo, que haya un deber para el organismo, es una afirmación arbitraria y desprovista de valor científico.

Pero la teoría orgánica se encuentra enlazada estrechamente con la afirmación de un organismo normal, y a causa de esto, deviene una doctrina política, puesto que se trata ya de un tipo ideal del Estado sobre el cual habrán de gravitar los juicios relativos a la vida del mismo.[37] Pero precisamente en la descripción de este tipo es donde se muestra más claramente la arbitrariedad. Como es imposible dar una definición clara de lo orgánico, sucede que emplea dicha escuela esta palabra allí donde le falta un concepto. También se da en la literatura organológica este fenómeno: que en vez de proceder paso a paso y científicamente en sus construcciones, la teoría orgánica a menudo corta la discusión con un acto de autoridad, y en vez de explicar, recurre a una imagen y con ello le basta, por lo que acontece que no hay doctrina alguna tan rica en excesos de fantasía subjetiva, como ésta. Falta a los autores partidarios de esta teoría una visión clara de la naturaleza de la investigación metodológica, a la que identifican con analogías e imágenes. Últimamente han tomado el hábito de recurrir a los métodos de las ciencias naturales y olvidan la profunda distinción entre los hechos sociales y los naturales, y confunden, además, como hemos visto, lo que corresponde a las ciencias naturales con lo que concierne a las empíricas y a las exactas.[38]

[36] Bastará con que se piense en la historia de los Estados del pueblo alemán para comprender que el desarrollo, florecimiento y decadencia de un Estado no tienen nada en común con los fenómenos naturales orgánicos. ¿Cuándo ha florecido el Estado alemán, bajo la casa de los Hohenstaufen o bajo la de los Hohenzollern? ¿Y significa el *interregnum* la guerra de los 30 años o la paz de Luneville la decadencia? ¿Había muerto el organismo del Estado alemán en 1806? Si se contesta afirmativamente a esta cuestión, la teoría orgánica se vería obligada a una explicación que no tiene analogismo posible en la biología, cual es la doctrina de la resurrección.

[37] Esto pasa también en las ciencias naturales. Así, por ejemplo, Hertwig se limita a establecer vagas analogías entre el Estado y los organismos normales. Véase Hertwig, *Die Lehre vom Organismus und ihre Beziehung zur Sozialw.*, 1899, pp. 18-19.

Puesto que la teoría orgánica trabaja principalmente valiéndose de analogías y no puede alcanzar un conocimiento real, es mejor, por consiguiente, deshacernos completamente de ella, porque los peligros de las analogías falsas son mucho mayores que el beneficio que puedan reportar si se acierta. Además, olvida dicha teoría la necesidad en que se encuentra el Estado de una actividad permanente, reflexiva, con un fin constante, porque sin ella no sería posible que existiese él un momento. Pero dados los principios de esta teoría no le es posible explicar tal actividad.

Aún más enérgicamente ha de rechazarse aquella doctrina que afirma la existencia de una variedad de organismos sociales que coexisten, y que deberían abarcar en calidad de miembros a los mismos individuos, a saber: al Estado, la Iglesia, las corporaciones, y ha de rechazarse porque contradice incluso las propias analogías biológicas, que sólo pueden concebir a un miembro como formando parte de un todo. La teoría que trata de evitar una de estas faltas, la que habla de un organismo total que encierra en sí los organismos parciales, es inaplicable a las relaciones sociales porque no es posible encontrar un organismo social supremo. Ni puede concebirse jamás a la Iglesia meramente como un miembro del Estado, ni mucho menos al Estado como un miembro de la Iglesia. Pero si se pusiese a la humanidad como aquel organismo supremo, entonces llegaríamos a rebasar con esta feliz hipóstasis de la especie, el propio realismo escolástico.

La misma historia de la doctrina orgánica prueba claramente cuán escaso es su valor científico, pues el concepto de organismo ha nacido del de mecanismo, es decir, ordenación humana conforme a un fin, y órgano,

[38] Lo que sucede con la doctrina orgánica, sucede también con su modo de investigación: una y otro viven de un falso monismo. La investigación naturalista, basada en el experimento, en la observación sensible, en la medida y peso, utilizando sus instrumentos propios es, a causa de esto, atendiendo a su objeto y medios de conocimiento, una ciencia enteramente separada de las ciencias sociales, y cuanto haya dado a éstas el método llamado de las ciencias naturales, no son sino hipótesis infundadas que se crean un día y al siguiente han menester de destrucción. No hay una sola proposición firme en las ciencias sociales (y me aventuro a hacer esta afirmación de una manera apodíctica) que se haya alcanzado gracias a ese método de investigación llamado *exacto*. Que la observación y la fijación de lo dado, son el punto de partida de todas las disciplinas de las ciencias sociales, no es una novedad que hayan traído a la conciencia científica las ciencias naturales, sino que este axioma proviene de la concepción de la totalidad de lo que existe, como un dato empírico común a toda ciencia humana. La fundamentación del método empírico, en oposición al especulativo, ha sido en no escasa medida la obra de la filosofía moderna: Bacon, Locke, Berkeley, Hume y Descartes, Spinoza y Kant han desarrollado de una manera amplia para todas las disciplinas, los principios generales de la experiencia científica.

originariamente no ha significado otra cosa más que instrumento. El concepto del organismo es, según su origen, un concepto antropomórfico en que el hombre mismo está concebido primeramente como una ordenación conforme a un fin.[39] La ciencia moderna ha ido poco a poco llegando a explicar a todo ser vivo como un organismo y a hallar dentro de los fenómenos enigmáticos de la vida la nota diferencial entre lo orgánico y lo mecánico. El conocimiento de la teología inmanente que ofrece el organismo, y que es un principio heurístico de tanta importancia para la biología, lo hemos tomado de una analogía con nuestras acciones conscientes del fin, porque éste, el fin, es un principio ofrecido a nosotros exclusivamente por nuestra conciencia. Mas querer conocer las relaciones humanas mediante su comparación con imágenes y funciones que sólo pueden ser asequibles a nuestro entendimiento aplicando a ellas las representaciones que tenemos del mundo exterior es, por lo menos, un rodeo superfluo.

De todo lo cual se deduce que la noción científica del Estado corresponde a una categoría que es sustantiva e independiente de toda analogía.

El Estado como unidad colectiva o de asociación ("Verbandseinheit")

Los antiguos hicieron ya la afirmación de que el Estado representa una unidad permanente de hombres asociados, esto es, una unidad colectiva. Esta representación, a la que sirven de intermediarias las categorías de κοινωνία, *societas*, *res publicæ*, *cætus*, procede del pensamiento de la Antigüedad. Mas entonces iba unido esencialmente este género de conceptos al fin de la asociación, y como no se usaba de imágenes orgánicas, la cuestión relativa a la estructura de las asociaciones quedaba relegada. La teoría medieval de la corporación y la moderna del derecho natural parten, para su construcción, de la idea de una asociación a la que asignan exclusivamente un carácter jurídico, sin que se planteen la cuestión acerca del sustrato histórico-social del Estado en un sentido jurídico, o al menos sin que esto sea claro para ellos. El derecho natural concibe siempre a los hombres dentro del Estado como una *unio*, esto es, como una reunión de varios en una unidad.[40]

[39] Véanse sobre esto las observaciones detalladas, insertas en el *System der Subj. öff. Rechte*, pp. 34-35, y la historia de los conceptos "mecánico y orgánico", en Eucken, *Geistige Strömungen der Gegenwart*, 1904, pp. 125-126. Es interesante en particular ver cómo antes del siglo XIX, lo orgánico y lo mecánico no se pensaban como cosas opuestas. Cuando Preuss, *op. cit.*, p. 558, dice que sólo puede tener órganos un organismo, denota con esto una ignorancia completa de la evolución del concepto órgano.

[40] Althusius, *Política*, V, 1, donde se encuentra el concepto de la *Consociatio publica*. En

La idea de la unidad colectiva, expresada de una manera más o menos clara, se encuentra en la mayor parte de los escritores modernos de derecho público al tratar de la naturaleza social del Estado.[41] Esta teoría ha sido ampliamente desarrollada por Gierke, pero el mismo autor no separa suficientemente la teoría de la asociación de la teoría orgánica; se declara partidario de esta última, mas no establece una oposición clara entre estos dos modos de concebir el Estado, y su estudio acerca de la corporación —que es extraordinariamente importante— lleva consigo una teoría de la existencia prejurídica del Estado, en la que aparece éste como una organización firme y de fines permanentes por obra de los cuales recibe unidad. Esta unidad se diferencia de la de los individuos que la componen, y sin embargo sólo existe mediante la pluralidad y en la pluralidad de ellos.[42] Bernatzik ha hecho más clara la diferencia entre comunidad y persona jurídica dando a la primera el valor de un sustrato posible de la segunda.[43] Posteriormente ha distinguido Haenel el Estado

Grotius, la de *Coetus (Civitas: coetus liberorum hominum juris fruendi et communis utilitatis causa consociatus)*. Posteriormente muchos autores (por ejemplo, Boehmer, *op. cit.*, p. 184) han aceptado esta concepción. Con Hobbes principia la afirmación de que el Estado es una unión de individuos, afirmación que más tarde subraya Rousseau; mediante el *"contrat social"* se crea una asociación, consistente en la unión de los miembros, I, 6. Este mismo pensamiento se repite en la famosa definición del Estado de Kant ("Estado es la unión de una variedad de hombres bajo leyes jurídicas"), *op. cit.*, § 45. De igual modo opinan los innumerables publicistas que hablan de una sociedad-Estado. Entienden por tal la reunión de varios en una unidad, bajo la forma de asociación. De aquí se sigue que el derecho natural ha afirmado enérgicamente la personalidad jurídica del Estado, y por esto, al diferenciar de una manera clara el concepto jurídico del Estado y el sustrato social del mismo, ha sido preciso pensar en este último como si formase igualmente una unidad.

[41] Véase la descripción que hace, por ejemplo, Albrecht (*op. cit.*, p. 1491), del Estado, como comunidad; Zachariae, I, p. 41; H. Schulze, *Einleitung*, p. 121; G. Meyer, pp. 2-3; Brie, *op. cit.*, p. 3.

[42] Véanse sus observaciones profundas: *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung;* también *Deutsches Privatrecht*, I, 1895, pp. 456-457. Conforme a su concepción orgánica fundamental, Gierke concibe el sustrato social del Estado como una personalidad colectiva real o una personalidad corporativa. Sin embargo *(Privatrecht*, p. 471), sostiene que la personalidad jurídica de la corporación no se forma como en el individuo, sino en virtud de un principio de derecho; desde entonces, el derecho podría, a su antojo, conceder o negar la personalidad a estas asociaciones. Se sigue de aquí que, según Gierke, se debería reconocer al Estado una doble personalidad: una personalidad colectiva real y una personalidad jurídica. Esta oscuridad debe atribuirse a la teoría orgánica, y puede evitarse si sustituimos el concepto de persona colectiva por el único que es suficiente desde el punto de vista nosológico: el de la unidad colectiva. Está de acuerdo con Gierke en los principios, Regelsberger, *Pandekten*, I, 1893, pp. 289-290. En la p. 303 describe el sustrato social de la corporación de una manera más clara, como unión de personas. También Rehm, *Staatslehre*, en las pp. 159-160, suscribe la doctrina de la doble personalidad del Estado.

[43] Véanse sus acertadas observaciones en *Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person, Arch. f. öff. Recht*, V, pp. 242-243. También ha demostrado Bernatzik de una manera satisfactoria, en las pp. 275-276, que todo lo que hay de sólido en la teoría orgánica está contenido en la doctrina de la comunidad.

como persona corporativa, del Estado como persona jurídica.[44] La unidad de la asociación corporativa es de una índole particular. "Consiste en que una variedad de individuos humanos se pongan en comunicación espiritual en vista de un fin, y que esta comunión espiritual, que no es sino la afirmación de un contenido igual de voluntad entre los que participan de la comunidad, llegue a adquirir realidad por obra del poder de las voluntades de los órganos directores y de los miembros de que constan éstos." Al considerar la unidad real de las asociaciones corporativas e investigar sus propiedades al modo de las de un organismo real, Haenel reconoce que tanto aquel todo, cuanto el organismo, caen dentro de la esfera exclusivamente espiritual y de determinadas potencias morales, esto es, en la esfera que corresponde a los individuos humanos, únicos que pueden influirse y relacionarse unos con otros psicológicamente, y este modo peculiar de unión, que no puede explicarse mediante analogías biológico-psicológicas, no deja por eso de ser menos real.[45] El propio Haenel, que es, de cuantos autores venimos hablando, el que ha tratado la cuestión desde su aspecto nosológico con más profundidad, rechaza el ensayo hecho para fundar esta unidad real en un espíritu común u otra abstracción análoga, por superar estas fórmulas, dice, las posibilidades de nuestro conocimiento.

Todos los partidarios de esta doctrina del Estado-comunidad conciben al Estado, como no podía ser por menos, a modo de una entidad *(ein Wesen)*. El pensamiento necesita sustanciar toda unidad real, y esta sustanciación permite tener un conocimiento exacto, con la condición de que evitemos poner en lugar del sustrato un objeto sensible y postularlo, considerándolo como el fundamento de las relaciones de los miembros particulares de la unidad social. En tanto que exigimos para la unidad de la asociación un fundamento que lo unifique o un sujeto titular, un individuo, no aceptamos ni la ficción ni una abstracción de los hechos dados, sino que meramente aplicamos una categoría del pensar a la síntesis de los fenómenos, categoría que está justificada en la teoría del conocimiento mientras no atribuyamos con ella a lo conocido una realidad trascendente.[46] Estas unidades, que hemos de pensar como esencias o entidades *(Wesen)*, pertenecen a nuestro mundo subjetivo de igual suerte que los colores y los sonidos; mas en el mundo de nuestras acciones,

[44] *Op. cit.*, I, pp. 81 ss. La expresión "corporativa" en vez de "colectiva" para designar el sustrato no jurídico del Estado induce fácilmente a error.

[45] *Op. cit.*, pp. 101-102. Esto es tanto más de admirar cuanto que Haenel, al tratar la doctrina de la personalidad jurídica del Estado, cae de nuevo en la antigua teoría de la ficción.

[46] Sobre el concepto cosa como forma de síntesis, véase Sigwart, *op. cit.*, II, pp. 113-114, y sobre la aplicación de este concepto a lo colectivo, las observaciones interesantes de Kistiakowski, *op. cit.*, pp. 126-127.

dentro del cual tiene su lugar el Estado, podemos únicamente poner los hechos subjetivos de nuestra conciencia y no la realidad objetiva de las cosas que sólo no es cognoscible interiormente dentro de límites estrechos. Para la ciencia constituye un problema el valor relativo de esta manera de considerar las cosas sin rechazarlas de plano; algo distinto de esto sería exigir un imposible.[47]

La teoría de la unidad colectiva o de la asociación explica la unidad del Estado en la variedad de sus miembros, la situación de sus órganos respecto al todo y a las partes, y la continuidad de la existencia del Estado en el curso de las generaciones. Tanto el nacimiento y transformación naturales de los Estados, cuanto su evolución y modificación, pueden ser comprendidos sin contradicción alguna. No se trata de una doctrina política, sino de una doctrina exclusivamente científica que, formulada de una manera adecuada, evita los errores de las anteriores teorías. Pero sólo ofrece el concepto supremo bajo el cual ha de subsumirse el Estado. Porque no son los Estados las únicas unidades sociales, sino que existen infinidad de otras formaciones sociales dentro de ellos. En qué consiste lo peculiar de la asociación estatista, es cosa que habrá de aclararse en otro lugar, ya que aquí nos proponíamos tan sólo ofrecer una perspectiva del cuadro de las categorías fundamentales a las cuales ha de referirse el Estado.

c) Doctrinas jurídicas acerca del Estado. El Estado considerado como concepto jurídico

Puesto que el derecho es esencial al Estado, no es posible un conocimiento pleno del mismo sin tener a la vez un conocimiento de su naturaleza jurídica. Ordenado el Estado mediante el derecho y siendo a su vez conservador y transformador de éste, necesita tener un lugar dentro del mismo. En una palabra, es preciso un concepto jurídico del Estado.[48] Al concepto jurídico le sirven de sustrato los hechos sociales objetivos y aquellos que se desenvuelven dentro de la vida interna del sujeto individual, pues ese derecho necesita partir de datos reales, ya que, cualquiera que sea la manera como se ha creado, tiene un fin, el cual consiste en aplicarse a la realidad de los hechos; pero los hechos reales no son en sí mismos conceptos de derecho; son más bien abstracciones suministradas por las reglas jurídicas positivas que se proponen ordenar la pluralidad de las reglas sometiéndolas a puntos de vista que las unifiquen. Por esto,

[47] Kistiakowski observa muy acertadamente en su *op. cit.*, p. 144: "La sustancia social consiste en la vida espiritual de los individuos y en esta misma vida en común. Para aceptar otra sustancia social y otra alma social, no tenemos fundamento alguno".

[48] En el capítulo XI podrá hallarse una fundamentación más amplia de este principio.

mediante los conceptos jurídicos no se llega a conocer un ser real, como ya se ha dicho, sino normas que han de realizarse mediante los hechos humanos, es decir, que han de ser determinadas. Pero al concepto del derecho, como tal, no le corresponde, fuera de nosotros, realidad alguna; fuera de nosotros no hay más que cuerpos materiales, no cosas en sentido jurídico; no hay *propiedad,* no hay *posesión;* las cosas, en sentido jurídico, nacen por abstracciones de relaciones entre hombres y cosas del mundo exterior, y hombres entre sí, relaciones que están regladas por el derecho. El concepto de la propiedad y el de la posesión son normas regulativas de la relación de los hombres a las cosas; pero propiedad y posesión no son, contra lo que cree el vulgo, cosas asibles o visibles, sino exclusivamente relaciones de cosas o normas a las cuales estas cosas están sometidas.

Si hablamos, pues, de derecho como de entidades *(Wesenheiten),* esto sólo puede tener el valor de una fórmula abreviada para expresar un proceso altamente complicado, del que es preciso tener conciencia para evitar extravíos; pero el jurista no necesita apurar el conocimiento de esto, como al pintor no le es necesario, para los fines de la ejecución de su arte, reducir sus colores a vibraciones del éter. Estos conceptos jurídicos no son ficciones, sino que descansan sobre el suelo firme del mundo dado, del mundo de las normas jurídicas. La ficción es, aplicada a un campo reducido, un medio auxiliar de construcción para extender el campo de la norma jurídica más allá de sus fines originarios, atenuar las severidades del derecho estricto y facilitar la prueba procesal. Sólo cuando se describe como ficción lo pensado, a distinción de lo que atañe al mundo material, se pueden estimar como equivalentes abstracción y ficción; pero si esto se hiciese, la totalidad de la ciencia quedaría reducida a una suma de ficciones.

El conocimiento jurídico del Estado no se propone esclarecer su naturaleza real, sino el aspecto jurídico del mismo, esto es, hallar un concepto en el que queden incluidas, sin contradicción alguna entre ellas, todas las propiedades jurídicas del Estado. El conocimiento de la existencia real de éste necesita colocarse en la base del mismo, pero en modo alguno ha de considerarse como su igual. Los adversarios de las ficciones en la ciencia del derecho político han intentado construir con lo que consideran como existencia real del Estado, la esencia jurídica del mismo. Pero una consideración más detallada nos hace ver que siempre acompaña a esta concepción realista y empírica del Estado un elemento jurídicamente "ficticio". Éste es el caso para las teorías del Estado en cuanto estado *(Zustand),* en cuanto pueblo, en cuanto señor o soberano *(Herrschers),* las cuales no pueden establecer la unidad de la experiencia a causa de las modificaciones del sujeto titular. Todo concepto jurídico

ha de considerar como unidades los hechos que se propone él ordenar jurídicamente, porque los conceptos no son otra cosa que la forma de la síntesis de estos hechos. La propiedad, el derecho de caución, la obligación, son unidades conceptuales alcanzadas gracias a la materia real de los hechos jurídicos. De estas unidades han de derivarse como consecuencias hechos jurídicos que tienen a su vez un carácter constructivo. Por esto, hay que considerar como un criterio de la doctrina jurídica, justa, del Estado, el que tal doctrina pueda explicar la unidad de éste.

Si en las páginas que siguen hemos de explicar las teorías jurídicas particulares acerca del Estado, es natural que sólo hayamos de hacerlo partiendo del punto de vista de los adelantos de nuestra ciencia actual. Cada época tiene sus conceptos jurídicos particulares, que, si se miden con los de otros tiempos, no pueden sufrir la prueba. Al reconocer el carácter condicionado que tiene en la historia nuestro pensar jurídico, se reconoce igualmente que a una época determinada sólo corresponde como válida una forma peculiar de concebir jurídicamente los fenómenos. Apenas si es de utilidad para nosotros comprobar las representaciones de índole jurídica que han desaparecido, sin indagar minuciosamente las bases del sistema jurídico total dentro de las cuales nacieron.

Sólo hay tres maneras posibles de concebir jurídicamente el Estado: como objeto de derecho, como relación jurídica, o bien como sujeto de derecho.

1. Concebir el Estado como objeto no es posible si se quiere ser consecuente, pues todo objeto de derecho supone un sujeto, y este sujeto no puede ser sino los hombres que dirigen al Estado. La doctrina del Estado como objeto nace, por consiguiente, de un desgarre interno del mismo y de una oposición respecto a él de uno de sus elementos esenciales. Por eso no puede mantenerse esta doctrina, porque, según ella, el reconocimiento de los súbditos como sujetos de derecho mediante el Estado puede ser efecto únicamente de una conclusión sofística. Si se considera al pueblo y, por consiguiente, a todo miembro del mismo solamente como objeto, no es posible atribuirles, al propio tiempo, la consideración de sujetos. Un rebaño de esclavos sometidos a la propiedad del señor puede prestarse a una construcción de esta suerte, pero no una comunidad. Hubo épocas en que se concibió al Estado de este modo. Así lo ha hecho hasta en nuestro mismo siglo la teoría patrimonial y absolutista del Estado; pero una autoridad tal de éste, tan parecida al dominio que se ejerce sobre las cosas, no ha podido, sin embargo, hacer desaparecer jamás por entero la idea de que constituye el carácter del Estado, el ser una comunidad, pues siempre ha existido un orden jurídico para enlazar a los dominadores y a los dominados, orden jurídico que es incompatible con la idea del Estado como objeto. Esta última doctrina ha sido expuesta en su

teoría sobre el señor o soberano *(Herrscher)* por Seydel, que pretende explicar al propio tiempo la naturaleza real y la naturaleza jurídica.[49] Esta concepción hace derivar el derecho del *imperium* efectivo o real sin explicar cómo puede engendrar inmediatamente y por sí mismo un hecho objetivo, un poder espiritual como lo es el derecho. También debe citarse aquí la doctrina rudimentaria del Estado como fundación *(Anstalt),*[50] la cual considera que la voluntad que cuida del mismo no nace de la propia fundación, sino que es más bien objeto de una voluntad exterior.[51]

Toda teoría de esta naturaleza puede satisfacer solamente la exigencia de una explicación jurídica acerca del Estado, si logra probar la existencia de un orden jurídico superior al mismo, del cual recibiría el señor su derecho de soberanía sobre el objeto-Estado. La doctrina del derecho divino de los reyes afirmaba un orden supraestatista de esta naturaleza, y esto mismo existía en la base de la doctrina patrimonial del Estado, para la cual el orden de la propiedad equivalía a un orden superior al Estado mismo y la sanción última habría de buscarse también en la voluntad de un poder sobrenatural.

2. La idea de que *el Estado es una relación jurídica* parece ser exacta a primera vista. En el Estado observamos que existen gobernantes y gobernados, y en sus relaciones mutuas nos parece hallar lo que como Estado reconocemos.[52] Muchos adversarios de la ficción jurídica creen hallar en esta forma corriente de representarse el Estado, el concepto jurídico exacto del mismo; pero ninguna de estas doctrinas puede llegar a explicar la unidad del Estado, lo que permanece del mismo al través de todo cambio en las personas. Valga acerca de esto lo que hemos dicho anteriormente. Si se concibe al Estado como relaciones de dominación *(Herrschaftswerhältnis),*[53] la unidad y continuidad de esta relación significa ya una desviación de las bases empíricas, porque el Estado no comprende una relación de dominio, sino innumerables relaciones de este género. Hay tantas cuantos sujetos, y cada nuevo señor o dominador *(Herrscher)* introduce un nuevo miembro en la proporción. Toda modificación en la forma de dominación necesita, por consiguiente, destruir al Estado y poner uno nuevo en su lugar. Esta misma objeción debe hacerse al intento de disolver las relaciones jurídicas del Estado, en relaciones particulares entre los órganos del Estado, y de éstos con los individuos.[54] Ninguna de

[49] *Grundzüge einer all. Staatslehre,* p. 4. Bayer, *Staatsrecht,* I, p. 170.

[50] Rotteck, *op. cit.,* II, p. 56, declara que el Estado es a la vez fundación y sociedad. Stahl, a su vez, II, 2ª parte, p. 150, concibe el Estado como fundación y como comunidad; H. A. Zachariae, I, p. 43, lo concibe como persona moral, como Estado, como relación de derecho entre el conjunto y sus miembros, y además como una fundación moral; mas ninguno de estos autores nos dice lo que entiende por fundación *(Anstalt).* Antes de los estudios de Gierke, que no han dicho, sin embargo, la última palabra sobre la cuestión, el concepto de fundación era el más oscuro de todos los conceptos jurídicos. Aún en nuestros días, los juristas eminentes no nos dicen lo que entienden por dicha palabra. Así, por ejemplo, B. Dernburg, *Pandekten,* I, 1ª ed., 1894, § 62, trata de las fundaciones, sin dar la menor definición de ellas; y, sin embargo, muy recientemente, las ha definido de un modo puramente negativo: como personas jurídicas que no son corporaciones *(Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens,* I, 1902, p. 166). Crome, *System des bürg. Rechts,* I, 1900, p. 203, niega la existencia de un concepto autónomo de este género y se contenta con dividir las personas jurídicas en corporaciones y fundaciones. En el mismo Regelsberger, I, pp. 291 ss., cuyas observaciones fundamentales coinciden con las de Gierke, no se encuentra absolutamente ninguna definición clara de esta palabra. Sobre las distintas teorías acerca de la fundación en el derecho civil moderno alemán, véase Endemann, *Lehrbuch des Bürg. Rechts,* I, 9ª ed., 1903, p. 176, núm. 4. Gierke, *Deutsches Privatrecht,* I, pp. 474-475, se ocupa de cómo hay que buscar las raíces del concepto del Estado territorial alemán, en el de fundación. Anteriormente *(Genossenschaftsrecht,* II, p. 861), denominó al Estado territorial persona-fundación, sin llegar a desarrollar esta idea. Pero saber qué clase de derechos y deberes son los que corresponden a los Estados-fundaciones, en comparación con los que corresponden al Estado-corporación, así como ver de qué manera puede ser pensada la relación de miembro de un Estado-fundación, son cuestiones que aún no han sido explicadas. Dado nuestro conocimiento actual de la cuestión, se puede afirmar, con Gierke, que en el Estado o en sus partes existen elementos particulares propios de fundación; pero no es posible subsumir al Estado entero dentro de este concepto.

[51] Rehm, que reconoce al Estado soberano, sin excepción, carácter corporativo, quiere además distinguir, cuando se trata del Estado no soberano, entre Estado-objeto y Estado-fundación. Mas las objeciones contra la construcción jurídica que supone una concepción del Estado como ésta, van dirigidas desde el punto de vista de nuestro moderno concepto del derecho, contra todo ensayo que intentase someter al Estado a categorías que, como la de Estado-objeto, se encuentran en contradicción con los resultados progresivos del conocimiento científico, o que como la del Estado-fundación es oscura y no está desarrollada totalmente. En la definición del Estado dada por Rehm, *op. cit.,* p. 38, aparecen el Estado-fundación y el Estado-objeto como algo distinto del Estado, sin que Rehm llegue a dar un concepto del Estado que reúna en sí, sin contradicciones, los tres géneros fundamentales del mismo. Como muestran los mismos ejemplos puestos por él, los Estados que no poseen carácter corporativo, como ocurre a los países protegidos, Alsacia-Lorena y territorios sometidos a su protectorado, etc., no son realmente Estados.

[52] Esta concepción ha sido introducida por la teoría inglesa acerca del Estado, que no pudo llegar a desarrollar plenamente la idea de corporación. Blackstone, *Commentaries,* I, 2, p. 146 (1ª ed., 1765), establece una distinción entre relaciones jurídicas de derecho público y relaciones jurídicas de derecho privado, y todo el derecho público es considerado por él como relaciones entre autoridad y pueblo; pero en ninguna ocasión trata al Estado como a un sujeto de derechos y obligaciones, al modo como en la literatura alemana de su tiempo era considerado. Hasta nuestros días no ha sido superada en Inglaterra la concepción medieval que reconoce una diferenciación interior del Estado en *rex* y *regnum,* los cuales opone como sujetos con derecho, sin lograr fundirlos en una unidad. Véase Hatschek, *Englisches Staatsrecht im H. B. des öff. Rechts,* I, 1905, pp. 81 y 249.

[53] Véanse las observaciones hechas al tratar de las teorías del Estado en cuanto estado, y del Estado como relación, en lo que toca al aspecto jurídico de las mismas. Véase también *System des Subj. öff. R.,* p. 33.

[54] Véase Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe,* II, p. 205-206; *Juristischen Prinzipienlehre,* I, 1894, pp. 309-310; II, 1898, pp. 345-346; Haenel, *Staatsrechts,* I, pp. 96-97; los cuales conciben al Estado como una relación total que cada uno de ellos constituye de un modo distinto. También A. Schmidt, *op. cit.,* pp. 94-95, resuelve el derecho público en relaciones jurídicas entre individuos. La unidad jurídica del Estado, perdida dentro de esta doctrina, la buscan los partidarios de la misma, bien en el sustrato social del Estado (asociación corporativa de Haenel y organismo de voluntad de Schmidt), y con lo cual se confunden la naturaleza jurídica y la social del Estado, y lejos de solucionar el problema se le oscurece o bien, como pasa con Bierling (*Juristischen Prinziptenlehre,* p. 311, nota), se renuncia a

estas doctrinas puede explicar de dónde procede la voluntad directora del Estado, cómo éste, jurídicamente, no significa una yuxtaposición y sucesión de acciones, sino que aparece, en tal sentido, como una unidad activa. Estas doctrinas, o no explican el fenómeno, o si tratan de hacerlo han de ponerse en contradicción con sus puntos de vista, recurriendo a ficciones que nunca pueden ser el último fundamento con que se expliquen los hechos jurídicos. Considerar la unidad de la voluntad del Estado como una ficción jurídica equivale a confesar que no se le puede concebir jurídicamente.

Pero el error más grave de esta doctrina consiste en que no puede decir de dónde procede la relación jurídica del Estado; porque toda relación jurídica necesita normas que la regulen, y estas normas han de unir unos con otros los miembros de las relaciones jurídicas, lo que supone, por consiguiente, un poder sobre los miembros, poder de donde nacen estas normas. Si se afirma que el Estado no puede ser quien dé tales normas, la teoría del Estado como relación jurídica habría de llegar a esta afirmación: es preciso, para poder seguir siendo consecuente, reconocer un orden jurídico supraestatista.

Esta teoría, prácticamente, no es capaz tampoco de llegar a explicar la acción exterior del Estado; porque las relaciones internacionales no son susceptibles de ser resueltas en fórmulas tan simples como las de relaciones jurídicas. Éstas no pueden tener derechos y deberes, no pueden declarar la guerra ni acordar tratados. Un derecho confederativo no tendría sentido desde el punto de vista de la doctrina de la relación jurídica. El *Bundesrat,* conforme al artículo 76 de la Constitución alemana, es quien tiene competencia para conocer las cuestiones de derecho público entre los Estados particulares en caso de que ellos reclamen su intervención. ¿Cómo puede una relación de derecho entrar en lucha con otra, y cómo una tercera relación es capaz de llegar a oficiar de juez entre ambas? Estas mismas cuestiones se repiten cuando, en el seno mismo de los Estados, litigan las corporaciones entre sí, acerca de sus derechos.

3. Queda, pues, sólo una tercera posibilidad para explicar satisfactoriamente la naturaleza jurídica del Estado: la concepción del mismo como sujeto de derecho.[55]

una investigación completa del concepto del Estado y se declara ociosa toda definición del mismo. Esta posición negativa que toma Bierling frente a las cuestiones fundamentales de la doctrina del Estado, sólo puedo explicármela como resultado de la imposibilidad en que se encuentra, y de la cual no parece tener completa conciencia, de llegar a una explicación clara de los fenómenos del Estado, partiendo de su punto de vista. El último ensayo importante que se ha hecho para explicar el Estado como producto de relaciones de derecho es el de Ed. Loening, *op. cit.*, p. 923. Véase además sobre esto las acertadas observaciones de Anschütz, *Enzykl.*, p. 457; Preuss, *Über Organpers., op. cit.*, p. 560.

[55] Esta doctrina es la que predomina actualmente. Se debe a la escuela de derecho natural, iníciala Grocio, y principalmente la propaga la teoría inglesa acerca del Estado,

El concepto de sujeto de derecho es un concepto puramente jurídico y no significa cualidad real que de suyo esté ligada a los hombres, sino que, como todo concepto jurídico, es por su naturaleza una relación. Que el hombre es un sujeto de derecho quiere decir que se encuentra con el orden jurídico en una relación que está determinada por normas de igual naturaleza. Sujeto en sentido jurídico, es, por tanto, no una esencia, una sustancia, sino una capacidad creada mediante la voluntad del orden jurídico. El hombre es el supuesto de la capacidad jurídica, puesto que todo derecho es una relación entre seres humanos. Pero la lógica no exige que esta cualidad se atribuya sólo al individuo; antes al contrario, toda subjetivación de una comunidad de hombres, o de una colectividad, pertenece al campo de las ficciones. El conocimiento jurídico en este caso ha de unirse, más bien, a los resultados del conocimiento del Estado como fenómeno real. Si el Estado es una unidad colectiva, una asociación, y esta unidad no es una ficción, sino una forma necesaria de síntesis de nuestra conciencia, que, como todos los hechos de la misma, forma la base de nuestras instituciones, entonces tales unidades colectivas no son menos capaces de adquirir subjetividad jurídica que los individuos humanos.

Mediante la elevación de una unidad colectiva a sujeto de derecho, no creamos una sustancia ficticia que no existiera antes y a la cual se proclama como una esencia a que ha de ir unido el orden jurídico, sino que existen de este modo *todas* las unidades que el derecho construye como

desarrollada en el siglo XVII por Hobbes (*Elementa philosophica de cive*, V, 9, 10), así como por Locke, *Two treatises on government*, II, XIII, pp. 95-96. En Alemania la tomó como punto de partida Pufendorf para la construcción jurídica del Estado. En Francia ha sido expuesta por Rousseau, como resultado del *Contrato social*, I, cap. VI. La presentaron como opuesta a las oscuridades especulativas, primero Albrecht, *op. cit.*, p. 1491, y posteriormente Gerber, *Grundsätzen des deutschen Staatsrecht*, pp. 219-220, quienes la estatuyen como el punto de orientación capaz de evitar toda desviación para llegar a tener un conocimiento jurídico del Estado. Esta posición es la de todos los que no caen en el antiguo error de la *persona ficta*, y creen que no se puede hallar otro sustrato para el concepto jurídico del Estado. Hoy, está representada esta doctrina por investigadores eminentes en la literatura de todas las naciones, cuando esta literatura se ocupa de conceptos fundamentales. Es la doctrina que domina en Francia. Véase entre otros autores Esmein, *op. cit.*, pp. 1-2; para Italia, Orlando, *op. cit.*, p. 16; para Inglaterra, Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 3ª ed., Oxford, 1886, pp. 105, 299 y 315. En América es frecuente definir el Estado como *Body politic* (cuerpo político), por ejemplo, Story, *Commentaries of the constitution of the United States*, § 207; Cooley, *Constitutional limitations*, 6ª ed., p. 3. A causa de las relaciones jurídicas que existen allí entre los Estados particulares y la Unión, se ven obligados a considerar el Estado como sujeto de derecho. El Tribunal Supremo de la Unión ha declarado: *"A State is a body of free persons, united together for the common benefit, to enjoy peaceably what is their own, and to do justice to others"* [Un Estado es un cuerpo de personas libres, unidas entre sí para el beneficio común, para gozar en paz de lo que les es propio y hacer justicia a todos]. (Véase Holland, p. 40.) La literatura acerca del derecho internacional, singularmente, considera sin excepción al Estado como sujeto de derecho, y lo define como persona. Sobre la evolución de la doctrina de la personalidad, véanse las excelentes observaciones de Bernatzik, *op. cit.*, pp. 185-186.

sujetos. Al pensar ingenuo le parece evidente que el individuo humano es una unidad sustancial, idéntica siempre a sí misma; pero en realidad, el hombre en el curso de su vida, desde la infancia hasta la senectud, sólo puede comprenderse como formado por un proceso de cambio incesante, corporal y psíquico. El individuo humano ofrece a la consideración científica objetiva, una serie ininterrumpida de hechos exteriores e interiores. Estos estados llegan a formar una unidad mediante la síntesis que nosotros hacemos, sin que se nos permita afirmar que esta unidad sintética exista realmente fuera de nosotros de una manera análoga a como la concebimos. Pues afirmar un yo que subsiste, no obstante los actos de cambio, afirmar este soporte de los cambios y estados psicológicos como un ser real, equivaldría a afirmar una idea metafísica que la ciencia no podría demostrar jamás. Tampoco se puede recurrir, para probar esta realidad, a la unidad de la conciencia (unidad que enlaza unos con otros los resultados internos de los individuos como elementos constantes en el cambio de su vida anímica), porque esta unidad no existe realmente. El individuo sabe que ha tenido y vivido una infancia por recuerdos fragmentarios y conclusiones sacadas por analogías, pero una gran parte de su vida queda fuera de su recuerdo y, por tanto, de su conciencia. La psicología moderna sabe muy bien que cuando habla del alma, lo que hace es aplicar la categoría de la sustancia para expresar la síntesis subjetiva de los actos psíquicos, sin atribuir por ello a esta síntesis una existencia objetiva. Que el individuo considerado corporalmente está, como todo organismo, sometido a cambios y formado por una colectividad celular constantemente cambiante, no es cuestión que merezca tratarse más ampliamente; para el naturalista, el individuo es precisamente una unidad colectiva, y para él esta unidad tiene también el valor de una síntesis con que pueda expresarse la totalidad de los fenómenos somáticos de la vida del hombre. El individuo, física y moralmente es una unidad teleológica, una unidad subjetiva y, por tanto, una unidad para nuestra conciencia, cuyo valor objetivo no conocemos, porque no somos capaces de conocer fines objetivos.[56]

[56] Este principio ha sido combatido por Ed. Loening, *op. cit.*, p. 916; pero un poco antes, en la p. 911, se había referido a la famosa exposición de Kant sobre la naturaleza teleológica de los organismos. La unidad espiritual, cree Loening, que es un hecho fundamental de nuestra vida espiritual; pero con esto no nos dice absolutamente nada sobre el carácter de esta unidad, más bien provoca la cuestión científica sobre cuál es el *principium individuationis* para ella. El concepto de unidad es, como hemos visto, susceptible de muchas explicaciones. Una unidad pura y simple, no existe. ¿A qué género de unidad corresponde la unidad de la conciencia sino al teleológico estrechamente unido a la representación del organismo? Que el orden jurídico, por lo demás, considere al individuo como unidad, no tiene nada que ver con las últimas concepciones acerca de la teoría del conocimiento. La vida práctica no puede fundarse sobre la relación última de las cosas, sino sobre la concepción predominante de cada tiempo, que es precisamente lo que he afirmado de un modo tan enérgico (*System der Subj. öff. Rechte*, pp. 15 ss.) que no es posible equivocarse sobre mi punto de vista. Por esto ha de rechazarse por infundada la polémica de Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I, 1893, p. 253.

Tan lícito nos es científicamente concebir el Estado como sujeto de derecho, como atribuir al hombre este mismo carácter. Sólo mediante esta doctrina nos es posible comprender jurídicamente la unidad del Estado, la de su organización y la voluntad que ella engendra.[57] Los fundamentos de esta concepción jurídica del Estado y la solución del problema de la existencia de un derecho público se explicarán en otro lugar.

Si se consideran en su conjunto las teorías del Estado, dedúcese lo siguiente: todo ensayo para explicar el Estado tiene un carácter individualista o colectivista. Aquellas doctrinas que se creen realistas o empiristas no son en rigor sino consecuencias de la concepción que considera al individuo como lo único realmente existente y abstracción hecha de nuestra síntesis subjetiva; pero todo ensayo para explicar el Estado des-

[57] Conviene hacer notar que muy recientemente se ha tratado de combinar muchas de las teorías jurídicas acerca del Estado. Eltzbacher (pp. 28 ss.) lo considera como una relación jurídica involuntaria, y al mismo tiempo, como una persona jurídica, sin explicarnos de dónde viene el derecho de obligación, base de esta relación, y cómo la multiplicidad de las relaciones se transforma en unidad de sujeto o persona. Rehm, *Modernes Fürstenrecht*, 1904, pp. 58 ss., ha dicho, hablando del Estado monárquico alemán tal como hoy existe, esto es, bajo forma de confederación, que es medio patrimonial —es decir, Estado-objeto— y medio corporativo. Mas, en realidad, según esta doctrina, es pura y simplemente Estado patrimonial; pues Rehm, en ciertos casos, y en particular en la herencia entre hermanos (pp. 49 ss.), exige que, en virtud del derecho en vigor, el Estado sea repartido. Ahora bien, todo Estado cuyos habitantes puedan ser susceptibles en un momento dado, según el derecho en vigor, de una repartición como si fueren miembros de un rebaño, es esencialmente un objeto y no un sujeto. Con la repartición del Estado desaparecería naturalmente, según esta manera de apreciar la cuestión, la constitución particular del Estado, y los nuevos príncipes, limitados solamente por el derecho del imperio, podrían reinar como señores sin restricciones en sus posesiones patrimoniales. Semejante teoría, que pretende ser histórica y que en el fondo no es sino el producto de una imaginación antihistórica, no debe tomarse en serio, como se ve. Olvida completamente que el derecho de cada dinastía tiene sus raíces en el antiguo derecho de imperio y era apoyado por él, y que, con la desaparición del antiguo imperio, el derecho propio de las dinastías ha sido, como todo derecho que se remontaba a esta época, sometido a los Estados, que son los que se han convertido en soberanos, y este derecho, por consiguiente, procede desde entonces, como todos los demás, del Estado, y como cualquier otro, está a él sometido. No advierte Rehm que al lado del derecho del Estado no hay otro del príncipe, porque de ser así descansaría en el vacío, y que no importa nada el que este estado de cosas haya sido o no reconocido por las dinastías. Tampoco tiene en cuenta esta doctrina la fuerza pulverizadora de todo un siglo, que cuando se trata de las posibilidades y hasta de las realidades políticas —que según hemos visto deben constituir los límites de la especulación jurídica— ha destruido bastante más que las veleidades legitimistas de Rehm. Una verdadera concepción histórica de las relaciones jurídicas de las dinastías alemanas habría de proponerse estudiar en cada Estado los derechos peculiares de los agnados hasta donde esto se relacione con el orden del Estado, tratándolos como competencia del mismo. (Véase *System der Subj. öff. Rechte*, p. 178.) Véanse, en fin, las excelentes observaciones críticas, que suscribimos, contra la teoría de Rehm, de Anschütz, en G. Meyer, *Staatsrecht*, pp. 235 ss., 273, n. 1.

de una posición puramente individualista ha fracasado y necesita fracasar, porque es incapaz de concebir al Estado en su unidad; se estrella definitivamente al tener que reconocer que incluso biológicamente el individuo no puede ser concebido sino como una unidad colectiva. La posición colectivista, por el contrario, enlaza la unidad del todo con la independencia de sus miembros y es la que sirve de fundamento a la doctrina orgánica del Estado, a la de la unidad de la asociación y a la doctrina política del Estado como sujeto de derecho. Nosotros no podemos decir cuál es el valor último que tienen para el conocimiento las teorías universalistas, porque la reducción del mundo social a sus últimos elementos es un postulado irrealizable de nuestro intelecto, y tratar de reconocer la naturaleza objetiva de las cosas humanas independientemente de nuestra inteligencia supera nuestras facultades de conocer.

Para la ciencia del Estado en general es de gran importancia tener en cuenta que la oposición entre las concepciones fundamentales del Estado es reductible a la oposición inicial de las dos grandes interpretaciones del mundo: la atómica individualista y la universal colectivista.

3. La evolución del concepto del Estado

A pesar de que la crítica ha fijado ya los resultados más importantes, necesitamos precisar de nuevo de un modo positivo y completo la naturaleza del Estado y determinarlo en sus fundamentos.

a) El concepto social del Estado

Para conocer el concepto social del Estado es preciso retrotraernos al estudio de los hechos relativos a la vida del mismo.

Como últimos elementos objetivos del Estado encontramos una suma de relaciones sociales que se traducen en actividad entre hombres, o más exactamente, que el concepto de la suma significa ya una forma subjetiva de síntesis, una yuxtaposición y sucesión, determinadas en las relaciones de las actividades exteriores de hombre a hombre. Es, pues, no una sustancia, sino exclusivamente una función, y la sustancia que sirve de base a esta función es y ha de ser el hombre.

Pero tal función es exclusivamente una modalidad psíquica, y si produce efectos físicos, se manifiestan siempre mediante aquéllos, por lo cual la función del Estado encaja dentro del orden de los fenómenos psíquicos.

No se necesita de un gran esfuerzo para comprender que lo mismo

ocurre con todos los demás fenómenos sociales, primeramente con el lenguaje, tanto hablado como escrito, el cual sólo posee y puede alcanzar existencia real en la vida interna de los hombres, porque una palabra que no se lee o que no se comunica a otra conciencia no tiene existencia. El lenguaje es, pues, una función psíquica que se ejerce mediante signos hablados o escritos, cuya sustancia también forman los hombres, porque fuera e independientemente de ellos no hay existencia posible para el lenguaje.

Otro tanto acontece con la religión, que es igualmente pura función y no sustancia. También significa un contenido determinado de conciencia humana en la que se fundan ciertas relaciones entre hombres: budismo, judaísmo, cristianismo, son y significan representaciones, relaciones, acciones humanas. La historia de una religión es idéntica a la historia de las representaciones religiosas. No existen las religiones junto a los hombres, sino en los hombres.

Lo propio sucede con el arte y la ciencia, con el derecho y la economía; lo sustantivo no puede conducirnos a ver en ellos poderes reales objetivos porque así aparezcan al individuo: son, en general, fenómenos internos de la vida humana, que provocan modificaciones en el mundo de los objetos, pero que primariamente consisten en una serie de actos psíquicos; es decir, que son funciones, no sustancias.

Estas reflexiones tienen mucha importancia para llegar a conocer la naturaleza de las ciencias sociales, ya que éstas se refieren a las relaciones humanas y a sus efectos exteriores. Todo el contenido de la conciencia del hombre está sometido por ellas a una división que es objeto de disciplinas particulares. Son ciencias determinadas por funciones psíquicas distintas, pero que se unen mediante el objeto.

Gracias a este punto de partida, único justo, que concibe al Estado como una función de la comunidad humana, se aclaran para nosotros los errores de una serie de doctrinas fundamentales acerca de las ciencias del Estado. Primeramente el de aquellas que lo consideran como una formación naturalista existente junto al hombre o sobre el hombre. La observación de que las situaciones concretas de los Estados no son, en gran parte, producto de la actualidad, sino herencias del pasado, y que, por tanto, las instituciones políticas no son creaciones arbitrarias, ha conducido frecuentemente, a quienes no tienen una noción clara del problema, a considerar al Estado como un poder sin relación con los hombres ni con el arbitrio humano. Empero, toda tradición, por poderosa que pueda ser y cualquiera que sea su influjo sobre los hechos sociales, no obra como un poder que viene de fuera, sino como una fuerza que engendra nuevas creaciones en el seno de cada generación. No son fuerzas oscuras e inconscientes las que actúan y forman de un modo místico la

continuidad de las relaciones humanas, sino que más bien, todo el saber y el poder del pasado ha de vivirse y remozarse en cada nueva generación, mediante las enseñanzas y experiencias que ésta haya creado, y este proceso corresponde principalmente a la esfera de la conciencia. Rara vez consideramos los hechos que nos muestran de un modo incuestionable que la existencia de los individuos es efecto no sólo de las fuerzas naturales que crean de una manera inconsciente, sino también de las acciones voluntarias, reflexivas, conscientes. El hambre y el impulso sexual son poderes naturales, pero su satisfacción descansa sobre actos voluntarios. La procreación y la formación de una generación nueva, singularmente, no pueden explicarse meramente por impulsos ciegos y naturales, como lo prueban los fenómenos ascéticos, la limitación artificial de la propagación, la muerte y los malos tratos o el abandono de los niños en muchos pueblos salvajes, hechos que, ciertamente, han sido causas que han contribuido a hacer morir a algunas razas. Nada, pues, de lo que descansa permanentemente sobre la voluntad humana puede llamarse poder natural o pura formación naturalista, so pena de negar toda distinción entre el hecho exterior mecánico y el interior psicológico, con lo que nos colocaríamos sobre una base metafísica.

Determinado de una manera más concreta el Estado, diríamos que consiste en relaciones de voluntad de una variedad de hombres. Forman el sustrato de este Estado hombres que mandan y hombres que obedecen, pero el Estado posee además un territorio; mas si se considera el fondo de las cosas, se vendrá a reconocer que este territorio es un elemento que va adherido al hombre. La propiedad de ser sedentario es algo que va unido al hecho de vivir los hombres en un Estado, y todos los efectos jurídicos del territorio (como habremos de ver más tarde) tienen su raíz en la vida interna de los hombres; por consiguiente, prescindiendo del sujeto humano, no hay territorio, sino sólo una parte de superficie de tierra.

Como última parte objetiva del Estado, ofrécense relaciones de voluntad entre el dominador y los dominados. Ambos están en una continuidad temporal, y por lo común —cuando se trata del territorio compuesto de un Estado— en continuidad espacial. Un orden de consideraciones teóricas muestra que entre los dominadores, como entre los individuos dominados, existe un cambio constante, y que hay tantas relaciones de dominio como individuos. Pero si se aíslan estas relaciones y sólo se les considera como relaciones de voluntad a voluntad, se verá que son idénticas y susceptibles, por tanto, de ser ordenadas mediante conceptos superiores.

El primer problema que se presenta a la consideración científica es el de ordenar la variedad de los fenómenos. Este orden ha de alcanzarse mediante la relación de los elementos que están separados unos de otros, por

reducción a unidades, cada una de las cuales tiene que descansar en un principio de unificación, y este principio que nos ha de dar la unificación de las relaciones de voluntad es el que se nos presenta como Estado.[58]

Hay unidades espaciales y unidades temporales. Lo que en el espacio y en el tiempo se nos presenta como limitado con respecto a algo, lo concebimos como una unidad. Estas unidades exteriores y mecánicas no bastan para explicar el Estado. Una masa de hombres limitada con respecto a otra, mediante un territorio, tampoco es un Estado. Existe además otro orden de unidades: unidades causales. Todo lo que se puede reducir a una causa común vale como una unidad. Estos elementos causales unitivos existen en el Estado, pero no bastan para hacerle aparecer como una unidad general. El pueblo se nos presenta como una unidad firme, porque está constituido por la procedencia común de la raza, o sea, de los miembros que lo componen. Cuando se trata de nuevas fundaciones de Estado o de una disminución en el mismo, falta esta razón causal o es menor su influjo, como sucede, en un reducido límite, en el curso normal de las cosas mediante la emigración y la inmigración. Constituyen el tercer género las unidades formales. Junto a la forma permanente se nos aparece una variedad que, no obstante las transformaciones y cambios de sus partes, tiene siempre el mismo objeto. También el Estado ofrece elementos formales y permanentes. Las instituciones estatistas preséntanse en la historia, durante largos periodos, con formas que permanecen invariables, y que permiten construir una representación unitiva, no obstante los cambios experimentados. Los parlamentos, los ministerios, los ejércitos, etc., los concebimos como unidades en su transformación histórica, esto es, como formas más o menos constantes y que sólo lentamente se modifican. Las universidades, escuelas y regimientos celebran sus centenarios gracias a que, a pesar de los cambios de su organización y de su constitución, han conservado ciertos elementos formales que mantienen en ellas un carácter inequívoco; pero la categoría de las unidades formales tampoco sirve por sí sola para ordenar la variedad de las relaciones estatistas.

Existen finalmente unidades teleológicas. Una variedad que aparezca puramente con un fin, siempre el mismo, tendremos que considerarla necesariamente como una unidad que habrá de ofrecer tanta más fuer-

[58] La escuela estoica es la primera que se ha ocupado de un modo profundo del problema del principio de unificación. Véase la notable exposición que hace de ello Göppert, *Über einheitliche, zusammengesetze und Gesamt-Sachen*, 1871, pp. 10-11. También la doctrina moderna del Estado ha buscado el principio de la unidad de pueblo y Estado. Véase Grotius, II, 9, 3-4, y Pufendorf, VIII, 12. La investigación fundamental y sistemática de este problema de la teoría del conocimiento puede verse en Sigwart, II, pp. 32-33, 117-118, 244-245. Sobre lo que hay de relativo en el concepto de la unidad en la literatura moderna, Simmel, *Geschichtsphilosophie*, pp. 96-97, y Jellinek, *System*, pp. 20-21.

za para nuestra conciencia, cuanto más varios y vigorosos sean los efectos de los fines que unifica. Sobre la unidad teleológica de la naturaleza descansa, para el pensar, la totalidad del proceso biológico que denominamos organismo. Sobre la unidad teleológica en el mundo social se apoya también la ordenación y el juicio de nuestras acciones, el cambio espiritual y económico, la individualización de las cosas creadas por nosotros y para nosotros. Así que puede considerarse el fin como el *principium individuationis* para todas las cosas humanas. Mediante la aplicación de la categoría de fin producimos la valoración de las acciones, la separamos de las indiferentes y unimos una serie de actos particulares en una unidad. Los actos jurídicos y los delitos devienen de esta suerte, mediante un orden de consideraciones teleológicas, condensados en unidades. Merced al fin unimos una variedad de cosas separadas espacialmente en la unidad de *la cosa* en el sentido jurídico. Por el fin dividimos la diversidad de nuestras ocupaciones, y por él agrupamos la sucesión no interrumpida de nuestros actos en varias unidades que significan, desde un punto de vista puramente psicológico, una pluralidad de actos espirituales.

Esta unidad teleológica es también una unidad esencial al Estado. Una pluralidad de hombres aparecen unidos ante la conciencia cuando lo están por fines constantes y coherentes entre sí. Tanto más intensos son estos fines, tanto mayor es la unidad entre ellos, y esta unidad se exterioriza mediante la organización, esto es, mediante personas que tienen como ocupación cuidar, valiéndose de sus acciones, de que se mantenga esta unidad de los fines. Tales unidades organizadas, constituidas por hombres, llámanse unidades humanas colectivas o asociaciones. La unidad teleológica del Estado, por tanto, se denomina con más rigor, unidad de asociación.

En esta unidad están enlazadas necesariamente una con otra, la unidad del todo y la variedad de las partes. La unidad está limitada exclusivamente a los fines de la asociación, por lo cual, el individuo tiene una doble situación: como miembro de aquélla y como individualidad libre. La intensidad de la asociación es distinta según la fuerza y la significación de los fines que constituyen la asociación; es mínima en las asociaciones privadas, aumenta en las asociaciones de carácter público y alcanza su grado máximo en el Estado, pues éste es el que posee el mayor número de fines constantes y la organización más perfecta y comprensiva. Él es, a su vez, el que encierra dentro de sí a todas las demás asociaciones y el que forma la unidad social más necesaria. De todas las demás asociaciones podemos sustraernos en el Estado moderno. Todos los poderes coactivos de las asociaciones derivan del poder coactivo del Estado mismo, así que solamente la coacción del Estado es la que puede obligar a permanecer en la asociación. Pero al mismo Estado nadie puede sustraerse. Tanto el viajero como el *sin patria* permanecen sometidos al poder de un Estado; pueden cambiar de uno a otro, pero no quedar sustraídos permanentemente a la institución del Estado, tanto más cuanto que el espacio no sometido a los Estados en la superficie de la tierra disminuye de día en día.

El fundamento exterior de la unidad asociativa del Estado está formado por una parte limitada de la superficie de la tierra. Tiene un territorio, es decir, un dominio limitado en el espacio sobre el cual sólo él ejerce el poder. Se puede determinar, pues, desde este punto de vista, el concepto del Estado como la unidad de asociación de hombres, domiciliados en un territorio. A la unidad de asociación se suman también aquellos individuos pertenecientes a un Estado y que viven fuera de sus límites, y aunque no estén sometidos en igual medida que los que viven dentro del propio territorio, no por eso deja de ser un fenómeno esencial a la vida del Estado la existencia de nacionales en el extranjero.

Las relaciones políticas de voluntad que reunidas forman la unidad de asociación son esencialmente relaciones de dominación. No quiere decir esto que en el hecho de la dominación se agote lo que es esencial al Estado, sino que la existencia de estas relaciones es de tal suerte necesaria a aquél, que sin ellas no podría ser pensado. El Estado tiene poder de mando, y mandar, dominar, significa tener la capacidad de poder hacer ejecutar incondicionadamente su voluntad a otras voluntades. Este poder ilimitado, incondicionado, de vencer con la voluntad propia a todas las demás sólo lo tiene el Estado. Recibe su fuerza originariamente de sí mismo, y jurídicamente no deriva su poder de ningún otro, sino exclusivamente de la propia asociación.

Resulta, pues, que no es posible considerar al Estado como un concepto que ha de someterse a una categoría política superior de comunidad.[59] Comunidad política es el Estado o aquellas asociaciones dotadas por él, con poder dominador, político quiere decir estatista, porque en el concepto de lo político se encuentra ya comprendido el concepto del Estado. Todo poder de dominio ejercido dentro de aquél, solamente de él puede provenir, y una comunidad que en algún sentido sea independiente y disfrute de un poder de dominación no derivado, es en este respecto mismo, Estado. Sin duda que no se puede evitar hablar de comunidades, asociaciones y formaciones como conceptos auxiliares hasta

[59] G. Meyer, pp. 2 ss., considera como comunidad política toda comunidad que tenga de hecho un círculo ilimitado en su acción y que se extienda, en todos sentidos, en la vida humana. Ahora bien, *solamente* tiene este campo de acción el Estado; no lo poseen ni las asociaciones municipales ni las uniones de Estados, uniones que Meyer (pp. 42-47) coloca en el número de las comunidades políticas.

que no se decida si una asociación tiene poder de dominación originaria o derivadamente; pero a estas representaciones no les corresponde otro valor superior que el de medios auxiliares del convencimiento.[60] Resulta, pues, lo siguiente: *el Estado es la unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación, y formada por hombres asentados en un territorio.*[61]

Gracias a la síntesis que logramos alcanzar por la unificación interior de las relaciones múltiples de voluntad, reciben estas relaciones mismas una doble cualificación. Los hechos voluntarios naturales que tienen lugar dentro de la vida de los individuos, los relaciona nuestro pensar con la unidad de asociación. Desde el punto de vista de la unidad, los actos individuales que expresan a ésta y se derivan de ella se atribuyen a la unidad de la asociación, y las personas que son causa de la voluntad dominante, en tanto forman esta voluntad, son sus instrumentos, es decir, los órganos del todo.[62] Pero si es lógicamente necesaria la síntesis de la variedad humana en una unidad de fines, también es necesaria lógicamente la relación de la voluntad del órgano con la unidad de la asociación y el atribuir aquélla a ésta.

De este modo, pasamos desde la última forma perceptible de la vida del Estado a la forma más elevada de síntesis de los hechos de esta misma vida. Si tal síntesis posee una significación que trasciende del mundo de nuestra experiencia interna, si hay algo que le corresponda en la naturaleza objetiva de las cosas, si las unidades que construimos necesariamente en nuestro pensamiento mediante la aplicación del concepto del fin, existen también independientemente de nuestro pensar, no podemos nosotros determinarlo mediante los medios auxiliares de la investigación científica.[63] En este punto tiene su fin nuestro saber científico y aquí comienza la especulación metafísica, mas este límite del saber científico no debe superarse aquí.

[60] Dicho sea esto para refutar las objeciones de G. Meyer, *op. cit.*, p. 3, n. 2.

[61] Las observaciones que habrán de seguir darán un fundamento más hondo a esta afirmación y la defenderán de objeciones posibles. Digamos sólo aquí que los comentarios de Rehm, *Staatslehre*, p. 114, contra la necesidad de que el Estado tenga un poder de dominación originario, descansan en una doctrina inexacta, que más tarde refutaremos, sobre el origen del Estado. Históricamente puede un Estado formarse mediante otro, pero jurídicamente recibe su poder de sí mismo. El del Estado búlgaro no se deriva del poder turco, sino que es originariamente búlgaro y no estaba contenido potencialmente en el de Turquía, como sucede con los derechos de los municipios, derechos que tienen el carácter de derivados del poder del Estado. El lenguaje de los documentos diplomáticos de que hace uso Rehm no tiene absolutamente importancia alguna cuando se trata de decidir cuestiones tan fundamentales como ésta. Lo que hayan pensado los redactores del acta del Congreso de Berlín, a propósito de la conversión de Bulgaria en un Estado, no tiene interés alguno para la ciencia; Turquía no podía "transformar en un Estado conforme a derecho público" una parte de su territorio, porque según el derecho público turco, un Estado no puede crear a otro.

[62] Con el uso del concepto órgano no se cae necesariamente en el dominio de la doctrina orgánica del Estado; véase Jellinek, *System*, pp. 35-36. Esto es precisamente lo que Zorn desconoce en la recensión que hizo de esta obra; véase *Deutsche Literaturzeitung*, 1904, p. 880.

b) El concepto jurídico del Estado

Al concepto del Estado que hemos tratado de explicar ha de unirse el conocimiento jurídico del mismo. Si puede o no ser descrito el mismo Estado como una formación jurídica y en qué medida, es cuestión que debe aclararse en otro lugar. Aquí hemos de partir del supuesto de la posibilidad de la autolimitación jurídica del Estado, por cuanto éste, al someterse al derecho, se convierte en sujeto de derechos y deberes.

El Estado desde su aspecto jurídico, según las anteriores observaciones críticas, no puede considerarse sino como sujeto de derecho, y en este sentido, está próximo al concepto de la corporación en el que es posible subsumirlo. El sustrato de ésta lo forman hombres que constituyen una unidad de asociación, cuya voluntad directora está asegurada por los miembros de la asociación misma. El concepto de la corporación es un concepto puramente jurídico, al cual, como a todo concepto de derecho, no corresponde nada objetivamente perceptible en el mundo de los he-

[63] E. Loening, *op. cit.*, p. 916, parece atacar, en una larga polémica, mis anteriores observaciones; pero en realidad lo que ataca es *lo contrario a ellas*. ¿Cómo hubiese podido yo nunca emitir la idea de que nuestras abstracciones tienen una existencia fuera de nuestra conciencia? Lo que yo he afirmado siempre es que semejante existencia era lo característico de un dogmatismo anticrítico. Evidentemente, Loening es un adepto de este dogmatismo; cree, en efecto, en la existencia de un mundo objetivo, que podemos conocer y del cual podemos separar sin dificultad y por simple reflexión, lo que solamente es psicológico, es decir, lo que solamente tiene un origen psicológico producido en nosotros mediante una abstracción que se ejerce en vista de ciertos fines, sin necesidad lógica absoluta. Por esto es por lo que opina que los conceptos jurídicos existen en nosotros mismos, y que las relaciones jurídicas tienen existencia real fuera de nosotros; mas en su exposición sigue exactamente el método que combate. En la p. 917 responde a la cuestión que yo planteo sobre el género de unidad del Estado, diciendo que en nuestra concepción solamente condensamos la multiplicidad de las relaciones jurídicas en una unidad; pero a esta unidad subjetiva la considera como si se tratase de una sustancia real. Habla de la identidad del Estado como de un hecho objetivo independiente de las diversas relaciones jurídicas; atribuye deberes al Estado; le concede una acción en el porvenir, y examina sus funciones, operaciones todas del pensar que clasifican al Estado en la categoría de la sustancia. De este modo confirma que no son las innumerables relaciones de voluntad —que constituyen en último término los primeros elementos del Estado— los conceptos que podemos tomar en sí mismos para obedecer a nuestra necesidad de pensar sintético, sino únicamente los conceptos formados según los hechos. Éstos son los conceptos sobre los cuales debemos fundar todo conocimiento útil de lo que podemos saber y de lo que tratamos de conocer del Estado. Cualquier tentativa que coloca inmediatamente sobre la base de una explicación de los fenómenos infinitamente complicados de la vida, los primeros elementos que pueden conocerse de los fenómenos sociales y jurídicos, conducen a lo más a un escolasticismo estéril. Un ejemplo notable lo tenemos en Hold von Ferneck, I, pp. 267-268.

chos; es una forma de síntesis jurídica para expresar las relaciones jurídicas de la unidad de la asociación y su enlace con el orden jurídico. Si se atribuye al Estado como a la corporación jurídica el carácter de personalidad, no se hace uso de una hipóstasis o ficción, pues personalidad no es otra cosa que sujeto de derecho, y significa, como hemos dicho, relación de una individualidad particular o colectiva con el orden jurídico. Gran parte de los errores de la doctrina de la persona jurídica descansan en la identificación ingenua de la persona con el hombre, no obstante bastar a todo jurista una ojeada rápida a la historia de la servidumbre para darse cuenta fácilmente de que ambos conceptos no coinciden.

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.*

Una serie de investigaciones particulares aclararán y darán un fundamento más profundo al concepto del Estado que acabamos de formular. Las cuestiones relativas a la justificación del mismo, a la naturaleza y extensión de sus fines, problemas todos que son constitutivos del concepto del Estado, así como la doctrina acerca de la soberanía, las trataremos en capítulos independientes.

VII. LAS DOCTRINAS SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL ESTADO

1. El problema

Las instituciones humanas diferéncianse de los hechos naturales en que deben principalmente su origen y desarrollo a un proceso de voluntad. La voluntad humana jamás obra meramente como una fuerza de la naturaleza. El efecto de ésta hasta tanto que no lo aniquilan otras fuerzas, no es interrumpible. Pero el efecto incesante de las acciones humanas depende de consideraciones de índole racional. No se presentan nunca las acciones y pasiones en la vida social ante la conciencia individual, exclusivamente bajo la categoría de lo que tiene que ser *(Müssen),* sino siempre bajo la de lo que debe ser *(Sollen).*

Por esto depende de la naturaleza de nuestro pensar mismo el que presentemos la siguiente cuestión crítica frente a las instituciones sociales: ¿por qué existen? Esta cuestión no va encaminada de ningún modo, como erróneamente se suele considerar, a conocer los orígenes de las instituciones. La respuesta a las cuestiones críticas señaladas aquí debe suministrarnos no un conocimiento histórico, sino principios para las acciones. Las instituciones necesitan para subsistir poder ser justificadas racionalmente ante la conciencia de cada generación.

Éste es el caso del Estado: toda generación por una necesidad psicológica se formula ante el Estado estas preguntas: ¿por qué existe el Estado con un poder coactivo? ¿Por qué debe el individuo posponer su voluntad a la de otro? ¿Por qué y en qué medida ha de sacrificarse él por la comunidad? La respuesta a estas cuestiones ha de enseñar al individuo por qué ha de reconocer al Estado. No se apoyan ellas sobre la base en que descansa el ser de las cosas, sino sobre aquella otra sobre la que gravita el deber ser; no son cuestiones de naturaleza teórica, sino de naturaleza práctica.[1] Ellas forman un fundamento para la concepción política del

[1] En la mayor parte de la literatura consagrada a estas cuestiones no ha llegado a ser visto con claridad el problema; se mezcla y confunde el relativo a la justificación del Estado, con el que se refiere a sus orígenes históricos. Esta confusión se ve muy claramente en Stahl, III², pp. 169-170: Mohl, *Enziklopädie,* pp. 90-91, y Bluntschli, *Die Lehre von modernen Staat,* I, pp. 298-299, explican el aspecto histórico y el especulativo de la teoría de los orígenes del Estado como miembros coordinados de una unidad, y estas dos categorías, lo histórico y lo especulativo, no siempre las diferencian lo bastante. La significación plena del problema la ha visto por vez primera J. G. Fichte, *Beiträge zur Berichtigung der Urteile über*

Estado en cuanto se proponen apoyar o modificar el orden existente del Estado y señalan el punto en que la doctrina de éste necesita para su perfeccionamiento del complemento de la investigación política; de otro modo sus resultados perderían sus bases firmes. Así lo muestran claramente las grandes luchas ideales de la actualidad. El socialismo y el anarquismo niegan la justificación del Estado y consideran posible una sociedad en que éste falte. El probar que el Estado es una institución necesaria y, por consiguiente, con derecho a ser reconocida, es lo que nos mueve a investigar más hondamente su naturaleza, lo que no haríamos si no rechazásemos la posibilidad de que sólo fuera un episodio, una enfermedad en la evolución de la historia de la humanidad.

Para contestar a las cuestiones que hemos expuesto, se puede tomar un doble punto de vista: o se considera al Estado como un fenómeno histórico que adopta en su vida una pluralidad de formas, las cuales mantienen, no obstante, ciertas funciones típicas, o se le concibe como el eslabón de una cadena de elementos trascendentes que subsisten con el carácter de un ser verdadero y metafísico en el mundo de los fenómenos. Bajo el influjo de la filosofía especulativa, fue este segundo punto de vista el que dominó hasta la segunda mitad del siglo XIX. Mas al perder su poderío esta filosofía, la ciencia positiva aparta a un lado la cuestión al comprender que se trataba de un problema meramente especulativo.[2] Los sistemas de derecho público de los últimos 30 años no mencionan la cuestión, porque consideran que la existencia histórica del Estado justifica a éste suficientemente. Pero la crítica socialista y la afirmación del anarquismo ha vuelto a suscitar el problema.

Bajo el influjo de la concepción del derecho natural se ha designado a las teorías que concuerdan en esta cuestión, como *teorías que fundamentan jurídicamente al Estado.* Pero esta designación es oscura e inexacta, puesto que unifica justificación jurídica y justificación ética; y como habremos de demostrar, una mera justificación política del Estado es imposible. Más bien se trata aquí de una cuestión que, en último término, corresponde a la ética, a saber: si el Estado ha de ser o no reconocido partiendo de una necesidad que es superior al individuo y al Estado y su derecho.

Son innumerables las teorías éticas y, con ellas, los ensayos que tratan de justificar el Estado; pero pueden reducirse a determinadas ideas fundamentales, esto es, comprenderse en un corto número de categorías generales.

Cinco son las direcciones con las cuales se trata de probar la necesidad del Estado, a saber: partiendo de una necesidad *religiosa,* de una necesidad *física, jurídica, moral y psicológica.* Cada una de ellas será expuesta y examinada separadamente en las páginas que siguen.

die französische Revolution. Sämtlich Werke, I, pp. 80-81. Este punto de vista exacto ha sido también aceptado posteriormente por Eötvös, *Der Einfluss der hersschenden Ideen del 19 Jahrhunderts auf den Staat,* 1854, pp. 58-59, y H. Schulze, *Einleitung,* p. 139.

[2] Por lo común las doctrinas que habrán de tratarse se refieren al Estado ideal, y la cuestión de los orígenes históricos al Estado empírico. Véase Hegel, *op. cit.,* § 258; H. A. Zacariae, I, p. 57; H. Schulze, *Einleitung,* p. 39; Trendelenburg, *op. cit.,* p. 344; Lasson, *op. cit.,* pp. 293-294.

2. Teorías particulares

a) Justificación teológico-religiosa del Estado

El Estado está fundado por Dios o por la Providencia divina, por consiguiente, todos se ven obligados por mandamiento de Dios a reconocerlo y a someterse a su organización. Esta doctrina es la más antigua y difundida, y tiene plena validez en aquellos pueblos en que la comunidad del Estado y la comunidad religiosa coinciden más o menos: tal sucedía en Grecia y en Roma. Las palabras de Demóstenes recogidas en el *Digesto,* según las cuales hay que prestar obediencia a la ley por ser obra y don de Dios,[3] expresan de una manera relevante la convicción popular de los pueblos antiguos acerca de la sanción divina del orden del Estado.

La evolución de esta doctrina es completamente distinta en el mundo cristiano, que en el mundo antiguo. El cristianismo en su comienzo mostróse indiferente para con el Estado.[4] Pero tan pronto como le fue preciso ponerse en relación con el imperio romano, dijo que debían ser reconocidas las autoridades del Estado y que era preciso someterse a ellas, sin duda para apartar de sí la sospecha de enemistad hacia el Estado. Pero esto cambia tan pronto como el cristianismo triunfa. Mediante san Juan Crisóstomo,[5] y singularmente mediante san Agustín, tiene lugar una gran modificación. San Agustín opone la *civitas Dei* a la *civitas terrena,* la cual no es idéntica al Estado que en la historia nos es dado, pero sigue sus huellas,[6] y explica este Estado terrestre como una consecuencia necesaria de la caída en el pecado. Tiene, pues, el Estado el valor de una obra del

[3] L. 2° *D. De Legibus,* 1, 3: ὅτι πᾶς ἐστὶ νόμος ει ρημα μὶν και δῶρον θεοῦ.

[4] Tertuliano, *Apologeticus,* cap. XXXVII: *"At enim nobis ab omni gloriae et dignitatis ardore frigentibus nulla est necessitas coetus, nec ulla magis res aliena, quam publica".*

[5] El Estado es también para él un mal necesario a causa del pecado. Véase H. von Eicken, *Geschichte und System der mittelalterlichen Weltanschauung,* 1887, p. 122.

[6] Sobre la construcción mística de ambos Estados, en san Agustín, *de civitate Dei,* véase Reuter, *Augustinische Studien,* 1887, pp. 128-129; Rehm, *Geschichte,* p. 156. Aun cuando el fin de san Agustín es ante todo la defensa del cristianismo contra el paganismo, y no es posible encontrar en él claramente formulada la oposición entre Estado e Iglesia (Reuter, pp. 151-152), ha sido interpretada su doctrina posteriormente como descansando en esta oposición y, así concebida, ha influido sobre la política de la Édad Media.

mal que había de recibir al final de los tiempos el pago del pecado. No es este Estado terrestre hijo de Dios, sino hijo del demonio, y por consiguiente, la doctrina del origen divino de la autoridad se encuentra en oposición con ella. Así como el pecado fue permitido o tolerado por Dios, así también lo fue el Estado, y en este sentido ocupa un lugar en el plan divino del mundo. Como todo lo que deriva del pecado, sirve él también para mostrar claramente la gracia divina que promete a los elegidos la salvación; triunfará la gracia cuando el Estado divino se sobreponga al Estado terreno y la eternidad haya consumido el tiempo. Sólo tiene una justificación relativa el Estado que se ofrece a Dios como su servidor, aun cuando pertenezca a la tierra y a la vida perecedera.[7]

Esta idea agustiniana atraviesa toda la doctrina de la Iglesia en la Edad Media,[8] es aún hoy el fundamento de la teoría católica del Estado y fue recibida por la Reforma alemana siendo defendida aún en nuestros días por la ortodoxia protestante.[9] La tendencia práctica de esta doctrina consistía en someter el Estado a la Iglesia, lo cual llevó a cabo poco tiempo después de la cristianización del imperio romano. De la teoría agustiniana tomó Gregorio VII sus armas más poderosas para luchar con el Emperador,[10] como igualmente las tomaron de esta doctrina todos los que se colocan en esta lucha de parte del poder de la Iglesia.

Esta actitud violenta de la Iglesia frente al Estado no podía mantenerse largo tiempo y nace una teoría intermedia cuyos fundamentos fueron buscados por sus iniciadores en épocas más antiguas.[11] Esta teoría considera igualmente al Estado como nacido del pecado, pero además lo creen introducido para protegernos contra las consecuencias del mismo, a saber: el abuso de poder de los fuertes contra los débiles. Gracias a la protección de la Iglesia singularmente, podía el Estado borrar la mancha de su origen.[12] Esta doctrina alcanzó su expresión más conocida mediante la

[7] Véase sobre el último punto Gierke, *Genossenschaftsrecht*, II, pp. 126-127.

[8] Véase Von Eicken, *op. cit.*, pp. 356-357.

[9] Véase Stahl, *Philosophie des Rechts*, III[1], pp. 153-154. Si Stahl mismo dice de san Agustín que rebasa los límites, no por eso es el propio Stahl, a pesar de su afirmación de que el Estado es una institución divina, completamente opuesto a la concepción fundamental de san Agustín, como puede verse por sus observaciones en la *op. cit.*, pp. 48-49; II, p. 179-180. El orden terrenal descansa en el pecado, y la obra del Estado es la de servir a Dios. Como se ve, esto corresponde perfectamente a la vieja doctrina cristiana. Con menos rodeos que Stahl se ha reconocido partidario de la teoría de san Agustín Von Mühler, *Grundlagen eine Philosophie der Staats und Rechtslehre nach evangelischen Prinzipien*, 1873, pp. 126-127.

[10] Principalmente en el escrito famoso dirigido al obispo Hermann von Metz, 1081, Mon. Germ. SS., VII, p. 357. Los pasajes más importantes los ha puesto de relieve Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, p. 524, n. 16.

[11] Véase la prueba en A. Teichmann, *Eine Rede gegen die Bischöfe. Altnorwegische politische Zeitschrift aus König Sverres Zeit. Basler Universitatsprogramm*, 1899, pp. 17 y 22.

[12] Véase Eicken, *op. cit.*, p. 364; Mirbt, *Die Publizistik im Zeitalter Gregors VII*, 1894, pp. 545-546.

famosa teoría de las dos espadas, según la cual, de una interpretación mística de un pasaje del Evangelio de san Lucas se deduce que Dios concedió, para proteger a la cristiandad, dos espadas, la espiritual y la terrenal. Según la concepción clerical, ambas le habían sido dadas al papa, y Dios aparecía, al propio tiempo, como el Señor del mundo. De estas espadas, la espiritual la conserva el papa, y la terrenal se la presta al emperador; "la una es de la Iglesia, la otra sirve para la Iglesia", según opinaba Bonifacio VIII. Los partidarios del emperador, por el contrario, consideran que éste ha sido investido por Dios inmediatamente con el poder temporal. Esta lucha literaria para fijar la relación del emperador con Dios es como el acompañamiento teórico de la contienda formidable entre el Estado y la Iglesia.

En la época moderna también desempeña un gran papel en las luchas espirituales la fundamentación teológica del Estado y es sumamente interesante observar cómo partidos opuestos buscan en la voluntad divina un fundamento a sus pretensiones para dar de este modo a sus exigencias una base jurídica inconmovible. No sólo la institución del Estado en general, sino incluso una forma determinada del Estado, la presentan los partidarios de esta doctrina como revestida de una sanción divina inmediata. De estos fenómenos se deduce que de las doctrinas eclesiásticas no se puede sacar conclusión alguna de estricto carácter político, ya que en cada época los partidos religiosos más opuestos han derivado de premisas teológicas, los principios que les eran más favorables. Así, por ejemplo, en la guerra de los aldeanos, los revolucionarios apoyaron sus exigencias en el Evangelio y, basándose en este mismo, los combate Lutero. Los monarcómacas protestantes del siglo XVI, al igual que los jesuitas españoles de aquella época, afirmaban enérgicamente que era obra recomendada por Dios la de luchar contra los reyes enemigos de la Iglesia que cada cual representa. Jacobo I proclamó el derecho divino de los Estuardos, y los puritanos decapitaron a su hijo apoyándose también en la idea de un mandamiento divino. Tanto el *Commonwealth*, como la formación de los Estados republicanos en Nueva Inglaterra, parten de la idea de que según la ordenación divina, el más elevado poder eclesiástico y político debe tener como cimiento la comunidad del pueblo. Pero el absolutismo del príncipe considérase también como debido a la gracia de Dios. Bossuet prueba, apoyándose en la Sagrada Escritura, que la mejor forma del Estado, la preferida por Dios, es aquella según la cual los reyes son los representantes de Dios, y su trono, el trono de Dios mismo. De igual modo se expresa Luis XIV.

En la época de reacción y restauración que sigue a la Revolución francesa, los partidarios del principio de legitimidad y los miembros de las clases sociales que habían sido aniquiladas por la Revolución, apoderáronse

de estas ideas y consideraron que sólo una Constitución formada históricamente, y favorable a sus pretensiones, podría tener la sanción divina. Lo que los legitimistas franceses esbozaron fue aceptado después por los escritores católicos alemanes y, más tarde, reducido a sistema, desde un punto de vista protestante, por Fr. J. Stahl. El Estado es para él un reino ético-espiritual que descansa sobre la ordenación y el mandamiento divino. Y no sólo el Estado en general es institución divina, sino la Constitución y las personas que de un modo concreto ejercen la autoridad, reciben de Dios su sanción, no ya mediante actos inmediatos, sino por medio de la Providencia.[13] Por tanto, sólo las constituciones que descansan sobre fundamentos históricos se apoyan en la ordenación divina, en tanto que los principios revolucionarios, es decir, aquellos que quieren fundar el Estado sobre la personalidad humana, son contrarios a la divinidad. Prácticamente, sus ideas estaban encaminadas a modernizar el antiguo pensamiento teocrático en interés del partido conservador prusiano.

Rousseau ha criticado con gran mordacidad e ironía el valor científico de todo ensayo que trate de apoyar una forma determinada del Estado en la voluntad divina, al decir que si todo poder viene de Dios, también toda enfermedad tiene que ser enviada por el Altísimo. ¿Se debe por esto prohibir el acudir al médico?[14]

En los tiempos modernos, la teoría teológica del Estado, la cual en su orientación católica presenta un programa con un amplio contenido práctico, ha tomado una actitud más circunspecta. No le preocupa ya fundamentalmente la forma del Estado, sino más bien la relación de éste con la sociedad. Trata de organizar ésta según principios religiosos, y así como antes trató de deducir de principios supremos la política en general, así trata hoy de hacerlo con la política social de la Iglesia; pero en verdad lo que hay es una acomodación de estos principios a relaciones sociales dadas, en interés de la Iglesia, exactamente igual a lo que sucedía antes con la modificación de las formas políticas.[15]

La exégesis de las teorías religiosas, de las cuales no es necesaria hoy ya una crítica seria, ha contribuido en gran medida en nuestro tiempo, a difundir un espíritu antirreligioso en las masas socialistas. La observación, tan a menudo repetida en la literatura socialista, de que la religión satisface exclusivamente la función social de afirmar las relaciones concretas de poder y explotación, es la respuesta inevitable a los ensayos modernos que tratan de unir la religión y la política. La teoría teológica

[13] *Op. cit.*, II², pp. 176-177.

[14] *"Toute puissance vient de Dieu, je l'avoué, mais toute maladie en vient aussi: c'est-à-dire qu'il soit défendu d'appeler le médecin?" Contrat social*, I, p. 3.

[15] Véase, por ejemplo, Périn, *Christliche Politik*, 1876; Pesch, *Liberalismus, Sozialismus und Christliche Gesellschafts ordnung*, 2ª ed., 1901.

del Estado ofrece, de otra parte, al partido clerical bajo su forma católica, el fundamento teórico para su enemiga contra el Estado, por cuanto hoy, como hace siglos, niega el derecho propio e independiente de aquél. Por esto falta a estas doctrinas el objetivo práctico de una justificación del Estado. Lejos de tender a la conservación de éste, tienden a la destrucción del mismo.

Debe hacerse una distinción entre estos partidos políticos que luchan exteriormente valiéndose de armas trascendentes y aquellas doctrinas políticas y teológicas que relacionan con Dios tanto el fenómeno del Estado como la totalidad de su evolución histórica, con lo cual se expresan dos cosas: una, la convicción de la racionalidad del orden del Estado, y otra, la de que el Estado, como todo lo que existe, procede de la causa primera de las cosas. No puede alcanzarse con esta concepción un conocimiento científico satisfactorio, pues deriva todo de la unidad última, con lo que queda por explicar lo individual en su peculiaridad. Asimismo el carácter racional del Estado deviene supuesto por su relación íntima con la voluntad divina, pero no probado, como lo demuestra una ojeada rápida a aquellas doctrinas teológicas que hablan de la convicción de que el Estado está dominado por un carácter antidivino. He aquí por qué necesita la teoría teológica, bajo esta forma, otras razones que traten de justificar el Estado. Vista más de cerca, obsérvase que en sus comienzos Dios es la *causa remota* del Estado, en tanto que su causa próxima ha de ser buscada en otro principio.

b) La teoría de la fuerza

La esencia de esta doctrina consiste en que concibe al Estado como el dominio de los fuertes sobre los débiles, y explica esta relación fundándola en una tendencia de la naturaleza. El Estado descansa, pues, para ella, en una ley natural que el arbitrio humano no puede evitar. Por esto debe reconocer el individuo al Estado, esto es, debe someterse por reflexión pensando que el Estado es un poder natural del cual no es posible evadirse, del propio modo que del calor del sol, de los movimientos de la tierra o del flujo y reflujo de los mares. La teoría de la fuerza es como la forma materialista que se opone a la doctrina teológica. Pedíase en la primera, sumisión a una voluntad divina; pídese en esta segunda, sumisión a las fuerzas ciegas de la vida social.

La teoría de la fuerza tiene antecedentes muy antiguos: de una manera aguda y clara, fue expuesta por los jóvenes sofistas. Para ellos, el Estado sólo era una institución existente en interés de los poderosos con objeto de organizar la explotación social, y el derecho se propone encadenar los

débiles a los fuertes; pero si el fuerte llega a adquirir conciencia de ello, romperá este yugo contrario a la naturaleza y rehabilitará el dominio de las leyes naturales.[16] De una manera breve y epigramática ha sido expresada la doctrina del derecho del más fuerte en las palabras que pone Plutarco en boca de Brennus.[17]

En la época moderna, la teoría de la fuerza no aparece sino en la lucha contra la concepción teológica. Hobbes no concedía más límite al derecho del individuo en el estado de naturaleza que el de su fuerza, y afirmaba que el Estado de fuerza y el Estado contractual eran de igual condición, que tenían iguales derechos con respecto a sus miembros; Spinoza llega a identificar derecho y fuerza. Pero esta proposición, tan mal comprendida frecuentemente, significa tan sólo que en el reino de la naturaleza, que coincide con el concepto del reino de Dios, todo sucede necesariamente, y, por tanto, todo está justificado; que carecemos de una medida objetiva para poder separar lo justo de lo injusto dentro del orden infinito de los fenómenos naturales;[18] y que no puede concebirse una organización jurídica en que falte la fuerza. De aquí que sólo sea posible asignar un carácter relativo al derecho positivo, que no coincida con el círculo de poder del individuo.

En la lucha contra la doctrina contractualista del derecho natural en el siglo XIX ha afirmado C. L. von Haller de una manera rotunda, que la dominación del Estado descansa en la desigualdad de los hombres y es una consecuencia inseparable de las leyes naturales, y que los motivos naturales por los cuales estos hechos acontecen, ni han llegado a su fin ni podrán llegar jamás.[19] En nuestro tiempo, la doctrina socialista acerca de la sociedad, que concibe el orden concreto del Estado como la expresión de las relaciones de fuerza entre las clases sociales, ha dado una nueva forma al pensamiento de los sofistas. Las relaciones efectivas de fuerza, dice Lassalle, en que consiste toda sociedad, constituyen aquella fuerza en todo momento activa que determina las leyes y efectos jurídicos de esta sociedad, a tal punto que, en rigor, ni pueden ser ni son otra cosa que lo que esas fuerzas son,[20] y F. Engels dice, basándose en la doctrina de Marx: "El Estado es el opresor de la sociedad civilizada, pues en todos los periodos ejemplares de la historia ha sido, sin excepción, el instrumento de las clases dominantes y la máquina para mantener a los sometidos en servidumbre y perpetuar la explotación de las clases".[21]

[16] Véase Platón, *Gorgias*, 482, E. s. *Rep.*, I. 338. C. s.

[17] Vitae XI, Camillus, XVII, 3, 4. Que el más fuerte domine es llamado πρεσβὺτατος τῶν νόμων.

[18] *"Per Jus itaque naturae intelligo ipsas naturae leges, seu regulas secundum quas omnia fiunt, hoc est, ipsam naturae potentiam; atque a Deo totius naturae et consequenter unius cujusque individui naturale Jus eo usque se extendit, quo eius potentia". Trat. polit.*, II, 4.

[19] *Op. cit.*, I, p. 340.

[20] *Über Verfassungswesen*, 6ª ed., 1877, p. 7.

La teoría de la fuerza con dificultad se encuentra sin que vaya unida a alguna otra. En Spinoza, por ejemplo, la acompañan ciertos elementos la doctrina contractual; en Haller, elementos de derecho privado patrimonial. Los socialistas modernos, finalmente, consideran que este hecho brutal, que en el proceso de la evolución sólo entra en un momento determinado de la historia económica, consistente en la formación de relaciones de fuerza del Estado, a causa de las luchas de clase, habrá de ser transformada un día, para dar paso a una sociedad que descanse sobre la solidaridad. Efecto de la evolución de las fuerzas naturales, llegará un momento para la humanidad, en que cese la lucha por la concurrencia y, por tanto, lo que denominamos hoy Estado. La sociedad que organice la producción sobre los fundamentos de las asociaciones libres e iguales de los productores llevará toda la actual máquina del Estado a los museos de antigüedades junto a la rueca y al hacha de bronce.[22] De esta suerte, es negada por los socialistas la eficacia del Estado, al menos *pro futuro*, en cuanto necesidad de la naturaleza.

La teoría de la fuerza encuentra aparentemente un fundamento sólido en los hechos históricos, ya que en el proceso histórico de formación de los mismos es una excepción encontrar un Estado que haya nacido sin ser fruto de la victoria; la guerra ha sido, las más de las veces, la creadora de los Estados. Igualmente encuentra esta teoría apoyo en el hecho innegable de que todo Estado por su naturaleza es una organización de fuerza y de dominación. Mas la teoría de la fuerza se propone no la explicación, sino la justificación de lo dado, y esta justificación sólo puede hacerse refiriéndose al futuro y no al pasado. Sin duda, como en otro lugar habrá de ser expuesto, lo dado tiene una significación normativa de las cosas humanas. Pero existe un segundo factor que se opone al reconocimiento de los hechos como normativos, que es el impulso a reformar lo dado conforme a determinados objetivos. Por eso la teoría de la fuerza sólo convence a quienes aceptan lo dado de un modo fatalista y lo consideran inmutable, pero no a quienes quieren hacer el experimento de ver si esto no podría ser de otro modo. Pues el conocimiento de todas las cosas naturales descansa exclusivamente en la experiencia, y es preciso someter tanto más a prueba la experiencia cuanto que a menudo vemos cómo infinidad de leyes que eran consideradas naturales, son erróneas.

Los partidarios de esta doctrina desconocen que este poder de dominación es predominantemente de naturaleza psicológica y no física, lo cual explica perfectamente que sea una minoría en vez de una mayoría

[21] *Der Ursprung der Familie*, p. 143.

[22] Engels, *op. cit.*, p. 140.

la que frecuentemente mande. El poder, por ejemplo, que asegura la dominación británica en la India, no sería suficiente para mantener sometido a su obediencia, por algún tiempo, a un pequeño pueblo germánico. Por esto, las relaciones de dependencia estatistas y sociales están condicionadas ante todo por la riqueza moral y espiritual de los dominadores y dominados.

Las consecuencias prácticas de la teoría de la fuerza son, no las de fundamentar el Estado, sino las de destruirlo, porque si el Estado no es más que una fuerza irracional, brutal, ¿por qué no ha de hacer el ensayo el que está sometido a este poder, de sacudir su yugo, de eliminar la autoridad o de aniquilar nuestra civilización tanto más cuanto que tales acciones, como todo lo que pasa, no quedan fuera de la necesidad de las "leyes naturales"? Puesto que no hay un lazo común que una al dominador y a los dominados, faltan a tal concepción del Estado todos los motivos éticos que podrían evitar el origen y la ejecución de esta doctrina destructora del mismo. De estas doctrinas se han deducido consecuencias anarquistas, al frente de las cuales se encuentra la proposición de que el Estado descansa en el poder y la fuerza, y que es, por consiguiente, ajeno a él una forma superior moral. Y así como mediante esta teoría aparece justificada de una parte una negación, también aparece justificada, de otra, la tendencia a producir revoluciones que transformen fundamentalmente todo lo existente.

Las leyes naturales, pues, tienen valor tan sólo dentro de determinados límites y bajo ciertos supuestos. La concepción mecánico-empírica de la naturaleza y de la historia exige que se comprueben en la práctica estos límites: por esto los planes más radicales y socialistas son, si no consecuencias lógicas de la teoría de la fuerza, sí consecuencias psicológicas, y esto radica en la esencia de la naturaleza humana: no someterse ciegamente a los poderes de la naturaleza, sino ensayar primero si pueden vencerse mediante acciones humanas. Precisamente en la lucha por vencer o idealizar a la naturaleza, consiste la cultura.

Falta, pues, a la teoría de la fuerza, su objetivo, porque no justifica el Estado, sino que lo destruye y prepara el camino a la revolución permanente. Esto nos descubre una gran ironía que ha sido frecuente en la historia de las teorías morales y políticas. La "Restauración de las ciencias del Estado", tan admirada por la reacción alemana, no ha logrado hacer revivir el Estado de la Edad Media, pero en cambio esta teoría ha llegado a ser el pensamiento fundamental, la estrella norte de las tendencias revolucionarias modernas.

Aun para aquellos que se mantienen apoyados sobre las bases del Estado dado, la teoría de la fuerza es un motivo de incitación a la lucha permanente con el orden dado; porque si el Estado por su naturaleza no

es otra cosa que el hecho de dominación, es natural que en los que están sometidos exista la tendencia psicológica de alcanzar por todos los medios la dominación.[23] Esta teoría no puede, pues, oponer a los dominados un motivo que pueda hacer contener sus impulsos, un mejor derecho, es decir, más justo, por parte de aquellos que disfrutan del poder. Por esto sacaron de tales premisas los sofistas la consecuencia irrefutable de que quien esté instruido acerca de la naturaleza del Estado, debe luchar por todos los medios por alcanzar la dominación, y las palabras de Callicles[24] significan la última consecuencia de la sabiduría. Los consejos que da Maquiavelo a los que están en posesión del imperio para permanecer en él necesitan admitirlos los partidarios de la teoría de la fuerza como verdades políticas inconcusas. Acerca de estas teorías puede discutirse a lo más si son o no acertadas, pero no si son viables.

c) Las teorías jurídicas

Por teorías jurídicas entiendo aquellos grupos de doctrinas que apoyan el Estado sobre un principio de orden jurídico considerando a este mismo como producto del derecho. Todas parten explícita o implícitamente de la idea de que hay un orden jurídico que precede al Estado, que le es superior y del cual deriva éste. Bajo tres formas se presenta históricamente esta doctrina: como una institución del *derecho de familia,* de *derecho patrimonial,* o de *derecho contractual.* Nos hallamos, pues, ante las teorías patriarcal, patrimonial y del contrato.

a) Fundamentación del Estado sobre el derecho de familia.— La teoría patriarcal. La concepción de que el Estado procede históricamente de la familia y es como una ampliación de ella se funda en los recuerdos históricos de muchos pueblos. Así, por ejemplo, los griegos se representan el proceso de la formación de los Estados como una ampliación lenta de la familia y como una unificación de varias familias, que de esta suerte llegan a formar una comunidad. Roma igualmente conserva en su organización huellas profundas de una originaria federación de familias. En los escritos bíblicos aparece también el Estado israelita como nacido del seno de una familia. En una época en que no existían las investigaciones científicas acerca de la civilización, el pensamiento estaba teñido de un color teológico, tomándose la familia como base del Estado, y de esta

[23] Esto lo ha demostrado ya Rousseau de un modo brillante: *"Sitôt que c'est le force qui fait le droit, l'effet change avec la cause, toute force qui y surmonte la première succède à son droit. Sitôt qu'on peut désobéir impunément, on le peut légitimement, et puisque le plus fort à toujours raison, il en s'agit que de faire en sorte qu'on soit le plus fort".* (*Contrat social,* I, 3).

[24] Platón, *Gorgias,* 1. c.

manera el derecho de veneración y acatamiento, tanto divino como humano, que se debía a los ascendientes, trasladábase a los directores del Estado como padres de la gran familia. Durante la lucha de Carlos I con el Parlamento inglés fue defendida esta doctrina por sir Robert Filmer,[25] quien consideraba que Adán había sido el rey del género humano, y los monarcas no eran sino los sucesores de Adán, correspondiéndoles, por tanto, ejercer sobre sus súbditos el poder paterno que todos debían reconocerles. Bajo Carlos II fue impreso este escrito, que llegó a ser considerado por los partidarios de la dinastía como una suerte de Evangelio, lo que fue razón bastante para que A. Sidney[26] y Locke protestaran de un modo enérgico contra esta doctrina absurda, pero de gran influjo en su tiempo. Su solo servicio fue dar ocasión a las investigaciones sobre el Estado de Sidney y de Locke; combatirla sería hoy absolutamente superfluo, incluso si se tomase en serio su argumentación, porque el poder paterno ha sido reconocido como producto de una larga evolución histórica. Se trata realmente de una derivación poco desarrollada de las doctrinas religiosas. No se propone siquiera justificar el Estado, sino una forma particular y subordinada del mismo, a saber, la monarquía absoluta; pero de las otras formas del Estado no dice absolutamente nada. Como quiera que considera a la totalidad de los súbditos como eternamente menores, pupilos, sólo halló el aplauso de los que se encontraban espiritualmente en una actitud de menores.

Esta doctrina ha sido expuesta de un modo completamente distinto a como lo hicieron Graswinckel y Filmer, por Hobbes, para quien el Estado patriarcal era una de las formas históricas posibles del Estado natural o del Estado de fuerza, teniendo ésta en aquél el mismo carácter absoluto que en el Estado contractual.[27] Hobbes no hace descansar el dominio patriarcal en el derecho de los ascendientes, sino que lo funda en el consenso entre padre e hijos.[28] De esta manera identifícase esta doctrina con la teoría del contrato como base del Estado.[29]

b) La teoría patrimonial. La concepción de que el orden de la propiedad

[25] *Patriarcha or the Natural Power of the Kings.* Este escrito, que había llegado a ser extraño, ha sido editado en la obra de Locke, *Two treatises on civil Government*, Morleys Universal Library, 2ª ed., Londres, 1887. La misma idea de Filmer, de la que se encuentran rastros muy antiguos, había sido desarrollada por el holandés Graswinckel en su libro *De Jure majestatis*, 1642, polemizando contra los jesuitas Bellarmín y Suárez, el último de los cuales considera en su obra *Tractatus de Legibus de Deo legislatore*, 1619, I, III, 1, que el hombre nace libre de toda autoridad. Véase también Jellinek, *Adam in der Staatslehre*, 1893, pp. 11-12.

[26] Algernon Sidney, *Discourses concerning government*, 1698 (15 años después de la muerte del autor): véase su doctrina. Liepmann, *Die Rechtsphilosophie de J.-J. Rousseau*, 1898, pp. 50-51.

[27] *De cive*, IX, 10, Leviatán, XX.

[28] Leviatán, 1. c. Hobbes, *Englich Works*, ed. de Molesworth, III, 1839, p. 186.

[29] Huellas de esta doctrina se encuentran en Haller, *op. cit.*, I, p. 515.

precede temporal, o al menos lógicamente, al orden del Estado, no fue extraña a la Antigüedad. Se encuentra indicada en el libro II de la *República* de Platón, donde los orígenes del Estado son atribuidos a la unión de distintas profesiones económicas y a la necesaria agrupación de las distintas ocupaciones humanas a causa de nuestras propias necesidades. De una manera completamente clara, dice Cicerón que el motivo de la formación del Estado se encuentra en la protección de la propiedad.[30] En la literatura moderna sobre el derecho natural, así como en los teorizadores socialistas de la actualidad, la propiedad ha sido considerada a menudo como la causa del Estado y el fundamento jurídico del mismo; pero una derivación sistemática del Estado de un orden económico preestatista, jamás se ha hecho. La concepción germánica da vigor al sistema feudal al considerar que el rey es el propietario supremo de todas las tierras, con lo cual hace creer al mundo medieval que los Estados particulares se justifican basándose en la propiedad territorial. En Alemania esta idea subrayó la gran significación que tenía la posesión de la tierra para alcanzar y ejercer el derecho de autoridad, con lo cual aparece la posesión de la tierra como un anejo de la soberanía territorial. Hasta el fin de los antiguos imperios ha habido publicistas representantes de esta doctrina,[31] quienes no podían explicar los fundamentos del poder del imperio ya que lo que estaba enlazado *de jure* con la posesión territorial era, no el poder imperial, sino la soberanía territorial. Por lo demás, el Estado patrimonial sólo fue considerado (principalmente por Grocio)[32] como una forma posible del Estado.

Haller fue el primero que dio a la teoría de la fuerza, tan enérgicamente defendida por él, una forma que le ha consentido ser al propio tiempo el representante más vigoroso de la doctrina patrimonial. El poder, que es en realidad el que constituye el fundamento último del Estado, se manifiesta como poder de propiedad en el que radica la razón del reconocimiento del Estado. Los creadores de éste son para Haller hombres independientes a causa de sus bienes, o sea de su poder (príncipes y corporaciones): tan pronto como se alcanza riqueza mediante la posesión de tierras, y se adquiere, por tanto, el poder que va unido a ellas, se entra en la categoría de los príncipes. Éstos y las comunidades republi-

[30] *Hanc enim ob causam maxime ut sua tenerent res publicae, civitatesque constitutae sunt.* De off. II, 21 y 73.

[31] Véase Biener, *De natura et indole dominii in territoriis Germaniae*, 1780, pp. 40-41. Considera la *superioritas territorialis* como una parte fundamental de la propiedad; llama a los príncipes *domini terrae and dominium et superioritatem nati domini hereditarii et naturales*, p. 46. Sobre la teoría patrimonial del Estado en los últimos decenios del antiguo imperio, véase la investigación profunda de Preuss, *Gemeinde*, p. 327.

[32] Grocio establece una distinción entre Estado patrimonial y Estado usufructuario, I, I, 3 y II; 1, II, 6, 3, 7, 12, categorías que posteriormente fueron aceptadas por Pufendorf y Wolff.

canas dominan por propio derecho, es decir, en fuerza de su libertad y de su propiedad.[33] De aquí que vaya unida a esta manera de concebir las relaciones del Estado una determinada construcción de derecho privado. Pero Haller no nos dice de dónde procede aquella asociación autoritaria de servicios —*Herrschafliche Dienstverbandt*— y particularmente aquel derecho de propietario que crea el orden jurídico. Puesto que esta ordenación no se funda en el Estado, sólo puede ser preestatista, con lo cual el adversario más encarnizado del derecho natural llega a una conclusión enteramente igual a la de sus enemigos.[34] Aquí radica precisamente la crítica más honda que puede hacerse de la teoría patrimonial, ya que su suerte va unida a que se acepte o no un orden de propiedad preestatista. Se ve claro a qué conclusiones arbitrarias puede llegarse partiendo del punto de vista de aquel pretendido orden jurídico mediante el cual el elemento territorial aparece como lo fundamental del Estado y los hombres como lo secundario. Como este derecho preestatista no puede ser encontrado en parte alguna en forma que aparezca indubitable, es fácil conformarlo, dentro del espacio vacío, que la ciencia abarca, con las imágenes de la fantasía política.

En una época en que la investigación histórica y el derecho comparado han alcanzado tan gran desarrollo, no se hace preciso una refutación detallada de la teoría patrimonial como doctrina justificativa del Estado; sin embargo, sus efectos déjanse ver claramente en infinidad de concepciones y doctrinas actuales.[35]

c) La teoría del contrato. La más importante entre las teorías jurídicas es la que considera el contrato como el fundamento jurídico del Estado, no sólo por los hombres que la han representado, sino por el influjo enorme que ha ejercido en la formación de los Estados modernos.

También los orígenes de la doctrina del contrato están lejanos. La idea de que el origen del Estado era producto de la unión contractual de hombres que hasta entonces vivieron ajenos a todo lazo fue conocida en la

[33] *Op. cit.*, I, pp. 473 y 512.

[34] Es cierto, dice Haller, *op. cit.*, II, p. 57, que la propiedad ha sido anterior a todas las leyes humanas y que a menudo subsiste sin las mismas. No hay un solo código que haya introducido u ordenado la propiedad. Por esto tampoco ha nacido del Estado la propiedad, sino por el contrario, aquéllas o dominaciones son las que proceden de la propiedad, ya originariamente adquirida, ya heredada.

[35] Como ejemplo que puede probar el influjo persistente de las teorías antiguas sobre las modernas, mostraremos una admirable disposición de la Constitución de Baviera del 6 de junio de 1818, título III, § 1, en que se trata de bienes del Estado. Dice así: "El reino de Baviera en su totalidad forma una sola masa total indivisible e inalienable compuesta de tierra, pueblo, señores, bienes, regalías y rentas, con todos sus accesorios". Lo que aquí se expresa es, con una fórmula de los antiguos francos, el principio moderno de la indivisibilidad del Estado. Los orígenes históricos de estas proposiciones encuéntranse en la pragmática sobre los fideicomisos dominicales de 1804, en Seydel, *Bayer Staatsr.*, I, pp. 133 y 136. Sobre el renacimiento del Estado patrimonial en la Alemania actual, véase el cap. XX.

Antigüedad. Protágoras dice que el origen de los Estados fue una reunión de hombres, libres hasta aquel momento, una ἀθροίζεσθαι,[36] y Platón atribuye a los sofistas el desarrollo de la doctrina de que mediante una inteligencia voluntaria se han agrupado los hombres para protegerse contra la injusticia.[37] Todos los que consideran lo justo como resultado de afirmaciones humanas, habían de convenir con esta concepción, porque para ellos la ley sólo tenía el valor de ser resultado de una concordancia entre los individuos de un pueblo. Los epicúreos fueron especialmente quienes dedujeron de estas doctrinas las consecuencias necesarias.[38] Conforme a su concepción mecánico-atomística, consideraban el Estado como formado por el contrato de los átomos sociales —de los individuos originariamente, sin lazo alguno entre sí—, con objeto de asegurarse de los daños recíprocos que pudieran causarse. Pero no ha sido tanto esta concepción griega, cuanto la judaica y romana, la que ha tenido un mayor influjo en el pensamiento político de la Edad Media y en los comienzos de la Moderna.[39] La unión concertada entre Dios y su pueblo[40] adquiere una importancia considerable para la teoría de los orígenes del Estado. Lo que sucedió para que Saúl fuese instituido rey,[41] la alianza de David con las tribus de Israel en Hebrón, que precede a la ceremonia de la Consagración,[42] son datos de enorme importancia para los orígenes del poder en el Estado. En los siglos XVI y XVII se parte de estos fundamentos para sacar de ellos consecuencias amplias y profundas.[43] En las luchas políticas y religiosas de esta época llegó a ser una fuerza política de valor incomparable la Biblia, y especialmente el Nuevo Testamento. Pero en la Edad Media, el derecho romano influyó no menos que la Biblia para

[36] Véase Rehm, *op. cit.*, pp. 3-4.

[37] *Protágoras*, 322; *República*, II, 359, *a*.

[38] Véase Hildebrand, *op. cit.*, pp. 515 ss. No es nada inverosímil que haya tomado Epicuro sus ideas de Demócrito, como supone Gomperz, *op. cit.*, pp. 416 ss.

[39] Así por ejemplo, para la teoría del tiranicidio que tanta importancia tuvo en otro tiempo, véase Lossen, *Die Lehre vom tyrannenmord in der christlichen Zeit*, 1894.

[40] Así es como han adquirido una gran significación en las concepciones jurídicas, tanto la alianza concertada entre Josué y el pueblo con Jahveh, 2, Reyes, XXIII, 1-3, como la concertada entre Jojada, 2, Cron. XXIII, 16, con el rey y el pueblo, según las cuales éste debe ser el pueblo de Dios.

[41] 1, Sam., IX-XI.

[42] 2, Sam., v. 3; véase Gierke, *Genossenschaftsrecht*, p. 570.

[43] Es interesante hacer notar la confusión existente en este tiempo entre la jurisprudencia y la teología. Junius Brutus, pseudónimo no de Hubert Languet, sino de Duplessi-Mornay (véase G. Weil, *Les théories sur le pouvoir royal en France pendant les guerres de religion*, París, 1891, p. 109), en su obra *Vindiciae contre tyrannos*, 1580, expone la obligación recíproca que han contraido, de una parte el pueblo, y de otra el rey. A pesar de la institución divina de la realeza, hace derivar los derechos del rey, de la voluntad del pueblo, distinguiendo entre *electio* y *constitutio regis* (véase Treumann, *Die Monarchomachen;* Jellinek-Mayer, *Staats-und volkerrechtliche Abhandlungen*, I, 1, pp. 56 ss. y 62 ss. Sobre Mornay y las *Vindiciae*, véase el estudio detallado de A. Elkan, *Die Publizistik der Bartholomäusnacht*, 1905.

los fundamentos de la doctrina del contrato. Los pasajes de Ulpiano sobre la *Lex regia*, mediante la cual el pueblo traspasa su poder al emperador, secundados además por el renacimiento de la jurisprudencia, hace que aquellos pasajes devengan en uno de los puntos de apoyo para la doctrina contractual sobre los orígenes del poder temporal.[44] Las innumerables formaciones corporativas del mundo germano, cuyas constituciones se regulan según el principio de la mayoría e instituyen sus órganos libremente, las concepciones de derecho privado que atraviesan el pensamiento político del periodo feudal, los orígenes contractuales de las relaciones de vasallaje, la frecuente designación de los príncipes por elección, y singularmente la designación en esta misma forma del soberano espiritual y temporal de la cristiandad, las relaciones entre los príncipes y sus Estados, la cual se concibe siempre como descansando en un pacto y llevan siempre el carácter de tal, todo esto da a la doctrina del contrato cimientos firmes, de muchos siglos, en la historia del pensamiento.

Desde sus comienzos, esta doctrina se propuso determinados fines políticos que habían de ser alcanzados por el contrato. Primeramente hallamos la doctrina de los orígenes contractuales del poder en la época de Gregorio VII. Defendíanla los gregorianos para mostrar que el origen del imperio no era de carácter divino, y los antigregorianos, para probar la independencia del emperador respecto del poder pontificio.[45] En la lucha de las ciudades contra los príncipes, se afirma, por parte de ambos, el carácter contractual de sus relaciones, y aquella concepción llega a desempeñar un gran papel en la Inglaterra del siglo XVII y posteriormente en los Estados continentales que de antiguo tenían sus Cortes. Mas durante la Edad Media no era el fundamento de la institución del Estado el que se proponían probar, mediante la doctrina del contrato,[46] sino el poder concreto del mismo.

Sería una equivocación buscar en la Edad Media una doctrina que reconociese en el contrato el último fundamento jurídico del Estado. Dos circuntancias importantes se oponen a que en la Edad Media se funde una doctrina contractualista con aquel valor; una es la concepción de la Iglesia, la cual considera el fundamento del Estado condicionado por un acto de voluntad suprahumana, acto debido al pecado terrenal, con lo

[44] *Inst.* I, 2, § 6, pr. D. *de const. princ.*, I, 4, véase Gierke, *Gen. Recht.*, III, pp. 570 ss.; Bezold, *Die Lehre von der Volkssouveränität während des Mittelalter, Historische Zeitschrift*, 36, p. 323, hace remontar el influjo de estos textos al siglo XI en *Manegold von Lautenbach;* en sentido contrario, Rehm, *op. cit.*, p. 166.

[45] Bezold, *op. cit.*, pp. 322-323; Mirbt, *op. cit.*, pp. 226-227.

[46] Lemayer pone en duda esta proposición; véase *op. cit.*, p. 49, n. 70. Considera que la teoría contractual de la Edad Media corresponde a nuestro concepto actual de Estado, sin advertir que ésta no podía ser el producto de aquella época saturada del autoritarismo aristotélico y cristiano. Para comprender las teorías medievales, es preciso no sacar de ellas consecuencias que sólo eran posibles en una época posterior.

cual la voluntad de los hombres no puede ser reconocida como la única base del Estado; la otra es la autoridad incontrastable de Aristóteles, cuyos puntos de vista acerca de la teoría del Estado hizo suyos la literatura escolástica. No sólo fue santo Tomás de Aquino quien permaneció fiel a la doctrina teológico-aristotélica, sino el audaz Marsilio de Padua.[47] La doctrina del contrato de la Edad Media no es la doctrina de la creación primaria de los Estados, sino de la inserción del poder de mando en los Estados;[48] no es el *populus* quien nace mediante el contrato, sino el *rex*. La doctrina medieval es, por tanto, predominantemente, la doctrina del contrato de sujeción que crea la constitución del Estado, pero no el Estado mismo, y si encontramos aquí y allá rastros de una doctrina del contrato social en que no se trata ya de derivar el poder de un Estado dado, sino en que se pretende constituir al Estado en sí mismo, en cambio no se encuentra en parte alguna una clara explicación de este contrato. Aun allí donde se considera a Dios como la causa remota y a la naturaleza como la causa próxima, y se exige además un contrato para su fundación, no se ha permanecido alejado de las bases de la doctrina aristotélica, a tenor de la cual el originario aislamiento de los hombres y la formación consciente del Estado fueron hechos históricos.[49] Una generalización consecuente de la idea del contrato social habría conducido necesariamente a la idea del individuo como soberano y fuente de toda organización y poder, afirmación que, de haber sido hecha con claridad, inmediatamente se le hubiese rechazado como herética.

Que este contrato social en realidad era un pensamiento herético, lo ha mostrado la historia de un modo claro en la época moderna. Quienes primeramente y de un modo consecuente han llegado a expresar de una manera plena esta idea fueron la Reforma y la Iglesia reformada. En Inglaterra, Richard Hooker fue quien primero afirmó enérgicamente la idea del contrato social como base del Estado, para fundamentar su doctrina de la Iglesia.[50] Los congregacionistas e independientes fueron los

[47] Véase *Defensor pacis*, I, 3-4, 6.

[48] Véase Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, pp. 626-627.

[49] Véase el cap. II y los escritos citados por Gierke, *Genossenschaftsrecht*, p. 629, n. 303, donde se parafrasea la doctrina aristotélica.

[50] *The Laws of Ecclesiastical Polity*, I. I-IV, fue publicado por vez primera en 1594 y reimpreso en 1888 por Morleys Universal-Library. Dice en el lib. I, 10, p. 91: *"Two foundations there are which bear up public societies, the one, a natural inclination, wherby all men desire sociable life and fellowship; the other an order expressly or secretly agreed upon touching the manner of their union in living together"*. [Existen dos motivos que producen sociedades públicas: uno es una inclinación natural por la cual todos los hombres desean la vida social y la compañía; otro es un orden convenido de manera expresa o secreta relativo al modo de unirse a vivir juntamente], y en la p. 93: *"To take away all such mutual grievances, injuries and wrongs, there was no way but only by growing unto composition and agreement amongst themselves; by ordaining some kind of government public, and by yielding themselves subject thereunto; that unto whom they granted authority to rule and govern, by them the peace, tranquility,*

que aplicaron al Estado el principio democrático de la constitución de las comunidades reformadas y desarrollaron la idea de que el Estado era el resultado de un contrato de individuos originariamente soberanos, los cuales en el acto del contrato ejecutaban libremente un mandamiento divino. Esta doctrina crece en suelo inglés y adquiere realización práctica, primeramente, en esta misma tierra y en las colonias americanas.[51]

En el continente aparece la teoría del contrato social bajo una forma imprecisa. Gierke ha tratado de vindicar el nombre de Althusius, no ya como el autor de esta doctrina, pero sí como el iniciador de la moderna teoría científica del contrato social.[52] En este escritor, sin embargo, no existe una investigación clara acerca de la naturaleza del contrato y de la situación del individuo con respecto a él. Los elementos constituyentes de este contrato no son —según Althusius— los individuos, sino las ciudades y provincias.[53] Tampoco se encuentra en Grocio, a quien durante

and happy state of the rest might be procured" [Sólo hay un camino para reprimir las injusticias, injurias y agravios mutuos, el de un convenio o contrato entre sí; concediendo a algunos buenos el gobierno público y sometiéndose los mismos súbditos a ellos, se les garantizará la autoridad para mandar y gobernar por la cual podrá ser procurada la paz, la tranquilidad y la felicidad del resto del Estado]. Hooker fue posteriormente una gran autoridad para Sidney y Locke en su lucha contra Filmer. En él se apoyaron las comunidades o parroquias para la deposición de Jacobo II.

[51] Véase Weingarten, *Die Revolutionskirchen Englands*, 1868, pp. 13 ss. Borgeaud, *Premiers programmes de la Démocratie moderne*, "Annales de l'École libre des sciences politiques", v, 1890, pp. 318 ss.; Jellinek, *Die Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte*, 2ª ed., 1904, pp. 35 ss. Gooch, *English democratic ideas in the seventeenth century*, Cambridge, pp. 34 ss., 75 ss. Una historia de la moderna teoría contractualista del Estado habría de enlazarse con este movimiento escocés, inglés y americano. Se había venido considerando hasta ahora la evolución de esta teoría política, tan rica en efectos, como un tema principalmente literario. Los fundadores de la doctrina del contrato, no considerando sino aquellos que han hecho época y han ejercido un mayor influjo en la literatura no inglesa, Hobbes y Locke, estaban sometidos más que al pensamiento de los sabios antiguos, a las concepciones populares inglesas que ellos combatían o aceptaban.

[52] Gierke, *J. Althusius*, p. 76 y la adición, p. 329, n. 10.

[53] Althusius, *Politica* (4ª ed., Herborn, 1625, véanse pp. 51-52). Los efectos enormes que produjo la idea del contrato social provienen de que esta doctrina considera al Estado como producto inmediato de la actividad de los individuos. Mas Althusius introduce entre individuo y Estado varios miembros mediadores, que oscurecen completamente la relación de enlace entre la voluntad individual y la existencia del Estado. La doctrina de Althusius sobre el contrato de soberanía, XIX, pp. 326 ss., nace del pensamiento antiguo expresado en una forma clásica y aporta infinidad de citas en apoyo de determinadas proposiciones conformes con el gusto de la época. Los pasajes de la *Dicaeológica* de Althusius, I (2ª ed., Francofurti, 1649, p. 383), c. 81, a la cual se refiere Gierke, no presenta en modo alguno de una manera clara la deducción del Estado del individuo. Que Althusius haya influido en la doctrina de los ingleses, no lo considero probado. En todo caso, Hooker hizo popular en Inglaterra, antes que Althusius, la teoría del contrato social. Esto no queda refutado por las observaciones que recientemente ha hecho Gierke (véase *Althusius*, p. 328, n. 10). Si las observaciones de Hooker son o no populares y oscuras y en cambio las de Althusius constituyen la primera construcción sistemática de la doctrina del contrato social, es una cuestión que queda dentro del terreno de la historia literaria, que en nada modifica el hecho histórico de que los grandes escritores del movimiento democrático inglés se han apoyado siempre

largo tiempo se ha considerado como el creador de la doctrina del contrato: no desarrolla sistemáticamente la doctrina del contrato social. Lo mismo sucede con otros muchos escritores de esta época, en quienes se encuentran indicaciones sobre la citada teoría, pero no una detallada fundamentación contractual del Estado. Más tarde se pensó en esta doctrina como en miembro de un sistema profundo por un hombre que vivía en una atmósfera sobre la que pesaba la idea de este contrato social, a saber: en la Inglaterra de los dos primeros Estuardos. Esta teoría del contrato social principia su historia científica con Thomas Hobbes.

Hobbes se apoya en una concepción mecánica de la naturaleza, fundada sobre las modernas ciencias naturales y la filosofía que las acompaña, la epicúrea. Esta doctrina rechaza la teleología y construye, partiendo de las propiedades de los elementos naturales del ser, el mundo físico y espiritual. Por esto hace derivar todas las relaciones sociales de las propiedades de la naturaleza del individuo. Hobbes distingue dos géneros de Estados: el uno es el Estado natural formado históricamente y descansando sobre relaciones de fuerza; el otro es el Estado constituido, el Estado racional *(civitas institutiva)*, el cual lo deriva el investigador, no de la historia, sino de la naturaleza humana;[54] y este Estado institutivo lo explica histórica y no genéticamente por sus elementos.[55] Para este fin construye, mediante la supresión hipotética del Estado, un estado de naturaleza de una manera clara y concluyente (lo que lleva a cabo apoyándose en las concepciones de la Antigüedad y de la Iglesia). En este estado de naturaleza dominaría la guerra de todos contra todos, a causa de ser el egoísmo individual el motivo determinante de la acción, y en tal situación, los mandamientos del derecho natural tendrían tan sólo el valor de

en Hooker y nunca en Althusius, al cual se le nombra de un modo ocasional y entre los escritores de segundo orden de aquella época. Véase Gooch, *op. cit.*, p. 56. La cuestión relativa al influjo literario que haya podido ejercer Althusius, no hay para qué tratarla aquí.

[54] Véase *De cive*, v. 12 *Lev.*, XVII, p. 159. Sobre la conexión de la teoría del Estado en Hobbes con sus ideas filosóficas, véase Robertson, *Hobbes*, Edimburgo y Londres, 1886, y Tönnies, *Anmerkungen über die Philosophie des Hobbes, Vierteljahrschrift f. wissenchaftliche Philosophie*, III-V, 1879-1881, y especialmente IV, pp. 428 ss., y V, pp. 186 ss.; además, del mismo, *Thomas Hobbes*, en *Deutsche Rundschau*, 1889, VII, pp. 94-95, y Hobbes, *Leben und Lehre*, 1896, pp. 199 ss. La última exposición que se ha hecho del sistema completo de Hobbes es la obra póstuma de Leslie Stephen, *Hobbes*, Londres, 1904.

[55] Esto lo ha expresado Hobbes muy claramente en el prólogo a su libro *De cive: "Nam ex quibus rebus quaeque res constituitur ex iisden etiam optime cognoscitur. Sicut enim in Horologio automato aliave machina paulo implicatiore, quod sit cujusque partis rotaeque officium nisi dissolvatur, partiumque materia, figura, motus, seorsim inspiciatur, sciri non potest: Ita in jure civitates, civiumque officiis investigandis opus est, non quidem ut dissolvatur civitas,* sed tamen ut tanquam dissoluta consideretur, *id est, ut, qualis sit natura humana, quibus rebus ad civitatem compaginandam apta vel inepta sit, et quomodo homines, inter se componi debeant qui coalescere volunt, recte intelligatur"*. En la aplicación de este método analítico y racional, Hobbes no tiene precursor.

exigencias morales dirigidas a la voluntad, sin ofrecer garantía alguna de que habían de ser satisfechas. El impulso del egoísmo produce el del temor, que a su vez hace nacer en el hombre el deseo de la paz; pero como las propiedades naturales de los hombres no pueden llegar a formar una unión firme entre ellos, sólo puede alcanzarse una paz permanente si todos conciertan entre sí un contrato de unión, cuyo contenido sea el sometimiento de todos a una voluntad.[56] Mediante este contrato, el *status naturalis* se convierte en *status civilis*, y este contrato fundamental es a la vez social y de sujeción,[57] apareciendo, en vez del individuo sin lazo alguno, la *persona civilis*, el Estado. De este modo Hobbes funda el Estado absoluto que tiene un solo órgano dominante (un individuo o una *coctus)* como la foma normal, racional y, por tanto, única que se debe reconocer al Estado. Su doctrina, pues, está en oposición radical con aquellas que consideran al señor o soberano mismo como una de las partes contratantes. No el señor, sino sólo los individuos unos con otros son los que forman el contrato; y aquel que se subleva contra el soberano, rompe el contrato con los demás, contrato que el señor no podría lesionar, porque él, en calidad de soberano, no ha tomado parte en la conclusión de aquél. El Estado natural mismo adquiere un carácter jurídico sólo desde el momento en que los sometidos al poder dan su aprobación para establecer sobre sí un señor, un soberano. Esta forma de Estados justifícase igualmente mediante la idea del contrato.[58]

Como se ve, la opinión tan común de que este agudo pensador se propuso con su doctrina mostrar el devenir del Estado históricamente es

[56] Leviatán, XVII, pp. 156 ss.

[57] Lo formula Hobbes, Leviatán, p. 158, de la manera siguiente: *"Y authorize and give up my right of governing myself, to this man or to this assembly of men, on this condition, that thou giventh up thy right to him and authorized all his actions in like manner"*. Pero esto solamente puede interpretarse como si cada cual expresase la fórmula que le obliga *"as if every man should say to every man"*; mas Hobbes no piensa de ningún modo en un contrato que hubiese de cerrarse un día. Rehm, *Geschichte*, p. 242 (y antes de él, Bischof, *op. cit.*, p. 137), trata de demostrar que Hobbes da como origen del Estado, no uno, sino dos contratos: uno concertado entre los individuos, otro llevado a cabo por éstos con el soberano, por lo cual ellos cederían a éste el derecho que tenían de gobernarse a sí mismos. Mas, según las ideas particulares de Hobbes, nada jurista, y menos romanista, un contrato no se forma por una simple *translatio juris* aceptada por otra parte, sino que entiende únicamente por las palabras *contractus* y *pactum*, contratos bilaterales *(De cive*, II, 9 y 10). Desde este punto de vista, son decisivos para la concepción de Hobbes las observaciones publicadas nueve años después de haberlo sido el libro *De cive*, en el Leviatán, XVIII, p. 161, donde protesta con la mayor energía contra toda relación contractual entre el señor y el súbdito. Al llegar a este punto deduce Hobbes las consecuencias prácticas más importantes de su sistema, frente a las cuales desaparecen infinidad de contradicciones y oscuridades inevitables en todo pensador. Pufendorf, que conocía perfectamente a Hobbes, ha dado (en su tratado *De jure naturae et gentium*, VII, 2, § 9) como base de su concepción el pasaje antes citado del Leviatán, de Hobbes, y conforme a esto ha deducido que el contrato que funda el Estado en la doctrina de Hobbes es un contrato único.

[58] Leviatán, XX, pp. 185 ss.

absolutamente falsa;[59] más bien significa su doctrina una racionalización del hecho de la fundación del Estado, hecho que no ha tenido lugar en ningún tiempo ni en parte alguna.[60] Quiso mostrar a su generación que el sometimiento al poder absoluto era una exigencia de la naturaleza misma del Estado y que se justificaba, por tanto, a causa de esto mismo. Pero no existió en él la idea de considerar que la actualidad esté encadenada a causa de un contrato hecho por una generación largo tiempo ha desaparecida, sino que más bien se deduce de sus observaciones fundamentales que todo hombre, por el hecho de vivir en el Estado, lleva a cabo tácitamente un contrato de unión. Justamente Inglaterra, en la que durante los últimos siglos han sido tan frecuentes los cambios de dinastía, no podía presentarse como Estado *natural*, y por esto existía para Hobbes —como partidario que era de la idea de un poder fuerte del Estado, único capaz de asegurar la libertad espiritual—[61] el problema frente a las teorías revolucionarias de una parte, y las doctrinas del derecho divino de los reyes de otra, de hallar un fundamento racional firme acerca del derecho del soberano. Que éste era el fin fundamental de las investigaciones de Hobbes lo hizo notar Pufendorf.[62] Desde Hobbes permanece la doctrina del contrato social como el fundamento inmutable de la doctrina del Estado según la escuela del derecho natural; pero frecuentemente hállanse mezclados en ella puntos de vista racionales e históricos. El origen de los Estados, como producto de un contrato, es para muchos escritores un hecho histórico que debe servir para dar a la doctrina racional una base empírica inatacable. En este punto, Locke está muy por abajo de Hobbes; para aquél está fuera de toda duda que los comienzos históricos de la vida política consisten en los contratos que fundamentan a los Estados.[63] Aun cuando Locke ha combatido contra la doctrina de Adán, de Filmer, Adán continúa siendo para él el comienzo histórico de la humanidad. Rechaza la fundación del Estado sobre la autoridad de Adán, con lo cual se encuentra con que sólo puede derivarlo históricamente del libre *consensus* entre los hijos de Adán.

[59] Hállase así nuevamente reconocido en Seeley, p. 55, y posteriormente en Ludwig Stein, *Soziale Frage*, p. 357, el que cita mis observaciones, pero sin tomar, respecto a ellas, una posición clara.

[60] Véase Robertson, p. 147, y últimamente las detalladas observaciones de L. Stephen, *op. cit.*, pp. 192 ss.; Liepmann, *op. cit.*, p. 44, ha reconocido justamente que la idea del contrato en Hobbes es la norma de juicio para organizar el Estado conforme a un fin; mas cuando censura a Hobbes el haberse quedado en mitad del camino, no es justo, porque tal reproche en modo alguno parece justificado en vista de la construcción total del sistema de aquél.

[61] Véase Tonnies, *Hobbes Leben*, pp. 207-208.

[62] *Op. cit.*, VII, 2, § 9.

[63] *Two treatises*, II, cap. VIII; también Sidney, cap. II, secc. V, cita varios ejemplos de pactos denominados constitutivos de Estado.

La doctrina de Hobbes acerca del contrato estatista pasó al continente bajo una forma científica, mediante Pufendorf, quien divide el contrato de Hobbes en varios actos implícitos en él: en un contrato de unión, mediante el cual los individuos forman un pueblo en un *decretum* por el cual el pueblo adopta la forma de Estado, y en un contrato de sujeción, mediante el que se le traspasa al soberano el poder de gobernar,[64] con lo que el Estado aparece como independiente de la existencia de la dinastía de entonces. Pufendorf considera el carácter racional de la doctrina, tanto al explicar los contratos como el contenido de voluntad, no expreso, de los que constituyeron originariamente los Estados y, en parte, al considerar que los recién nacidos y los extranjeros quedan sometidos tácitamente al Estado. Pero para Pufendorf es también un hecho histórico que el origen contractual de los Estados, y su doctrina, con diversas modificaciones, fue lo que dominó en el derecho natural hasta fines del siglo pasado, en que se mezcla lo histórico con lo racional.

Rousseau toma un camino completamente distinto respecto a la doctrina del contrato.[65] No hay duda alguna, para quien haya leído realmente su *Contrato social,* que en su obra, que llegó a intimidar al mundo, no se propuso explicar el sistema existente, sino mostrar y justificar aquel Estado que correspondía a la naturaleza de los hombres.[66] Partiendo del hecho de que el hombre ha nacido libre y en todas partes se encuentra encadenado, quiere, no dilucidar la cuestión histórica consistente en saber cómo se ha formado la situación actual, sino más bien resolver el problema de cómo es posible legitimar este estado actual.[67] Después de haber criticado y rechazado las doctrinas hasta entonces combatidas sobre los fundamentos del Estado, toma como punto de partida el principio, defendido ya briosamente por Locke, de que la libertad es inseparable de la naturaleza del hombre, a causa de lo cual no puede renunciarse a ella, para llegar a la exigencia de que sea el contrato social el fundamento del Estado, y de este modo los que acuerdan el contrato se colocan bajo la dirección de la voluntad formada por la comunidad. De este modo, la voluntad del individuo forma parte de la voluntad general, y, por consiguiente, cada cual, en el Estado así construido, permanece sometido sólo a sí mismo, es decir, que el propio principio de libertad aparece amparado por el Estado.[68] Aparentemente, el contrato que, según Rousseau, funda el Estado, tiene puramente un carácter social; mas si se observa con alguna atención, se advierte que pasa en él como en Hobbes, esto es, que va acompañado el contrato social de un contrato de sujeción, ya que el individuo tiene dos cualidades en el contrato: de un lado, es ciudadano y partícipe de la voluntad general; de otro, es súbdito, y, por tanto, está sometido a esta voluntad. Como se ve, pues, el contrato de sujeción en ningún momento deja de estar unido al contrato social.[69]

De estos hechos racionales saca Rousseau una serie de consecuencias profundas y decisivas completamente opuestas a lo existente, puesto que la voluntad general no era, según él, delegable, y tenía a su vez el carácter de indivisible e inalienable, el objeto de la voluntad general, o sea la ley, necesitaba ser el acuerdo tomado en común por el pueblo soberano, cualquiera que fuese la forma de gobierno, ya que su problema no es otro que el de la ejecución de las leyes. El Estado racional y conforme a derecho es, y permanece, la democracia directa, pensamiento cuyo influjo poderoso se refleja aún hoy en los programas de los partidos radicales.

Apoyándose en Rousseau, y en cuestiones de importancia, con independencia de él, Kant,[70] cuya gran autoridad ha servido de sostén hasta muy entrado el siglo XIX a la teoría del contrato,[71] mostró de una manera

[64] VII, 2, §§ 7 y 8.

[65] Véase sobre él, últimamente, las observaciones enteramente apologéticas de Haymann en su libro *J. J. Rousseau, Sozialphilosophie,* 1898. Aun cuando en esta obra se refutan muchos de los errores comunes acerca de la doctrina de Rousseau, no obstante no ha tenido resultado este ensayo, que ha pretendido hacer de Rousseau el creador de un sistema acabado, de pensamiento enteramente original.

[66] De igual suerte que Rousseau, y tal vez influido por él, *Blackstone Commentaries,* I, p. 52, habla de un "original contract of society". Véase también Rehm, *Staatslehre,* p. 267.

[67] *"L'homme est né libre, et partout il est dans les fers, tel se croit le maître des autres, qui ne laisse pas d'être plus esclave qu'eux. Comment ce changement s'est-il-fait? Je l'ignore. Qu'est-ce qui peut le rendre légitime? Je crois pouvoir résoudre cette question" (Contrat social,* I, 1). En su introducción al Discurso sobre la desigualdad entre los hombres, Rousseau rechazó enérgicamente todo historicismo: *"Commençons donc par écarter tous les faits, car ils ne touchent point à la question. Il ne faut pas prendre les recherches dans lesquelles on peut entrer sur ce sujet pour des vérités historiques, mais seulement pour des raisonnements hypothétiques et conditionnels".* J. G. Fichte, *Beitrage,* W. W., VI, p. 80, combatió enérgicamente en pro de esta concepción justa. Así lo ha reconocido también en nuestros días Stammler, *Die Theorie des Anarchismus,* 1894, p. 14; Liepmann, pp. 95 ss., y bajo una forma más adecuada a la teoría de Rousseau; Haymann, *op. cit.,* pp. 57 ss.; Rehm, *Staatslehre* p. 267, y Gierke, *Althusius,* pp. 348 ss.

[68] Ad. Menzel, *Wandlungen in der Staatslehre des Spinoza,* 1898, pp. 23 ss., ha hecho fijar la atención sobre las profundas analogías de esta doctrina de Rousseau con las de Spinoza. La idea de que en la democracia cada uno sólo está sometido a su propia voluntad, encuéntrase en las concepciones antiguas. Así, por ejemplo, Aristóteles, *Pol.,* VII, 2, 1317, b. 14 ss.: τῆς μὲν ουν δημοκρατίας ὅρος τίος δεύτερος ἐντεῦδεν δ'ἐλήλυθε τό μὴ ἄρχσεθαι, μάλιστα μὲν ὑπό μηδενός, εἰ δὲ μη κατὰ μέρος. καὶ συμβάλλεται παύτη πρὸς τὴν ἐλενδερίαν τὴν κατὰ ιό ἰσον.

[69] *"A l'égard des associés, ils... s'appellent en paticulier citoyens, comme participant à l'autorité souveraine, et sujets, comme soumis aux lois de l'État."* I, 6.

[70] Antes que él, Fichte, en la obra ya citada de la época de su juventud, publicada en 1793, casi cuatro años antes de haber aparecido la doctrina del derecho de Kant.

[71] Tratar de explicar los innumerables matices que ha tenido la doctrina del contrato después de Kant nos llevaría demasiado lejos y sería, por otra parte, inútil, ya que no contiene idea original alguna. Se reproducen los antiguos errores. Así, por ejemplo, Rotteck, II, p. 52, explica el contrato constitutivo del Estado como realmente acaecido, es decir, que el contrato es para él el fundamento racional e histórico del Estado.

explícita que el contrato social es de naturaleza exclusivamente racional, mediante las siguientes palabras: "El acto por el cual el pueblo se constituye a sí mismo en Estado, es decir, según la idea del mismo, o sea, la única manera como puede ser pensado conforme a derecho, es el contrato originario mediante el cual todos *(omnes et singuli)* renuncian a su libertad en el pueblo para volverla a tomar como miembros de un ser común, esto es, del pueblo considerado como Estado *(universi)*.[72]

La crítica de la teoría del contrato sólo tiene para qué ocuparse del aspecto racional de la misma. La teoría del contrato como teoría en que se trata de fundamentar los orígenes históricos del Estado es, por su falta de base histórica, imposible de tomar en serio desde el punto de vista de la ciencia moderna. En otro lugar se aclarará el valor de los ejemplos históricos que se aducen para mostrar la fundación contractual de los Estados. Como teoría histórica era la doctrina del contrato la consecuencia necesaria de la cultura de una época cuyo conocimiento de la existencia primitiva del género humano partía de la representación de una situación en que no existía el Estado y de la cual salieron los hombres, por reflexión, para alcanzar un fin claramente reconocido y determinado.

La gran significación y la autoridad secular de que ha gozado la doctrina del contrato descansan en el carácter racionalista de sus ideas fundamentales, en que aparece el Estado creado por el individuo como producto racional de su propia voluntad. No puede darse una justificación más honda del Estado que aquella que prueba al individuo que él mismo lo ha considerado como necesario, y por consiguiente que lo ha creado libre y conscientemente, y el reconocerlo es por tanto la consecuencia de su propia acción. Esta doctrina debe ir, además, unida a todas aquellas que se ocupan del origen del Estado, en cuanto desarrolladas en su totalidad; lo que se propone es dar la base racional no del pasado, sino, como toda doctrina de justificación, exclusivamente del Estado actual y futuro.[73] Aun cuando hayan sido las fuerzas ciegas de la naturaleza las

[72] *Rechtslehre*, § 47, y más adelante: "Tratar de rastrear para descubrir las huellas históricas de este mecanismo es vano, porque no se puede remontar a los comienzos de la sociedad civil (pues los salvajes no acuerdan crear instrumento alguno que ponga de manifiesto su sometimiento a la ley, y de la naturaleza de los hombres salvajes se desprende que han comenzado con la fuerza)". Igualmente véase § 52; pero debe advertirse que antes de Kant había ya combatido Svarez en Alemania por esta idea al redactarse el *Allg. Landrechts*. Svarez funda el ejercicio de todas las funciones por parte de la autoridad superior frente a los miembros del Estado, en el principio del contrato constitutivo del mismo, y continúa así: "Esta proposición fundamental no la tengo, ciertamente, como exacta históricamente, porque la historia prueba, al menos la de la mayor parte de los Estados antiguos y modernos, que éstos han tenido su origen en una sumisión física y moral; pero esto no obstante, es filosóficamente verdadera la hipótesis del contrato y muy cómoda para explicar los derechos y deberes entre el soberano y los súbditos". Véase Stölzel, *Carl Gottlieb Svarez*, 1885, p. 384.

[73] Desde este punto de vista, defiende Eotvos, *op. cit.*, II, p. 61, la doctrina del contrato, que ha sido reconocida por él puramente como una teoría de justificación.

que hayan formado en su actual modo de ser el Estado, ¿por qué no había de ser lo transmitido conformado con nuestra naturaleza esencial como ha sucedido con otras instituciones, por ejemplo, la familia? De aquí que no pueda decirse que se ha refutado la teoría del contrato porque se pruebe que no corresponde a un hecho histórico, cosa que sigue siendo para muchos el argumento fundamental contra la misma.

No obstante haberlo negado, la doctrina de Spencer no es otra que la del derecho natural presentada en una nueva forma. Spencer, siguiendo las huellas de Comte, distingue dos estados sociales que se oponen, a saber: el guerrero, que se basa en la ley, y el industrial, que reposa sobre el contrato. Este último es el que la historia indica para el futuro,[74] con lo cual aparece fijado el fin de la misma allí donde la doctrina del derecho natural veía el comienzo. La sociedad libre, edificada sobre bases colectivistas, tal como el socialismo la sueña y la exige, no es otra cosa que el Estado contractual, al que no se le da el nombre de Estado por la idea de poder coactivo que puede sugerir y por razones de agitación política. Aun rechazando enérgicamente toda fundamentación atomística del Estado y concibiéndolo como producto inmediato de las fuerzas naturales y espirituales, como organismo de cualquier índole, no es posible rechazar la idea, según la cual lo necesariamente objetivo pueda llegar a ser querido también racionalmente, y que en este querer racional, con el cual habría de conformarse y unirse el contenido de los demás quereres, habría de radicar para el individuo la justificación de la exigencia de entregarse al todo. El querer consciente de lo objetivamente necesario es la idea fundamental que incide en algunos sistemas éticos tan profundamente pensados como el del estoicismo en la Antigüedad y el de Spinoza en la Edad Moderna. Es preciso tener siempre presente que el ser y el reconocimiento de lo que es, son dos cosas completamente distintas. De aquí que con palabras polémicas o de lucha, como la de atomismo, mecanismo e individualismo, nada quede refutado.

El error de la teoría del contrato y de toda doctrina jurídica puede decirse que radica exclusivamente en su concepción falsa del derecho. Siempre parten de un derecho que existe sin organización social. Toma una o varias proposiciones de un orden jurídico existente en un Estado y deriva de éste aquéllas, lo que es ingenuo: ὕστερον πρότερον. ¡Cuánto tiempo no ha sido preciso antes de que se haya hallado el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, que tan evidente parece al derecho natural! Que el mero consenso tiene fuerza obligatoria absoluta es, aun hoy mismo, una proposición que no deja de ser válida con algunas excepciones. Además, es imposible mostrar que el derecho objetivo es la

[74] *Op. cit.*, VIII, caps. XVII y XVIII.

consecuencia jurídica y el contenido del contrato fundamental. De esta manera se comprende el hecho tan interesante como rico en doctrina que puede encontrarse, así en los escritores de derecho natural, como en los que tratan del contrato del Estado, a saber: que las exigencias políticas circunstanciales aparecen deducidas de premisas generales, en las que, abierta u ocultamente, habían sido ya introducidas estas denominadas consecuencias. La falta más grave de la fundamentación del contrato en la escuela del derecho natural es la imposibilidad en que se encuentra para mostrar que el consenso dado por los individuos es bastante para unirles de una manera absoluta. Si el hombre es libre por naturaleza, entonces la proposición de Rousseau, la libertad es irrenunciable, capacita al individuo en fuerza de esta irrenunciabilidad de la libertad a romper en cualquier momento el contrato. Y esta última consecuencia lógica del derecho natural la ha puesto de relieve Fichte de manera harto clara. Si alguien cambia de voluntad, desde ese mismo momento no está ya dentro del contrato, ni tiene ningún derecho respecto al Estado ni el Estado respecto a él.[75] Pero si puede un individuo salir del Estado, pueden hacerlo varios, que se encontrarán los unos frente a los otros y todos frente al Estado que acaban de abandonar, bajo el imperio del mero derecho natural, y si los que se han separado desean unirse más estrechamente y acordar un nuevo contrato de ciudadanía bajo condiciones más de su gusto, pueden, en virtud del derecho natural, en cuyos dominios se encuentran, así acordarlo, y de esta manera habrían creado un nuevo Estado.[76]

Desarrollada lógicamente hasta el fin, la teoría del contrato lejos de ser una doctrina que fundamente al Estado, lo destruye. Y si bien esta consecuencia sólo ha sido mostrada por Fichte, débese a que los demás, o han aceptado sin crítica la proposición de que el contrato tiene una fuerza absoluta para obligar, considerándola como dogma indubitable, o bien han levantado otro poder para justificar al Estado a más del principio del contrato. Para muchos, el contrato no es sino la *causa próxima* del Estado, tras el cual está como causa remota, bien un impulso natural, bien una ordenación superior moral, de suerte que estas doctrinas van a desembocar en el camino trazado por las teorías psicológicas y éticas.

Aunque la doctrina del contrato, por consiguiente, no cumple su fin, el

[75] *Op. cit.*, p. 115. El hecho de que los contratos no obligan, según el derecho natural, fue antes ya observado por Spinoza, por lo que su doctrina del contrato como fundamento del Estado (*Tract. theologico-politicus*, c. XVI) sólo tenía por objeto el reconocimiento libre, por parte de sus miembros, de la necesidad objetiva para ellos de una asociación de poder.

[76] *Op. cit.*, p. 148. Fichte continúa después: "A cada revolución corresponde romper con los contratos anteriores y establecer la unión mediante otros nuevos; ambos son conforme a derecho; por consiguiente, también lo es toda revolución en que ambos acuerdos se hacen conforme a ley; es decir, en que esto acontece por un acto de libre voluntad".

influjo histórico que ha ejercido es extraordinario. Todo el Estado moderno se halla saturado del espíritu de esta doctrina, tanto en su estructura, cuanto en sus instituciones. Haremos notar tan sólo que la idea de los derechos de libertad expresamente formulados, la exigencia de la fundación de un Estado de derecho y la satisfacción de esta exigencia mediante garantías jurídicas, singularmente para los derechos públicos del individuo, así como los principios de los partidos políticos y económicos liberales, están formados bajo su influjo. Por la estrecha relación en que se encuentra con la moderna teoría de la soberanía popular, ha sido el fundamento de donde se han sacado las consecuencias que de este principio se han deducido. En la doctrina plebiscitaria de los franceses, en el *referendum* constitucional suizo y americano, pervive el influjo de esa doctrina, así como en las exigencias del partido demócrata-socialista alemán. Señora soberana en el último siglo, ha ayudado a derruir en Europa un mundo antiguo y ha favorecido la reacción de uno nuevo más allá del océano. Las doctrinas políticas —y en esto se asemejan a las religiosas— no influyen en la medida del carácter abstracto de la verdad que encierran, sino por la fuerza y la profundidad con que son capaces de intimidar a los espíritus.

Es común a todas las teorías jurídicas el error de apoyarse en un orden de derecho previo al Estado. Pero, después de haber alcanzado la ciencia moderna una clara visión sobre la naturaleza del derecho, habrán de ser abandonadas todas ellas al pasado, aunque sus efectos continúen dejándose sentir realmente en el futuro.

d) Las teorías éticas

Probar que el Estado es una necesidad moral, y justificarlo de este modo ante el individuo, es ya una consecuencia implícita en las teorías religiosas, puesto que el acto de la voluntad divina que funda al Estado contiene al mismo tiempo una exigencia moral respecto del individuo, cual es, la de reconocerlo. Pero independientemente de los fundamentos religiosos, encuéntrase ya en la Antigüedad la justificación ética del Estado. Para la filosofía antigua, considerada en el momento de su culminación, la vida del hombre fuera de la del Estado no puede comprenderse. En Platón como en Aristóteles, el hombre sólo es hombre en el pleno sentido de la palabra, por vivir dentro de la comunidad ordenada en forma de Estado, ya que sólo dentro de éste puede desarrollarse la totalidad de la naturaleza humana. Fuera del Estado, únicamente se comprende o un Dios o un animal. Pero la perfección moral a la cual debe tender el hombre sólo es posible dentro del Estado. Mas también la doctrina del derecho natu-

ral, como hemos visto, afirma frecuentemente que la *causa remota* del Estado es una ordenación moral. Tal es el caso, por ejemplo, de Hobbes, para quien, en la conformidad de la ley moral con la *lex naturae fundamentalis*, se encuentra la causa remota, y esta ley ordena buscar la paz que sólo se puede hallar de un modo permanente en el Estado.[77] Según los principios de C. Wolff, la necesidad de institutir el Estado es una consecuencia del más alto deber moral o sea, del de perfección.[78] Kant explica la ley jurídica con un imperativo categórico, y, por tanto, también la justificación de una asociación de hombres bajo leyes jurídicas que es el modo como concibe el Estado.[79] Fichte ha descrito más enérgicamente la unión para fundar un Estado como un deber absoluto que había de consistir en realizar libremente el Estado racional. La ley jurídica, dice él en su última obra, contiene para todo hombre, al propio tiempo, una obligación moral de reconocerla y de secundarla. Quien no quiera colaborar en el problema de realizar el Estado racional lesiona el derecho de los demás. Quien tal haga, no debe tolerarlo, sino dominarlo como si se tratase de una fuerza salvaje.

De una manera diferente a como lo ha hecho la escuela del derecho natural, ha afirmado Hegel la necesidad moral del Estado, apoyándose en concepciones antiguas.[80] Considera Hegel al Estado como el sumo grado que en la evolución dialéctica alcanza el espíritu objetivo y le atribuye el valor de realidad de la idea moral. En cuanto el Estado es una realidad que ha devenido facticia, es racional por sí mismo, y el más alto deber del individuo consiste en ser miembro de este Estado.[81] La idea de la necesidad ética del reconocimiento de éste ha sido muy común en la literatura posterior a Hegel, hasta nuestros días, aun cuando expresada de muy diversas maneras,[82] y se encuentra en estrecha relación con la siguiente teoría de que vamos a ocuparnos en primer lugar.

e) Teoría psicológica

A esta teoría pertenecen la mayor parte de los que consideran al Estado como una necesidad histórica, si bien, a causa de la gran oscuridad que

[77] *De cive*, II, 2.
[78] *Jus naturae*, II, §§ 78 y 79, VIII, § 1.
[79] Introducción, § *c*, § 45.
[80] *Staatslehre oder über das Verhältnis der Urstaates zum Vernunftreich*, 1813, W. W., IV, p. 434.
[81] *Philosophie des Rechts*, § 258.
[82] Schmitthenner, *Grundlinien des allg. oder idealen Staatsrecht*, 1845, p. 263. H. A. Zachariae, I, p. 63. Zöpfl, I, p. 80. H. Schulze, *Einleitung*, p. 153. Ahrens, I, p. 271. Trendelenburg, p. 330.

reina en la literatura política, no son completamente conscientes de ello. Puesto que el Estado no existe fuera de los hombres, sino que más bien se lleva a cabo su vida mediante las acciones de los hombres, la necesidad histórica de que se habla sólo puede ser llamada científicamente psicológica. Todos aquellos que creen que el Estado es una formación natural o un producto del espíritu del pueblo, o un hecho histórico, y de algún modo tratan de justificarlo, pertenecen, por tanto, a esta doctrina. El padre de ella es Aristóteles por sus famosas observaciones sobre la disposición del hombre para formar el Estado y la eficacia de los impulsos que lo llevan a formar círculos sociales que le sirvan de complemento. La doctrina psicológica está también en relación mayor o menor con otras doctrinas, como por ejemplo, con la del derecho natural, en cuanto atribuye a determinados impulsos humanos —por ejemplo, impulso social, tendencia a la utilidad, temor— el carácter de motor para las formaciones del Estado. Singularmente se le encuentra en los tiempos modernos unida a las teorías éticas, por cuanto los fenómenos psicológicos del Estado se consideran al mismo tiempo como racionales.[83] Lo que ha llegado a ser en la historia lleva en sí mismo, según esta concepción, la exigencia moral de ser reconocida como racional. Pero dado el apartamiento actual de la metafísica, la cuestión relativa a la racionalidad absoluta del Estado no suele ser ya tratada, y tanto los filósofos[84] como los historiadores, suponen una justificación puramente psicológica del Estado basándolo en la organización humana y en la necesidad histórica de su existencia.

La crítica de estas dos últimas teorías hoy dominantes habrá de ser hecha cuando hagamos la explicación sistemática del problema que pasamos a exponer.

3. Evolución sistemática de la doctrina de la justificación

La ojeada crítica que hemos hecho de las diferentes teorías nos permite ver que no se ocupan de justificar la comunidad del Estado en su totalidad, sino tan sólo uno de sus elementos, principalmente el del *imperium*, esto es, el poder de mando o poder coactivo. Éste es únicamente el que indica el punto en que la voluntad individual se encuentra frente a otra que tiene la exigencia de ser quien la determine y, en caso necesario, la que

[83] Por esto se podrían nombrar aquí muchos partidarios de las doctrinas éticas. Véase Lasson, *op. cit.*, pp. 298-299.
[84] En los sistemas de ética más recientes de Wundt, Paulsen y Hoffding, todos los cuales habrían de tratar *ex professo* del fundamento del Estado, no se explica esta cuestión y apenas si se indica.

la doblegue y aun la aniquile. De aquí que la existencia de un poder coactivo plantee concretamente esta cuestión: ¿por qué debe el individuo someterse a él? Al recurrir a la teoría psicológica para explicar la idea de que existe una tendencia humana a formar el Estado, no da una respuesta satisfactoria, porque lo que puede deducirse de la naturaleza social del hombre es sólo la comunidad o la vida en sociedad; pero no la organización coactiva o el poder coactivo. En la doctrina sobre los orígenes del Estado, lo que explica Aristóteles es la sociedad, pero le falta a su definición del Estado la nota esencial del poder.[85] Aristóteles no prueba en parte alguna, sino que lo supone como evidente, que toda asociación, principalmente la asociación suprema, es autárquica y puede velar por los fines de la misma, necesitando para esto estar provista del poder necesario para vencer las resistencias de los miembros. Igualmente poco satisfactoria es la doctrina que, basándose en la concepción de las ideas aristotélicas,[86] explican el Estado como fruto de un devenir natural orgánico.

El poder coactivo del Estado se ejerce en todo momento por acciones ejecutadas conscientemente contra otras que igualmente han sido conscientemente realizadas. Cuando se habla de la existencia y efectos del poder citado, no se trata de acciones orgánicas e inconscientes, sino de actos conscientes y voluntarios. Hacer derivar este poder de coacción de un impulso orgánico hacia el Estado es absolutamente erróneo, porque un impulso de dejarse dominar no lo reconocería ningún psicólogo; tampoco Aristóteles lo halla en ningún hombre, ni aun en los esclavos. En realidad, aquello a que se refieren los partidarios del "impulso hacia el Estado" no es otra cosa que el impulso social. Pero no basta para dar solución a la cuestión aquí propuesta, recurrir a la existencia ininterrumpida del Estado durante la historia, pues muchas instituciones existentes desde un tiempo remoto han cambiado después su naturaleza y aun perdido su existencia. Sobre la base de la experiencia histórica que estaba al alcance de san Agustín, pudo éste hacer la observación de que la esclavitud duraría sobre la tierra en tanto durase el Estado. No niega la filosofía de la historia de socialistas y anarquistas que la coacción del Estado haya sido un fenómeno histórico necesario; pero exigen, esto no obstante, unos, la ausencia de todo Estado, otros, un Estado sin poder coactivo que habrá de realizarse en el futuro. La teoría histórico-psicológica no

[85] ἡ δ'ἐκ πλειόνων κωμῶν κοινωνία τέλειοσ πόλις ἤδη, πάσης ἔχουσα πέρας τῆς αὐταρκείας ὡς ἔπος εἶπειν, γινομένη μὲν οὖν τοῦ ζῆν ἕνεκεν, σύσα δὲ τοῦ εὖ ζῆν. *Pol.* I, 2, 1252 b, 27 ss.

[86] Aristóteles habla, I, 2, 1253 a, 30, del "ὁρμῆ" que va dirigido a la formación del Estado. Mas esto no es sino la tendencia a la sociabilidad, que se satisface en la forma superior de sociedad; Aristóteles la diferencia de las demás formas de sociedad únicamente por su fin, no por su estructura.

explica la necesidad del poder coactivo del Estado; para ella éste es y habrá de ser una categoría histórica, que como tal, jamás puede ser justificada en sí misma esencialmente, es decir, explica el ser del Estado, pero no, qué deba ser.

Para justificar al Estado necesita esta doctrina un complemento. No puede consistir este complemento en que el filósofo, mediante un acto de autoridad, declare que el Estado es necesario racionalmente, como ha sucedido hasta aquí con la mayor parte de las teorías éticas, las cuales unas veces sublimaban lo dado en la historia y otras aquello que había de alcanzarse, hasta ponerlo en un mundo metafísico. Más bien debe buscarse la prueba de la necesidad del Estado, en la observación cuidadosa del mundo dado y de las personas para quienes está determinada la vida de este Estado. No pueden hacer, por tanto, esta prueba quienes por principio rechazan el mundo y el proceso histórico, por ejemplo, los extremos anarquistas y nihilistas, que únicamente se ocupan de destruir y no quieren edificar, negando toda discusión desde su comienzo. Tan poco convencidos pueden estar éstos del valor del Estado, como el que esté decidido al suicidio, del valor de la vida. La justificación del Estado sólo pueden hacerla, por tanto, los que afirman los principios de la cultura y las condiciones de existencia de la misma. Para éstos, por extremos que pueden ser sus puntos de vista y por enemigos que sean del Estado, la investigación científica habría de dar los siguientes resultados inconmovibles.

Las acciones humanas sólo pueden ser provechosas bajo el supuesto de una organización firme, es decir, de una asociación constante entre una variedad de voluntades humanas. Tanto para ampararse de comunes asechanzas cuanto para hacer un trabajo común, han existido siempre organizaciones de formas múltiples y de valores distintos y continúan existiendo y formándose dentro del seno de la asociación del Estado. Esta misma asociación, creada singularmente por un acto de libre voluntad entre sus miembros, ha menester de una organización provista de medios de fuerza para poder existir y satisfacer sus fines. Sin la existencia de un poder disciplinario, por ligero que sea, no puede ninguna asociación ni ninguna reunión ordenada ejercer su actividad so pena de sufrir por ello menoscabo.

Puesto que al hombre aislado le es imposible alcanzar por sí mismo los fines particulares de su vida, esta imposibilidad es aún mayor cuando se trata de los fines totales de la misma. Éstos sólo pueden buscarse y alcanzarse bajo el supuesto de la existencia de un orden jurídico que señala a cada cual los límites de sus acciones y encamina la voluntad particular hacia los intereses comunes en direcciones determinadas de antemano. Mas el derecho no es el único que limita y regula, y las demás fuerzas sociales que ejercen igualmente esta función, no bastan por sí solas para

asegurar esta limitación en todas las circunstancias. Quien niegue esto y opine que un sistema mutualista de cambio económico había de producir una armonía natural, duradera, entre los intereses humanos, o que el egoísmo racional o cualquier otro de los elementos de nuestra vida psíquica son causa de que las normas de cambio que se realizan sin coacción jurídica,[87] bastan como condiciones de la vida social, tiene, como todos los utopistas, una idea fundamentalmente falsa y unilateral de la naturaleza del hombre, por cuanto cree a éste, a causa de su optimismo oscuro, socialmente perfecto, y atribuye las debilidades de la naturaleza humana a las circunstancias exteriores. Las teorías anarquistas modernas que niegan la necesidad del poder coactivo del Estado[88] son la última consecuencia lógica y práctica de la doctrina jurídica de la escuela de derecho natural, la cual no derivaba la coacción jurídica, según era su intención, de la voluntad del individuo, sino que se veía forzada a hacerlo de otra causa remota. Si se acepta como buena la doctrina de que la voluntad racional individual ha de ser el fundamento último de las instituciones sociales, resulta imposible la coacción jurídica, y lo que realmente aparece con este carácter es, lisa y llanamente, la fuerza.[89] Examinando con atención lo expuesto, se advierte prontamente que el hombre de la teoría anarquista es el esquema vacío de sangre de que se servía el derecho natural, siempre determinándose a obrar por motivos racionales, maduro espiritualmente desde la cuna, es el antiguo Adán bíblico que ha encontrado aquí su último refugio seguro; pero este Adán no tuvo contacto con el pecado y pudo, por tanto, continuar en sus hijos su existencia racional bajo la forma de una sociedad que no adoptase el carácter de Estado.

La transformación socialista del pensamiento anarquista, en el sentido de considerar el Estado como un episodio histórico, se resiente de este

[87] En el cap. XI demostraremos en qué consiste la diferencia de ambas clases de reglas. Stammler, *Die Theorie des Anarchismus*, p. 24, y *Wirtschaft und Recht*, pp. 125 ss., 487b ss., opone a la regla jurídica, la regla convencional, que, según él, no tiene valor sino en vista del libre consentimiento de los que se someten a ella. Ésta es una falsa concepción de las normas sociales no jurídicas que lleva consigo la eliminación del carácter jurídico para todo el derecho dispositivo y le asigna el carácter de "una regla convencional". Del hecho de que pueda sustraerme a una norma social, no resulta en modo alguno que el valor de ésta dependa de mi consentimiento. El valor de una norma semejante, como ocurre con todas las normas, descansa en la experiencia íntima, la cual puede no ser un sentimiento oscuro, o formar una clara convicción de que se está obligado mediante la norma, no dependiendo, por tanto, su validez de la posibilidad de negarla. Stammler opera con el concepto del valor sin explicarlo en sitio alguno; investigaciones como la suyas deberían empezar por explicar la siguiente cuestión crítica: ¿qué es una regla válida y cómo es posible esta validez para la voluntad?

[88] Ésta es la única nota común a la variedad de doctrinas anarquistas, tan distintas entre sí; véase *Eltzbacher, op. cit.*, p. 262.

[89] Esto lo ha mostrado de un modo admirable Bernatzik, *Der Anarchismus, Schmollers Jahrbuch*, XIX, 1895, p. 15.

mismo optimismo racionalista para el cual los fundamentos de la sociedad se encuentran en una norma ética, que permanece siempre idéntica a sí misma, como si se tratase de una *poupée* desprovista de vida, es decir, de un hombre educado en libertad que trabaja siempre de un modo placentero y de acuerdo con el colectivismo. A causa de ese elemento, que ninguna teoría puede desconocer, a saber, la carencia de moralidad, la sociedad socialista del futuro no carecerá de criminales. Aun cuando se haya cambiado la propiedad privada de los medios de producción, en propiedad colectiva, continuarán existiendo ataques criminales contra las personas y la libertad, y, sobre todo, se buscará una defraudación al trabajo social. Por esto no podrá existir una sociedad socialista, sin un poder incondicionado de mando para dirigir la producción económica, y este poder coactivo que habría de ser ejercitado contra los que se opusiesen a él, sería, en virtud del mayor valor social de la actividad individual, mucho más fuerte que el de los Estados actuales. Para los miles de intereses sociales que necesitan una centralización moderada, como acontece singularmente con las relaciones de cambio, sería preciso que existiesen funcionarios permanentes educados de un modo especial para esta función. Por esto todas las frases referentes de una sociedad libre y de la supresión del Estado, frases que con tanta energía suelen encontrarse en la moderna literatura socialista, son y vanas y sólo sirven para ocultar ante los ignorantes el verdadero sentido de las cosas.[90]

Pero si admitimos como posible una organización que descanse sobre la armonía de los intereses materiales y, formalmente, sobre reglas no jurídicas de cambio en la vida de la comunidad, si admitimos esta organización, entonces, la coacción de los libremente asociados sería distinta de la coacción del Estado con respecto al individuo, pero de forma más cruel.[91] Una asociación permanente basada sólo en la voluntad libre de sus miembros no concedería a nadie la exigencia de ser aceptado en una sociedad, y podría suceder que muchos, por motivos de antipatía o por otras razones, quedasen aislados y por consiguiente sacrificados.

[90] Véanse desde el punto de vista socialista las acertadas observaciones críticas de Ed. Bernstein, *Zur Geschichte und Theorie des Sozialismus*, 1901, p. 197.

[91] Stammler, *Die Theorie des Anarchismus* pp. 42 ss., funda la justificación del orden jurídico, conforme a la doctrina de la regla convencional, en un momento enteramente secundario, cual es el de que sin este orden jurídico los incapaces quedarían excluidos de la comunidad. Pero cuando se ha reconocido que la validez de la regla jurídica no depende necesariamente del asentimiento de los miembros sociales, el argumento deja de tener fundamento. El amor a los padres, la convicción humana, las reflexiones prácticas, forman reglas que no son ni jurídicas ni convencionales, que son precisamente aquellas por las cuales se ampara a los incapaces. Desde el punto de vista de Stammler, el derecho del derecho *(das Recht des Rechtes)* no podría ser probado. En *Wirtschaft und Recht* justifica el derecho de una manera más acertada, como medio necesario para una legalización de la vida social de los hombres con valor universal.

Además, sería necesario que tuviese cada cual no sólo el derecho de salir de esta asociación libre, sino también el de no continuar con una persona determinada las relaciones de cambio y poder ejercer con respecto a ella el derecho de expulsión, y que este derecho de romper la relación social lo mismo fuera dado a uno con respecto al todo, que al todo con respecto a uno. Lo harían indudablemente si alguno obrase de un modo constante contra los fines de la comunidad. De aquí que una asociación constituida sin un poder de dominación y reposando tan sólo en reglas no jurídicas de cambio, habría de conocer penas tales como la expulsión, la no comunicación, penas más duras que las más graves de cuantas impone actualmente el Estado. La de expulsión viene a ser la sanción para que permanezca voluntariamente sometido a los otros y a las reglas que la asociación establezca.[92] De este modo volverían a reaparecer en otra forma en una asociación de esta naturaleza —si por acuerdo común se llegase alguna vez a suprimir el Estado para instaurar en su lugar una sociedad libre de cualquier forma— el derecho de coacción, y con ellos el *imperium*.[93]

En verdad, sólo el orden jurídico, por muchos que sean sus defectos en los casos concretos y eleve a unos y a otros abata con exceso, ayude a los poderosos y desampare a los débiles, con todo ello, es la única posibilidad de una vida social garantida. La ausencia completa de él haría que fuesen totalmente distintas las relaciones naturales entre fuerzas, pero más injustas de lo que es capaz cualquier orden jurídico.[94] Si alguna proposición es justa, sería la de que el *bellum omnium contra omnes*, había de ser la consecuencia necesaria de la falta de Estado y derecho. Y en una guerra general de esta naturaleza, formaríanse en seguida relaciones de poder y de independencia. Así nos lo enseña la época en que la protección jurídica era insuficiente, la Edad Media, y aún más los tiempos de interregno. La distinción entre el fuerte y el débil, el compasivo y el desdeñoso, el magnánimo y el envilecido, no hay poder que sea capaz de eliminarla. Y por esto no hay duda alguna respecto a cuál de estos tipos le sería otorgada la victoria en una sociedad donde no existiese el derecho.

Además no es posible esto, porque todo cálculo acerca del futuro sólo

[92] Para comprender cuán terrible puede ser el poder de las asociaciones respecto de sus miembros, dada la actual libertad de asociación, véanse las observaciones y datos, ricos en enseñanzas de A. Leist, *Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht*, 1904, singularmente pp. 3 ss., y 99-100.

[93] A. Menger, *Neue Staatslehre*, pp. 7 ss. [hay traducción española publicada por la casa Herwich con el título *El Estado socialista*], hace una crítica acertadísima de las contradicciones reinantes entre las doctrinas anarquistas, y muestra, además, que entre los distintos grupos anarquistas necesariamente han de existir luchas y faltará todo medio para decidir pacíficamente la contienda.

[94] Merkel ha demostrado de un modo admirable, *Juristische Enzyklopädie*, p. 21, que el derecho concreto siempre va acompañado hasta un cierto punto de injusticia.

tiene sentido al estatuir como condición necesaria de todas las acciones sociales el derecho. Es imposible igualmente calcular de manera cierta los efectos de los motivos egoístas o altruistas sobre otros individuos en virtud de la variedad ética infinita de los mismos. Sólo el derecho y el poder soberano que lo garantiza puede aunar aquella variedad hasta permitir a todos edificar basándose en la seguridad de las acciones mutuas. La igualdad jurídica originaria de los hombres que proclamara el derecho natural por vez primera ha sido realizada en la comunidad jurídica del Estado, pues todos se encuentran determinados de la misma manera por las mismas normas jurídicas y sometidos a la coacción del derecho.

Quien no participe de la creencia de que los instintos ciegos o la perfección moral general garantizan, mejor que el derecho, la coexistencia y cooperación de los hombres necesita reconocer como necesario lo antes dicho. La vieja alternativa aristotélica tendrá valor eternamente para quien por naturaleza haya de vivir fuera del Estado; es preciso ser Dios o animal.

La cuestión, pues, del fundamento del Estado, coincide esencialmente con la del fundamento del derecho.[95] Esta cuestión antigua y siempre nueva encontró hace siglos una respuesta justa, y aún hoy no se ha hallado mejor solución al problema que la que en parte le fue dada por Aristóteles en aquel pasaje de la *Política* que debe contarse como uno de los en que se ha mostrado una visión más profunda acerca de la naturaleza del hombre. Así como éste cuando alcanza en el Estado su perfección es la mejor de todas las criaturas, así también cuando se desliga de la ley y del derecho es la peor de todas. La injusticia preparada y dispuesta es la más peligrosa, y el hombre ha sido creado con facultades para la reflexión, para la virtud; pero puede usarlas fácilmente en un sentido contrario. Por esto, cuando no tiene virtud, es la criatura más salvaje y perversa de todas desde el punto de vista de la lascivia y de la intemperancia. Mas la justicia (es decir, lo opuesto a esta peligrosa injusticia) va unida al Estado, porque el derecho no es sino la ordenación de la comunidad del Estado, y toma sus decisiones inspirándose en el concepto de la justicia.[96]

Si es posible una justificación científica del Estado, sería un error concluir de aquí que existe una determinada forma del Estado o una división de sus poderes que pueda ser derivada de principios generales como la única justa. Precisamente porque en todas las épocas los partidos políticos y sociales y sus partidarios teóricos se han inclinado a caer en estas doctrinas, es por lo que toda ciencia seria debe apartar de sí tales ten-

[95] Si bien sólo en el Estado puede formarse el derecho, esto no obstante, en todo tiempo toda formación jurídica ha menester de una superior asociación de poder y de derecho. Recuérdese lo antes dicho acerca de la naturaleza dinámica del concepto del Estado.

[96] *Política*, I, 2, 1253 *a*, 21 ss.

dencias. Un tipo ideal de Estado con valor universal sólo puede encontrarse partiendo de principios con fundamento metafísico, acerca de los cuales precisamente jamás existe conformidad. Todo Estado particular en su forma concreta es la obra de fuerzas históricas cuyos efectos se pueden comprender, pero que no son susceptibles de ser representadas en su totalidad por no ser absolutamente racionales. La política práctica y los deseos de los partidos conservan su derecho a cambiar lo dado, y la investigación científica de la política puede y debe abrir camino para que se realicen mejoras; pero una ciencia que concediera un valor especial a la exigencia de los partidos y racionalizase cualquier tipo empírico de Estado y le atribuyese un valor universal, faltaría a su objetivo; no convencería a los que no están convencidos, y en vez de la aprobación suscitaría una oposición que no había deseado, pues todos los que han tratado de estudiar el encadenamiento íntimo de las teorías políticas en su evolución histórica, comprenden que toda apoteosis de una situación concreta del Estado provoca inmediatamente la crítica apasionada y la racionalización de otra opuesta.

De aquí que la justificación del Estado sólo deba atender al Estado presente y futuro. El pasado, como hecho histórico, está ya detrás de nosotros, y es un esfuerzo vano probar que se le debe reconocer. La construcción metafísica puede explicar que lo que ha sido era racional o necesario. Pero el individuo sólo puede juzgar desde el punto de vista de su conciencia moral los millones de dolores y miserias que las relaciones sociales del pasado han producido —sin duda por la participación poderosa de la culpa de los hombres—, los cuales no son comprensibles jamás como obra del destino. La filosofía de la historia de Marx y Engels, la cual elimina el Estado en el futuro, lo justifica con relación al pasado, con lo cual, de una parte, suprimen todo juicio de valoración sobre este pasado, y de otra, afirman que lo que se puede reconocer propio del ayer es preciso superarlo. La consecuencia verdadera de una doctrina como ésta sería rechazar para el futuro toda exigencia práctica respecto a la voluntad, porque si la historia es independiente de toda decisión individual y está gobernada por una necesidad que queda más allá del bien y del mal, entonces esta necesidad se afirma por sí misma y no necesita reconocimiento por parte del individuo.

Mas con una concepción de esta naturaleza nos hallamos sobre los cimientos de las viejas teorías metafísicas que alcanzaron su punto culminante con la dialéctica de Hegel. Quien separe al individuo del proceso histórico habrá de rechazar completamente la cuestión que hemos tratado aquí, ya que la sustancia, el mundo del espíritu, la materia, o como se quiera llamar a la gran x, ejecuta su obra pasando por encima de las cabezas de los individuos; pero si, a pesar de todo, estos sistemas contienen

una teoría de la justificación más o menos clara de las instituciones sociales, sería ésta la prueba más cierta de que nuestro problema no puede ser soslayado ni eliminado del mundo.

Si el Estado está justificado para hoy y para el futuro es que existe en él la exigencia de que ha de acompañarle en su vida un contenido material justificado. El Estado en su forma concreta, en la variedad de sus manifestaciones históricas, sólo aparece justificado mediante los fines que ejecuta. De aquí que la doctrina de la justificación del Estado tenga necesidad para completarse de la doctrina de los fines.

VIII. LA DOCTRINA DE LOS FINES DEL ESTADO

1. El problema

La doctrina de los fines del Estado ha tenido igual suerte que la de la justificación del mismo a la que está íntimamente unida. Durante largo tiempo ha sido el punto central sobre el cual ha girado la discusión de la ciencia del Estado, singularmente durante la primera mitad del siglo XIX en que se consideraba que el conocimiento del Estado dependía de la comprensión exacta que se tuviera acerca de sus fines;[1] pero en la época moderna o bien ha dejado de hacerse tema particular de investigación este problema o ha permanecido ignorado o bien, finalmente, se le ha considerado como una cuestión vana e innecesaria de tratar. Holtzendorff ha basado toda su *Política* sobre la doctrina de los fines; pero su ejemplo no ha tenido continuadores en la literatura moderna.

Para llegar a ver con claridad la naturaleza y significación del problema de que nos vamos a ocupar, es necesario fijar de una manera precisa qué es de lo que se trata, tanto más cuanto que reina la confusión entre los innumerables puntos de vista que se adoptan sobre este tema. A la expresión *fin del Estado* van unidos tres problemas completamente diferentes. Se puede preguntar: ¿qué fin es el que cumple la institución del Estado en la economía de la historia con relación a las últimas determinaciones del hombre? ¿Qué fin ha tenido o tiene un Estado individual determinado en la historia? Y, finalmente, ¿qué fin tiene la institución del Estado en un momento determinado para los que forman parte de él, y, por tanto, para la comunidad?[2] De estas tres cuestiones, la primera y la segunda no pueden ser contestadas con los medios de la investigación empírica. Sólo con plantear la cuestión nos ponemos dentro del terreno de la especulación metafísica, y las más de las veces en el reino de lo arbitrario y caprichoso. De aquí que, para aquellos que no quieran abandonar jamás el terreno de la investigación empírica, hayan de ser consideradas como cuestiones superfluas. Quiero marcar a estas dos cuestiones problemas referentes a los fines objetivos del Estado. La primera, como la que se propone tratar los fines universales del mismo; la segunda, como encaminada a determinar sus fines particulares.

[1] Véase sobre estas teorías Murhard, *Der Zweck des Staates*, 1832, pp. 3 ss.

[2] Hasta ahora nadie ha diferenciado suficientemente estos puntos de vista posibles al tratar el problema del fin.

La primera de estas dos cuestiones, o sea la de los fines universales objetivos del Estado, se ha venido planteando en relación siempre con los sistemas filosóficos, a partir de Platón, y frecuentemente se le ha dado una respuesta. Ha sido el eje sobre el que ha girado toda la especulación política del pensamiento teológico al cual abrió su camino san Agustín. La teología cristiana necesitaba ya, en virtud del problema escatológico, tratar el problema del fin último del Estado. Estas doctrinas teológicas tienen una significación permanente, porque han sido las primeras en concebir los fenómenos de la historia, no como un orden resultante de la sucesión de los hechos humanos, sino como el desarrollo de una actividad que se propone alcanzar un objetivo. Por esto a su vez han dado estas doctrinas un impulso a las ideas modernas de la evolución, aplicadas en un comienzo tan sólo a la historia y después, en nuestros días, a la naturaleza en general.[3]

Esta cuestión acerca de los fines universales, objetivos, del Estado, ha sido negada en la época en que la idea de la evolución ha sido presentada por la especulación filosófica como principio general. Entre los partidarios de la moderna doctrina orgánica del Estado cuéntanse principalmente los que niegan la finalidad del mismo,[4] en lo que tienen perfecto derecho una vez tomada en serio la analogía con las ciencias naturales, porque la cuestión relativa a saber si un organismo tiene algún fin con relación a algo que está fuera de él, no tiene sentido desde el punto de vista empírico de las ciencias naturales. Frecuentemente la teoría orgánica dice que el Estado es fin en sí mismo, es decir, que el fin es inmanente a su ser,[5] lo que no es en realidad sino otra expresión que niega igualmente los fines objetivos del mismo. Pero aún más enérgica que la doctrina orgánica es la concepción mecánico-materialista del mundo y de la historia en lo que toca a la negación absoluta de la finalidad del Estado.

Por el contrario, una concepción teleológica del mundo atribuirá al Estado un valor que trasciende de su mera existencia por cuanto trata de adivinar el sentido de la historia.[6] Depende, por consiguiente, de la con-

[3] El concepto moderno de la evolución en el sentido de progreso o acrecentamiento de valor, procede de Leibnitz, cuya doctrina se ha formado bajo el influjo vigoroso de concepciones religiosas. Él es el que ha expresado de una manera decisiva, por vez primera, esta idea: *"In cumulum etiam pulchritudinis perfectionisque universalis operum divinorum, progressus quidem perpetuus liberrimusque totius universi est agnoscendus, ita ut ad majorem semper cultum procedat". De rerum originatione Opera philosophica*, ed. Erdmann, 1840, p. 150. La moderna concepción naturalista del mundo trata de desposeer al concepto de la evolución, que es racional y teleológico, de este su primitivo carácter originario. Véase sobre la historia del concepto y del problema de la evolución, la profunda investigación de Eucken, *op. cit.*, pp. 185-186.

[4] Así sucede entre los modernos con Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich*, p. 281.

[5] Schelling es el primero en decirlo así: *Vorlesungen über das akademische Studium*, 1803, pp. 325-326, y Adam Müller, *Elemente der Staatskunst*, 1809, I, pp. 66 ss.

[6] Estas doctrinas acerca de los fines universales y objetivos del Estado cuentan entre

cepción filosófica que se tenga de la historia, concepción que siempre aparece como parte integrante de una visión del mundo, el valor objetivo que se atribuya a la concepción del Estado. Tales filosofías de la historia jamás desaparecerán del reino de la especulación, pues la reflexión acerca de los límites de nuestro conocimiento no llegará a intimidar el ansia por alcanzar la totalidad del saber. Pero si se conviene en reconocer que, aquí como en todos los órdenes del saber, nuestro espíritu, a causa de su organización, siente una necesidad, que no puede dominar, de completar lo investigado mediante lo desconocido y lo incognoscible, entonces, todas las respuestas a las últimas cuestiones habrán de carecer de la fuerza de convicción general, y además ha de considerárseles incapaces para dar una solución satisfactoria a los problemas reales de la actualidad. De lo más general de estos principios no puede deducirse jamás con certeza algo concreto.

Es completamente arbitraria la teoría de los fines particulares del Estado, según la cual cada Estado ha tenido y tendrá fines enteramente privativos que sólo a él corresponden y que habrían de ser condicionantes de su situación histórica.[7] Al fijar estos fines suele atenderse frecuentemente a una de las actividades varias y cambiantes históricamente del Estado que se observa, y se le explica como si fuese el fin propiamente esencial a su ser. Así, por ejemplo, suele decirse que Roma significa la conquista; Inglaterra, la política de la libertad; el restablecimiento de la unidad de la fe, la España de los Habsburgo; Alemania, la realización del reino de la libertad (Fichte); Rusia, la colonización y civilización del norte de Asia, etc. En la conciencia popular esta teoría juega un gran papel, singularmente cuando se trata de relaciones internacionales. ¡Cuán frecuente es, aún hoy, hablar de los problemas históricos, de las misiones históricas de uno u otro Estado, cuando, en verdad, no se trata de fines objetivos asignados a la historia por un poder superior que la domine, sino de intereses particulares, reales o imaginarios, de cada Estado en especial, creados por la situación histórica de los mismos![8]

ellas las que se proponen que éste sea quien realice los fines de la humanidad (literatura, en la obra citada en Murhard, pp. 306-307); y sea a su vez como una imagen del reino divino. Véase Mohl, *Enzyklopädie*, pp. 84-85.

[7] Las primeras huellas de esta doctrina se encuentran en Montesquieu, XI, 5. Como tipo de esta teoría, puede citarse la proposición de Vollgraffs: El Estado griego fue una asociación humana, social, para la exaltación del hombre en la especie. Véase Murhard, p. 23. Hegel ha unido de manera admirable la doctrina de los fines universales objetivos con la de los particulares, al concebir los Estados como instrumentos inconscientes del espíritu del mundo, cuyo fin inmanente es elevar aquél hasta un alto grado de evolución. Hay pueblos cuya historia tiene un valor mundial, porque en una época determinada y en un momento de evolución fueron portadores del espíritu más alto del mundo, y estos pueblos, si su época pasa, no vuelven a ser mencionados en la historia. Véase *Philosophie des Rechts*, pp. 424 ss.

[8] Véase la nota anterior.

En oposición a este problema de los fines objetivos del Estado encuéntrase el que se refiere a los fines subjetivos del mismo, es decir, a la relación de los Estados con sus fines individuales. Esta cuestión necesita ser planteada y resuelta, y arguye confusión entre ambos órdenes de fines el afirmar que es cuestión infundada. La necesidad de la misma resulta de las reflexiones que habrán de seguir.

El Estado es una unidad de fin; por esto la doctrina social del Estado al partir de una concepción de esta naturaleza acerca del mismo, ha de probar cuáles son los fines que elevan a unidad la variedad que se halla reunida en el Estado. La existencia de tales fines resulta del hecho psicológico irrefutable de consistir la vida del Estado en una serie ininterrumpida de acciones humanas, y como toda acción es necesariamente determinada por un motivo, toda acción es a su vez determinada por un fin. La eliminación de toda finalidad, respecto del Estado en el sentido que hemos dicho, le degradaría hasta hacer de él una fuerza ciega y natural, le robaría toda unidad y continuidad, lo que sólo puede ser hijo o de la falta de claridad o de la ausencia de todo pensamiento. Toda ley, toda disposición, todo nombramiento, todo contrato entre Estados, necesita tener un fin, y un fin conforme a la conciencia de sus autores; es decir, un fin racional, o en caso contrario el Estado no sería sino un gran manicomio.

Lo que pasa con el Estado en este respecto es lo que ocurre con todas las demás instituciones sociales: buscar su fin objetivo (el τέλος, como Stahl lo llama) es problema propio de la especulación, no de la ciencia, tanto más cuanto que las observaciones históricas nos muestran que toda institución ha de ser comprendida, como viviendo en un fluir constante. Partiendo de este principio, necesitamos prescindir de la fijación de un fin permanente; pero los individuos y la comunidad necesitan estas instituciones para sus fines particulares; de aquí que cada época haya tenido su concepción particular sobre los fines de estos institutos, lo cual explica el fenómeno de la evolución de los fines.

Aquí podría caber la objeción, tan frecuente, de que todo Estado concreto tiene en cada época fines propios, y que éstos son los únicos que tienen significación, pero a los cuales no se les puede abarcar dentro de un nombre común.[9] Por diferentes que puedan ser las acciones humanas y por múltiples formas que sean susceptibles de revestir los fines humanos, siempre puede ser fundida esta variedad de fines en algunos que valgan como superiores y últimos. La mayor parte de las acciones humanas, por

[9] Véase, por ejemplo, Gerber, p. 31; G. Meyer, p. 14. Todos estos fines particulares que cambian según la situación histórica y las concepciones del pueblo son susceptibles de ser subordinados a fines subjetivos generales, y sólo porque se desconoce corrientemente el contenido cambiante de estos fines generales históricos es por lo que se puede poner junto a la idea de fines ideales comunes la de fines particulares y atribuir a éstos un carácter objetivo.

confusa que pueda ser la diversidad de fines que inmediatamente se trate de alcanzar, están subordinadas a los fines superiores de conservación de la existencia individual y de felicidad de los mismos individuos. Los medios para conseguir estos fines superiores son varios, del propio modo que los fines intermedios; pero la variedad de estos últimos tiende a convertirse no ya en un escaso número, sino en un solo fin. Por eso es exacta la afirmación de que todo Estado tiene en cada momento fines particulares para sí y para sus miembros, que pugnan por realizar, pero esto no empece para que se reconozca en estos fines particulares un fin general.

Llegados a este punto podría tal vez surgir una duda, cual es, la de si no bastaría comprobar los fines del Estado y considerar indiferente el problema de la reducción de los fines intermedios a fines superiores.[10] Estas dudas se resuelven mediante el reconocimiento de la gran significación teórica y práctica que tienen los fines superiores del Estado, sin conocer los cuales no es posible una ciencia perfecta del Estado. Una definición puramente formal del mismo, en que se prescindiera de la idea de fin, no puede dar una noción perfecta del Estado y omitirá, por consiguiente, la fijación de una nota que sea bastante por sí misma para diferenciar al Estado de todas las otras formaciones que pretenden ser sus iguales cuando no superarlo. A la Iglesia de la Edad Media convienen todas las notas que inciden en una definición formal del Estado. Posee un territorio dividido en provincias y diócesis; tiene la exigencia de extender su dominación a cuantos viven en su territorio; tenía en la cristiandad su pueblo y estaba dotada de un poder que se consideraba independiente de todo poder terreno y cuya soberanía fue superior a la del Estado; da leyes, enjuicia y castiga; tenía una administración mucho más amplia y rica que la del Estado de su tiempo, el cual, en aquel entonces, la tenía rudimentaria comparada con la de la Iglesia.[11] Si esto, no obstante, no era Estado sino Iglesia, se debe a la distinción entre los fines de una y otro; si así no hubiese sido, no habría hecho distinción alguna la conciencia general entre los fines del Estado y los de la Iglesia, y ésta habría absorbido a aquél. Pero aun hoy sólo es posible establecer una delimitación estricta entre Estado e Iglesia conociendo los fines de ambos.[12]

La significación práctica de la determinación de los fines del Estado

[10] Así lo ha hecho Bernatzik, *Kritische Studien*, p. 236, el cual sólo habla de la aplicación del concepto fin a la vida jurídica. En cambio, la doctrina social del Estado necesita adoptar una posición enteramente distinta ante el problema del fin de aquella en que se sitúa la jurisprudencia por ocuparse ésta de intereses inmediatamente prácticos.

[11] Partidarios y adversarios de la curia afirman en la Edad Media el carácter estatista de la Iglesia, que es designada como *res publica, regnum, politia*. Véase Gierke, *Genossenschaftsrecht*, p. 540, núm. 51; Von Eicken, *op. cit.*, pp. 388-389; véase también Friedberg, *Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts*, 4ª ed., 1895, pp. 45-46.

[12] Véase Rehm, *Staatslehre*, pp. 32-33.

consiste en que mediante ella se completa la necesaria justificación ética y psicológica del mismo. La doctrina de los fundamentos justificativos del Estado sólo podía legitimar la institución de éste, pero no el Estado en su forma individual, y aquí es precisamente donde entra la doctrina de los fines del Estado. Tanto la conciencia ingenua como la convicción científica han de imponerse necesariamente la cuestión de saber por qué las instituciones del Estado, que no son poderes ciegos de la naturaleza, existen y adoptan realmente formas cambiables mediante el influjo de la voluntad humana, y para qué son exigidos los sacrificios que los individuos y la comunidad ofrecen de continuo al Estado. Con la negación oportunista de los principios generales de las acciones de éste, y con la observación resignada "no puede ser de otro modo", o con la afirmación, prácticamente de la misma naturaleza, de que el Estado tiene su fin en sí mismo, ¡cómo pueden justificarse los deberes militares, económicos y judiciales y los otros mil deberes que el Estado nos impone! Por eso se ocupan de este punto la doctrina del Estado y la política práctica. Toda modificación en la organización y legislación de los Estados necesita legitimarse, atendiendo a la finalidad de las mismas. Toda exposición de motivos de una proposición de ley necesita apoyarse, explícita o implícitamente, en los fines del Estado. Por eso la oposición entre los grandes partidos políticos se pone de relieve al mostrarse como antitéticos respecto de los fines del Estado: liberales, conservadores, ultramontanos, socialistas, significan esencialmente diferencias acerca de los problemas que nos ocupan; esto es, diferencias sobre los principios políticos. Tener principios políticos no quiere decir otra cosa que poseer puntos de vista determinados sobre las relaciones concretas ocasionales del Estado y sobre los fines intermedios y últimos del mismo. Sólo partiendo del problema de los fines se puede juzgar acerca del valor o del error de la política de un Estado, la cual no siempre es conocida al que juzga. Todo juicio político, pues, es un juicio de valor teleológico.[13]

Esta concepción de la significación de los fines del Estado se ha mostrado de un modo ostensible en la formación de las confederaciones modernas. Tanto la introducción a la Constitución de los Estados Unidos de América,[14] como la Constitución de la confederación

[13] Las observaciones hechas en el texto nos enseñan claramente que la cuestión relativa a los fines del Estado no es jurídica, sino histórico-política, por lo cual habría de ser expuesta, no en la doctrina jurídica del Estado, sino en la doctrina social del mismo. No hay, pues, ningún fin necesario conceptualmente, sino fines cambiantes según las concepciones de cada época, y las peculiaridades de la teleología no sirven, pues, para la construcción jurídica del concepto del Estado. Por eso la crítica que Preuss, *Über Organpersönlichkeit*, pp. 572-573, hace de la doctrina que exponemos, carece de método. Con la dialéctica jurídica no se adelanta mucho en este orden de cuestiones.

[14] El pueblo establece la Constitución "*in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquillity, provide for the common defence, promote the general*

suiza[15] y la introducción a la Constitución del imperio alemán,[16] estatuyen como motivos expresos de las nuevas formaciones políticas, los fines del Estado que va a ser fundado.[17]

Por importante que sea este último hecho para conocer las ideas vivas que tienen los príncipes y los pueblos acerca de la finalidad del Estado, no por eso se ha de prescindir de determinar los límites de esta teleología política. La afirmación, tan frecuente antes, de que el problema más importante de la doctrina del Estado es el de fijar sus fines, porque de ellos se puede después deducir la totalidad de las actividades del mismo, es completamente falsa, porque, así como no pueden ser producidas las obras de arte meramente por el conocimiento de las leyes estéticas, de la propia manera no puede darse solución a un problema político positivo por simple deducción de los fines del Estado. Si se admite que el fin del Estado consiste en la realización del derecho, entonces no se nos dice qué es lo que debe valer como derecho, porque la forma concreta del mismo depende siempre de las relaciones sociales circunstanciales de un determinado pueblo. Si bien es verdad que un mismo fin puede ser alcanzado por muy distintos medios, no por eso el conocimiento de este fin nos habrá de enseñar cuáles son los medios para realizarlo. Por esto la historia de las teorías políticas ofrece el ejemplo instructivo de que frecuentemente los puntos de vista de partidos, que en una determinada circunstancia tienen los autores, parecían ser deducidos de una manera inmediata y con un carácter de necesidad lógica de los fines del Estado. Frente a estos arriesgados ensayos se necesita comprobar, ante todo, que el contenido concreto de la actividad del Estado sólo puede ser determinado empíricamente y para un Estado particular en una situación igualmente concreta de su vida.

Mas la observación de los fines supremos del Estado continúa siendo siempre para cada uno un regulador de su actividad política. No afirman

welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity". [Para formar una unión más perfecta, establecer la justicia, asegurar la tranquilidad doméstica, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar a nosotros mismos y a la posteridad contra las infracciones a la libertad.]

[15] Constitución federal del 29 de mayo de 1874, artículo 2°. La unión se propone "afirmar la independencia de la patria respecto del exterior, mantener la tranquilidad y el orden en el interior, proteger la libertad y el derecho de los súbditos y promover el bien común de los mismos".

[16] El rey de Prusia, en nombre de la confederación de la Alemania del Norte, y los monarcas del Sur, "acuerdan una unión permanente para la protección de los territorios de la unión y del derecho positivo de los mismos, así como para cuidar del bien del pueblo alemán".

[17] También han señalado los fines del Estado otras constituciones. Así, por ejemplo, la introducción a la de Baviera, de 1828, habla de las "exigencias generales y particulares del fin del Estado". Esta idea del fin del Estado la ha desarrollado ampliamente la Constitución de la segunda República francesa del 4 de noviembre de 1848. Véase Duguit y Monnier, *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France*, 1898, p. 233.

tanto lo que habrá de suceder, cuanto lo que no ha de hacerse. Y este influjo negativo ha sido históricamente de un gran valor y continuará siéndolo políticamente en el futuro. Toda nuestra cultura moderna descansa sobre la afirmación de que los poderes del Estado tienen un límite y de que nosotros no estamos sometidos como esclavos al poder ilimitado del Estado. Una observación puramente formal y jurídica del Estado jamás puede llegar a conocer la limitación material de la actividad del mismo, sino que no le reconocerá otra limitación que la que a sí mismo se pone, pero sin poder determinar el contenido de esta actividad que se limita a sí misma. La existencia de tales limitaciones se prueba por el conocimiento progresivo de la cohesión interna que va alcanzando el Estado mediante sus fines. El ejemplo más admirable de esto lo ofrece hoy la actitud del Estado respecto de la religión. Después de largas luchas se ha llegado a reconocer que el problema del Estado no puede ser el de dominar las creencias, y esto se ha reconocido por haberse puesto en claro cuáles son los límites en que ha de moverse el Estado atendiendo a su naturaleza y a sus fines. El conocimiento de la significación de los fines jurídicos del Estado ha colaborado profundamente a la superación del Estado-policía, y el conocimiento de los fines de la cultura, a la supresión de instituciones dañosas a la comunidad. Todas las grandes revoluciones de la Edad Moderna han terminado por determinar su posición respecto a los fines del Estado. Esta fuerza negativa reguladora confirma la necesidad de conocer los fines del Estado, ya que en todo momento de la vida política cotidiana ofrece un criterio con que juzgar de las relaciones existentes con arreglo al cual pueda determinarse si lo dado debe ser destruido o transformado. No hay duda de que nos hallamos aquí de nuevo ante uno de aquellos puntos prácticos en que inevitablemente el interés de partido tiende a ocupar el lugar de los intereses del Estado y lo que es molesto a un partido intenta rechazarlo éste como perjudicial a la comunidad.[18]

2. Ojeada sobre las teorías particulares acerca de la finalidad

La historia de las doctrinas de los fines del Estado es tan antigua como la historia de la ciencia del Estado. En Aristóteles, la teleología política, de conformidad con el espíritu total de su sistema filosófico, tiene el valor de punto de partida de las investigaciones sobre el Estado.[19] También

[18] Desde el punto de vista teleológico, se ha dado una multitud de definiciones del Estado que carecen de valor teórico para el conocimiento. Lo que indica, por ejemplo, Rehm, *Staatslehre*, p. 11, como concepto filosófico, político, ético, del Estado, no son sino reglas de juicio teleológico para los Estados reales o imaginarios.

[19] Véase la afirmación que hay al comienzo de la introducción al primer libro de la *Política*.

entre los romanos encontramos observaciones muy rotundas acerca de los fines del mismo, que llegaron a tener un gran influjo en la literatura posterior. En la moderna escuela del derecho natural, afírmase de modo aún más enérgico la significación de los fines del Estado, singularmente en aquellas obras que quieren encerrar en límites concretos la actividad de éste. Al derivar el Estado esta escuela de las voluntades individuales, conviértese éste para ella en una institución nacida y orientada a la satisfacción de los fines del individuo. Tan peculiar es este rasgo a la escuela del derecho natural, que no han faltado quienes digan que todo el problema del fin había sido explicado y aclarado por el derecho natural. Posteriormente, con la victoria de la escuela histórica del derecho y del Estado, fue preciso una revisión de la teleología política, y esto nos ha conducido a una profunda transformación de toda la doctrina. En tanto que antes se afirmaba un fin general del Estado sin hacer una investigación previa sobre su naturaleza y el modo de realizarlo, necesítase ahora, al considerar la realidad práctica de la vida del Estado y aplicar los ideales a los tipos empíricos de los mismos, investigaciones especiales, los resultados de las cuales son mucho más complicados que las afirmaciones generales de las doctrinas antiguas del Estado. Ha de hacerse notar para la evolución moderna que, en tanto antes los filósofos del derecho y los que cultivaban el derecho público eran los que tomaban sobre sí la investigación acerca de los fines del Estado, en la actualidad llevan a cabo esta labor los representantes de la economía política, los cuales son principalmente quienes se ocupan de ello o en ella se apoyan.[20] El formalismo extremo de la nueva doctrina jurídica del Estado cree poder prescindir completamente del contenido de las funciones del mismo, contenido que iguala en importancia al conocimiento de las formas jurídicas, para cuantos quieran conocer la vida total del Estado. Porque no se puede establecer una estricta separación entre contenido y forma en la unidad inseparable de la vida, de un modo consecuente, a pesar de que tengamos conciencia de sus límites recíprocos. De aquí que la doctrina jurídica del Estado opere con la representación de los fines del mismo, incluso cuando no convienen entre sí de manera expresa.

Para tener una visión sintética de las teorías que hemos expuesto hasta ahora, nos ocuparemos en este lugar de la doctrina antes mencionada

[20] Véase Schäffle, *Das gesellschaftliche System der menschlichen Wirtschaft*, 3ª ed., 1873, I, pp. 28 ss.; *Bau und Leben*, II, p. 433; Ad. Wagner, I², pp. 885 ss.; Von Philippovich, pp. 66 ss. Entre los más modernos juristas, solamente Haenel, *St.-R.*, I, pp. 109 ss. De entre la literatura alemana más moderna, véase además E. Loening, pp. 918 ss. En América, Willoughby, pp. 309 ss., ha hecho objeto de investigación la teoría del fin del Estado. A. Menger ofrece una doctrina especial, *Neue Staatslehre*, pp. 201 ss. (que considera los fines del Estado como fines de los poderosos), doctrina que tiene su antecedente en la antigua teoría del "παρεκβάσεις" de la constitución del Estado.

acerca de la ausencia de finalidad en el Estado o de la que afirma que éste es fin en sí mismo, cuya significación práctica consiste en negar el derecho de los individuos a tomar parte en la organización y dirección del Estado. Bajo esta teoría se oculta una determinada tendencia política. La literatura política conservadora-reaccionaria del primer decenio del siglo XIX ha trabajado —antes que todos Haller—[21] por negar los fines del Estado, de suerte que quede desviada toda crítica que moleste al orden existente. La llamada falta de finalidad en el Estado se reduce en estos escritores a la idea de que el orden social actual es incambiable, y que el fin del Estado consiste en impedir la expansión y la victoria de las ideas revolucionarias.

Sólo aparentemente puede ser incluida aquí otra doctrina, nacida al calor de la teoría orgánica del Estado, que considera lo que se llaman fines como las funciones propias del mismo.[22] Ésta es una idea oscura que descansa en un falso analogismo con la concepción del organismo natural; porque funciones del Estado quiere decir acciones del Estado, y toda función necesita tener un motivo, por consiguiente un fin. Si tiene funciones el Estado, entonces necesariamente ha de tener fines. Pero tomar las funciones por los fines es confundir medio y fin.

Las antiguas doctrinas reconocían al Estado un fin frente al de los individuos y al de la comunidad y tomaban sus principios, por lo común, del *tipo ideal del Estado;* ellos sólo conocían, por tanto, un fin abstracto, y carecían en cambio de una determinación concreta. A estas doctrinas las llamaremos teorías de los fines absolutos. Se proponen afirmar un fin único para el Estado, el mismo para todos los tiempos, que habrá de permanecer idéntico a sí mismo en todas sus formas y que contiene en su unidad a los demás fines. Al no partir estas teorías de lo existente, sino del Estado perfecto, resulta que jamás corresponde la realidad a su ideal teleológico; mas como este ideal debe tender a ser realizado, existe en el fondo de esta doctrina un principio vigoroso de agitación política, por lo cual ha ejercido siempre un influjo práctico no desestimable.

Las teorías absolutas se oponen a las de los fines relativos y concretos del Estado, las cuales han sido alcanzadas gracias a la representación histórica y mudable del problema del Estado y de las relaciones concretas estatistas, así como mediante la cuidadosa investigación de la limitación natural de la actividad de aquél.

Debemos citar en primer lugar las teorías *absolutas*. Se nos ofrecen divididas en dos grandes categorías: o favorecen la ilimitada extensión

[21] *Op. cit.*, I, pp. 470 ss.

[22] Lasson, *op. cit.*, pp. 310 ss.; Waitz, *op. cit.*, p. 11, niega el fin del Estado desde el punto de vista de la doctrina orgánica; pero en la p. 16 distingue las diferentes esferas de la actividad del Estado.

del poder del Estado o encierran a éste en límites fijos. A las últimas pertenecen las doctrinas de los fines *expansivos* y de los *limitativos* del Estado, dentro de las cuales caen las teorías absolutas.

a) Las doctrinas de los fines expansivos del Estado

A. Teoría eudemonista utilitaria. Esta doctrina es la más antigua. Fórmase especulativamente y es de suma claridad para las conciencias ingenuas. Parece evidente desde luego que el bienestar del individuo y de la comunidad sean el objetivo supremo y único de toda organización pública. La antigua doctrina del Estado está edificada sobre la idea del eudemonismo, el cual, a su vez, constituye el fundamento de la ética helénica. Empero la eudemonía es formulada de muy distintos modos por las diferentes escuelas. Los modernos sistemas de moral utilitaria son impulsados a esta consecuencia, a saber: a definir el Estado como una institución que sirve para la utilidad común.

Pero cuando se intenta llevar a la práctica estas ideas, surgen inmediatamente grandes dificultades; porque el concepto del bienestar y el de que le es tan próximo, el de la utilidad, a tal punto son susceptibles de interpretaciones varias a causa de su indeterminación, tan fuertemente dependen de las concepciones subjetivas, que todo es posible deducirlo de ello y todo en realidad se ha deducido. En todas las épocas se han puesto bajo la advocación del bienestar común los ataques más violentos que se han dirigido a los más altos e importantes bienes del individuo. Por esto la doctrina del bienestar ha sido aceptada por quienes han tratado de ampliar ilimitadamente el círculo de actividad del Estado. Ésta es la teoría clásica del Estado-policía y del Estado absoluto. Por eso se formó principalmente en el siglo XVIII, en la época del despotismo ilustrado, para apoyar a éste. La filosofía de Christian Wolff ha sido principalmente la que introdujo esta teoría, en cuanto afirmó que el más alto fin del hombre ha de tender a alcanzar la felicidad en que consiste la perfección, y ésta ha de ser a su vez el fin al cual se dirijan las acciones del prójimo. Wolff mismo afirma que la *vitae sufficientia, tranquillitas et securitas,* de las cuales las dos últimas son condición para alcanzar la *felicitas,* constituyen el fin del Estado,[23] y en tanto lo exijan estos fines, necesita el individuo permitir una limitación de la libertad. Pero la política ha demostrado que frecuentemente estas limitaciones equivalen al aniquilamiento de la libertad. Bajo el influjo de Wolff, principia a formarse desde Justi[24] la teoría del Estado-policía, la cual considera justificado todo ataque a

[23] *Jus naturae,* VIII, § 4.

[24] *Grundsatze der Polizeiwissenschaft,* 1756.

la vida jurídica individual siempre que sea necesario al bien general, de lo cual nos ha ofrecido un testimonio claro en la legislación el derecho general de los Estados.[25] Pero no sólo se ha inspirado en las teorías eudemonistas el absolutismo monárquico, sino también el absolutismo democrático, pues los jacobinos han declarado oficialmente el bien común como el fin supremo del Estado, lo cual significa, prácticamente, sancionar el poderío ilimitado de las mayorías.[26] Los primeros comunistas modernos, Babeuf y sus partidarios, se han inspirado igualmente en esta misma doctrina de la felicidad común para justificar sus locuras respecto a la transformación de la sociedad.[27] Apoyándose en la doctrina utilitaria de Bentham, según la cual el fin único de todas las instituciones sociales consiste en alcanzar la más alta felicidad del mayor número, puede llegarse como consecuencia última de las acciones del Estado, a aniquilar los intereses espirituales más altos cuando por su naturaleza sólo son intereses de una minoría, y a rebajar el nivel espiritual y moral tomando como medida lo más bajo, pues el que se encuentra en lo alto puede ser deprimido, mas no puede ser elevado a una gran altura el tipo medio.[28] Todo progreso, toda mejora de lo existente, todo sacrificio de lo actual en aras de un futuro lejano, puede ser rechazado desde el punto de vista del bien. Este bien común está determinado por las concepciones especiales de partido y por apreciaciones subjetivas de los que circunstancialmente detentan el poder.

Falta precisamente a la teoría del bienestar o de la utilidad toda medida, toda limitación interna. El elemento de verdad que hay en ellas sólo puede alcanzarse mediante un análisis minucioso de los problemas concretos del Estado, análisis detallado que jamás han puesto en claro los fundadores y partidarios de estas teorías abstractas.

B. Las teorías éticas. Muy unido a las anteriores doctrinas está aquella según la cual el fin del Estado consiste en la realización de la moralidad; considera esta doctrina el bien más próximo como el bien moral. El nacimiento de tal teoría tuvo lugar entre los helenos. Platón asigna como objetivo al Estado ideal, la realización de la justicia que coincide con la virtud total, y Aristóteles, para quien el Estado ha nacido meramente por la voluntad de los hombres, cree que éste no existe sino para alcanzar un bien, esto es, una *eudemonía,* no sólo física sino también moral. Con Hegel ha tenido lugar un renacimiento muy peculiar de estas doctrinas

[25] Murhard, *op. cit.,* p. 178, trae una extensa bibliografía. Sobre el Estado-policía también hace una excelente exposición O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht,* I, pp. 38 ss.

[26] Constitución jacobina del 24 de junio de 1793, artículo 1: *"Le but de la société est le bonheur commun".*

[27] Véase L. von Stein, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich,* I, pp. 176 ss.

[28] Véanse sobre esto las acertadas observaciones de Ed. Hartmann, *Phänomenologie des sittlichen Bewusstseins,* 1879, pp. 589 ss.

antiguas; este autor explica el Estado como la más alta forma de la moralidad objetiva. Pero la teoría de Hegel es una doctrina metafísica de los fines del Estado. La idea tiene el poder de advenir racional en la realidad política y no necesita para esto de la acción consciente individual, sino que más bien los individuos son como los instrumentos que llevan a cabo de una manera inconsciente los hechos que exige la necesidad dialéctica.

Una manifestación de la teoría ética es la doctrina que atribuye al Estado una función religiosa, tal como corresponde a la confusión de lo espiritual y lo terrenal de la Edad Media, doctrina que reaparece en el siglo XIX en forma de exigencia contenida en estos términos: el Estado debe ser un Estado cristiano y tener como fin la realización de la doctrina del cristianismo. Esta teoría de los legitimistas y los sacerdotes franceses ha sido defendida principalmente por Stahl, para quien el Estado tiene una misión divina, en virtud de la cual su fin "no es meramente realizar el orden moral, sino también servir y obedecer a la persona de Dios y levantar un imperio en loor del mismo".[29]

De esta teoría, así como de todas sus derivaciones, debe decirse lo mismo que de las eudemonistas, a saber, que a consecuencia de ellas, el precisar qué es lo moral, depende de las convicciones de los que dominan, los cuales pueden estar en el terreno de la moral religiosa en abierta oposición con la de los gobernados. Desconoce esta teoría los límites de lo que al Estado es posible hacer, porque la moralidad, en cuanto es una disposición interior, jamás puede alcanzarse mediante un poder exterior. El resultado práctico de estas teorías en todas sus formas es la arbitrariedad del gobierno y el aniquilamiento de la libertad espiritual en el individuo. La teoría del Estado cristiano expone además la misión de la Iglesia, en cuanto la hace servir para otros fines distintos de los que a ella le son propios.[30] Para el Estado católico significa esto una nueva subordinación de la espada terrena a la espiritual y un descenso de soberano a vasallo de la curia romana.

Échase de menos en las teorías morales, una investigación especial que precise en qué han de consistir las acciones morales del Estado. Las doctrinas éticas en su aspecto religioso no ven la diferencia profunda que existe entre Estado e Iglesia, diferencia que, no obstante, es una consecuencia necesaria del universalismo de la religión cristiana que está sobre la variedad empírica de Estados, y no puede justificar la diversidad de confesiones cristianas que encierran dentro de sí los modernos Estados

[29] II², p. 179. Véase también de este autor, *Der christliche Staat*, 2ª ed., 1858.

[30] Véase la acertada crítica de este teoría, en Hinschius, *Allgemeine Darstellung der Verhältnisse von Staat und Kirche*, en los Manuales Marquardsen, I, 1, pp. 240 ss. Nuevamente ha sido combatida este teoría por Jacobowski, *Der Christl. u. s. Zukunft*, 1894.

y cuyas concepciones respecto del mismo no concuerdan. Que el Estado sea del propio modo que la Iglesia una fundación de índole sagrada, es contradictorio en sus fundamentos con el cristianismo, y sin embargo, ésta sería la consecuencia lógica íntima del Estado cristiano. El contenido práctico utilizable de estas teorías, esto es, proteger y favorecer los intereses morales y superiores del pueblo, está justificado mediante la doctrina de los fines relativos del Estado.

b) La doctrina de los fines limitados del Estado

En oposición a las doctrinas de que acabamos de hablar, encuéntranse aquellas otras que ponen al Estado, en vista de sus fines, grandes limitaciones respecto del individuo. Tres formas adoptan estas doctrinas: asignan como fin o la seguridad, o la libertad, o bien consideran que su fin es el derecho. Las tres forman una, porque la seguridad es el efecto del derecho. La teoría de la libertad pone lo subjetivo como lo fundamental para el derecho, en tanto que la teoría jurídica pone en este primer plano el derecho objetivo. La teoría de la libertad tiene distintas ramificaciones; así, por ejemplo, unos consideran que lo esencial es la libertad espiritual (Spinoza); otros, que el único bien cuya protección y amparo constituye el fin del Estado, lo forma la esfera del derecho privado (Locke). Pero en los tiempos modernos, la teoría que ha adquirido más importancia es la que considera que el fin único del Estado consiste en la realización del derecho objetivo, del orden jurídico. Se ha hecho derivar esta doctrina últimamente de la alta autoridad de Kant, bajo cuyo influjo se encuentran infinidad de escritores en los últimos decenios del siglo XVIII y en los primeros del siglo XIX.[31]

Que la realización del derecho ha de contarse entre los fines del Estado jamás ha sido, en teoría, desconocido; hasta los partidarios de las demás doctrinas lo exigen; pero al estatuir otros principios supremos a los cuales subordinan el derecho, sucede a menudo que el derecho necesita ceder, por exigirlo así el fin supremo del Estado. Mas contra esta turbación del derecho y el desvalimiento, que de él se sigue, del individuo frente al poder del Estado, se levanta precisamente la doctrina que asigna al Estado, como fin exclusivo, el derecho. Históricamente ha de ser interpretada esta doctrina como una protesta enérgica contra la práctica de la omnipotencia del Estado. Su objetivo es, pues, determinar claramente la línea divisoria entre el individuo y el Estado. Por esto aparece al pro-

[31] La escuela de Krause considera igualmente al derecho como el único fin del Estado. (Véase Ahrens, *op. cit.*, II, pp. 285 ss.) Pero concibe el concepto del derecho tan ampliamente, que hace entrar en él todos los demás fines del Estado.

pio tiempo que la doctrina moderna del derecho natural, la cual deriva el Estado del individuo y lo hace por tanto servir en provecho de los intereses individuales, doctrina que adquiere su primera forma importante durante la lucha entre el parlamento inglés y la realeza *jure divino*.

Después del destierro de los Estuardos y de haber llevado a cabo el *Bill of Rights*, funda Locke la teoría liberal del Estado, al cual asigna como único fin la protección de la propiedad que comprende dentro de sí la vida y la libertad. Esta doctrina considera como una excepción la limitación del individuo por la regla de derecho y por coacción jurídica, y en cambio piensa que lo común ha de ser para el individuo la libertad de movimiento. La doctrina de Locke llega a ejercer un gran influjo en el liberalismo económico de los fisiócratas y en el sistema industrial de A. Smith,[32] y toda esta dirección de pensamiento ha contribuido de un modo intenso en el continente a la resistencia que se ha venido oponiendo a la ilimitada extensión de la actividad del gobierno. Como protesta contra el Estado-policía dominante, Kant y su escuela han hecho la afirmación de que el Estado sólo es "la unión de una variedad de hombres sometidos a leyes jurídicas", pero que el derecho no tiene otra función que la de garantir la coexistencia de los hombres. Por eso el Estado sólo debe ocuparse de realizar el derecho y renunciar a realizar el bien común.[33] En el curso del siglo XIX esta doctrina adviene el fundamento de la teoría liberal del Estado aunque en una forma menos rotunda; mediante ella se tiende a limitar la actividad del Estado hasta reducirla al mínimum posible. Esta doctrina ha encontrado en Inglaterra su expresión más típica en forma de protesta contra la extensión creciente que la actividad administrativa del Estado había comenzado también allí a tomar.[34]

Si las teorías expansivas no han hallado una medida interna para la limitación de la actividad del Estado, en cambio las doctrinas limitativas adolecen del defecto en todas sus manifestaciones de ser demasiado mezquinas cuando se trata de los fines del mismo; en las primeras, el individuo es sacrificado al Estado; en las segundas, el Estado al individuo. Su carácter meramente especulativo se prueba al advertir que un Estado cuya función se limitase exclusivamente a proteger el derecho ni ha existido nunca ni puede existir, porque al menos todo Estado necesita atender a su seguridad internacional, la cual no siempre es idéntica a la seguridad de los ciudadanos, de aquí que no pueda encerrarse en el concepto de la protección jurídica. Una defensa sistemática supone una serie de actividades administrativas, tales, por ejemplo, como el cuidado para las vías militares, las cuales eran ya conocidas del Estado de la Edad Media, a pesar de su administración rudimentaria; pero esto no puede justificarse desde el punto de vista de los fines exclusivamente jurídicos. La teoría pura del Estado jurídico equivale prácticamente a exigir la supresión del Estado. Tratar de demostrar esto más minuciosamente sería superfluo, ya que habríamos de repetir lo que tan frecuentemente ha sido dicho.

[32] Para estudiar la relación entre los economistas franceses y Locke, véase Hasbach, *Die allgemeinen philosophischen Grundlagen der von Fr. Quesnay, und Adam Smith begründeten politischen Oekonomie* (Schmoller, *Staats-und Sozialwissenschaftliche Forschungen*, X, 2). 1890, pp. 50 ss.

[33] Entre los partidarios de la doctrina de Kant se ha desarrollado y afirmado enérgicamente esta doctrina de Kant aún más consecuente que en Kant mismo, Fichte, *Grundlage des Staatsrechts nach dem prinzipien der Wissenschaftslehre*, 1796, W. W., III, pp. 151 ss., 195 ss., y después W. von Humboldt, *Ideen zu einem Versuche, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen. Gesammelte Werke, VII.*

[34] Véase singularmente J. S. Mill, *On liberty*, y H. Spencer, *Justice*, y su otra obra, *The man versus the State.*

Debe establecerse una distinción muy clara entre estas doctrinas limitadoras y aquellas otras que ponen restricciones al poder del Estado en la medida que lo exige para el contenido de la actividad varia del mismo el cumplimiento de la propia ley, esto es, en tanto que lo exige, como una condición, la ley. En la antigua doctrina del Estado puede hallarse ésta en Hobbes,[35] y es a su vez el punto central de la exigencia práctica de Rousseau. Para éste, la voluntad común siempre tiene como contenido la ley general, la cual asegura al ciudadano, mediante su poderío exclusivo, la libertad y la conformidad a derecho del poder del Estado. Sobre esta teoría se ha apoyado la moderna del Estado de derecho, de la que habremos de ocuparnos en otro lugar.

Junto a las doctrinas que atribuyen al Estado fines concretos absolutos hay un gran número de tentativas de conciliación, principalmente entre los dos fines de felicidad o utilidad y el del derecho a partir de Cicerón. Carecemos de una investigación minuciosa sobre la relación entre ambos; de suerte que en las observaciones de detalle acerca de esto, unas veces es uno el que predomina, y otras veces otro.[36] Las teorías relativas, que toman el fin del Estado del contenido de la conciencia que en cada momento poseen un pueblo y una época, son hijas del ambiente historicista de nuestro tiempo. Las más importantes de estas doctrinas concuerdan en atribuir a la actividad del Estado el cumplimiento de los fines comunes.[37] No tiene interés el tratar de investigar los distintos matices

[35] *De cive*, XIII, 15; *Leviatán*, XXI, y principalmente página 206. *"In cases where the sovereign has prescribed no rule, there, the subject hath the liberty to do, or forbear, according to his own discretion."* [En los casos en que el soberano no ha prescrito reglas, el individuo tiene libertad para hacer o dejar de hacer conforme a su parecer.]

[36] A menudo se pone en relación a estas doctrinas con las de los fines absolutos y objetivos, lo que ha contribuido no poco a una confusión en toda la doctrina.

[37] Stahl, *Philosophie des Rechts*, II, 2ª ed., p. 150: "La actividad del Estado abarca la totalidad de la vida en común de los hombres". Mohl, *Enzyklopädie*, p. 7: "El problema del Estado consiste en fomentar en cada momento los fines lícitos tanto para el individuo como para la sociedad, en la vida de un determinado pueblo, en cuanto estos fines no pueden

que ofrecen estas doctrinas, pues en ellas lo interesante es mostrar cuál es el pensamiento fundamental que ha de ser considerado como justo, y esto es lo que habrá de ser objeto de una investigación especial, así como se fijará la manera como puede ser llevada a la práctica.[38] Al jurista le basta con observar lo más general de lo que contiene esta teoría, pues él solamente tiene necesidad de referirse al fin del Estado para dar una definición acabada del mismo, pero no necesita de él para hacer sus investigaciones particulares.[39] Mas quien quiera conocer la totalidad del Estado ha de trocar este punto de vista jurídico por uno general. En lo que sigue habrá de estudiarse la evolución positiva de los fines relativos del Estado atendiendo a las doctrinas de que nos hemos ocupado.

3. Evolución de la teoría de los fines relativos del Estado

Para fijar esta evolución es preciso dos cosas: primero, conocer la limitación que a la actividad del Estado le impone su propia naturaleza, y segundo, investigar la concepción del fin que está contenido implícitamente en las instituciones y funciones modernas del Estado. El primer problema de toda teoría relativa es delimitar el círculo de la actividad del Estado mediante una investigación en que se precisen los límites en vista de sus medios y modos de obrar. En una palabra, determinar con exactitud qué es lo que puede hacer el Estado con éxito. De aquí se sigue de una manera distinta a como lo comprendió la escuela del derecho natural, la limitación de la actividad del Estado.

1. La simple reflexión psicológica nos enseña que el Estado no puede producir nada de lo que es obra exclusiva de la vida interior humana. Puede tomar la apariencia externa de una Iglesia, pero no engendrar el sentimiento religioso.[40] Moralidad, arte y ciencia no pueden ser directamente producidos por el Estado, porque jamás pueden ser provocados por medios exteriores, que son los únicos de que dispone el Estado; lo que sí puede hacer éste es darles condiciones exteriores favorables en las cuales puedan desarrollarse estas actividades vitales, que son completamente independientes de él. Tampoco puede el Estado dominar la vida física, no le es posible ofrecer a su pueblo la salud, la longevidad, fuerza numérica y corporal, pero sí favorecer todas estas exigencias mediante medidas positivas y negativas (impidiendo influencias dañosas). Finalmente, le es imposible producir bienes económicos directamente, incluso en un Estado socialista, sino sólo suprimir obstáculos que dificulten la actividad económica o, conforme a orientaciones socialistas, ordenar según un plan las fuerzas individuales para la producción en común. Si el Estado sobrepasa estos límites, que son los suyos naturales, entonces puede él solo obrar como un freno o como un disolvente. Los elementos esencialmente productores de la cultura general de un pueblo residen de un modo fundamental en los individuos y en la sociedad, no en el Estado; pero éste, como ha sido dicho anteriormente, produce efectos sociales que en no pequeña parte son inconscientes y por tanto caen fuera de la esfera de los fines en cuanto efectos conscientes.

El desconocimiento de este principio, que hoy parece tan evidente para nosotros, ha sido causa durante mucho tiempo de errores sumamente importantes en la vida del Estado. Ha durado tanto, cuanto se ha tardado en reconocer los límites psicológicos y físicos de la actividad del Estado, y se ha atribuido al mismo fines inalcanzables. Los efectos reguladores del reconocimiento de los fines del Estado se deben en no pequeña parte a haber advertido las limitaciones naturales y necesarias del mismo.

2. El círculo de la actividad esencial del Estado sólo puede, pues, encontrarse en aquello que atañe a las acciones humanas comunes y extrínsecas y de lo que con ellas pueda alcanzarse. En el círculo de sus acciones cae, pues, la exteriorización de la solidaridad de la vida humana. Pero toda solidaridad puede exteriorizarse mediante un acuerdo interno espontáneo o por una organización exterior y conforme a un plan. La primera forma de la solidaridad, la irreflexiva, queda excluida de la actividad consciente y finalista del Estado. La masa de fenómenos psíquicos sobre cuya existencia y efectos descansan las grandes modificaciones históricas en la vida total de los pueblos son influidas, sin duda ninguna, de un modo mediato por el Estado, pero no creadas conscientemente. Las religiones, las nacionalidades, las clases sociales, etc., nacen independientemente del Estado. Éste puede protegerlas, vigilarlas, favorecer

ser satisfechos por los interesados con sus propias fuerzas y tienen el carácter de objetos de una necesidad común". Waitz, *op. cit.*, p. 5: "El Estado es la institución llamada a realizar los problemas de la vida moral del hombre en tanto tiene ésta lugar en la vida social de los pueblos". Véase, además, H. A. Zachariae, I, p. 44; Zöpfl, I, p. 50; H. Schulze, *Einleitung*, pp. 135 ss.; Brie, pp. 3 ss.; G. Meyer, p. 13; Haenel, *Staatsrecht*, I, p. 110; Br. Schmidt, pp. 31 ss.; S. Rehm, *Staatslehre*, I, p. 111.

[38] Véanse sobre esto las acertadas observaciones de Holtzendorff, *Politik*, p. 78.

[39] Véase sobre esto Gerber, pp. 30 ss.

[40] Justamente sobre este punto tan importante es sobre el que puede estudiarse de un modo claro el aspecto relativo de la teleología política. Cuando se considera que la esencia y significación de la religión consiste en una declaración de fe exterior y en actos igualmente exteriores, entonces puede el Estado muy bien, mediante su poder coercitivo, provocar y mantener la religión. Durante siglos enteros se han conducido de este modo los Estados acomodándose al hacerlo a las concepciones de sus miembros; pero de muy otra manera acontece cuando se concibe a la religión como un fenómeno esencialmente interno de la vida humana, pues en este caso se desposee de todo valor a las manifestaciones exteriores que no van acompañadas de intención religiosa. De aquí que, aún hoy, las exigencias de los partidos respecto a la actividad del Estado sean tan varias como sus intereses.

su difusión o realización, pero no puede producirlas. Por el contrario, le es fácil ejercer sobre ellas una acción retardataria u opresora, aunque dentro de determinados límites temporales o espaciales. La variedad de los Estados impide que muera una idea poderosa que aparezca en la vida de un pueblo. Si pudiese el Estado extirpar las nuevas ideas, entonces las construcciones del mundo antiguo y del medieval no se habrían derrumbado. El cristianismo y la Reforma se han abierto camino a pesar de las poderosas oposiciones que hallaron en el Estado. Los acuerdos de Karlsbad no fueron bastantes, a pesar de tener de su parte todos los poderes exteriores del Estado, para detener la propagación de las ideas liberales en Alemania, e igualmente hoy no le es posible al Estado, no obstante la coacción de que dispone, sojuzgar el movimiento socialista: es que los poderes que nacen en el seno de la sociedad sólo pueden ser vencidos por otras nuevas fuerzas que nazcan igualmente de éstas.

Para fijar la situación que tiene el Estado respecto a las fuerzas sociales, lo más eficaz es estudiar la historia de la formación de las naciones modernas. La francesa, por ejemplo, no sería comprensible si no se le pensase unida al Estado francés de hoy; no es que el Estado la haya creado, sino que la ha favorecido tanto en su extensión cuanto en lo que respecta a la afirmación interior. Los fundamentos principales de la nación francesa, tales como la lengua, se han visto ayudados por el poder social del Estado, sin que esto quiera decir, naturalmente, que sean un producto del mismo. Este influjo del Estado en la formación de la nación francesa era además el resultado inconsciente de la centralización en el reino de Francia. En general, los efectos conscientes del Estado en la formación y desmembración de las naciones es muy escaso, como se muestra con bastante claridad observando las relaciones políticas de los Estados en que viven varias naciones. Las minorías nacionales no pueden desaparecer absorbidas por las mayorías en virtud de meras disposiciones administrativas, ni aun las nacionalidades rudimentarias son susceptibles de ser totalmente asimiladas por la nación dominante. Así lo prueban, por ejemplo, los irlandeses, los eslovenos y wendos en la Lusacia, los lituanos, etcétera.

Así, pues, lo peculiar y propio del Estado son las manifestaciones sistemáticas de la vida solidaria de los hombres. Conservar, ordenar y ayudar son las tres grandes categorías a que se puede reducir la vida de aquél. Cuanto más grande es el interés solidario, tanto más llamado a su satisfacción está el Estado; cuanto más necesaria es una organización mutua y conforme a un plan para su preservación, tanto más habrá de ser esto exclusivamente cuestión que al Estado competa. Esta solidaridad es una fuerza dinámica que se expresa de manera distinta en todos los órdenes de la vida social en cada tiempo y en cada época. Por esto recibe esta

fórmula su contenido positivo de la circunstancial situación de cultura en que se encuentra cada pueblo.

La evolución histórica muestra una solidaridad cada vez más amplia y más fuerte entre los intereses de un pueblo, de un lado, y de otra parte de los intereses generales de todos los pueblos que participan de la cultura. De aquí que pueda describirse todo progreso en la cultura como un progreso en la idea de la solidaridad humana. En su comienzo, la historia principia con un reducido grupo humano; pero lentamente las agrupaciones sociales aumentan y los intereses solidarios que acompañan a todo grupo no sólo se extienden, sino que se vigorizan. Aparentemente existe una contradicción entre la afirmación de que el individuo por todas partes se encuentra estrechamente unido por los intereses solidarios de la asociación a que pertenece, y la otra de que la evolución de la individualidad puede ser descrita como el ahondamiento del sentimiento de solidaridad en cuanto éste es signo de una cultura más elevada. Mas la oposición entre ambos fenómenos no es real, porque la completa libertad en el individuo de afirmar su vida espiritual, no sólo es concertable con la más alta formación del sentimiento e interés de solidaridad, sino que éstos tienen como supuesto aquella libertad. Cuanto más elevado espiritualmente y más libre socialmente es un individuo, tanto más superior habrá de considerarse el servicio de los intereses solidarios. *Por esto la formación de la individualidad es uno de los supremos intereses solidarios.* La evolución de un todo está firmemente condicionada por la evolución de sus miembros.

De lo dicho resulta que en el curso de los tiempos el círculo de la actividad del Estado va ampliándose de un modo razonado. Mediante la reflexión acerca de los límites que le imponía la naturaleza de las relaciones, se ha retirado el Estado de las esferas que él ha reconocido como no perteneciéndole; pero se ha indemnizado de esto grandemente con haber aumentado el número de sus actividades.

Esta aclaración de límites no es bastante para impedir el temor de que a la postre la libre acción de los individuos y aun este mismo no vayan menguando, pues la reducción del Estado necesita tener un fin. Sin embargo, esto es un error, porque no sólo la solidaridad humana, sino también la libertad humana son comprensibles como un crecimiento constante. Si se concibe el concepto ambiguo de la libertad en el sentido más importante para el individuo moderno, a saber, como una capacidad humana que no puede ser eliminada por el Estado, sino antes al contrario, que ha de ser favorecida su afirmación por el mismo, entonces se le ha de considerar como aquella medida que hace progresar en el individuo tal afirmación posible. El aumento de civilización tiene como consecuencia para el individuo aumentar sus posibilidades de acción. Los ferrocarriles

y la máquina de vapor han aumentado de una manera increíble la libertad de movimiento de un lugar a otro. Los poderosos medios educativos que el Estado y las asociaciones de todas clases ofrecen para que los hombres se sirvan de ellos libremente han servido para extender el saber y el poder de innumerables personas. De este modo se abren constantemente nuevos territorios a la libertad y a su vez a lo que va unido siempre a ella, a la actividad del Estado, la cual se propone en no escasa medida, la regulación y la protección de tal libertad. El círculo de acción del Estado y el del individuo crecen, y el resultado de la historia es, no sólo una unión progresiva entre los hombres, sino también una progresiva disolución entre sus lazos.

Para fijar los fines particulares del Estado necesitamos una investigación teleológica de las diferentes instituciones y actividades del mismo. Sólo en ella podemos hallar expresados los fines que en una época determinada corresponden al Estado. Así como sólo se ha de considerar derecho lo que realmente vale como tal, del mismo modo el fin concreto, y por consiguiente relativo, del Estado, sólo es el que está expresado en las instituciones y funciones del mismo. El círculo de la actividad que cae dentro del Estado se descompone en dos grandes divisiones, atendiendo a la evolución histórica y a la observación exacta de los fines que ha de cumplir, a saber: actividades que exclusivamente le corresponden, y actividades con las cuales ordena, ayuda, favorece o desvía las manifestaciones de la vida individual y social.

3. Como actividad que corresponde exclusivamente al Estado, hay que considerar la protección de la comunidad y sus miembros, y por consiguiente, la defensa del territorio contra todo ataque exterior. Esta actividad y el fin que le va anejo, jamás han faltado al Estado, incluso a aquel que sólo tiene una forma rudimentaria. El alejar los peligros exteriores comunes ha sido en todos los tiempos el motivo más poderoso para formar asociaciones fuertes. Sin embargo, ha habido épocas en que esta acción protectora no estaba ejercitada exclusivamente por el Estado, sino que se prestaba amparo uno a sí mismo valiéndose de los desafíos o guerras privadas. Además, durante largo tiempo uno de los fines esenciales del Estado consistió no ya sólo en la defensa, sino en el aumento de la esfera de poder de los Estados, mediante la conquista o por otro medio de guerra, porque así lo exigían las condiciones de los pueblos. Hoy, en teoría, no se concede a un Estado en relación con otros, más que un fin defensivo; pero aún existen en la actualidad en la conciencia de los pueblos muchas representaciones encaminadas a atribuir al Estado como fin la ampliación del mismo o la instauración de nuevas formaciones políticas, y no puede designarse esta actitud ofensiva, en general, como contradictoria con los fines del Estado, dadas las actuales concepciones políticas, económicas y nacionales. La lucha de Prusia por la unidad alemana, la de Cerdeña por la italiana, la de Rusia por los Estados cristianos de la península de los Balcanes, etc., están justificadas según convicción general, y por consiguiente, se le ha de reconocer como radicando en los fines del Estado. Éste es el caso actual cuando se trata del acrecentamiento de los Estados o del aumento de su poder mediante la colonización. Se ha de considerar, pues, como fin de todo Estado independiente, el sostenimiento y el aumento de su prestigio internacional además del de atender a su defensa.

Pero no sólo tiene el Estado funciones propias respecto del exterior, sino también respecto al interior, y su fin consiste en la conservación de sí mismo y el mantenimiento de la integridad de sus modos de obrar. La economía del Estado sirve para los fines generales del mismo; pero lo que en primer lugar se logra mediante ella, es asegurar la existencia del Estado. Los deberes de policía y penales no sólo protegen los bienes individuales y sociales, sino al Estado mismo. En toda actividad del Estado hay un elemento cuya finalidad consiste en conservar y fortalecer al propio Estado. De aquí que el mantenimiento y la protección de la existencia propia y del propio prestigio sea uno de los fines correspondientes al Estado, dada nuestra conciencia de éste y de sus funciones. Y dicho fin de mantener y proteger su existencia es el primero para él, porque su satisfacción dentro de límites determinados es la condición de éxito de la actividad del Estado.

4. Exclusivamente correspondiente al Estado es también la formación y mantenimiento del orden jurídico. Esta actividad ha sido también propia del Estado, pero sólo le ha correspondido de un modo exclusivo, después de una larga evolución histórica; porque en las épocas primitivas había dentro del Estado una gran economía en la función judicial para la familia, para la tribu, para las razas. Originariamente, el derecho penal no era propio del Estado, sino que tardó mucho en serlo, y además, continuó siendo el derecho de la propia defensa una institución jurídica reconocida. La evolución del Estado va acompañada por todas partes de un proceso de absorción de las formaciones jurídicas autónomas, y de protección igualmente jurídica a las asociaciones que le están subordinadas. De suerte que solamente el Estado aparece como fuente sistemática del derecho, y sólo a él corresponde servirse de los medios de la coacción jurídica. Hoy, toda formación de derecho creada conforme a un plan, es decir, no mediante la costumbre, o emana del Estado mismo o es transmitida por él, o bien está tolerada por el mismo, de modo que sin el reconocimiento del Estado nadie posee en él un derecho para la formación de éste. La formación del derecho la ejerce el Estado, no solamente mediante la delimitación de las esferas individuales, sino también mediante la or-

denación jurídica de su propia organización y actividad, con relación a las cuales es el derecho medida y límite. El parecer de Holtzendorff es falso y limitado[41] en cuanto afirma que el Estado en su actividad jurídica sólo tiene que ocuparse del individuo. El derecho penetra y determina más bien todas las manifestaciones exteriores de la vida del Estado, y forma al mismo tiempo las rutas por donde ha de correr la vida del Estado.

El modo de realizarse el fin del derecho depende en cada Estado de la situación del pueblo y de la posición internacional del mismo; porque es evidente que el fin jurídico abarca no sólo la legislación existente, sino también la futura, la cual ha de corresponder a las exigencias que tenga una época determinada de la historia respecto del orden jurídico. Por consiguiente, el derecho se relaciona con otro orden de la actividad del Estado. No es el derecho exclusivamente un medio para conservar una situación actual, sino, además, para colaborar en la formación de una situación para el futuro. En tanto que pueden ser favorecidos mediante disposiciones exteriores, los intereses de la cultura, es el derecho un medio de gran importancia para lograrlo. Este carácter tiene, por ejemplo, la moderna legislación protectora del trabajo en los Estados modernos. En último término, esta actividad favorecedora de los nuevos institutos jurídicos se propone el mantenimiento de los bienes individuales y sociales más importantes de una manera más eficaz, íntegra y estricta, por el hecho de ofrecerles condiciones generales para la libre evolución de los individuos y de la comunidad. Observado el derecho en sus últimos fundamentos, no tiene el carácter de creador, sino el de conservador y defensor. Él sólo puede crear supuestos externos para la actividad positiva humana, mas el contenido lo presta concretamente la evolución histórico-social. Tiene, sin duda, el orden jurídico una determinada fuerza formativa y transformadora de la sociedad, pero sólo puede ser ejercida conforme a un plan preconcebido dentro de muy estrechos límites. Lo creador en el derecho no radica tanto en su aspecto jurídico reflexivo, cuanto en su aspecto social e involuntario.

5. Se ha considerado durante largo tiempo que el fin del Estado se encerraba principalmente en mantener su poder, conceder su protección y conservar el orden jurídico. Una concepción tan mísera del Estado que reducía la función de éste a una asociación de defensa y ataque, en lo exterior, y a una asociación judicial en el interior, no se vuelve a encontrar ni en la realidad política ni en la conciencia que se tiene de esta realidad en todos los pueblos. Así como la posesión del poder y el goce del derecho no pueden ser los fines más altos del individuo, sino que son tan sólo condiciones para alcanzar y poseer otros bienes, del propio modo

[41] *Politik*, pp. 253 ss.

se abren por todas partes para el propio Estado, al impulso creciente de la cultura, nuevos horizontes y fines más altos.

El poder, la seguridad y el derecho concebidos como fin, tienen necesidad del Estado para extender su actividad sobre las funciones inmediatas con que pueden satisfacerse estos fines. Es necesario ante todo pensar en crear los medios económicos para dar cumplimiento a tales fines. La magnitud de tales medios depende de la situación económica de los pueblos; por esto, indirectamente interesa al Estado vigorizar la producción económica como un fin intermediario. La historia de la actividad administrativa de la economía del Estado nos enseña que ha nacido ésta por razones fiscales y militares: primero nacieron los medios de comunicación que han ido unidos a la existencia de los ejércitos y de los tribunales; después se fueron uniendo estrechamente al Estado, a medida que prospera éste en su actividad. Por eso en los comienzos de la Edad Media fueron considerados ya los caminos como objetos de la competencia del Estado, y hoy, las modernas instituciones de correos, telégrafos, ferrocarriles, ayudan de un modo poderoso a las instituciones militares y al orden jurídico. Pero hay otras ramas administrativas que por vez primera en la época moderna se le han adherido al Estado y que son las que fundamentalmente favorecen el que pueda alcanzar éste sus fines exclusivos. La higiene conserva y colabora en pro de la existencia física de los pueblos, y por tanto en pro del poder de los Estados, en la misma medida en que lo hacen las disposiciones protectoras de las clases trabajadoras. La actividad policiaca en su amplio sentido sirve para la protección del derecho. Las autorizaciones y concesiones industriales hechas por el Estado, las reglas para las reclamaciones con los aprendices, etc., son todas de importancia para los fines jurídicos. Frecuentemente nos ha demostrado la historia que las naciones que han alcanzado un alto progreso superan en la vida internacional a las que han quedado retrasadas, y que los cuidados relativos a los intereses morales de los pueblos, se considera hoy evidente, están estrechamente unidos a los fines del poder. Los progresos en el arte de la guerra se encuentran tan íntimamente enlazados con los de la ciencia y de la técnica, que no puede el Estado considerarse indiferente frente a ellos, por propio interés de su existencia. De este modo, en virtud de la correlación entre las cosas humanas, lo que primeramente nos parecen relaciones naturales, adquieren otro carácter, y los más altos fines de la cultura desempeñan un papel de medios con referencia a los fines de poder, protección y derecho.

La extensión de la actividad del Estado más allá de sus fines exclusivos estaba condicionada históricamente por varias razones. Junto al Estado ha existido por largo tiempo un poder que se ocupaba, independientemente de aquél, de determinados problemas que, por corresponder a intereses

solidarios, tenía necesidad de medios exteriores. En el curso de la polémica entre el Estado y la Iglesia, ha necesitado el primero, originariamente, ocuparse de cuestiones eclesiásticas, con tal extensión, que ha tenido que rebasar los límites que le eran propios. El cuidado de los pobres, singularmente, y la educación son actividades que se refieren a la vida solidaria, y sin embargo, sólo desde la Reforma han pasado a mano del Estado de un modo completo; pero éste no se ha detenido en este camino de expropiación, sino que se ha atribuido derechos y deberes a medida que iban creciendo las obligaciones que los problemas de la cultura le planteaban, y esto lo ha llevado a que todas las actividades beneficiosas al interés común, o se ha encargado él mismo de atenderlas, o ha ordenado a los individuos que las llevasen a cabo. En este punto es precisamente en el que se ha de poner el arranque de toda investigación que se proponga mostrar cuál es la línea divisoria entre las actividades pertenecientes al Estado y las que no le pertenecen.

6. Esta línea divisoria podrá ser trazada con firmeza atendiendo a las explicaciones precedentes. Partiendo de la evolución histórica y de las concepciones dominantes, el Estado, sin duda alguna, está llamado a mantener una relación con los intereses solidarios humanos. Empero su relación con los intereses particulares está condicionada por su propia naturaleza. Sólo en tanto que los individuos o las corporaciones son impotentes para alcanzar por sí mismos su fin, puede y necesita el Estado tomarlo sobre sí; pero en tanto sean absolutamente individuales los intereses de que se trate, ha de ser abandonado al individuo el alcanzarlo. La administración de los intereses de la sociedad mediante el Estado sólo es beneficiosa siempre que se trate de una actividad que trabaja con medios exteriores y de una manera sistemática; por eso ha menester de medios negativos con que eliminar obstáculos, y medios positivos de ayuda que pueden tener formas distintas según la naturaleza de los bienes de que se trate, los cuales sólo pueden consistir en la creación de condiciones exteriores. La salud, la ciencia, el arte, el comercio, etc., no puede producirlos directamente; es decir, no es capaz de apropiarse las actividades individuales necesarias para alcanzar aquellos fines. La actividad específica de los médicos, profesores, maestros, ingenieros, funcionarios del Estado, es individual, y no puede menos de serlo. El Estado autoriza su acción, pero jamás es ésta el contenido de un órgano del Estado, porque éste es el modo peculiar de determinar al exterior aquellas actividades. Sólo puede ordenar que se lleven a cabo tales actividades según determinados principios, y que se siga de ellas determinados efectos. Puede mandar la cantidad, pero no la calidad del servicio. En otros órdenes puede ir más lejos, y en cuanto le sea posible dominar con medios exteriores la producción, no sólo de una determinada cantidad, sino de una

cierta calidad, valiéndose para ello, cuando así lo exijan los intereses de la solidaridad, de sus órganos. Los descubrimientos científicos y la producción de las obras de arte quedan fuera de todo posible poder del Estado; pero cuidar de la correspondencia, hacer circular los trenes, erigir establecimientos de seguros, etc., son funciones que pueden ser atendidas por actos de solidaridad, valiéndose de medios exteriores y conforme a su fin.[42] Cuanto mejor satisfechos puedan ser mediante una organización comprensiva y unitaria, es decir, centralizadora, los intereses de la cultura en cuestión, tanto mayor será la exigencia del Estado y hacia el Estado para que los atienda de un modo exclusivo, o al menos de un modo preferente. De aquí se sigue que el Estado, en lo que respecta a los intereses de la cultura, unas veces ha de suplir la libre actividad de los individuos, y otras habrá de completarla tan sólo. Históricamente, la actividad del Estado ha entrado en estos órdenes después de la actividad privada, a tal punto, que la evolución de las exigencias de la cultura respecto al Estado puede representarse como un proceso creciente de expropiación del Estado de la actividad individual. Muchas veces son asociaciones que no tienen un carácter estatista las que completan la acción del individuo, y en estos casos el Estado ha de suplir tanto la acción individual como la corporativa. Hasta qué punto ha de extenderse esta actividad meramen-

[42] Esta distinción es de gran importancia para determinar en qué punto cesa la actividad de los órganos del Estado como tales órganos y adquieren el carácter de acciones individuales que se proyectan sobre el Estado como si fuesen una acción del mismo. Lo que objeta Laband *(op. cit.,* I, p. 407, n. 2) contra esta distinción indicada ya por mí en el *System,* p. 213, no es acertado, porque parte de la creencia errónea de que yo he hablado, en el lugar citado, de acciones del Estado que dejaban de ser al propio tiempo acciones del individuo. Sin embargo, Laband mismo reconoce que la actividad de los funcionarios es siempre igual; no obstante existe una gran diferencia, según que, atendiendo a su contenido, pueda decirse de la actividad de los mismos que es una actividad del Estado o no. En nombre del Estado juzgan los jueces, a los cuales en nombre del Estado los nombra el ministro, etc.; pero los profesores de universidad no enseñan una matemática real, prusiana, o una psicología del gran duque de Baden. Quien crea que esta distinción, y otras análogas, son de poca trascendencia, borra oposiciones importantes y ricas en consecuencias, en beneficio de un formalismo improductivo. El hecho de que las personas que están obligadas respecto del Estado a comunicar libremente sus conocimientos particulares y a mostrar su capacidad sean al propio tiempo funcionarios, como lo son aquellos otros que están encargados de funciones de autoridad, no tiene nada que ver con el problema en cuestión. Conocer la naturaleza interna de las funciones del Estado ofrece en sí mismo, y por sí mismo, sin necesidad de pensar en el derecho del funcionario, un enorme interés teórico y práctico. Preuss, en su obra *Das Städtische Amtsrecht,* pp. 347 ss., se ha opuesto a estas observaciones hechas por mí y a otras análogas debidas a Gierke en *Holtzendorffs Rechtslexikon* II, s. v. *Gemeindebeamte,* p. 50; considera este autor que la comunidad edifica y enseña de la misma manera que juzga, ordena y nombra. La consecuencia política de esta doctrina sería la aniquilación completa de toda libertad espiritual en aquellos que han sido encargados por el Estado para ejercer una actividad intelectual. Una comunidad que lo mismo enseña que edifica puede prescribir cómo se ha de edificar o enseñar, cómo se ha de pintar o cómo ejercitar la música. ¡Que de un futuro tan "orgánico" pueda siempre preservarnos la intervención graciosa del hado!

te complementaria y dónde ha de principiar aquella otra que toma como correspondiendo al Estado la función total, sólo puede ser juzgado en vista de la situación social e histórica de cada Estado y de la naturaleza de las ramas administrativas de que se trate. La evolución de los tiempos modernos muestra con toda claridad un proceso más y más acentuado, que se orienta hacia la socialización y al propio tiempo hacia la centralización por el Estado de actividades que originariamente eran individuales. Pero no es posible determinar con precisión, dada la situación actual del mundo, la amplitud que han de tener esta socialización y centralización ni cuál ha de ser su objetivo final. Existen, no obstante, algunos signos acerca de esta cuestión que permiten afirmar que la centralización de un Estado particular no es la más alta forma de centralización posible, sino que hay una serie de asuntos administrativos que los Estados particulares, en vista de intereses internacionales, administran asociados, según normas convenidas entre todos. La administración internacional de algunos asuntos llevada a cabo por Estados particulares, según principios de derecho internacional, que ha dado lugar ya a uniones internacionales administrativas organizadas, denotan un paso importante para conseguir una forma más elevada de centralización, cual es la internacional.

Pero también los conceptos de complemento, ayuda, organización y dirección necesitan ser objeto de explicación desde un punto de vista teleológico; porque todas estas funciones pueden ser aplicadas a fines distintos, y por esto es necesario encontrar un principio para darles la forma más acertada. La idea vaga de favorecer el bienestar de todos no aclara esta cuestión. El bienestar, el intensivo bienestar de un gran número, puede ser favorecido mediante la conservación de una institución, y rechazando toda novedad a la generación que vive. Pero si nosotros existimos, casi diría instintivamente, de todas las instituciones sociales, que levanten, que formen, que perfeccionen nuestra cultura, entonces, más que en una posición utilitaria eudemonista, nos colocamos en una actitud evolucionista, y así situados, se puede sacrificar el bienestar de los vivos al bienestar de los que vienen, y aun exigir a este fin la acción del Estado, la cual provocará inmediatamente en una gran medida el descontento y el daño. Del propio modo que todo nacimiento, así todo paso en el progreso, es inseparable del dolor.[43] Conforme a nuestra moderna concepción del mundo, determinada por la ciencia actual, el contenido que ha de ser, necesariamente, reconocido a la historia, no obstante el dolor de que siempre va acompañada, lo forma un desarrollo progresivo de las fuerzas humanas. En este punto, la consideración empírica de la historia se toca con la concepción metafísica de la misma, pues sin ésta no se puede

[43] Véanse las observaciones interesantes de Philippowich, *Wirtschaftlicher Fortschritt und Kulturentwicklung*, 1892, pp. 21 ss.

emprender una investigación teleológica de los fenómenos sociales, porque las investigaciones empíricas son absolutamente incapaces de esclarecer los últimos fines humanos. También necesitamos, para comprobar los fines relativos y subjetivos del Estado, interrogar a la dirección espiritual dominante, en la cual tiene una parte la metafísica, de la que obtenemos las representaciones sociales y teleológicas.

Toda actividad del Estado tiene como fin último, desde este punto de vista, cooperar a la evolución progresiva; en primer lugar de sus miembros, no sólo actuales sino futuros, y además, colaborar a la evolución de la especie, esto es, hacer más y más viva la conciencia de la solidaridad en los pueblos, y hacer que esta realidad supere al Estado y colabore en la evolución de la especie. Las consideraciones metafísicas tienen ante sí esta cuestión: ¿en qué tanto puede atribuirse a tal concepción subjetiva un valor objetivo de verdad, y hasta qué punto corresponde a esta conciencia de la finalidad basada en la concepción actual del mundo un valor trascendente?

7. Si sintetizamos los fines particulares de que hemos hablado resulta lo siguiente: que el Estado ha de hacer de la afirmación de su propia existencia, de la seguridad y el desarrollo de su poder, establecer el derecho y ampararlo, y favorecer a la cultura, problemas que sólo a él corresponden. El pensamiento que dirige la determinación de este fin se encuentra en el reconocimiento de que toda organización conforme a un plan encaminada a atender los intereses solidarios del pueblo, en tanto que haya menester de una dirección central y pueda ser satisfecha su necesidad por medios exteriores, sólo es posible que sea llevada a cabo por los grandes factores sociales dotados de los más altos medios de poder, o sea, precisamente, el Estado. Estos fines se dividen en *exclusivos* del Estado y *concurrentes;* conforme a los cuales, las funciones que le corresponden en el primer caso son exclusivas del Estado, y en el otro sólo son compartidas por él. La medida y el modo de la actividad del Estado están condicionados en sus límites, tanto por la naturaleza de las relaciones humanas, que oponen límites generales, cuanto por la naturaleza de la actividad administrativa individual que los opone particulares. Las acciones individuales y corporativas no reguladas deben ser excluidas o relegadas, siempre que el Estado pueda ayudar mejor con sus medios, a los intereses de que se trate. El más alto principio para la actividad general del Estado es, por tanto, promover la evolución progresiva de la totalidad del pueblo y de sus miembros. Este principio se aplica en tres direcciones: una frente al individuo, cuya evolución ha de ser favorecida como miembro del todo; la segunda, frente al pueblo, en cuanto totalidad de los miembros actuales y futuros del Estado; la tercera y última, en relación con la especie humana, de la cual cada pueblo particular no es sino un

miembro. Hay, pues, tres géneros de intereses solidarios de los cuales ha de cuidar el Estado, a saber: individuales, nacionales y humanos. Desde el punto de vista de la justificación teleológica, el Estado tiene para nosotros, hoy, el carácter de *asociación de un pueblo, poseedora de una personalidad jurídica soberana que de un modo sistemático y centralizador, valiéndose de medios exteriores, favorece los intereses solidarios individuales, nacionales y humanos en la dirección de una evolución progresiva y común.*[44]

Haremos notar, finalmente, aun otra vez la íntima relación que existe entre el problema de los fines del Estado y el del fundamento del mismo. Esta última cuestión justifica el ser del Estado, y la primera, su acción, y ambas juntas contienen la justificación completa del proceso de la vida del Estado. Si no hay posible satisfacción de fines comunes humanos fuera del Estado y si no hay sociedad posible sin el mismo, entonces para todo el que no quiera vivir fuera de la sociedad es una necesidad moral entregarse al Estado. Esta reflexión aúna las varias doctrinas del Estado que han llegado a formar época, y que aparentemente revisten el carácter de irreductibles. Desde este punto de vista llegamos a considerar el Estado como el producto histórico necesario del desarrollo constante de la naturaleza humana, y de otra parte, llega a exigirnos que reconozcamos libremente lo que históricamente nos es dado, como un punto de paso necesario en la evolución de la comunidad. La gran antinomia entre necesidad y libertad halla una reconciliación en la solución justa de este problema. Lo necesario históricamente debe ser formado de una manera libre y en vista de fines claramente reconocidos.

Toda justificación del Estado cae dentro de la esfera de lo consciente y reflexivo. Que de este modo no se agota la significación histórica de un Estado concreto, lo hemos subrayado frecuentemente; por eso los juicios emitidos acerca de un Estado en vista de la historia y el pasado son completamente distintos de los resultados políticos que se alcanzan al juzgar igualmente lo actual y lo pasado, pero tomando como medida de orientación el fin del Estado. El historiador sólo puede apreciar el Estado teniendo en cuenta la totalidad de sus direcciones reales, puedan o no ser fundadas. Sin embargo, nuestras concepciones políticas de la finalidad nos ofrecen un criterio para valorar las formaciones estatistas desaparecidas, en cuanto nosotros, en último término, juzgamos el pasado de un Estado por lo que de él ha sobrevivido. Esto puede no ser otra cosa que los efectos culturales producidos por él, efectos que por llegar a tener un carácter de elementos constantemente progresivos del movimiento histórico, poseen la inmortalidad.

[44] Esta definición contiene, evidentemente, una medida de valoración y no un juicio de conocimiento, como Preuss opina en su *Über Organpersönlichkeit, op. cit.*, p. 573. Un Estado que no corresponde a este criterio basado en nuestras actuales concepciones políticas, no por esto, naturalmente deja de ser Estado, aunque aparece para nosotros como un Estado de menor importancia. Por el contrario, la fórmula de Preuss, según la cual el Estado es fin en sí mismo, y que conviene a todos los Estados, desde el babilonio hasta el reino alemán, está completamente vacía de contenido y puede ser cambiada con justicia por la proposición siguiente: el Estado es una institución completamente sin valor.

IX. ORIGEN Y DESAPARICIÓN DE LOS ESTADOS

PARA FORMARNOS UNA IDEA COMPLETA de la esencia del Estado, es necesario considerar el proceso de su formación y de su desaparición. Para la cuestión del carácter jurídico del Estado y de la naturaleza y límites del derecho público, especialmente, es de la más alta importancia un conocimiento claro del hecho de la creación de los Estados y de la desaparición de los mismos.

1. LOS ORÍGENES DEL ESTADO

Es preciso separar dos cuestiones muy concretas respecto de este punto: la relativa a los comienzos históricos de la institución del Estado en general, y la de la formación de nuevos Estados dentro del mundo de los mismos plenamente desarrollados. A la primera la llamaremos cuestión relativa a las formaciones primarias de los Estados, a la segunda formación secundaria de éstos.

Acerca de la formación primaria de los Estados, sólo son posibles hipótesis, que se han hecho en gran número. Para la apreciación de éstas debe ser considerado, primero, que no es tan sencillo determinar el punto en que comienza a poder ser considerada como Estado una comunidad originaria. Nuestras representaciones del Estado están tomadas del Estado ya desarrollado y con dominio sobre hombres que viven constantemente en un territorio, y de aquí deducimos que la organización de las razas nómadas no tiene el carácter de Estado. Otra cosa acontece cuando consideramos las asociaciones primitivas desde el punto de vista de la evolución histórica, porque entonces nos encontramos con que toda forma de organización soberana, que no tiene sobre sí otra superior, ha de ser concebida como Estado.

Mas esta prehistoria del Estado se encuentra en una relación poco estrecha con el Estado tal como posteriormente se ha formado. Lentamente, las organizaciones primitivas son las que han experimentado más fundamentalmente la significación finalista. Difícilmente se podrá llegar a un completo acuerdo sobre estos tipos originarios, tanto más cuanto que de la construcción de los comienzos de la vida social suele hacerse un capital que utilizan determinadas teorías políticas y económicas. No obstante, se ha comenzado ya a hacer luz en algunos puntos importantes. Aumentan las voces, según hemos dicho en otra ocasión, que se levantan

contra la teoría que considera como la más antigua forma de relaciones sexuales el hetairismo y toma como punto de partida de la asociación familiar el matrimonio monógamo. También la doctrina según la cual la horda ha sido necesariamente la forma primitiva de las asociaciones humanas, es muy dudosa. No obstante la polémica acerca de las relaciones originarias, está muy lejos de estar definitivamente probado si el matriarcado ha precedido necesariamente en el tiempo, como una forma universal, al patriarcado, o si se trató simplemente de un sistema de parentesco limitado a determinados pueblos. Son muy importantes las investigaciones sobre las comunidades domésticas y asociaciones gentilicias difundidas por toda la tierra entre pueblos de muy diversos grados de cultura, los cuales nos brindan una primera forma de organización comprensiva de una vida económica y autoritaria; pero todo ensayo por determinar de qué modo se han transformado las hordas, razas y familias en Estado habrá de fracasar, porque el mismo resultado puede alcanzarse por muy distintos caminos, y es muy poco probable que haya sido siempre uno mismo el proceso de formación de los Estados. Lo único que cabe hacerse es fijar tipos muy generales. Así, por ejemplo, se puede decir que el peligro común impulsa a una defensa común, y que de este modo, organizaciones que desde un principio tuvieron un carácter circunstancial llegan a tenerlo definitivo a fuerza de repetirse, o que la necesidad de buscar nuevos terrenos para pasto y para caza impulsa a arrebatar a las tribus vecinas la propiedad, lo que conduce a apretar los lazos entre cada tribu. Además, se puede afirmar que las concepciones religiosas primitivas ayudan a la formación de asociaciones muy firmes, singularmente en cuanto apoyan a las autoridades nacientes.

La forma desarrollada de comunidades con un carácter de asociaciones supremas y complejas, a las que hoy designamos justamente con el nombre de Estado, principia con el asentamiento de los hombres en un suelo, es decir, con la vida sedentaria; pero éste es un proceso cuyos orígenes son muy oscuros; pues va unido muy íntimamente al cultivo de los cereales, para lo cual ha sido necesario un tiempo incalculable. Mas no sólo está condicionada la existencia de estos pueblos sedentarios por tal cultivo, sino que existen también pueblos nómadas agrícolas. Con la ocupación de las tierras se hace necesaria una ordenación de la propiedad, mucho más complicada de lo que lo era en los anteriores estadios de la vida económica. Los límites entre bienes comunes y bienes privados necesitan ya ser señalados. La familia, como asociación económica, experimenta una rica membración interior. La explotación del trabajo humano principia con la institución de la esclavitud doméstica, y hace ya de la guerra una actividad constante de la comunidad, encaminada a alcanzar trabajadores esclavos. La distinción entre los que poseen origina una separación

de la sociedad, y allí donde hay tribus victoriosas que establecen su dominación sobre los vencidos, acentúase la oposición entre una clase dominante y otra dominada, que imprime este sello a la organización de la comunidad.

Todas estas relaciones son afirmadas mediante el sentimiento que las acompaña de que son conforme a normas. Así pues, la formación de asociaciones con un fundamento territorial va enlazada con la formación de un orden jurídico complicado que tiene, en cuanto tal, sus firmes cimientos en las concepciones sociales de los tiempos primitivos, y que no puede ser juzgada con medidas tomadas de una civilización superior y explicadas como meras organizaciones de poder. La sublevación contra el orden existente, así como los ensayos para establecer un derecho conforme a los deseos de los descontentos, no es un fenómeno que haya dejado de existir en las primeras etapas de la evolución. La estabilidad de las relaciones económicas y estatistas no puede alcanzarse sino mediante la convicción de su legitimidad.

Ha sido, pues, el proceso primario de la formación de los Estados, al propio tiempo, un proceso de formación del derecho; de suerte que, históricamente, Estado y derecho han estado desde el principio enlazados uno con otro. Comenzando por las asociaciones más estrechas (tal como puedan haber sido, familia a horda), comprende el derecho las asociaciones superiores, las que se levantan sobre las primarias, y alcanza a aquellas asociaciones que constituyen el término de esta cadena, a saber: el Estado territorial. Y puesto que la más alta asociación se encuentra en el camino de la experiencia o de la contingencia, pero jamás, como opinaba el racionalismo, debe su existencia a fines claramente definidos, es decir, conscientes, resulta que esta asociación ha sido siempre primeramente algo real, facticio, y después que se ha hecho firme, se le han adherido la costumbre y el derecho, factores poderosos que han transformado lo real en un deber ser.

El cambio en los Estados existentes, es decir, el proceso secundario de la formación de los mismos, tiene lugar mediante hechos que quedan completamente fuera del orden del derecho. La guerra o la coacción, en cualquiera de sus modos, crean nuevos Estados y destruyen los antiguos. Que el hecho de la guerra, primariamente, significa completa ausencia de derecho, es evidente, si se reflexiona que el derecho se forma siempre dentro de una asociación estrecha y después va recogiendo dentro de sí otras asociaciones de este mismo carácter. Pueden pasar siglos sin que se establezca una asociación jurídica entre pueblos que formen Estados separados, porque faltan los fundamentos de una cultura común, que son los capaces de producir una común convicción jurídica. Aun allí mismo donde existen elementos espirituales capaces de unir, como en el sistema de los Estados helénicos, no tienen estos elementos la fuerza suficiente para hacer nacer, aun dentro de estos estrechos límites, la cuestión relativa a las limitaciones jurídicas de la actividad creadora de los Estados.

La Edad Media considera el problema relativo al origen del Estado bajo supuestos enteramente distintos a aquellos sobre los que trabajaba la Antigüedad. La antigua doctrina consideraba al Estado como un producto de disposiciones naturales humanas y no como un resultado del derecho. Incluso aquellas teorías que hacían descansar el orden social en el νόμος, no entienden bajo esta proposición un principio jurídico; más bien designan con él el arbitrio humano en oposición al orden natural, el cual queda separado de la voluntad humana.[1]

Pero de la concepción según la cual los hechos que constituyen el Estado son hechos de derecho, no hay huella alguna en la literatura griega. No menos extraña fue a los romanos la idea de un origen jurídico de la comunidad.[2] La Edad Media, por el contrario, no conoció ni el concepto de la independencia y sustantividad del Estado, ni la existencia separada del derecho público. Por esto sólo puede concebir nuevas formaciones de Estado como modificaciones en el interior del reino, que habrán de ser juzgados según su orden jurídico y ser aprobados por las más altas autoridades terrestres. De aquí que el Estado resulte como una relación contractual entre dos partidos, pueblo y soberano, en la que se determinan los derechos y deberes recíprocos. Uno de los signos más admirables de la Edad Media germánico-románica es el haber intentado concebir determinadas relaciones de la vida pública, emanadas, según nosotros, del arbitrio brutal, como sometidas al derecho. Ejemplo de esto nos lo ofrece el duelo y el derecho tan cruel como inhumano y bárbaro del despojo de los náufragos.

Esta tendencia en el pensamiento medieval continúa existiendo en el

[1] Acerca de la oposición entre φύσις y νόμος, véase Windelband, *Geschichte der Philosophie*, 3ª ed., 1903, p. 58; Gomperz, I, pp. 323 ss.; Rehm, *Gesch.*, p. 12. Que el contrato de seguridad, fundamento del Estado según los epicúreos, hubiese sido considerado por ellos como un contrato en sentido jurídico, es una idea enteramente falsa; porque los epicúreos sólo reconocen un derecho natural en cuanto hay un impulso natural que ordena a los hombres llevar a cabo un contrato de garantía. Mas la proposición que sirve de fundamento al moderno derecho natural, *pactas sunt servanda*, les fue enteramente desconocido. Su contrato era un *modus vivendi* que descansaba en la congruencia del contenido de los intereses particulares.

[2] Pomponius, L. II, § 1, *D. de orig. juris.* 1, 2. *"Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine jure certo primum agere instituit, omniaque manu a Regibus gubernabantur."* Las amplias observaciones de Cicerón, *pro Sextio*, c. 42, pintan el proceso histórico de la fundación del Estado, pero no dicen una sola palabra acerca de que le acompañase un solo acto jurídico. Las alianzas que según la tradición se llevaron a cabo al fundar las ciudades, difícilmente, dado el formalismo del antiguo derecho, podían valer como actos jurídicos ante la conciencia popular.

nuevo derecho natural, el cual, no obstante su oposición al método teológico-escolástico de la Edad Media, tiene muchos principios comunes con la doctrina jurídica de entonces. Para el derecho natural, la cuestión del origen de los Estados, primario o secundario, es una cuestión jurídica. El Estado contractual en primer lugar, y el patriarcal, el despótico y el formado por la conquista, son considerados por él como descansando en hechos jurídicos. Cuando la teoría reconoce estas últimas formas como no justificadas, las rechaza por contrarias al derecho.

Es preciso, al propio tiempo que se reconoce que es insuficiente la doctrina del derecho natural para construir el origen de los Estados, reconocer también que son insostenibles todos los ensayos hechos respecto de esto. Partiendo Hegel del punto de vista de su doctrina, según la cual el Estado representa la realidad de la idea moral, necesitaba protestar contra la derivación del Estado de un derecho anterior o superior a él,[3] y Stahl después ha rechazado de un modo enérgico toda derivación del Estado de las voluntades de sus miembros.[4] No obstante la doctrina del origen jurídico de los Estados, así como muchas otras del derecho natural, han pasado a las modernas teorías generales jurídicas del Estado, y éstas, hasta en estos últimos tiempos, enumeraban actos de formación de Estados, como si se tratase de hechos jurídicos.[5] La misma literatura del derecho

[3] *Philosophie des Rechts*, pp. 301 ss. Hegel sólo se ocupa de la idea del Estado, mas no de sus formas históricas y contingentes; no obstante, dice respecto a esto: "La autoridad de un Estado real, en tanto es susceptible de ser admitida, en cuanto se tome este fundamento, de las formas del derecho que tienen validez en el Estado", p. 307.

[4] *Staatslehre*, pp. 169-170: "No nace el Estado por un conjunto de fuerzas, sino por el desplegamiento de su vida interior; no nace por un acto de reflexión humana, sino mediante la providencia divina". "De este modo nace realmente el Estado, de este modo obliga jurídicamente. Su legitimidad descansa en su mera existencia como tal Estado." "En tanto la doctrina del derecho natural considera al Estado como una relación contractual, que nace históricamente sin finalidad alguna, es preciso al tener un conocimiento exacto de él, considerar que, aun aquellas partes y determinaciones de su constitución que son realmente producto del asenso común, han sido introducidas por una autoridad que está sobre los que tuvieron participación en ese asenso." Por esto rechaza también Stahl la doctrina secesionista de la unión americana relativa a la revocabilidad. Zörn, *Deutsche Literaturzeitung*, 1904, p. 883, cuya doctrina sobre los orígenes de los Estados confederados he expuesto en otro lugar (*Lehre von den Staatenverbindungen*, p. 262, n. 10), está en un error si se considera autor de la teoría que afirma la imposibilidad de derivar el Estado del derecho.

[5] Mohl, *Enziklopädie*, p. 99, dice: "Con justicia puede ser vituperada la audacia o ignorancia de quienes pretenden negar la frecuente fundación de los Estados mediante contratos". Pero Mohl no se pregunta si la formación de un contrato para fundar el Estado es realmente la causa eficiente del mismo. También Bluntschli, *Lehre von modernen Staat*, I, p. 336, y H. Schulze, *Einleitung*, p. 151, n. 10, explican, a pesar de su polémica apasionada contra la teoría contractualista, que la historia conoce casos particulares de Estados que se han fundado mediante contratos. Rehm, *Staatslehre*, p. 273, pretende hacer nacer los Estados, excepcionalmente, mediante un *acto común* jurídico de generaciones o individuos. Este acto común (léase el cap. XXI de nuestra obra) tiene un carácter de puro derecho natural, y no vale un ápice más que el antiguo contrato social rechazado por los partidarios de la teoría del acto común. Este acto no pertenece ni al derecho privado, ni al público, ni

internacional, que tan enérgicamente afirma el carácter real del proceso de formación de los Estados, no se ha librado, en la actualidad, de tratar de derivar el Estado de un acto puramente jurídico. En el sistema del derecho internacional, encontramos, o la enumeración de hechos históricos que han servido de fundación, sin que se trate de hacer una investigación más detallada de ellos para ver si estos hechos tienen además un carácter jurídico, o bien junto a actos materiales una declaración expresa que trata de explicarlos como jurídicos.[6] Singularmente, la cuestión acerca de los orígenes del Estado confederado ha sido causa de innumerables ensayos que han intentado una construcción jurídica de los orígenes de esta forma de asociaciones de Estados, de las que nos ocuparemos particularmente en otro lugar.

La oscuridad de tales concepciones se reconocerá fácilmente si se considera en qué consiste la esencia del derecho internacional. Obliga éste a los Estados ya existentes, por obra del reconocimiento de que son objeto, pero no a los poderes que forman Estados y que no son Estados

al internacional, el cual desconoce a los individuos en cuanto sujetos que puedan fundar Estados desde un punto de vista de derecho internacional. No podría, pues, este acto común pertenecer al derecho positivo, sino sólo a un derecho racional, el mismo para todos los pueblos y tiempos, que permanece siempre idéntico a sí mismo. Estos *actos comunes* son acciones efectivas, pero no acciones jurídicas. Si bien los puritanos que emigraron a América encontraron necesario redactar sus famosos contratos de fundación, deben verse e interpretarse a la luz de la atmósfera espiritual en que ellos vivían. Creían que era preciso llevar a cabo tales contratos, porque consideraban evidente que toda comunidad descansaba sólo en ellos; pero la causa real de su fundación no radica en la representación errónea que tenían acerca de la fundación, sino en la instauración efectiva de una comunidad organizada. Siempre se olvida que los colonos continuaban considerándose ingleses, sometidos al derecho inglés, y pensaban en las colonias como partes del Estado inglés. *"We [...] the loyall subjects of our dread sovereign King James [...] heveing undertaken for the [...] honour of our King and countrie, a voyage to plant the first colonie in the Northerne parts of Virginia."* Así comienza el famoso contrato de "Mayflowers". No trataron los colonos, ciertamente, de fundar un Estado en sentido jurídico, porque si así hubiese sido, no habrían necesitado transformar las colonias en Estado el año 1776.

[6] Así, por ejemplo, Rivier, para no citar sino la literatura más reciente, *Principes du droit des gens*, 1896, I, p. 54, afirma el carácter real del origen del Estado, y añade que éste puede nacer, entre otros modos, *"en suite de conquête, de traité, de succession de révolutions amenées par une identité plus ou moins consciente d'intérêts par des aspirations nationales ou religieuses communes"*. Igualmente, Ullmann, *Völkerrecht (Handbuch des öffentlichen Rechts)*, 1898, p. 95, cita: la declaración de independencia, la separación por la fuerza, la sublevación y la guerra, contrato entre Estados independientes, con objeto de formar un solo Estado o una confederación, sucesión; Von Liszt, *Das Völkerrecht, systematisch dargestellt*, 3ª ed., 1904, pp. 41-42, distingue (de conformidad con la doctrina anterior, y sin tener en cuenta mis observaciones a la misma) como causa del origen de los Estados, entre acciones naturales y jurídicas (singularmente, unión de poderes copartícipes o de un tercer Estado) y el poder de las armas. Bonfils, *Lehrbuch des Völkerrechts*, trad. Groh, 1904, p. 106, dice muy justamente que, acerca de la cuestión del origen de los Estados, la historia, y no el derecho, ha de responder; pero no separa lo bastante la prehistoria jurídica de los actos que originan al Estado, del origen real del mismo. Así, por ejemplo, él da como fundamento originario de la formación de Bélgica, la separación voluntaria de aquélla respecto de los Países Bajos, lo cual no es exacto, además, desde el punto de vista histórico.

en sí mismos. Por consiguiente, se pueden fijar las condiciones sobre las cuales reconocerán los otros Estados a una comunidad como tal Estado o la rechazarán; pero lo que no pueden estos Estados es reglar la creación de los mismos. El Estado es tal, en fuerza de su naturaleza interna, y entra en la comunidad del derecho internacional a causa del reconocimiento expreso o implícito de los otros miembros de esta comunidad. Del propio modo que toda individualidad adviene en persona mediante el reconocimiento de ella por una comunidad jurídica. El derecho internacional, por tanto, tiene como *factum* la existencia de los Estados, pero no puede crear este *factum* mismo.[7]

Pero tampoco el derecho público es capaz de formar el proceso de la formación de los Estados. Éste no puede fijar un derecho que sirva de base a su propio origen, porque para esto necesitaría precisamente existir él con anterioridad, es decir, para poder crear el derecho. El acto de creación de los Estados puede ser juzgado, sin duda alguna, según el derecho de los Estados de que se trate: puede ser contrario al orden jurídico de estos Estados o conforme a él. Pero jamás puede juzgarse el Estado así nacido según el derecho de otro, porque el derecho sólo valora lo que está sometido a su soberanía.

El fundamento más hondo de este fenómeno radica en la doble naturaleza del Estado. Sólo quien crea poder conocer a éste estudiándolo exclusivamente como institución jurídica es el que puede plantear la cuestión acerca del fundamento jurídico de un Estado concreto. El Estado es primeramente una formación histórico-social a la que se adosa el derecho, pero que no pudo crear a éste, sino que es más bien el fundamento de su existencia. Los hechos jurídicos preceden al nacimiento de los individuos humanos y se enlazan con ellos. Pero el acto del nacimiento mismo queda completamente fuera del derecho.[8]

Por esta razón, la existencia jurídica de un Estado sólo puede descansar en su propia voluntad. Un Estado jamás puede ser creado jurídicamente

[7] Haenel, *Staatsrecht*, I, p. 36, y Anschütz, *Enziklopädie*, p. 209, afirman la existencia de principios de derecho internacional acerca de la formación de los Estados; mas la prueba de su afirmación tiene por base una *petitio principii*, porque, según ellos, el imperio alemán ha sido creado mediante la unión *(Vereinwarung)*, con lo cual vienen a afirmar que un Estado puede nacer mediante un acto jurídico.

[8] Véase Gierke, en *Schmollers Jahrbuch*, 1883, pp. 85-86, donde él se muestra esencialmente de acuerdo con mis doctrinas expuestas en *Lehre von den Staatenverbindungen*, pp. 253-254. Acerca del origen puramente social y prejurídico de la corporación en general, se ha expresado muy enérgicamente Gierke, *Genossenschafstheorie*, pp. 23-24; *Deutsches Privatrecht*, I, pp. 483-484. Los hechos sociales que le sirven de fundamento van unidos a proposiciones jurídicas. Esto vale, sin duda alguna, para las corporaciones que se forman bajo el orden jurídico existente en un Estado. Pero no se puede aplicar esto a los Estados mismos, porque los principios de derecho internacional que habrían de reglar tales formaciones no existen. Se encuentra de acuerdo conmigo principalmente, Seidler, *Jur. Krit.*, pp. 71-72.

por otro, cualquiera que sea la participación que hayan tenido uno o varios Estados en el proceso de la formación histórica de un segundo Estado. El Estado es tal, por poseer órganos encargados de ejercer funciones de un modo inmediato. Ha menester, además, querer atender estas funciones de un modo libre. Una coacción para imponer una determinada organización a un Estado, no son conceptos concordables, y una coacción sobre los órganos supremos encargados de ejercer las funciones constitucionales equivaldría a privar a éstos de su carácter de órganos del Estado.[9] La formación del Reino de Westfalia fue ordenada por un decreto de Napoleón en el que fijaba aquel soberano los principios de la organización de este Estado. Pero solamente la libre voluntad de Jerónimo hizo posible que se llevase a cabo esta constitución, y al mismo tiempo que fuese posible el nuevo Estado, el cual pudo considerar desde este momento aquel decreto como una ley de sí mismo. Cuando Luis Bonaparte, no queriendo sufrir por más tiempo la arbitrariedad fraternal, abdicó la corona de Holanda, lo que tuvo como consecuencia la incorporación de este Estado al imperio francés, púsose bien de manifiesto que aun esos Estados aparentes, como los de estos sátrapas napoleónicos, necesitaban para poder existir, una voluntad que no estuviera sometida al peso de una coacción.

Aun allí donde un Estado conserva su organización y existencia históricas gracias a uno o varios,[10] no existe un nexo jurídico entre el Estado creador y el Estado creado. Pueden atribuirse al nuevo Estado obligaciones de derecho internacional, pero éstas suponen ya la existencia de aquél y no están derivadas del acto de creación. El orden del nuevo Estado, cualquiera que pueda ser la procedencia del mismo, descansa jurídicamente sólo en su propia voluntad. Al transformarse un miembro de un Estado en un Estado independiente, ha sido muy frecuente que conserve la constitución de que procede, la cual, no obstante permanecer con sus palabras casi intactas, adquiría como constitución de un nuevo Estado un carácter completamente distinto, que no podía ser derivada jurídicamente de la forma anterior.[11]

Estudiando el origen de nuevos Estados en una confederación, es como puede verse de una manera clara y rica en enseñanzas el hecho, externo al derecho, de la formación de los Estados. Así, por ejemplo, los Estados

[9] Por esto no radica en la libre elección del poder del Estado, el determinar qué constitución se ha de introducir. Un ejemplo notable de esto lo ofrecen las luchas constitucionales austriacas de 1861 a 1867. La constitución del 26 de febrero de 1861 había establecido dos *Reichsrat*, uno más reducido y otro más amplio, en el que habrían de tener cabida los diputados de Hungría. Pero jamás pudo llegar a constituirse este último, porque el *Landtag* de Hungría se negó a enviar representante.

[10] Como sucedió en Europa con Cracovia, las islas jónicas y Bulgaria.

[11] Véase el capítulo XV de esta misma obra.

Unidos de América.[12] Los territorios americanos advienen en Estados cuando una ley de la Unión los autoriza por un *Enabling Act*, para que se organicen como Estado los habitantes del territorio de que se trata. Sobre la base de esta ley se convoca una asamblea constituyente, que elabora una Constitución. Mas para estas constituciones existen ciertas condiciones restrictivas en las leyes de la Unión (por ejemplo, necesidad de libertad absoluta y prohibición del *control* de la Iglesia en las escuelas públicas). La Constitución hecha conforme a estos principios, mediante la cual se constituye el nuevo Estado y por cuya virtud se crean y entran en actividad los órganos de la nueva comunidad, no es una ley de la Unión, sino una ley del Estado. Así, por ejemplo, el *Enabling Act* del 22 de febrero de 1889, que divide el territorio de Dakota en dos Estados, Norte y Sur, autoriza al pueblo de estos dos Estados futuros a darse una Constitución.[13] En este caso, la Constitución de ambos Estados descansa exclusivamente en sus propias leyes, por eso principia la Constitución de Dakota del Sur de 1° de octubre de 1889 expresamente con estas palabras: *"We, the people of South Dakota [...] do ordain and establish this Constitution for the State of South Dakota"*.[14] De igual modo sucede con los demás Estados federados americanos. Más comprensivamente y en fecha reciente, ha tenido lugar esto mismo en el Brasil, el cual se ha transformado de un Estado unitario en federal, en virtud de la autorización concedida por el poder central a las antiguas provincias para convertirse en Estados.[15]

También en estos casos en que parece mostrarse muy claramente una continuidad jurídica, el acto de creación del Estado es realmente consecuencia de un hecho que queda fuera del orden del derecho. El poder central, que dominaba ilimitadamente hasta ahora sobre estos territorios, retrocede para dar espacio a la formación de Estados. No los crea él, pues, sino que permite crearlos. El acto de creación de los Estados no radica en el poder central, sino en la voluntad de cada asamblea constituyente, cuya acción de erigir el Estado no puede ser jurídicamente cualificada, porque falta el orden jurídico con que pudiera ser medida. Una vez formado el Estado es cuando pueden alcanzar significación jurídica retrospectivamente los hechos que dieron lugar a esta formación, en cuanto pueden ser juzgados ellos según el derecho de los nuevos Estados, siempre que haya alcanzado aquél para éstos un valor jurídico. Pero el acto decisivo de creación, en sí mismo, permanece sin duda alguna fuera del derecho y como su supuesto.

[12] Véase sobre esto, Jameson: *A treatise on Constitutional Conventions*, 4ª ed., Chicago, 1887, pp. 173 ss. Von Holst, *Das Staatsrecht den Vereinigten Staaten von Amerika (Handbuch des öff. Rechts)*, pp. 95 ss. Schlief, *Die Staatsrechtliche Stellung der Territorien*, en el *Arch. für öff. Recht*, IV, pp. 314 ss. M. Farraud, *The Legislation of Congress for the Government of Organiced Territories of the United States*. Newark, 1896, pp. 53 ss.

[13] Véase la *Laws passed at the second Session of the Legislature of the State of South Dakota*, Pierre, 1891, pp. 3 ss.

[14] "Nosotros, el pueblo de Dakota del Sur [...] hacemos, ordenamos y establecemos esta Constitución para el Estado de Dakota del Sur." *Op. cit.*, p. 16.

[15] Constitución de los Estados Unidos del Brasil, del 24 de febrero de 1891, artículo 2°: "Cada una de las antiguas provincias formará un Estado". Véanse también los artículos 4° y 63. Esta constitución ha sido traducida y publicada en francés en el *Annuaire de législation étrangère*, XXII, 1892, pp. 977-978.

Un Estado puede nacer mediante una lenta formación histórica; así acontecía con los Estados territoriales de los antiguos reinos alemanes, que jamás fueron reconocidos como tales expresamente por el imperio. Tampoco en este caso podía determinarse jurídicamente el proceso de formación de los Estados. Estaba terminado el proceso y el acto de creación llevado a cabo, tan pronto como se tuvo la convicción del origen jurídico del poder del Estado y se le hizo descender históricamente de la esfera del imperio. Los señores territoriales alemanes consideraban su poder como una gracia divina; es decir, como un derecho que les pertenecía a ellos originariamente. Más tarde explicaremos cómo hubo doctrinas jurídicas que contribuyeron a afirmar estas convicciones.

Es posible que los efectos de los actos que forman los Estados no hayan adquirido claridad en la conciencia de los actores. La organización de los ejércitos y de las autoridades en Brandeburgo y Prusia a partir del Gran Elector ha ido formando lentamente un solo Estado, de los *Estados prusianos*, lo cual no pudo verse con perfecta claridad jurídica sino después de la disolución del imperio.[16] Nadie puede determinar taxativamente la hora en que nació la unidad del Estado prusiano, porque no es posible fijar en qué momento las partes dejan de ser tales. Lo mismo exactamente puede decirse de la monarquía austriaca, donde, a partir de María Teresa, existe una organización común entre los territorios heredados alemanes y bohemios; ella fue quien hizo un Estado unitario de estos territorios sin que la conversión de estos dos grupos en provincia haya sido expresamente formulada.

Este acto de creación, pues, queda fuera del derecho, pero *sólo* él. Todos los actos que le preceden y le siguen han de ser juzgados en el mundo de los Estados modernos según algún derecho. Las personas que fundan el Estado están siempre sometidas a un orden jurídico conforme al cual sus acciones, en tanto que la fundación misma no se ha llevado a cabo, aparecen como conformes al derecho o como contrarias al mismo,[17] lo cual tiene una consecuencia importante, y es que allí donde la fundación

[16] Véase Bornhak, *Preussische Staats-und Rechtsgeschichte*, 1903, pp. 146-148. Aun era posible a Schlözer escribir en 1779 al ministro Zedlitz: "La monarquía prusiana es un agregado de Estados grandes y pequeños". Véase Max Lehmann, *Freiherr von Stein*, II, 1903, p. 13.

[17] Esto ha sido tratado muy acertadamente por Laband, I, p. 33.

se hace respetando el orden jurídico, el Estado recién creado no necesita un reconocimiento especial de aquellos otros Estados a cuya esfera jurídica alcanza de algún modo su creación, sino que su reconocimiento resulta como un efecto inmediato y evidente, en tanto que cuando se trata del caso opuesto, se hace necesario un acto de reconocimiento por parte de los Estados lesionados, bien que este reconocimiento sea obligatorio o no según el derecho internacional, y pueda hacerse expresamente o seguirse como una concesión tácita.

La nueva formación de un Estado se considera, pues, acabada, si todos los elementos esenciales de un Estado existen realmente y de una manera indubitable en el caso dado, y la comunidad así formada está en situación de actuar como tal. Así sucede cuando sus órganos ejercitan realmente la soberanía, y a ellos se obedece de un modo efectivo. Con este hecho se enlaza inmediatamente el derecho. Respecto del exterior, el nuevo Estado entra en la comunidad de los mismos, y como necesita mantener una relación con los demás, se reconoce como obligado al derecho internacional tal como éste se halla en el momento de la creación del Estado. Por esto acepta como suyos ante todo los deberes que ordena el derecho internacional respecto a la sucesión de los Estados.[18] Respecto al interior, no existe ningún principio jurídico que lo obligue a reconocer el derecho existente, pues el derecho internacional no ordena las relaciones internas de los Estados, y no hay otro derecho que pueda obligar a dos Estados separados entre sí a tener un orden común. Formalmente, el Estado parece completamente libre de formar, según su sentir, el nuevo sistema jurídico de su vida y de tomar del antiguo lo que le plazca. Mas esta libertad formal encuéntrase ante obligaciones materiales. El nuevo Estado está determinado, sin duda alguna, por su fin, y conforme al fin jurídico que le es propio según la convicción de sus miembros, está obligado materialmente a modificar lo menos posible la situación jurídica. Por esto toma del derecho en vigor hasta entonces, en el Estado desaparecido, cuanto para su propio orden jurídico conviene, a menos que sea necesario para el nuevo Estado la destrucción de las relaciones del antiguo, o conserven validez para él por no haber sido suprimidas por un acto expreso.[19]

[18] O mejor dicho, que no están ordenados, puesto que hay pocos puntos en el derecho internacional que puedan estar tan poco claros como la doctrina de la sucesión de los Estados. Véase sobre las distintas teorías acerca de esto: Max Huber, *Die Staatensukzession*, 1898, pp. 8-9. La propia solución organológica que da Huber al problema queda también sometida a la crítica.

[19] En caso de incorporación, se consigue el mantenimiento del derecho mediante el hecho jurídico del reconocimiento previo por el Estado anexionante del orden jurídico del Estado anexionado, y de aquí que sea cuestionable la presunción de si continúa o no este reconocimiento.

No es esto un principio de derecho natural, pero corresponde a la práctica dominante, y las desviaciones de esta regla se consideran, dadas las modernas concepciones del derecho, como injustas. Por esto es el Estado formalmente libre de reconocer el derecho existente; pero pesa sobre él la exigencia ético-política que lo impele a reconocerlo con las restricciones señaladas. Comúnmente, tiene esto lugar de un modo tácito. De tal modo están dominados los poderes formativos de los Estados por las concepciones dominantes acerca de lo que debe ser el derecho, que se deduce de ellas inmediatamente la voluntad presunta de mantener como válido dentro del nuevo Estado todo el derecho anterior que no ha sido derogado. En otro caso, es decir, si así no fuera, resultaría en este territorio que había una completa ausencia del derecho, hasta que un acto expreso legislativo lo promulgase. Pero esta situación jamás puede presumirse como voluntad de un Estado. Este derecho conservado experimenta una transformación honda, porque, a pesar de la continuidad e igualdad material con el derecho anterior, procede de una fuente distinta, y esto es de importancia suma para su evolución.

Exactamente lo mismo puede decirse cuando se trate de cesiones de territorio. En el derecho internacional no hay nada determinado respecto al derecho que ha de valer en el territorio separado, a no ser que de un modo excepcional el cesionario haya dado seguridades acerca de esto al cedente. Tan pronto como un Estado tiene en su poder, jurídicamente, un territorio, la situación jurídica de éste sólo puede ser juzgada frente al Estado según el derecho propio al mismo, y no podría ser obligado formal y jurídicamente por una voluntad superior a la del Estado.[20]

[20] Estas cuestiones trátanse por lo común en los sistemas de derecho internacional. Así, por ejemplo, Rivier, *Principes*, II, pp. 436-437; Ullmann, *op. cit.*, p. 70; pero falta una investigación fundamental acerca de este problema. Ullmann, en la obra y pasaje citados, hace consistir la conservación del orden jurídico en que el objeto de la adquisición sea una asociación corporativa organizada con un orden jurídico propio, cuya soberanía sólo puede ser cambiada por el nuevo poseedor mediante otros actos jurídicos voluntarios. Pero ¿en qué orden jurídico tiene su origen este principio? En el derecho internacional seguramente no (pues falta un sujeto internacional justificado que esté frente al del adquirente y sólo indirectamente pueden tener estos casos un aspecto de derecho internacional, es, a saber, cuando entra en cuestión el derecho de un tercer Estado); por consiguiente, sólo puede tenerlo en el derecho público. Pero ¿dónde hallar el derecho público positivo que asegure a los territorios anexionados su derecho? No pertenece, pues, el principio de Ullmann a la esfera del derecho positivo, sino al de la *aequitas* creadora del derecho. La práctica prusiana de 1866 corresponde, sin duda alguna, al punto de vista aceptado por nosotros, por cuanto confirma de un modo expreso el derecho existente. Dice el acta patente de anexión de Hannover: "Queremos conservar las leyes e instituciones existentes hasta ahora en Hannover en cuanto son la expresión autorizada de sus peculiaridades; pueden permanecer en vigor sin hacer agravio a la unidad e intereses del Estado mediante pretensiones extremadas". También quedaban garantidos expresamente los derechos adquiridos. Véase *Preussische Gesetzsammlung*, 1866, p. 592. En el mismo sentido se procedió para las demás anexiones a Prusia.

Por último, se debe examinar cuánto tiempo permanece un Estado en el mismo lugar. La doctrina dominante en el derecho internacional afirma que ni los cambios profundos de la constitución, ni las revoluciones, ni el aumento o disminución del territorio del Estado, y por consiguiente de la población, destruyen la identidad del Estado; pero este principio reconocido por la generalidad, sólo es admisible aceptando el punto de vista de la teoría de la asociación. Una unidad asociativa es independiente del número de sus miembros y de la extensión de su dominio. Un cambio en su constitución altera la forma pero no el ser de la asociación. La unidad de ésta permanece la misma, en tanto que los elementos de la asociación estén en una perfecta continuidad temporal y los fines concretos de ella sean, al menos en su mayor parte, objeto de su atención incesante.[21]

No es fácil decidir en cada caso particular si un nuevo Estado se puede considerar como realmente nuevo o si sólo ha experimentado una modificación en alguno de sus elementos. Así, por ejemplo, parece como si en 1707 el reino de Inglaterra hubiese dejado de existir para dar lugar mediante la unión con Escocia al reino de la Gran Bretaña. Realmente, al unirse a Inglaterra Escocia, lo que sufrió fue una ampliación de extensión, ya que la unión sólo tuvo esencialmente como consecuencia, algunas pequeñas modificaciones sin importancia en la estructura del Parlamento inglés. Este mismo resultado fue el de la unión de Irlanda con la Gran Bretaña en 1800, no obstante haberse considerado esto en el lenguaje oficial como la formación de una nueva comunidad-Estado constituida por otras dos que habían permanecido hasta entonces independientes. No se les ha ocurrido por esto a los ingleses pensar que Guillermo IV fuera el primer rey de este nombre por el hecho de que hubiera sido realmente el primero de la Gran Bretaña. De suerte que los ingleses no han aplicado las consecuencias de esta transformación, que en la terminología oficial ha experimentado Inglaterra, a la cronología de sus reyes.

[21] Esta unidad ha de ser apreciada según las normas sociales valorativas existentes en aquella época, como acontece siempre que hay un cambio en los elementos constitutivos de una unidad social. Las concepciones modernas acerca de la identidad no podrían ser aplicadas, sin sufrir alteración, a las modificaciones de los Estados medievales, quienes, no obstante, conservaban un fundamento social que permanecía siempre el mismo. Que la cuestión relativa a la identidad de los Estados y la de los elementos que los garantizan fue discutida en la Antigüedad, lo prueban las observaciones de Aristóteles en *Pol.*, III, 1. La solución que Aristóteles da al problema, a saber: que el Estado en sí mismo cambia al mismo tiempo que cambia su constitución, es la que corresponde a su concepción fundamental acerca de la esencia de las cosas, la cual se encuentra según él, en la forma. A partir de Grocio, ha sido rechazada esta opinión por todos los teorizadores del derecho internacional con argumentos que no corresponden a la calidad de los que esgrimían los adversarios; tanto más, cuanto que Aristóteles mismo no desconocía la significación práctica de la cuestión de la persistencia de las obligaciones de los Estados transformados respecto de otros, y admitía desde su punto de vista la posibilidad de una solución que correspondiese a la necesidad de las relaciones entre los Estados.

Nos ofrece un ejemplo opuesto el reino de Italia. Formalmente, Italia se ha constituido mediante la incorporación de la provincia italiana de Austria, y el resto de los Estados de la península de los Apeninos, al reino de Cerdeña, y la constitución de ésta, extiende su acción sobre toda Italia. Oficialmente sólo parece haberse transformado el nombre de Cerdeña, en Estado de Italia, el cual había de constituir con aquélla el mismo Estado y el mismo sujeto de derecho internacional. Pero contradice esto el carácter de mera provincia que toma dentro del Estado italiano el primitivo reino de Cerdeña; la elevación de Roma a capital; la organización de todo el Estado y la fijación de órganos inmediatos para el mismo. Estos hechos histórico-políticos están en desacuerdo con las teorías oficiales, y no consienten se considere a Italia meramente como una Cerdeña extendida, sino más bien que se considere a Cerdeña como reabsorbida por el nuevo Estado que forma Italia.

Estos ejemplos nos enseñan cuán próximos pueden hallarse estos dos fenómenos: la formación de un Estado y la transformación del mismo. El *iatus* de dos órdenes jurídicos que acompaña a todo proceso secundario de formación de un Estado, salvo que esto suceda en un territorio hasta entonces sin Estado, puede ser tan insignificante que llegue a ser muy difícil, en casos particulares, fijar los límites de ambos. En el proceso histórico existen por todas partes imperceptibles momentos de transición; mas el derecho, a causa de su naturaleza conceptual, necesita límites precisos en estos casos en que la nueva formación de un Estado sólo puede determinarse *a posteriori;* es absolutamente evidente, a causa de la ininterrumpida continuidad de la historia, que el nuevo poder del Estado reconoce al que hasta entonces existía y no ha sido aniquilado por la modificación de las relaciones políticas.

En cada caso concreto en que se pone en cuestión si se ha formado o no un Estado, sólo es posible fijar su existencia o negarla atendiendo a la situación concreta de las cosas en aquel momento. Los principios generales con que se puedan diferenciar las formaciones dudosas de las que son indudables, casi son imposibles.

Un Estado permanece idéntico y continúa, por tanto, en su calidad de tal cuando a causa de una *capitis diminutio,* se convierte de soberano en no soberano. Al entrar en un Estado federal pierde el poder de un Estado la nota de soberanía, pero conserva todas las notas esenciales del Estado.[22] Los Estados de la Alemania del Sur, por ejemplo, han permanecido

[22] El punto de vista opuesto fue mantenido por mí en otra ocasión. Véase *Lehre von den Staatenverbindungen,* pp. 50 ss.

los mismos que eran antes, no obstante haber entrado a formar parte del reino alemán.

2. La desaparición de los Estados

La desaparición de un Estado puede ser, como su origen, una cuestión meramente de hecho que se desarrolle fuera del dominio del orden jurídico. Si los acontecimientos naturales destruyen el territorio de un Estado o su pueblo, el Estado toca igualmente a su fin. También puede tener lugar el fin efectivo del Estado por disolución de la unidad de la asociación cuando deja de existir el poder del Estado por desaparecer los órganos supremos o porque rehúsa continuar funcionando: el ejemplo más claro de esto lo ofrece la disolución del Sacro Imperio Romano Germánico en 1806. La renuncia de la corona imperial de Francisco II no fue el fundamento jurídico de la disolución del reino. La declaración hecha por él: "consideramos el oficio y dignidad superior del reino como extinguidos a causa de la unión de la Confederación del Rin y nos consideramos a nosotros mismos desligados de todos los deberes que habíamos aceptado respecto del imperio alemán", excedía las atribuciones del emperador, y la ruptura efectiva de la Confederación del Rin y del imperio deja como existente e intacta la asociación en los restantes territorios, los cuales constituían la mayor parte del imperio.

La ruina de un Estado es un hecho puramente real cuando se debe a un acto de poder, tenga o no un carácter guerrero, bien porque se trate de ocupaciones debidas a la decisión de una parte sin fundamento jurídico alguno (por ejemplo, repartición de Polonia) o revoluciones (Estados del centro y sur de Italia en 1860-1861).

Pero en todos los demás casos, la desaparición de un Estado es un hecho. No desaparece un Estado porque él decida no continuar existiendo o unirse a otro. Más bien se necesita que cese el poder público de ejercer sus funciones y comience en su lugar a llenar su actividad otro Estado.

Estos hechos son aquellos que el derecho internacional suele ocuparse en clasificar. La división de un Estado, la división por poderes extranjeros, la conquista, la anexión voluntaria a otro Estado, la conversión de una variedad de Estados en uno, son hechos que tienen, ante todo, una naturaleza real, a saber: la disolución de asociaciones estatistas existentes.

Con estos hechos pueden enlazarse actos jurídicos, pero de una manera completamente distinta que cuando se trataba del origen de un Estado. Este último se llevaba a cabo fuera del derecho porque no existía orden alguno con el que pudiesen juzgarse los hechos que daban lugar al advenimiento del Estado; pero no sucede lo mismo cuando se trata de la desaparición del Estado.

Puede suceder que el Estado deje de existir conforme a su propio orden jurídico; es decir, puede acontecer que legalice los actos que lo encaminan a su desaparición. El principado de los Hohenzollern y el ducado de Lauenburg han sido incorporados al reino de Prusia en virtud de la voluntad legal de estos Estados, manifestada de conformidad con su constitución. En estos casos precede a la desaparición del Estado un contrato de sujeción que lo obliga a hacerse desaparecer. Pero puede extenderse un Estado, de conformidad con el orden que regula dentro de su dominio la validez jurídica de los cambios de territorio, más allá de sus primitivos límites y el derecho internacional reconoce a esta extensión un valor jurídico, incluso si es resultado de la conquista y contraria a la voluntad del Estado desaparecido, e incluso cuando este acto de fuerza ha sido acompañado de la violación de la norma del derecho internacional. Esta extensión tiene lugar mediante el acto de incorporación, al cual se le ha de atribuir un valor jurídico. Pero existe una diferencia entre la incorporación que tiene lugar por la voluntad de ambas partes y la que sólo desea una de ellas, a saber, que en el primer caso, la totalidad de los hechos que originan la cesación del poder de un Estado y la sustitución de este poder por uno nuevo, son jurídicos, en tanto que en el segundo caso, el acto de la destrucción real de un Estado precede al acto jurídico de la incorporación. Existe aquí siempre una situación de hecho, cual es la ocupación, a la que puede unírsele el acto jurídico de la incorporación. Ésta se encuentra completada en el momento en que el sujeto activo de la incorporación da a conocer, de una manera suficiente según el derecho internacional, que considera como perteneciente a él, el territorio que ocupa. Por consiguiente, no coinciden de ninguna manera este acto y la incorporación desde el punto de vista del derecho público particular del Estado; más bien puede decirse que estos actos acontecen distanciados temporalmente, pues el segundo no necesita llegar a tener efecto en general, como habremos de explicar en otro lugar.

Las mismas cuestiones principales que hemos encontrado cuando se trata de la desaparición total de un Estado, las hallamos también al tenernos que referir a la separación de partes del Estado. Estos actos corresponden igualmente, como cuando se trata de la desaparición de la posesión en derecho privado, a la esfera de lo real. Este hecho, como toda clase de cesiones, puede ir acompañado del derecho y estar fundado en el mismo, pero puede suceder que la separación de estos elementos sea debida a un acto de poder. Sin embargo, no podría conservar durante largo tiempo un mero carácter de hecho, porque el poder mismo del intercambio en las relaciones internacionales fuerza al Estado lesionado a reconocer

los hechos ocurridos, mediante lo cual la separación y la incorporación adquieren un carácter jurídico. En este punto concreto, diferéncianse estos hechos de la desaparición total de un Estado; pues, en este último caso, no queda nadie con el derecho o el deber de reconocer el nuevo estado de cosas creado. Los soberanos legítimos destronados y toda clase de pretendientes no tienen derecho alguno a combatir o a reconocer un orden de cosas contrario a sus exigencias, pero que está afirmado. Las acciones de estas personas son de gran significación desde un punto de vista político; pero jurídicamente, toda acción sólo puede ser juzgada de acuerdo con el orden jurídico existente, cualquiera que pueda haber sido el modo como éste naciese, y así considerados, los actos de estos pretendientes o tienen un carácter indiferente para el derecho, o son contrarios al mismo. Sólo quien considere que existe un orden jurídico natural, perfecto, que esté sobre el derecho público positivo y sobre el internacional, y por consiguiente, que desconozca la importancia de las relaciones entre fuerzas para la vida de los Estados, puede llamarse partidario de la doctrina del principio de la legitimidad.[23]

Es posible también el renacimiento de un Estado desaparecido cuando los elementos de la asociación se unen de nuevo. Mas si este Estado que renace es o no idéntico al que desapareció, sólo puede ser determinado mediante consideraciones sociales, pero no por un razonamiento formal jurídico. La continuidad y discontinuidad de las relaciones jurídicas engendradas por la muerte y resurrección de un Estado sólo puede ser medida conforme a una justicia que esté sobre el derecho. Justamente estas relaciones muestran de un modo claro que la conexión entre lo social y lo jurídico en la vida del Estado no necesita coincidir.[24]

Así como puede dudarse de la existencia de un nuevo Estado, puede también ponerse en duda la desaparición de un Estado; confirman esto, los ejemplos que hemos citado. A ellos ha de añadirse el de un Estado que en el transcurso de la evolución histórica se funde o se asocia a otro. El ejemplo más relevante de esto nos lo ofrece la historia de Austria. Antes de la pragmática-sanción, era ya muy dudoso que los distintos territorios de Habsburgo formaran un Estado común, y la pragmática-sanción ha dado a estos territorios la unión indisoluble, pero no una unidad de Estado. Hemos hecho notar en otro lugar que la formación del Estado austriaco no fue acompañada de una declaración expresa de lo que cedía el Estado a sus partes. No es posible determinar con entera seguridad

[23] Sobre esto véase el cap. XI.

[24] A fin de explicar la continuidad jurídica en estos casos, se ha aceptado el recurso que ofrece la ficción romana del *postliminium*. Para comprender la completa falta de solidez y valor de esta construcción cuyas huellas se advierten en los sistemas del derecho internacional, véanse las observaciones importantísimas de Brockhaus en *Holzendorffs Rechtslexikon*, III, 3ª ed., Postliminium, pp. 97-98.

en qué momento han perdido completamente su carácter de Estado los territorios bohemios, tanto más cuanto que el concepto del Estado es hoy un concepto distante de las oscuridades y confusiones características del siglo XVIII. Igualmente la existencia de un Estado búlgaro independiente entre los años 1687 y 1867 ha sido muchas veces puesta en duda y sólo ha sido afirmada de manera indubitable, por vez primera, mediante las leyes promulgadas en la última fecha citada.

X. TIPOS HISTÓRICOS FUNDAMENTALES DE ESTADOS

Como todo fenómeno histórico, el Estado está sometido a un cambio permanente en sus formas. Por esto, dentro del tipo general que hemos hallado, particularízase el Estado de múltiples maneras. Los elementos del concepto del Estado en sus dos formas, social y jurídico, se muestran de distinta manera en los diferentes círculos que forman la vida de la cultura, y depende de las propiedades generales de un pueblo y de una época, tanto el que se llegue a tener conciencia de estas propiedades como la manera de alcanzarlas. Por esto es altamente instructivo considerar los tipos de Estado que tienen una relación histórica con el Estado actual, ya porque le unan con él una inmediata continuidad histórica, ya porque el conocimiento de los unos haya influido en el otro. Los tipos que hemos de considerar aquí son los del antiguo mundo oriental, y más singularmente el de los israelitas, griegos, romanos, Edad Media y, por fin, el Estado moderno.

Estas formaciones de Estados han de ser comprendidas evidentemente, como todo lo histórico, en un fluir permanente, de suerte que el comienzo y el fin revistan en cada uno un aspecto enteramente distinto; pero en toda esta evolución y transformación pueden encontrarse muchas notas permanentes que a través de todos los cambios sufridos en el tiempo dan a un Estado o a un grupo determinado de Estado, un tipo especial; sólo este hecho es bastante para evitarnos el creer que la historia política de un pueblo es únicamente una confusión de noticias sin conexión interior y con un mero nexo temporal.

De las primitivas formaciones de los Estados sólo habremos de hacer notar aquello que es esencial para el conocimiento del Estado moderno. Una consideración total de la evolución histórica del Estado no cae dentro de la doctrina de éste, sino de la historia política y de la historia de la cultura, así como de la doctrina de la sociedad en todas sus disciplinas particulares; es más, estudiar de un modo completo en el curso de la historia un aspecto determinado del Estado significa el esfuerzo aunado de muchos investigadores. La cuestión que se trata en este lugar es tan sólo la que hace referencia a la asociación del Estado y al lugar que, dentro del mismo, corresponde al individuo, para ver si está en oposición o se conforma con las relaciones análogas existentes en el Estado moderno.[1]

[1] La oscuridad metódica de R. Schmidt se muestra de un modo patente en cómo polemiza contra las observaciones que habrán de seguir, *op. cit.*, II, 1, p. 839, nota. No toma en

1. El antiguo Estado oriental

Nuestro conocimiento acerca de la naturaleza y de las instituciones de los antiguos Estados orientales es muy defectuoso y no puede emitirse juicio alguno definitivo si se ha de tomar como base los resultados de la investigación histórica sobre los hechos que hubieron de conducir a la formación de imperios tan poderosos, sobre su organización interior y sobre los fundamentos del orden jurídico en que se apoyaban.[2] Poco se alcanza con designar a estos Estados con las expresiones de Estado despótico o Estado teocrático.[3] En lo que respecta al despotismo del Estado oriental, jamás estuvo tan acentuado que impidiese la existencia de un orden jurídico. Hubo un derecho egipcio, persa, indio, etc., con instituciones muy determinadas, y un derecho ordenado.[4] La consideración desdeñosa que los helenos tuvieron de la esclavitud de los antiguos pueblos orientales, la cual ha influido hasta nuestro tiempo, ha sido exagerada grandemente y tiene su base en la identificación que hacían los griegos entre libertad y participación en la soberanía; pero la verdad del caso es más bien que el derecho del individuo no podía hacerse valer para con el monarca, sino contra su subordinado, y que, como ocurre en todos los Estados en quienes la plenitud del poder reside en un órgano sin restricción alguna, sólo

consideración, a pesar de las líneas anteriores que parecen excluir toda interpretación errónea, que no se trata aquí de tipos que abarquen la totalidad del Estado, sino sólo de tipos que fijen la situación del individuo dentro de la asociación del Estado. De este modo relaciona este autor los Estados egipcio y persa, las asociaciones atenienses basadas sobre la consanguinidad, con la asociación del Estado, la diarquía romana de príncipe y senado, el Estado de la Edad Media, apoyándose en una distinción mediante la cual quedan amalgamados los elementos y aparece negada toda oposición esencial en estas formaciones, llamadas análogas, tan separadas unas de otras por el tiempo y por su distinto carácter cultural. ¡De aquí habría de deducirse que el individuo no ha experimentado ninguna modificación fundamental en su situación respecto al Estado desde la época de los faraones!

[2] Sobre los comienzos de la historia oriental hace notar I. von Ranken, *Weltgeschichte*, 4ª ed., I, p. 86, que no se presenta en general al comienzo en forma de grandes monarquías, sino en pequeños círculos de tribus o de corporaciones análogas al Estado, las cuales mantienen un régimen de autoridad peculiar e independiente las unas de las otras. Véase también Ed. Meyer, *Geschichte des Altertums*, I, 1884, p. 618.

[3] Todos los signos inducen a creer que estas formas fueron el punto final de una historia larga y rica en cambios. Las tradiciones israelitas de la época premonárquica, la organización aristocrática de las colonias fenicias y el reinado del pueblo entre los persas (Ed. Meyer, I, p. 608) muestran que el Oriente no fue menos vario en su política que lo que ha sido Occidente.

[4] Singularmente el conocimiento progresivo del derecho babilónico y egipcio nos ha hecho comprender la existencia de instituciones jurídicas bastante perfeccionadas que no concuerdan con las representaciones que solemos tener acerca del despotismo oriental. Véase Revillout, *Cours de Droit égyptien*, I, 1884, y *Les Obligations en droit égyptien*, 1886. Véase también Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen römischen Kaiserreichs*, 1891, pp. 56-57. Sobre el derecho del antiguo Oriente da noticias amplias L. Félix, *op. cit.*, IV, I, pp. 152-153.

pueden encontrarse las garantías para la conservación del orden jurídico en la naturaleza contingente de las personas que detentan el poder. En Oriente, por tanto, el individuo tiene una capacidad de derecho privado limitada. Lo mismo sucede con una parte del pueblo respecto de la capacidad para el derecho público, puesto que la pertenencia a una determinada clase o casta es lo que le da una calificación pública para que le sea otorgada una función u oficio. Por último, como frecuentemente sólo pagan tributos y proveen de soldados al ejército las comunidades sojuzgadas, tienen los grandes Estados una disposición interior que hace aparecer la totalidad de su asociación mucho más fútil e insignificante que la de los modernos Estados unitarios y centralizados.[5]

La teocracia, palabra creada por Josephus,[6] expresa una variedad de representaciones políticas, de suerte que es preciso darse cuenta del contenido circunstancial y concreto que en cada caso particular le corresponde. Es común a estas representaciones el significar una relación entre el soberano del Estado y el poder divino; mas se pueden distinguir dos tipos fundamentales: o bien el soberano es representante del poder divino, y su voluntad es semejante a la de la divinidad, o está limitado por el poder de ésta, que expresa su voluntad superior al Estado mediante otros órganos. De este modo, la teocracia puede tener como resultado el fortalecimiento del poder del Estado o la debilitación del mismo. Estas relaciones se modifican también conforme a la peculiaridad de las concepciones religiosas, dentro de las que existen oposiciones fundamentales, como se puede ver en la de los arios y semitas.

En general, puede decirse del primer tipo que apenas si reconoce el derecho del individuo, y que el Estado mismo toma el carácter de un objeto sometido a un poder extraño y superior al propio Estado. Por consiguiente, se afirma un dualismo peculiar por obra del cual el Estado ha menester de un complemento trascendente y suprahumano, gracias al cual adquiere capacidad para vivir.

El segundo tipo, por el contrario, plantea un dualismo dentro de la vida del Estado, formado por dos poderes: uno humano y otro de origen suprahumano. Hasta qué punto este segundo poder ejercitado por los sacerdotes no sólo limita sino domina y llega a transformar el dualismo en el sentido favorable al tipo primero, es cuestión que sólo puede fijarse en cada Estado particular.

Sin duda alguna, el más importante de todos estos Estados es el israelita, que corresponde al segundo tipo.[7] Sus instituciones, tal como han

[5] Así, principalmente en el Estado persa. Véase Ranke, I, pp. 150 ss.

[6] Contra Apion, 2, 16. Compárese con Wellhausen, *Prolegomena zur Geschichte Israels*, 4ª ed., 1895, p. 417.

[7] Sobre las relaciones estatistas anteriores al periodo del destierro, véase Stade, *Geschichte*

sido descritas por la Biblia, no sólo han influido en la construcción de la Iglesia primitiva, sino en las ideas políticas de la Edad Media y aun en las de la época moderna.

Las nuevas investigaciones han mostrado que el calificativo de teocracia sólo es aplicable de un modo completo a la época de la dominación extranjera en el Estado dē Israel, es decir, sólo a Judea.[8] La idea de que los mandamientos de Jehová son superiores al poder de los reyes y que no es el rey aquel por cuya voz Jehová habla a su pueblo, existió también en la época primera de los reyes. En todo caso, este hecho es uno de los efectos históricos del Estado israelita. Por consiguiente, la realeza era concebida desde antiguo en este pueblo como un poder limitado unido a la ley de Jehová, la cual habría de realizar. En la literatura general no se halla pueblo alguno en que se encuentren juicios tan agrios y en que se vitupere a los reyes tan acerbamente como en el pueblo de Israel. La idolatría de los monarcas, tan frecuente en otros pueblos orientales, fue desconocida por el pueblo israelita, y aquel Mesías soberano que para el futuro anunciaban los profetas no era un hecho histórico, sino sólo una esperanza para el porvenir.

Añádase a esto una tendencia vigorosa de democracia, impresa en la legislación judía, la cual en su solicitud para con los desposeídos que no gozaban de todos los derechos y las clases sociales sometidas a un régimen de dependencia, llegaron a alcanzar un nivel mucho más alto que ningún otro pueblo occidental de la Antigüedad, y no sólo era objeto de su cuidado el que pertenecía a la propia nación, sino también el extranjero y el esclavo. Es verdad que la ley se expresa sólo de un modo imperativo; mas detrás de ella se oculta de un modo análogo a la que tanta semejanza tiene en este punto con ella, la ley de las Doce Tablas, el reconocimiento de los derechos subjetivos. El israelita tiene una personalidad determinada que puede hacer valer frente a frente del rey, porque el problema para éste consiste precisamente en otorgarle la protección jurídica, conforme a la ley que a él mismo le obliga. Sólo ante Jehová encuéntrase el israelita desposeído de todo derecho.

Estas ideas no son obstáculo para que la realeza luche por adquirir aquel poder de arbitrariedad que es nota común al Oriente,[9] si bien permanece siempre viva la conciencia de las obligaciones del rey, y aquí tiene su lugar el carácter fundamentalmente democrático de la política del pueblo de Israel. Perduran los recuerdos de la época anterior a los reyes, según

des Volkes Israel, I, 1887, pp. 410 ss. Ed. Meyer, I, pp. 346 ss., 566 ss. Renan, *Histoire du peuple d'Israel*, II, III, 1891 a 1893. Sobre la época posterior al destierro, además de las obras ya citadas, es la más digna de nota la de Wellhausen, *op. cit.*, p. 345.

[8] Wellhausen, *op. cit.*, p. 444.

[9] El concepto del despotismo oriental sólo tiene un valor limitado cuando se le aplica al reino de Israel. Véase Wellhausen, *Israelitische und judische Geschichte*, 2ª ed., 1895, p. 86.

los cuales la institución de la soberanía real procede de la voluntad del pueblo que recibe después la sanción divina. Así pues, la soberanía trascendente de Jehová no es un hecho natural, sino que descansa en el sometimiento expreso del pueblo, llevado a cabo en la forma de un contrato. Ya hemos hecho notar cuánta importancia ha tenido más tarde esta concepción para prestar apoyo a las exigencias democráticas.

A pesar de todo, la forma de la monarquía israelita no se separa del tipo común al Oriente. No se habla para nada de una participación reglada del pueblo en el gobierno, si bien muchas veces rey y pueblo contraen obligaciones mutuas en la forma de un pacto ante Jehová.

Los elementos opuestos que se encuentran en este Estado se reflejan en los efectos igualmente contrapuestos que de él se derivan: la forma dualista del poder soberano y su reunión en una mano poderosa, la libertad del pueblo que rechaza la realeza o se somete a ella, el poder absoluto del príncipe establecido por Dios, el cual reconoce sin duda alguna limitaciones religiosas, pero no limitaciones jurídicas, todas éstas son posiciones que apoyan sus pretensiones doctrinales en el Antiguo Testamento, el cual ha desempeñado, a causa de ello, un papel de importancia suma en la historia de la doctrina política.

2. El Estado helénico

La característica del Estado helénico, que durante mucho tiempo ha sido identificado erróneamente con el Estado antiguo en general, como si respondiese el Estado romano a igual tipo que el griego, ha llegado a alcanzar en la literatura moderna una gran precisión en lo que respecta a su contenido. Como nota fundamental del Estado griego habría de señalarse su omnipotencia, el desvalimiento del individuo frente al Estado. Aquél se disuelve dentro de éste y no es tal sino por el Estado. La libertad antigua consistía exclusivamente en que el individuo tenía capacidad para participar en la formación de las leyes soberanas; pero éstas dominaban al individuo totalmente, sin dejarle esfera alguna de libertad en el sentido más importante que tiene este concepto de libertad para el hombre moderno. Por eso, la idea socialista, según la cual el individuo sólo tiene el valor de miembro de una comunidad, halla su expresión más alta y más pura en el Estado griego cuando se trataba, al menos, del ciudadano. En oposición a él, el Estado moderno ha reconocido al individuo como un poder, con una esfera independiente, y él mismo (el Estado) se ha puesto al servicio de la evolución de la persona individual.

Mas estos juicios que tradicionalmente se han venido emitiendo acerca del Estado helénico proceden de dos fuentes distintas: de un lado han

nacido bajo el influjo dominante de las ideas políticas de Platón y Aristóteles, a quienes es común la expresión de que el individuo no se pertenece, sino que pertenece al Estado, pero fueron olvidadas aquellas observaciones de ambos pensadores que estaban en contradicción, precisamente, con la afirmación antes emitida.[10] Además, no se tiene para nada en cuenta el resto de la literatura política en que se había descrito de un modo completamente diferente el Estado y sus relaciones respecto al individuo, y se desconoce el hecho histórico importantísimo de que el individuo moderno tiene su fundamento teórico precisamente en las antiguas doctrinas, lo cual, o se ignora o se dice que se trata de una desviación de la llamada verdadera idea del Estado entre los griegos. Pero la dirección individualista de la antigua doctrina del Estado se hallaba fundada, no menos que la opuesta, en las relaciones políticas y sociales de entonces, del propio modo que en la actualidad las concepciones contradictorias del Estado nacen con igual necesidad y exclusivismo de la oposición de fuerzas que reinan en la sociedad. Además se olvida que ambos pensadores construyen teorías que aún hoy están por realizar. Tener la doctrina platónica y aristotélica como la expresión adecuada de la esencia del Estado griego sería científicamente igual que tratar de explicar el Estado alemán por las observaciones que nuestros filósofos Kant, Fichte y Hegel han hecho acerca de las cuestiones fundamentales de las doctrinas del Estado.[11] Finalmente no se tiene en cuenta que la suerte ha preservado de la desaparición precisamente las obras de los dos mayores pensadores griegos, en tanto que ha desaparecido una rica literatura política de otras escuelas.

El tipo del Estado antiguo creado en vista de la doctrina platónico-aristotélica es un tipo ideal, pero no un tipo empírico.

La segunda fuente de las opiniones más comunes acerca del Estado helénico es el liberalismo moderno, cuya doctrina consiste en poner en términos muy claros y mediante una antítesis tan vigorosa como le es posible, la doctrina de las relaciones del Estado con el individuo. Los grandes escritores sobre doctrina del Estado de los siglos XVI y XVII aplicaron las antiguas teorías a los tiempos modernos, sin darse cuenta de la distinción fundamental que entre uno y otro Estado existía.[12] Pero incluso

[10] Singularmente olvídase por lo común al juzgar la doctrina platónica, que el filósofo sólo debe tener participación, según él, en la vida del Estado perfecto; pero en el Estado real y defectuoso, únicamente es el cuerpo el que vive y no el espíritu como dice Platón en el *Teetetes*, 173. Acerca de la oposición entre las relaciones políticas reales de los griegos y los ideales platónicos, véase Windelband, *Platón*, 1900, p. 168.

[11] Sobre la falta fundamental de la concepción del Estado de Aristóteles, quien ni era un escritor de derecho público ni un historiador, véase Wilamowitz-Moellendorff, *Aristotels und Athen*, I, 1893, pp. 265-266.

[12] Hobbes, *Leviatán*, XXI, pp. 201 ss., combate la doctrina antigua según la cual la libertad sólo se realiza en la democracia, mientras que Hobbes afirma que esta libertad es la libertad del Estado, pero no la del individuo. Ésta es igual en todas las formas del Estado:

Montesquieu ignora la oposición que existe entre la antigua y moderna libertad.[13] La concepción de la libertad en Rousseau procede directamente de los antiguos. La comunidad democrática de una ciudad griega[14] corresponde perfectamente al ideal de Estado de Rousseau. La idea de una esfera originaria de libertad que hubiera de respetar el Estado, la rechaza éste de un modo expreso.[15] Tampoco tenía la doctrina del Estado reinante en Alemania al comienzo del siglo XIX un concepto claro de la oposición entre la libertad griega y la moderna.[16] Hegel dice en sus lecciones sobre filosofía de la historia: "En Atenas existía una libertad real y una igualdad vital de costumbres y de educación [...] Junto a esta igualdad y dentro de esta libertad podían tener cabida toda clase de desigualdades entre los caracteres y las disposiciones intelectuales, así como toda clase de diferencias entre los individuos, los cuales encontraban en aquel medio incitaciones poderosas para su propia evolución".[17]

Prescindiendo de una afirmación incidental de Ferguson,[18] quien por vez primera, de un modo agudo y brillante, ha hecho resaltar la antítesis radical entre la libertad antigua y la moderna, fue el portavoz del liberalismo francés en aquella época en que este liberalismo alcanzó su mayor

"Whether a commonwealth be monarchical, or popular, the freedom is still the same". (Ora sea monárquica o popular [la organización de] una comunidad, la libertad siempre es la misma.) Esto es, el sometimiento del individuo al Estado es igualmente ilimitado en todas partes.

[13] En el *Esprit des lois*, XI, 3, desarrolla Montesquieu el concepto de la libertad política como aquel derecho individual de hacer todo lo que las leyes permiten: mas ésta no es la libertad democrática, añade él: *"Il est vrai que dans les démocraties le peuple parait faire ce qu'il veut: mais la liberté politique ne consiste point à faire ce que l'on veut".* La libertad política sólo puede hallarse, por consiguiente, en las formas moderadas de gobiernos. De la falta de libertad de los antiguos no habla nunca Montesquieu.

[14] Claro es que quedan excluidos esclavos y metecos.

[15] Véase Jellinek, *Die Erklarung des Menschen und Burgerrechte*, 2ª ed., 1904, pp. 5-6.

[16] Welcker, *Die letzten Grunde von Recht, Staat und Strafe*, 1813, p. 350, considera el Estado helénico como construido sobre la más perfecta libertad y personalidad del individuo. La subordinación del individuo al todo era voluntaria; pero el griego considera la participación en el Estado como lo más digno de valor. "Este sentido de la libertad y del derecho se consideraba como el más elevado, al cual se ofrecía como ofrenda voluntariamente lo mejor del individuo y aun su propio derecho", p. 357. El Estado, según Licurgo, es para este autor; la corporeización perfecta de la idea del Estado griego, pues ha sabido conciliar la absoluta independencia, unidad y rigor del todo con una igual libertad e independencia del individuo, p. 388.

[17] 2ª ed., p. 317.

[18] *Op. cit.*, I, 8ª ed., Basilea, 1789, p. 85. *"To the ancient Greek, or the Roman, the individual was nothing, and the public every thing. To the modern, in too many nations of Europe, the individual is every thing, and the public nothing."* [Para los griegos antiguos o los romanos, el individuo no significaba nada y lo público todo; para los modernos, en muchas naciones de Europa, el individuo es todo, y lo público, nada.] La oposición entre la libertad política y la libertad civil ha sido subrayada por vez primera por Priestley: *An essay on the first principles of Government and of the nature of political, civil and religious Liberty*, Londres, 1768, pp. 12 ss.; pero en ningún lugar ha mostrado con ejemplos la oposición entre el Estado antiguo y el Estado moderno.

influjo europeo, a saber: Benjamin Constant.[19] La libertad antigua significaba tanto como la participación en el poder del Estado; pero la libertad moderna quiere decir ser libre frente al poder del Estado, y poseer el derecho, no de dominar, pero sí de influir en el poder del Estado para interés de los individuos.

> *Chez les anciens, l'individu, souverain prêsque habituellement dans les affaires publiques, est esclave dans tous ces rapports privés. Comme citoyen il decide de la paix et de la guerre; comme particulier il est circonscrit, observé, reprimé dans tous ses mouvements [...] Chez les modernes, au contraire, l'individu, indépendant dans sa vie privée, n'est, même dans les États les plus libres, souverain qu'en apparence.*[20]

En Alemania, por vez primera se encuentra expresada una idea análoga a ésta en Tittmann,[21] al que siguen inmediatamente Cucumus,[22] Platner[23] y Vollgraff.[24] Más tarde, y apoyándose en Platón y el Estado espartano, Stahl,[25] cuya doctrina pretende mostrar que ha faltado a los griegos completamente la idea de una esfera de derechos individuales. Una teoría análoga es aquella que hay en el fondo de las investigaciones de K. F. Hermann[26] acerca del Estado griego. Pero aparte de esto, la doctrina del Estado en Alemania permanece durante largo tiempo ignorante de este problema. Los escritores políticos de las décadas de 1830 y 1840, como Schmitthenner,[27] Dahlmann,[28] describen las antiguas formas del Estado sin entrar en esta cuestión. Por vez primera reaparece esta antítesis en los representantes más preclaros del movimiento científico del liberalismo alemán, y reaparece formulado de una manera aún más precisa que lo hiciera Benjamin Constant. R. von Mohl se expresa,

[19] *"De la liberté des anciens comparée à celle des modernes."* Discurso pronunciado en el Athénée Royal de París en 1819. Impreso en la obra *Constant, Cours de Politique constitutionnelle*, ed. Laboulaye, II, 1861, pp. 359-360.

[20] *Ibidem*, p. 842.

[21] *Darstellung der griechischen Staatswerfassungen*, 1822, p. 15, escribe con cierta cautela: "En la época moderna el Estado se ocupa más de la seguridad de los fines individuales de lo que lo hacían los griegos, para quienes el objeto de mayor atención se encontraba en la seguridad de todo, de la Constitución, de la igualdad".

[22] *Über den Staat und die Gesetze des Altertums*, 1824, p. 18.

[23] *Der Prozess und die Klagen bei den Attikern*, I, 1824, pp. 11-12.

[24] *Antike Politik*, 1828, pp. 69-70.

[25] En primer lugar, en la *Philosophie des Rechtes*, I, 1ª ed., 1830, p. 43-44. Stahl niega, apoyándose en la concepción popular, exteriorizada en los mitos, y basándose, además, en la doctrina platónica, que hayan conocido los griegos en general el concepto del derecho subjetivo. Así pues, este escritor es mucho más radical que cuantos de *ex professo* se habían ocupado antes que él del estudio del Estado y el derecho en la Antigüedad griega.

[26] *Griechisches, Staatsaltertümer* (publicado por vez primera en 1831), 5ª ed., 1884, § 51, pp. 218-219. Es siempre de mucha mayor reserva que Stahl.

[27] *Grundlinien der allgemeinen oder idealen Staatsrechtes*, 1845, pp. 42 ss.

[28] *Op. cit.*, pp. 21-22.

principalmente en su *Enciclopedia de las ciencias del Estado,* en estos términos:

> Entre los antiguos el individuo está al servicio del Estado, y halla la satisfacción de sus fines mediante el bien del Estado. Entre los modernos es el Estado el que sirve para los individuos y alcanza su gloria cuando consigue el bien de sus ciudadanos. La libertad consiste entre los griegos en la participación en el gobierno; hoy en ser gobernados por el mínimum de gobierno posible. En el Estado antiguo las prestaciones de los ciudadanos son como el remate de su personalidad; en la época moderna significa una limitación de la misma.[29]

De Mohl data en Alemania la *communis opinio* sobre la distinción entre la libertad antigua y moderna, la cual queda firmemente establecida posteriormente hacia el año 1860, por obra de las investigaciones de Hildenbrand,[30] Laboulaye[31] y Foustels de Coulanges.[32]

Una investigación crítica de esta doctrina nos mostraría ante todo cuán erróneo es tratar de caracterizar sólo con algunas palabras, un espacio de tiempo que comprende varios siglos. El Estado espartano en la época de la guerra de Mesina, y Atenas en los días de Demóstenes, no sólo están temporalmente a distancia el uno del otro, sino que en lo que toca a la estructura política interna de ambos los separa tanta diferencia como a la Venecia del siglo XIV con la Italia de hoy. No sólo el Estado antiguo se ha formado revistiendo aspectos varios, sino que la evolución interna de los mismos se ha llevado a cabo de una manera bastante análoga al modo como el Estado de la Edad Media se ha transformado en Estado moderno.

Además, debe tenerse en cuenta que las descripciones más típicas del Estado heleno son predominantemente retratos del Estado militar espartano. Sin duda se debe esto a que este último, tal como entonces se hablaba ya de su pasado, fue tomado por Jenofonte y Platón como el modelo que era necesario oponer al Estado ateniense que había degenerado en una democracia desenfrenada. El propio Aristóteles, más tarde, en su *Política,* no ha permanecido ajeno al influjo de esta visión del Estado espartano, pues muchas instituciones de la Laconia hallaron cabida en el plan de su Estado ideal. Esta exigencia colectivista, tan vigorosamente reflejada en las instituciones del Estado, fue entonces para Atenas, que es a la que fundamentalmente nos referimos ahora, no una realidad jurídica sino proyecto de una Constitución futura, basada en instituciones de un

[29] *Enziklopädie,* 1ª ed., 1859, p. 319, e igualmente *Gesch und Literatur der Staatswissenschaften,* I, 1855, p. 222. Antes de Mohl había afirmado Bluntschli, *Allgem. Staatsrecht,* 1ª ed., 1852, p. 29, la superioridad y omnipotencia del Estado griego en la misma forma que Hermann.

[30] *Op. cit.,* p. 26.

[31] *L'État et ses limites,* 1863, pp. 103-104.

[32] *Op. cit.,* pp. 26-27.

pasado extraño a ella, y de ningún modo se apoya, por tanto, en la idea de un despojo completo del individuo en beneficio de la comunidad. Con razón ha mostrado Pohlmann que el motivo del fundamento del Estado ideal para Platón es el interés individual, y éste que éstos armonizan con los intereses sociales, hallando, pues, los primeros en el Estado que él exige, la más segura garantía.[33] En la Atenas del siglo IV el individuo tenía precisamente un poder tan grande y tan reconocido que todo reformador social necesitaba contar con él. En su crítica de la república platónica, Aristóteles ha tratado de demostrar que la ignorancia de la naturaleza de la individualidad era el error fundamental de la doctrina platónica del Estado.[34]

Existía una segunda razón para que fuese estimado el Estado lacedemonio como el normal y común a los griegos, cual es el influjo ejercido por O. Müller mediante su obra sobre los dorios. Bajo sus efectos, singularmente, llega Hermann a la afirmación de que la Constitución espartana en sus bases ha sido el reflejo más consciente y preciso de la idea del Estado griego.[35] Y sucede con esto, lo que tan común es en la historia de la doctrina del Estado, esto es, que una vez creado un tipo ideal, aquellos fenómenos históricos que no concuerdan con él se les considera como desviaciones de lo normal. Pero la investigación moderna, más libre de construcciones, ve en el cosmos licúrgico, donde la libertad del individuo está limitada exteriormente y éste se encuentra completamente cogido por la comunidad, un producto artificioso nacido de la necesidad de reunir todas las fuerzas para conservar la soberanía en los países conquistados, y nacido igualmente de la oposición entre los nobles y el rey, quienes mediante la organización del Estado quedaban recíprocamente obligados.[36] El Estado lacedemonio, por tanto, es igual a los otros Estados dorios, pero en modo alguno puede considerarse como el Estado normal griego; más bien podría atribuir este carácter, a causa de su influjo en la cultura, incluso en la de hoy, al Estado de Atenas, que es el que ante todo ha de investigar quien se proponga estudiar la historia de la evolución del Estado occidental. En lo que sigue, pues, habrán de señalarse aquellas peculiaridades del Estado helénico que no han sido suficientemente subrayadas y que tienen una gran significación para el conocimiento del actual.

El Estado griego es Estado ciudad, es decir, *polis;* originariamente es la aldea fortificada; más tarde, la ciudad edificada en torno a esta aldea llega a formar el Estado, o al menos, el núcleo de una comunidad estatis-

[33] *Geschichte des antiken Communismus und Sozialismus,* I, 1893, pp. 388-389.

[34] *Politik,* II, 2, 1261, *a,* y s.

[35] *Op. cit.,* p. 218.

[36] Véase Busolt, *Die griechischen Staats-und Rechtsaltertümer, H. B. d. klas. Altertumswissenschaft,* 2ª ed., 1892, p. 95.

ta cuya magnitud territorial era análoga a la de un cantón suizo.[37] La significación que ha tenido la pequeñez de la *polis* y de su carácter de ciudad en la evolución de la cultura helénica ha sido explicada muy frecuentemente; sin embargo, muchas de las notas que se han fijado no son exclusivas de los helenos, sino que también, posteriormente, comunidades cantonales o ciudades que han llegado a tener un carácter de Estado han participado de esas mismas notas que se creían peculiares de los griegos.

Mas es una nota enteramente propia del Estado griego, la de haber presentado en todas sus formas, como característica esencial y primera, la unidad interior. Principió la historia antigua con el Estado ya formado, y hasta donde llegan a abarcar los recuerdos de los pueblos antiguos, el Estado siempre se ostenta como una institución perfecta.[38] Lo que erróneamente ha sido considerado como una característica general del Estado antiguo, a saber, su omnipotencia respecto de la vida individual, cuya esfera por entero dominaba, sólo vale para tomarlo como punto de partida.

Son muy varias las causas de este fenómeno admirable. En lo que concierne a la unidad interior, se adapta tanto más a la *polis*, cuanto que a los griegos, la monarquía, que sólo había existido en los comienzos, no les es conocida más que de nombre.[39] Odiaban la tiranía, y la soberanía del pueblo con varios matices era la forma de gobierno que exigía el espíritu nacional. El carácter dualista del Estado medieval sólo ha sido posible, como habremos de ver dentro de poco, a causa de la realeza. El carácter primitivo de las relaciones internacionales y el desamparo político en que se hallaban los vencidos llevaban consigo la existencia de la *polis* y el que cada vez fuesen haciéndose más estrechos los lazos de los individuos entre sí. Por esto también ha de explicarse de este modo el porqué de unirse y obligarse el ciudadano a una pequeña comunidad. De otra parte, la clase dominante al menos no se daba cuenta de la falta de libertad, porque lo que el individuo perdía en beneficio del Estado lo recibía con creces mediante su participación en el gobierno, y en esta participación reside justamente lo esencial del ciudadano, lo que lo diferencia del mero habitante.

[37] Busolt, p. 24.

[38] Apenas si conocemos nada seguro sobre los comienzos de la ordenación de los Estados entre los griegos. Véase sobre esto Ed. Meyer, *Gesch. d. Altertums*, II, pp. 79-80. Además, sobre las formas primitivas del Estado-raza, Estado-tribu y Estado-ciudad o Estado-cantonal, véase la obra citada de Meyer, pp. 302-303; así como Busolt, pp. 23-24, para el estudio de las corporaciones que cogen un distrito o cantón existentes aún en algunas tribus en la época de la guerra del Peloponeso, las cuales corporaciones han formado también sin duda algunas unidades para fines políticos y de culto.

[39] La imperfección de la idea monárquica en la Antigüedad fue mostrada ya por Montesquieu, XI, pp. 8 y 9. Véase además, sobre este punto, Kaerst, *Studien zur Entwicklung und Theoretischen Begründung der Monarchie im Altertum*, 1898; *Hist. Bibliothek*, VI, cap. 2°, pp. 12-13.

Mas la *polis* no era exclusivamente una pluralidad de Estados, sino al propio tiempo una comunidad de cultura: ésta es la distinción radical de la misma respecto de sus análogas de Oriente. En primer lugar, no existía ley alguna que prescribiese una dirección concreta a la evolución política, ni autoridad del Estado que valiese como instituida inmediatamente por Dios, sino que siempre descansa la *polis* en la unidad inquebrantable de lo que en el mundo moderno ha sido separado: Estado e Iglesia.[40] Por esto el Estado helénico había de tener una gran cantidad de exigencias para sus ciudadanos.

Esta unión entre comunidad de Estado y comunidad de culto explica también otro fenómeno importante, que es el hacernos comprensivas las exigencias que inciden en las doctrinas de los grandes pensadores griegos, para quienes la educación del ciudadano para la virtud, es el fin último del Estado, y la conducta moral, el deber supremo del ciudadano. Éstas son las consecuencias naturales de una concepción del Estado, cuyas raíces proceden de la antigua convicción del pueblo, que ve en el Estado la obra de Dios y la morada permanente del mismo, cuya veneración era el deber primero y sumo del ciudadano. El Estado antiguo es Iglesia al propio tiempo, y por eso no sólo ha de ocuparse del derecho, sino también de la honestidad de la vida. Abarca cuanto es sagrado y querido al hombre, de aquí que el griego no deba entregarse al Estado por temor a una coacción exterior, sino por devoción. Es verdad que el Estado sólo le garantiza su vida de ciudadano, pero ésta abarca justamente todo lo que solamente es en el hombre digno de él.

A partir de la época de la guerra con los persas sufrió el Estado griego, y singularmente Atenas, una evolución intensa, que se mostró en la corriente más y más acentuada que tendió a desligar a los individuos de las obligaciones que primitivamente tuvieron. Aquella entrega ingenua de los ciudadanos antiguos para con el Estado es atacada en lo más íntimo por una crítica desoladora. La sofística afirma la doctrina del derecho del más fuerte.[41] Lo que los antiguos consideraban como parte divina

[40] Cuando Rehm hace notar en *Staatslehre*, p. 34, que los griegos distinguían entre lo humano y lo religioso, así como entre la comunidad de Estado y la comunidad de culto, sólo tiene razón en cuanto esto pueda significar que la oposición entre lo humano y lo divino le era perfectamente conocida; pero era para ellos inconcebible una comunidad de Estado independiente sin un culto particular. La fundación de una ciudad implicaba ante todo la erección de un nuevo templo para el culto. *"La cité était la réunion de ces qui avaient les mêmes dieux protecteurs et qui accomplisaient l'acte religieux au même autel."* F. de Coulanges, p. 166.

[41] Pöhlmann ha demostrado que esta doctrina no queda circunscrita al pequeño grupo de los sofistas. Véase *op. cit.*, p. 51, n. 1. Véase además Dümmler, *Prolegomena zu Platos Staat*, Basilea, 1891, p. 30.

del orden terrestre no tuvo a los ojos de la generación joven otro valor que el de meras observaciones humanas, y el fin de estas afirmaciones, decían los más radicales, lo constituye la explotación de los más débiles por los más fuertes. Además, la idea y el propio sentimiento van apartando a los hombres de la *polis* que por tanto tiempo había sido el punto central de todas las aspiraciones. Ya Demócrito y Sócrates comienzan a sentirse ciudadanos del mundo; los cínicos más tarde tratan de indemnizarse de toda sensación política mediante un cosmopolitismo ajeno a toda patria, y los estoicos, finalmente, intentan abarcar la vida entera y establecer en vez de la ciudad-Estado un reino mundial. En ambas escuelas encuéntrase claramente formulado el concepto individualista de la libertad.[42] La literatura había sacudido igualmente los fundamentos de la antigua vida del Estado griego; basta pensar a este propósito en Eurípides. Frente a estos esfuerzos aparece la doctrina política de Platón como un ensayo para hacer revivir relaciones políticas que habían desaparecido; son un intento por regenerar la *polis* en un sentido aristocrático sobre la base conservadora de la concepción de los antiguos dorios helenos. El propio Aristóteles, tan realista, representa una concepción conservadora, como se echa de ver en los pasajes en que precisa el tipo de *polis* de su Estado ideal. El Estado macedónico que vio extenderse hasta constituir un imperio mundial, no llega a tener influjo alguno en su política.[43]

Lentamente, pues, había ido infiltrándose y haciéndose valer un individualismo enérgico que no cedía en fortaleza al individualismo moderno. La concepción mecánica, atomística y utilitaria del Estado, tal como más tarde, singularmente en los siglos XVII y XVIII, se le encuentra, existe ya en la doctrina de los epicúreos, como resultado teórico de la evolución que hemos descrito. Pero políticamente este individualismo halló plena satisfacción en la democracia ateniense a partir de Pericles. Sin embargo, éste, no sólo había ensalzado la entrega del individuo al todo, sino también la plena libertad social de los atenienses.[44] Pero la antítesis del concepto

[42] Acerca del concepto cínico-estoico, ἐλυδεραία, véase Kaerst, pp. 28-29, especialmente las citas de la p. 29, n. 1, en la cual la libertad se considera equivalente al poder de determinarse el individuo por sí mismo.

[43] Véase Wilamowitz-Moellendorff, *op. cit.*, pp. 356-357. He aquí lo que dice sobre el Estado perfecto de Aristóteles: "Lo que leemos aquí no es sino el Estado platónico, del que había ya dado el propio Platón en *Las leyes* una imagen que se adaptase a las relaciones posibles y reales y que de nuevo sufre aquí como otra reducción a la realidad".

[44] Tucídides, II, 37. Acerca de la gran libertad real de que en esta época gozaba el individuo (incluso aquel que no era ciudadano) escribe Beloch, *Griechische Geschichte*, I, 1893, p. 474, con alguna exageración: "Libertad de toda coacción, cualquiera que sea, es en general el impulso de este siglo y tal vez jamás vuelve a realizarse este ideal en la medida en que lo realizó la Atenas de entonces". Sobre el estado actual de las investigaciones acerca de Grecia, tan a menudo en contradicción con lo que tradicionalmente se repite, véase Ed. Meyer, *Gesch. d. Altertums*, III, 901, p. 291, quien hace notar además, cuán poco han influido los resultados realmente revolucionarios en el círculo de los estudiosos. Tampoco han tenido en cuenta aquellos resultados, Gierke, *Althusius*, pp. 329-330, ni Lemayer, *op. cit.*, p. 9, en la polémica que han sostenido contra mis afirmaciones.

de libertad, a saber, participación en el Estado y libertad respecto de éste, había ya penetrado claramente en la conciencia científica. Aristóteles encuentra ya esta oposición viviendo en las concepciones populares de la democracia y trata a ambas con gran sagacidad.[45] En este punto nada se ha descubierto teóricamente por los modernos, que no hubiese sido ya conocido de los antiguos.

No puede hablarse ya en esta época de una incondicional subordinación del individuo al Estado. Por otra parte, el poder del Estado se había debilitado; los funcionarios eran venales, y la administración, a fuerza de sus abusos, despreciable. El Estado era como una pelota de juego de que se servían los partidos; un medio para satisfacer sus egoísmos sin continencia. Aún era peor lo que acontecía con la oligarquía espartana, la cual necesitó finalmente fortalecerse mediante los periecos, sin que lograse, aun recurriendo a esta medida, recobrar en lo más minimo su carácter primitivo.

Si tratásemos de comprobar ahora la omnipotencia del Estado en la época de esplendor de la Hélade, hallaríamos que cuanto se dice corresponde principalmente no más que al antiguo Estado dorio; así por ejemplo, el abandonar a los niños en los caminos, el servicio militar, el deber de contraer matrimonio y de procrear. Es verdad que se citan algunas instituciones tomadas de leyes de otros Estados; pero no son muy convincentes para la cuestión de que se trata. F. de Coulanges cita, en apoyo de su afirmación de que los antiguos no conocieron la libertad individual, estos datos: que en Socres, la ley prohibía a los hombres beber vino, ¡como si hoy no existiesen leyes de temperancia!; que en Atenas a las mujeres les estaba prohibido llevar consigo más de tres vestidos en los viajes, ¡como si la época moderna no hubiese conocido también limitaciones del lujo!; que era un deber votar en las asambleas populares y desempeñar los cargos públicos; pero estas disposiciones no son extrañas a las modernas leyes municipales ni a las constituciones de los Estados; que la enseñanza estaba reglada por éste y era obligatoria para los niños, ¡como si el Estado moderno no se ocupase de la educación! Además, no conocemos en general de qué época son estas leyes ni si

[45] "δύο γάρ ἐστίν οἷς ἡ δημο ρατία δοκεῖ ὡρίσδαι, τῷ τὸ πνεῖον εἶναι κῦριον και τῇ ἐλευθερίᾳ τὸ γὲν γάρ δίκκιον ἶσον δοκεῖ εἶ αι, ἶσον δ'ὅτι ἄν δόξῃ τῷ πλὴθῆι, τουτ' εἶναι κὺριον, ἐλεύθειρον δέ υκῖ ἶσον τὸ οτι ἄν βοὺληταί τις ποιεἶν' ἰύστε ζῇ έν ταις τοιαύταις δημοκρατίαις ἕκαστος ὡς βούλέται." *Pol.*, v. 9, 1310, *op. cit.*, pp. 28 ss., y más adelante: "ἔν μεν οῦ τῆς ἐλ υθερἰας σημεῖον τοῦτο, ὃν τίθενται παντες οί δημοτικοί τῆς πολι είκς ὅρσν' ἔν δὲ τὸ ζῆν ὡ βοὺλεται τιο. τοοτο γάρ τό τῆς έλευθερίκς ἓρ ον εἶ αί φατιν, εἴπε, τ ῦ δοολεύοντος τό ζῆν μή ὡς βούλεται". VI, 2, 1317 *b*, pp. 11 ss. Véase, para el final de la cita en la p. 265, n. 1.

tuvieron un carácter permanente o sólo fueron leyes con validez circunstancial; pero lo que sí está fuera de duda es que muchas de estas leyes están separadas unas de otras por periodos de siglos; de suerte que hacer con motivo de ellas afirmaciones generales, tiene próximamente el mismo valor que si se quisiese juzgar del derecho penal alemán actual según la ley Carolina.

Basándose en fundamentos análogos a los de Coulanges[46] y algunos otros, un historiador habría podido más tarde negar que los Estados del siglo XIX hayan reconocido una esfera de libertad individual. Para esto podría haber recurrido a las leyes contra los católicos, en Inglaterra, hasta el año 1829, a la expulsión de los protestantes del valle de Ziller, a las persecuciones de los demagogos en Alemania en el segundo y tercer decenio del pasado siglo como resultado de las conclusiones de Carlsbad o recordar las medidas contra los siete de Gotinga o la destitución de los *privat-dozents* de las universidades a causa de su doctrina ateísta a mediados del siglo pasado, sin contar con las medidas policiacas de la Francia imperialista, de la Austria absolutista y aun de la Rusia actual, etcétera.

En realidad, en Atenas especialmente, a medida que crece la cultura, va ensanchándose de un modo efectivo la esfera de la libertad individual; ¿cómo podían haber nacido de otra suerte las insuperables creaciones espirituales de aquella época? Una reglamentación del arte o de la ciencia habría tenido como fruto el empobrecimiento de ambos. Jamás ha llegado a ser real aquella policía para la literatura de que habla Platón. ¡El honor de introducir la censura, dejáronselo los hombres del antiguo Estado que vivían en servidumbre, a los hombres libres de la Edad Moderna! Si la historia refiere varios procesos debidos a incredulidad o herejía[47] ¿qué significan estos pocos casos cuidadosamente registrados, compa-

[46] *Op. cit.*, pp. 263-264.

[47] Sobre los procesos por impiedad (asebia), véase Meyer Schömann-Lipsius, *Der attische Prozess*, 1883, pp. 366-367. En contra de la errónea concepción de Grote respecto a estos procesos, véase Pöhlmann, *Sokrates und sein Volk*, "Hist. Bibliothek", VIII, 1899, pp. 122-123, considera que las acusaciones por asebia siempre descansaban en motivos políticos; antes que este autor, había ya hecho notar el carácter político de este proceso L. Schmidt, *Die Ethik der altem Griechen*, II, pp. 25-26. Este punto de vista ha sido combatido, en una exposición detallada, por Ad. Menzel, *Untersuchungen zum Sokrate-Prozesse. Sitzunberichte del Kais. Akademie des Wissensch.*, en "Wien, Philos-hist. Klasse", CXLV, 1902, pp. 18-19. Pero la investigación de este autor le lleva a la siguiente consecuencia: que los procesos por asebia no procedían en modo alguno de intolerancia o fanatismo, sino que, más que de un delito religioso, se trataba en ellos de un delito político. Dado nuestro defectuosísimo conocimiento del concepto de la impiedad, no es posible afirmar si se trata en ellos siempre de castigar un delito criminal o si, por lo común, sólo es una medida de policía de costumbres. Desde Sócrates, jamás fue nadie perseguido en Atenas por sus doctrinas filosóficas, y la acusación contra Aristóteles sólo fue un pretexto político. Véase Beloch, *op. cit.*, II, 1897, p. 438.

rados con las humillaciones y los desafueros jurídico-sociales experimentados por los hombres a causa de su creencia o incredulidad en la época tan ensalzada de los derechos fundamentales garantidos? ¿Cómo hubiera sido posible el florecimiento comercial de Atenas y su situación en el mundo internacional si no hubiese reconocido la libertad económica al individuo?[48] Los ataques del Estado, de que habla la tradición, a la esfera del derecho privado, también tiene analogías en la historia moderna. La condonación de las deudas era una medida extraordinaria de la misma naturaleza que la que existía en Alemania, y fue suprimida desde 1879. Las nuevas investigaciones han mostrado que el derecho privado griego alcanzó un gran desenvolvimiento.[49] La antigua economía era en sus orígenes economía familiar y descansaba en la sustantividad de la economía del individuo, no en el precario de una economía comunista del Estado. Ya el hecho de que singularmente en Atenas fuese muy conocida y común la institución del derecho testamentario es prueba de que existía una gran libertad de derecho privado. Consideraban los atenienses los impuestos directos como una limitación de la libertad, y por eso, sólo existían temporalmente; lo que de nuevo prueba que tenían conciencia de la independencia del derecho privado. Las liturgias, tan pesadas a menudo, ofrecían una compensación de los impuestos directos, pero solamente las pagaban una minoría de pudientes. Las innumerables limitaciones de la propiedad en la época de esplendor de Atenas son exclusivamente de índole policiaca, a las que el derecho administrativo moderno puede oponer otras análogas que van tan lejos como ellas.[50] Menos limitaciones policiacas existían entonces que en la actualidad, en que tanto la vida pública como la privada están sometidas a un sistema de permisiones y prohibiciones de policía.[51]

Además, en el Estado griego dominaba la idea de que al individuo sólo se le pueden imponer obligaciones mediante las leyes; si bien de un modo especial, excepcional, ocurra esto también a veces mediante el ψήφισμα y el ostracismo. Esta afirmación recogida por la teoría moderna del Estado

[48] Las restricciones comerciales, que a pesar de esto existían, tenían un carácter mercantilista, y por consiguiente no es una nota peculiar de los antiguos.

[49] Véase Mitteis, *op. cit.*, pp. 61-62, sobre la significación del derecho privado griego.

[50] La propiedad grieta está más próxima a la germana que a la romana. Véase Mitteis, *op. cit.*, p. 70. La estimación escasa de que goza el derecho griego obedece principalmente a que se le compara siempre con el romano; pero como su poder no alcanza sino a una extensión muy local, el paralelo sería más apropiado si se estableciese con el derecho alemán de la Edad Media. A pesar de las diferencias mutuas, ambos están igualmente distantes de la perfección formal del derecho romano. Y tan imposible, no obstante, es hoy dejar de atribuir al derecho indígena alemán el carácter de orden jurídico peculiar e independiente, como describir el derecho griego cual si se tratase de un derecho rudimentario.

[51] Véase sobre esto, singularmente, Freese, *Die Freiheit der einzelnen in der attischen Demokratie, Stralsunder Gymnasialprogramm*, 1858, pp. 8-9.

de derecho, a saber, que toda actividad de gobierno dirigida hacia el individuo sólo debe ser ejecutada mediante una ley, y dentro de las limitaciones de la ley misma, fue plenamente reconocida y vivida por los griegos y singularmente por los atenienses. En el concepto de la ley incide además la idea de limitación. Montesquieu ha formulado su famosa definición de la libertad,[52] teniendo, sin duda alguna, ante la vista el Estado antiguo.

¿Es que habremos de afirmar que no existe distinción alguna en la concepción del antiguo y nuevo Estado, en lo que respecta al lugar que ha de ocupar el individuo? La respuesta es: a pesar de que de las instituciones de ambos no pueda deducirse una oposición entre los mismos, existe una diferencia muy significativa entre ambos.

En el Estado antiguo como en el moderno, reconocíase al individuo una esfera libre e independiente del Estado, pero jamás se llegó en la Antigüedad a tener conciencia del carácter jurídico de esta esfera del individuo frente al Estado. La conciencia de esta libertad individual como una institución jurídica está condicionada por la conciencia de una oposición, la oposición entre individuo y Estado; pero precisamente este pensamiento hubo de faltarle necesariamente a los griegos, y cuando en época posterior despertó el individualismo el sentimiento de esta oposición, había desaparecido la independencia de los Estados griegos.

La afirmación del derecho de libertad individual tiene como supuesto una doble oposición: primera, la de Iglesia y Estado; segunda, la de monarca y pueblo. Al calor de las luchas confesionales de la época moderna y de la que tuvo lugar entre el poder de los monarcas absolutos y los derechos del pueblo, como más tarde se explicará con mayor detalle, ha nacido la concepción de los derechos originarios correspondientes a una esfera de libertad que había de permanecer invulnerable para el Estado. Ninguna de estas oposiciones existió en Grecia. Ni quería el individuo libertarse de la coacción religiosa (porque una idea análoga al cambio de fe era completamente extraña a la época de la religión natural politeísta), ni el pueblo se oponía al soberano porque él era el soberano.

El desconocimiento del derecho individual sólo se extiende a esta esfera de la libertad, siendo en cambio muy viva la idea de que el Estado ha de llevar a cabo funciones en interés del individuo, las cuales tiene éste derecho a exigir que se cumplan. No es posible probar la afirmación, que Gierke ha tomado de Stahl y Hildenbrand,[53] de que los griegos no conocieron un derecho privado independiente, sino que más bien lo contrario es justamente lo verdadero. De nuevo vuelven a identificarse la doctrina de Platón y la de Aristóteles con la realidad griega, y porque, el primero especialmente, nada dicen del derecho privado, se ha llegado a la conclusión de que no existía.[54] Pero tener un derecho y comprenderlo son dos cosas distintas, y a medida que se hace mayor nuestro conocimiento del derecho privado griego, más claramente se nos muestra que la protección jurídica se había formado en interés de los individuos.[55]

Los derechos políticos también fueron reconocidos y formados como derechos individuales. La cualificación jurídica de la persona como ciudadano, el derecho de ciudadano, fue objeto de una fijación estricta, no sólo por parte de las leyes de cada Estado, sino también de pactos entre Estados. Las formas de asociaciones entre los Estados griegos, la *isopolitia* y la *simpolitia,* descansaban esencialmente en las peculiaridades del derecho de ciudadanía de estas asociaciones.[56] Las funciones de este derecho: exigencia de participar en la administración de justicia y en la vida del Estado, estaban perfectamente reconocidas en su calidad jurídica. Es más, no sólo participaban de estos derechos los ciudadanos, sino también el que estaba sometido a la protección de alguien gozaba de los mismos de una manera taxativa y no meramente por obra de una precaria tolerancia. Mediante las instituciones peculiares de la *Proxenie* y de la *Euergesie,* concedíase a los ciudadanos de los demás Estados una serie de aptitudes y privilegios jurídicos, por ejemplo: entrar al consejo y a la

[52] *"Dans un État, c'est-à-dire, dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce qui l'on doit vouloir et à n'être point contraint de faire, ce que l'on ne doit pas vouloir."* XI, 3.

[53] "Un derecho privado independiente no existía. Las relaciones jurídicas de derecho privado aparecían ante los ojos de los griegos como una derivación inmediata de la asociación del Estado." *(Genossenschaftsrecht,* III, p. 11.)

[54] También la afirmación de Bernatzik, *Republik und Monarchie,* 1892, p. 14, de que el individuo en Grecia se encontraba frente al Estado en la misma oposición en que el esclavo se halla respecto del señor, está basada exclusivamente en la autoridad de Aristóteles y no en las instituciones jurídicas reales de los griegos.

[55] Así lo ha mostrado Freese, de una manera enérgica, en su obra ya citada, pp. 5 ss. Las razones para que no haya existido una ciencia del derecho ático son múltiples. En no pequeña parte se debe esto al propio carácter del pueblo ateniense. Véase Wachsmuth, *Hellenische Altertumskunde,* II, 2ª ed., 1846, pp. 160 ss. ¿Quién sería hoy capaz de suscribir, después de las investigaciones histórico-jurídicas que se han hecho, esta afirmación de Cicerón en su obra *De Orat.,* I, 44: *"Incredibile est enim quam sit omne jus civile praeter hoc nostrum, inconditum atque ridiculum"?* Tal punto de vista lo han mantenido durante mucho tiempo los romanistas frente a los germanistas, y de este modo podían llegar también a la conclusión falsa de que no existiendo una ciencia jurídica, faltaba igualmente un derecho en la Edad Media en Alemania, de la propia suerte que la doctrina dominante —en vista de que falta a Platón y a Aristóteles una ciencia jurídica— llega a la conclusión de que no existía en Grecia el reconocimiento de la autonomía de la personalidad individual. En la época moderna la historia de la jurisprudencia inglesa ofrece un buen ejemplo para mostrar cómo no puede deducirse de una manera cierta de la literatura de un pueblo su derecho. Del gobierno parlamentario elaborado en Inglaterra en el siglo XVIII, muéstrase absolutamente ignorante la ciencia del derecho inglesa de aquella época, y la existencia del gabinete no está comentada por Blackstone con una sola palabra. Posteriormente, escritores continentales fueron mejores expositores del derecho público inglés que los propios ingleses, lo que prueba que este pueblo no es capaz de dominar intelectualmente lo que históricamente ha creado.

[56] Véase Schömann, *Griechische Altertümer,* 3ª ed., I, 1871, pp. 375 ss.; Busolt, *op. cit.,* pp. 200 ss.; Szanto, *Das Griechische Burgerrecht,* 1892, pp. 67 ss. y 104 ss.

asamblea del pueblo; derecho a adquirir casas y tierras; seguridad contra el embargo de los bienes y prisión de las personas; a veces también exención de impuesto por compra y venta; libertad absoluta para importar y exportar, y por último, un puesto de honor en el teatro.[57] También constituía un deber de las autoridades atender a los *proxenos* en caso de que lo necesitasen.[58] La *Enktesis*, el recurso ante los tribunales y la *Epidamia* eran las formas con que se revestía la capacidad jurídica de derecho privado que se concedía a los extranjeros, capacidad que no era sino una parte de la que se otorgaba a los ciudadanos, lo cual prueba cuán grande era la división que existía entre la mera capacidad de derecho privado y los derechos políticos.[59]

Todas las prestaciones al Estado descansaban en fundamentos legales, con lo cual, de un modo análogo a lo que acontece en el Estado moderno, impedíanse las valoraciones arbitrarias. De entre estas prestaciones era la fundamental la obligación de servir en el ejército de 18 a 60 años, lo que ha constituido uno de los argumentos de más importancia para los que han sostenido la teoría de la absorción del individuo en el Estado; mas hoy, en que el deber del *Landsturm* dura hasta los 45 años, no puede seguir considerándose este servicio como excesivo, máxime si se advierte que la obligación del servicio en campaña sólo correspondía a los que contaban de 20 a 50 años.[60]

Estos derechos estaban protegidos mediante una administración de justicia muy bien formada que, al igual de lo que pasa hoy, sólo podía intervenir a instancia de los interesados; por esto, con la sentencia del juez no solamente se satisfacía un deber público, sino las exigencias de un derecho subjetivo del individuo. El derecho financiero de los atenienses presenta analogías con las modernas cuestiones del derecho administrativo.[61] Si alguien era designado para una liturgia y creía que se le había impuesto desproporcionadamente a sus medios, podía reclamar e indicar otra persona a la que con más justo derecho pudiera imponérsele el tributo.[62]

En vista de estos hechos, la doctrina de Constant, Stahl y Mohl, edificada sobre el tipo ideal dorio y sobre las teorías de Platón afirmando que en Grecia no era reconocida la personalidad individual, debe desaparecer

[57] Busolt, *op. cit.*, pp. 53-54.
[58] Busolt, *op. cit.*, p. 54.
[59] Sobre estas relaciones jurídicas es muy interesante Szanto, pp. 27 ss.
[60] Busolt, p. 388.
[61] Para comprender cuán vivo era el sentimiento de independencia individual aun en la vida económica, baste notar que los impuestos indirectos eran los más comunes y que los directos considerábanse como una limitación de la libertad. Véase Beloch, I, p. 434.
[62] Sobre este procedimiento e institución interesante de la sustitución de los bienes, véase Böckh, *Die Staatshaushaltung der Athener*, I, 2ª ed., pp. 749 ss.; Busolt, p. 299.

definitivamente de la literatura. El griego era sujeto de derecho, no sólo en beneficio del Estado, sino en beneficio propio. La omnipotencia del Estado, singularmente en Atenas, no va tan lejos que deje de reconocer al ciudadano una amplia esfera real en que pueda actuar libremente. De un modo formal jurídico era, por lo demás, completamente equivalente a la libertad moderna, pues ésta sólo puede definirse como libertad que descansa en disposiciones de derecho. Las limitaciones del Estado moderno respecto de la libertad individual son jurídicamente una limitación de sí mismo que tiene distinta extensión en cada Estado. La absoluta limitación jurídica del Estado en su relación con el individuo no existe, y como la experiencia lo ha mostrado, estas limitaciones tampoco pueden proceder de leyes fundamentales a las que en la época de Constant se les atribuía aún un valor excesivo. La distinción entre el lugar que ocupa el individuo en el Estado antiguo y en el moderno, vista desde su aspecto jurídico, consiste en lo siguiente: en que la libertad del individuo moderno está expresamente reconocida dentro de la ley del Estado, en tanto que en la Antigüedad, se consideraba esto tan evidente y claro, que jamás llegó a hallar un puesto en la legislación.

Finalmente, hagamos notar que la concepción, llamémosle así, de la dependencia del individuo respecto del Estado, estaba tan poco marcada en las instituciones griegas, que más bien aparece aquel mismo únicamente como una unidad superior de individuos, quienes continúan formando dentro de esta unidad, una variedad. Esto ha alcanzado su expresión en los nombres de los Estados particulares helénicos, que siempre son designados con el plural del nombre de sus ciudadanos. Atenas se llama οἱ Αθηναῖοι y Esparta οἱ Λακεδαιμόνιοι. El elemento territorial del Estado no fue reconocido por los antiguos en toda su significación. "El concepto del Estado va adscrito inmediatamente al de ciudadano —incluso cuando éstos abandonan su patria— no al territorio, y porque el derecho del ciudadano es un derecho gentilicio, va unido el Estado, en primer lugar, a la existencia de las razas y no a la de la tierra que ellas habitan ni a los lugares sagrados en que se veneran los dioses nacionales."[63] Por esto los ciudadanos que se hallan desterrados, si lo son en un número suficiente, se conceptúan como continuación del Estado destruido por los enemigos, el cual Estado revivirá cuando las transformaciones permitan una reconstitución del mismo.

Si se quiere caracterizar brevemente al Estado griego, puede hacerse de este modo, en vista de las observaciones precedentes: el Estado helénico es una asociación de ciudadanos, unitaria, independiente y que tiene

[63] Szanto, p. 5. También Aristóteles en su investigación sobre la naturaleza del ciudadano define la *polis* como una pluralidad de ciudadano ἡ γαρ πόλις πὸλιτῶν τι πλῆθός ἐστιν. *Pol.*, III, 1275 a.1. Véase también Thukid., VII, 77.

como base leyes y autoridades propias. Esta asociación ofrece un doble carácter: estatista y religioso. El principio superior para la administración y el derecho es, en esta asociación, la conformidad con la ley. A causa de esto el ciudadano tiene un círculo de derechos perfectamente determinado y reconocido, del cual la ciencia del Estado sólo ha sabido poner de manifiesto y hacer penetrar en la conciencia científica la parte referente al ejercicio de los poderes del Estado por el individuo; pero le ha faltado un conocimiento claro de los demás elementos de capacidad jurídica de que gozaba el individuo. Esto se debe a no haber existido —como ya hemos dicho— una ciencia jurídica independiente entre los griegos. A causa de la identidad entre la organización estatista y la religiosa, aparece formulado el fin del Estado teóricamente de la manera más comprensiva, al punto de que toda la vida de la cultura queda en él implícitamente contenida. Pero cuando se trata de la realización de esta idea, el Estado antiguo, en relación con el moderno, no llega a tanto como éste. El Estado que en realidad ha recogido dentro de su actividad todos los aspectos de la existencia humana en común es el Estado contemporáneo, quien ejerce un poder real, incomparablemente superior al de los helenos.

La distinción de más importancia entre el Estado antiguo y el moderno radica en la diferente estimación que a uno y otro merece la persona humana. Jamás la Antigüedad llegó a reconocer al hombre por sí mismo, como persona, aun cuando hayan sido Grecia y su filosofía quienes por vez primera se ocupasen de la idea del hombre y de la humanidad, y aun cuando la esclavitud haya tenido en Atenas un carácter mucho más dulce que en Roma antes de que la doctrina de los estoicos atenuase en ésta los rigores de aquella institución, y más dulce también que la de los negros en la época moderna. Tampoco se reconocía personalidad al extranjero; mas el progreso de la cultura ha ido consiguiendo igualmente que vaya disminuyendo el desamparo jurídico en que originariamente se encontraba el extranjero. En esta menor estimación de la personalidad humana hay que reconocer una oposición decisiva, pero sólo en relación con el Estado de hoy. La absoluta carencia de derechos del extranjero en la época de los antiguos germanos y otras relaciones peculiares de estos pueblos en un grado más primitivo de su cultura, las múltiples relaciones de dependencia de la Edad Media y de la Época Moderna, la intolerancia respecto a otras creencias, eran en el Estado antiguo puntos que nos hacen ver que la estimación de la personalidad se hallaba más limitada que en el mundo del Estado moderno. El siglo XIX es en el que en los Estados occidentales se ha conseguido una victoria general para este principio: el hombre es persona.

3. El Estado romano

Todo lo que se ha dicho del Estado griego vale, en principio, respecto del romano, que se forma partiendo de una ciudad-Estado y conserva las huellas de su origen hasta sus últimos tiempos. También el Estado romano es al mismo tiempo comunidad de cultura, pues el *jus sacrorum* forma parte del *jus publicum.* Además, el Estado, según la concepción de sus miembros, se identifica con la comunidad de ciudadanos, es decir, es *civitas,* lo que equivale a afirmar que es la comunidad de ciudadanos o *res publica,* la comunidad del pueblo. En el concepto del ciudadano prevalece también en Roma el momento de la participación activa en la vida del Estado, tanto más, cuanto que la capacidad para el derecho privado, y el *jus sufragii et honorum* podían estar completamente separados uno de otro, como lo prueba el caso del *filius familias* mayor de edad y el del latino dotado del *commercium.* El Estado romano también, no obstante todos los recuerdos que le hacen derivar de *una variedad de gentes,* muéstrase desde el momento en que aparece en la historia, como un Estado perfecto dotado de competencia para decidir, lo cual no procede de hechos históricos o jurídicos de ninguna clase. Por esto, el Estado romano desde el comienzo es una unidad interior y general. La división de la comunidad en varias partes dotadas de soberanía igualmente originaria es absolutamente imposible; de aquí que en toda época hayamos podido encontrar viva la idea de que, no obstante la pluralidad de los órganos, sólo en uno debe residir la plenitud del poder del Estado, el *imperium,* la *majestas,* y a los demás sólo les puede corresponder un derecho derivado. Cuando el *princeps* se coloca en la cumbre del Estado, entonces su poder procede de que el pueblo le ha transmitido, mediante la ley regia, los derechos que originariamente pertenecían a éste y precisamente por ello representa el *princeps* en su persona al pueblo en su totalidad. En el mundo occidental aparecen por vez primera en el imperio romano corporeizados en una persona, el poder y la totalidad de los poderes del Estado. De aquí en adelante, toda concentración de los poderes del príncipe se verá influida por este primitivo modelo romano. Donde quiera que se creen Estados, renacerá para servirle de tipo de construcción, la idea imperecedera romana del *imperium.* Mediante los glosadores y los legistas, influyen las concepciones romanas en la vida política de la Edad Media, y el Renacimiento vuelve a tomar como imagen para la formación de los Estados modernos, la propia concepción romana del Estado. El antiguo Estado ha influido inmediatamente en el mundo político moderno, no tanto bajo su forma helénica, cuanto en su forma romana.

Una diferencia esencial entre la vida de la cultura griega y la de la cul-

tura romana consiste en la distinta función y capacidad que se reconocía al padre de familia en el seno de ésta. La familia romana descansa en la concepción de una severa organización autoritaria: el *pater familias* tenía un poder político sobre los suyos que duraba lo que su vida; en tanto que el poder del padre de familia en Grecia estaba reglado por la ley y limitado en interés de los que estaban sometidos a su poder, poder que además expiraba, por lo que respecta a los hijos, cuando llegaban éstos a su mayor edad.[64] Por consiguiente, la situación del padre de familia romano respecto al Estado, era muy otra de la del griego; pues el primero tenía un poder de autoridad independiente y no derivado del Estado ni sometido a su fiscalización, es decir, un poder análogo al del Estado. Se diferencia este poder, por tanto, del de una pequeña monarquía, según nuestra manera de ver, en que la familia romana no poseía un territorio determinado sino que era una mera asociación de personas. En las primitivas instituciones del Estado se funda el reconocimiento de una personalidad individual, libre, independiente de aquél, al menos por lo que se refiere al *homo sui juris;* así lo muestra la situación del padre de familia, de que hemos hecho mención. En los recuerdos del pueblo pervivía la idea de que el Estado había nacido de una unión de familias constituidas en *gentes,* con lo cual la familia (a la que Cicerón llamaba *quasi seminarium rei publicae)*[65] aparece como una organización permanente y primitiva en la formación del Estado. Así pues, la separación de un poder público y de un poder privado y la oposición, basada en esto, de un derecho público y de un derecho privado, deriva de la construcción histórica del Estado romano. El romano frente al Estado es también persona. La distinción, así como la relación, entre el derecho público y el derecho privado, es tan propia al espíritu romano que, desde el momento en que se habla de una ciencia romana, penetra en el mundo de nuestra conciencia. El individuo romano no se deja absorber por el Estado, a tal punto, que a sus ojos todo el orden del Estado está puesto para el servicio del individuo. De igual modo que, próximamente dos mil años después, Locke, así en esta época, Cicerón considera que el orden de la propiedad es el objeto más importante de la totalidad de la vida política del Estado.[66] El egoísmo individual que sólo atiende al beneficio privado ha jugado un gran papel incluso en la tendencia de los romanos a convertirse en dominadores del mundo. El sometimiento al todo del individuo fue a éste ampliamente recompensado.

A los romanos, como a los griegos, les faltó, por las mismas razones, la

[64] Busolt, *op. cit.*, pp. 19 ss.

[65] De *off.* I, 17, 54.

[66] Véase la nota 30 correspondiente al párrafo dedicado a la teoría patrimonial, cap. VII, pp. 209.

clara conciencia jurídica de una esfera política de libertad, si bien existen rasgos muy manifiestos que prueban cómo para ellos el propio poder del legislador tenía límites en su relación con el individuo.[67]

La idea de que sólo a la ley, y por consiguiente a una autoridad limitada, se está sometido, era en Roma tan viva como en Grecia. Mas la calidad de ciudadano, al que se le considera como titular de exigencias de las prestaciones del Estado y de derechos para participar en la vida del mismo, fue reconocida con toda claridad por el sagaz espíritu jurídico de los romanos. La naturaleza jurídica de la ciudadanía llegó a alcanzar en Roma un desarrollo tan amplio como es posible. Sus distintos grados prueban cómo eran perfectamente conscientes de los innumerables círculos de derechos individuales que en este concepto iban contenidos. El propio concepto moderno del ciudadano pasivo, *cives sine sufragio,* no fue extraño a la República,[68] y por esto se ha transformado el tipo del antiguo ciudadano, cuya nota esencial era la participación activa en el Estado. Ambos aspectos del concepto de la libertad han sido familiares a los romanos. En el Digesto nos ha sido conservada sólo la definición de la libertad civil, no de la libertad política.[69] El Estado frente al ciudadano no tiene el carácter de un sujeto jurídico de igual valor. El ciudadano no posee una *actio* contra el *populus,*[70] pero esto no obstante, muchos sistemas jurídicos modernos, entre ellos el angloamericano, se asemejan en esto al romano.

La personalidad individual independiente respecto del Estado sólo se reconoce en Roma en su plenitud cuando se trata del ciudadano. Al hombre como tal, no se le reconoció la personalidad, incluso cuando el cristianismo llegó a ser la única religión del Estado. La antigua Roma cristiana no abandonó las bases del antiguo Estado, y de ella puede decirse lo que hemos dicho de la Roma pagana. A pesar de que la Iglesia exige independencia para sí, el Estado antiguo sigue siendo en la época cristiana una comunidad de cultos. Mediante el carácter exclusivo que se concedió al cristianismo, en oposición a la variedad de los demás cultos paganos considerados hasta entonces como cultos del Estado, se forma una nueva

[67] Véanse los pasajes de Cicerón citados por Ihering en su obra *Geist des römischen Rechts,* II, I, pp. 56 ss., núms. 44 y 45. La doctrina estoico-ciceroniana del *jus naturae,* que más tarde fue desarrollada por la jurisprudencia, lleva consigo ya el germen de una exigencia de limitación del poder legislativo del Estado, doctrina que tiene una estrecha relación con las modernas concepciones del derecho natural.

[68] Mommsen, *Abriss des römischen Staatsrecht,* 1803, pp. 54 ss.

[69] Florentinus, I, 4, 2, *D. de statu hom.,* I, 5. *"Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut jure prohibetur."* Véase sobre el concepto de libertad individual en los romanos, Ihering, *Geist des römischen Rechts,* II, 1, pp. 128 ss.

[70] Hay un procedimiento administrativo mediante el cual, cuando individuo y pueblo se encuentran opuestos uno a otro, el pueblo puede acusar al individuo por medio de una persona que lo represente. Véase Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte,* I, 1885, pp. 172 ss.

distinción constituida por creyentes, herejes e incrédulos, de los cuales sólo los primeros tienen plenamente justificada su existencia. Cuando el principado y el imperio redujeron a un mínimo los derechos públicos de las personas, a tal punto que el carácter de ciudadano descansaba casi exclusivamente en su capacidad de derecho privado, fue plenamente aniquilada la libertad que realmente había existido hasta entonces en las cosas religiosas, libertad que existía a menos que se opusiera a los intereses directos del Estado.[71] El romano, desde Constantino, y el reino de Bizancio, son las únicas formaciones a las cuales puede convenir la afirmación de que al individuo no se le reconocía existencia independiente del Estado. No ha existido jamás en la historia de los pueblos occidentales una época en que el individuo haya vivido más oprimido que lo fue en ésta; además, no existió para él ninguna posibilidad histórica —como hubieron de tenerla más tarde los hombres sometidos al absolutismo— de sacudir esta presión. Sólo poseían una esfera de derecho privado protegida de una manera mísera; mas ni conocían lo que era ejercer el poder ni tener libertad frente a él. Una oscuridad profunda que sólo ahora principia a desaparecer se ha esparcido singularmente sobre la época postrera de la Roma oriental en que el absolutismo del Estado alcanzó su más alto triunfo.

4. El Estado de la Edad Media

El Estado antiguo es una unidad general que no admite división interior. La idea de la naturaleza unitaria del Estado atraviesa la evolución política de la Antigüedad, así como la de la ciencia de aquella época. Siempre les fue extraña una separación del Estado en gobernantes y gobernados opuestos entre sí, a modo de partidos que luchan y acuerdan la paz.

En este punto radica precisamente una de las oposiciones más importantes entre el Estado antiguo y la evolución del Estado en la Edad Media. Lo que en Grecia y Roma fue originariamente dado, poseído, necesitaron alcanzarlo estos pueblos nuevos mediante una lucha dura y difícil.

La historia de la Edad Media principia con formaciones políticas rudimentarias, que lentamente van ascendiendo hasta llegar a ser lo que hoy denominamos Estado en el pleno sentido de la palabra. Mas en este proceso de formación de los Estados influye poderosamente la antigua idea de la unidad del Estado. La imagen, nunca olvidada, del imperio romano con su organización firme, la centralización y la concentración del poder, determina en parte, probablemente, el nacimiento y el desarrollo de los grandes imperios de la Edad Media,[72] los más de los cuales sólo pudieron vivir breve tiempo para desaparecer por completo o para dividirse. Sólo de un modo excepcional han tenido influjo las ideas orientales en la formación de los Estados cristianos, principalmente en la forma dada al reino normando establecido en Sicilia por el emperador Federico II, cuyo Estado tiene el carácter de una mezcla entre el Estado sarraceno y el de la última época romana. Es decir, se trataba de una reunión de hordas sin voluntad, sujetas a impuestos, sometidas en su vida privada a una fiscalización sumamente rigurosa y conducidas por una burocracia despótica.[73] Pero este ensayo para edificar un Estado unitario con un *imperium* vigoroso, irresistible, desaparece inmediatamente sin dejar huellas.

El carácter imperfecto de los Estados del mundo germánico en los comienzos de su vida política se muestra ante todo en que se formó en ellos con muchas dificultades un elemento importante del Estado perfecto: al principio el Estado germano es una asociación de pueblos a la que le falta la relación constante con un territorio fijo;[74] el enlace permanente del territorio con el pueblo sólo muy lentamente se ha llevado a cabo en su historia. El modo como se ha hecho este enlace ha determinado la suerte del Estado moderno. En tanto que el antiguo tuvo como punto central hasta su fin la *polis* y en el imperio mundial de los romanos el territorio sólo fue considerado como algo dependiente de la ciudad, al Estado germano le faltó por completo un punto central, es decir, le faltó todo centro en general; es desde su comienzo un Estado territorial con un centro personal, pero sin un centro real. La residencia del príncipe era algo completamente contingente e independiente de la organización del Estado.[75] Por consiguiente, le falta desde el comienzo una centralización. La dificultad de organización para un pueblo que está extendido en un vasto territorio y carece de todo centro es aún mayor en una época en que las comunicaciones eran rudimentarias y predominaba una economía agrícola. Por consiguiente, el ensayo de los carolingios al constituir los condados no tuvo consecuencias duraderas. Precisamente las grandes dificultades que se oponían a la formación de la unidad de la vida de los pueblos

[71] La indiferencia de los romanos en cuestiones religiosas y la libertad que concedían a los cultos extranjeros, tanto que convirtió en teocracia el paganismo, es de todos conocida. De igual modo se sabe que las persecuciones contra los judíos y cristianos no eran de carácter religioso, sino político.

[72] Sobre la impresión que la vista del imperio romano causó en los germanos que penetraron en el imperio, véase Bryce, *The Holy Roman Empire*, 11ª ed., Londres, 1892, pp. 16 ss. Sea el que fuere el punto de vista que se adopte respecto al influjo de las instituciones romanas en la formación del reino de los francos (véase Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 1892, II, pp. 2 ss.), difícilmente podrá negarse que Roma sirvió de tipo para la organización administrativa centralista de los francos. Véase también Lamprecht, *Deutsche Geschichte*, I, 1891, pp. 299 ss.

[73] J. Burckhardt, *op. cit.*, pp. 3 ss.; Winkelmann, *Geschichte Kaiser Friedrichs d. Zweiten*, I, 1863, p. 127.

[74] Schröder, *Rechtsgeschichte*, pp. 15-16.

[75] Brunner, II, 1892, p. 95.

es lo que despierta la tendencia a fortalecer todo lo posible el poder central, naciendo de esta manera de las tribus juntamente con la conversión de las mismas en sedentarias, una realeza que, si bien al comienzo sólo representaba una función subordinada a la asamblea,[76] sirvió más tarde como arranque de todos los reinos de la Edad Media. Sin realeza, sin reunión de las fuerzas débiles de los Estados de entonces en una sola mano, se habrían desmembrado los Estados germanos en cantones políticos impotentes. El mundo germano es, pues, monárquico, y por tanto esto ha determinado la evolución de su Estado hasta los tiempos actuales.

La realeza germánica se desarrolló más tarde de modo que viene a reunir en sí estos dos elementos esenciales: el poder soberano sobre las personas y la propiedad igualmente suprema sobre todos los bienes territoriales. Ambos derechos, al nacer, no tenían un carácter ilimitado: junto al tribunal real existía un tribunal popular[77] y a la propiedad suprema del rey oponíase en muchas ocasiones la propiedad privada intangible para el poder de los reyes. El reino germano nace, pues, como un poder limitado; por consiguiente, desde su comienzo lleva en sí un dualismo: el *derecho del rey* y el *derecho del pueblo,* dualismo que jamás ha llegado a superar la Edad Media. Este Estado era *dualista,* en tanto que el Estado antiguo fue, y permaneció siempre, esencialmente *monista.*

Este dualismo se muestra primeramente en que el derecho del rey y el del pueblo son considerados, dada la concepción de aquella época, como igualmente originarios. Para el pensamiento político monista de los romanos era muy natural el derivar el poder del *princeps* de una concesión del *populus;* pero esta concepción, como cualquier otra de igual naturaleza, contradice las ideas primitivas jurídicas de los romanos, para quienes el derecho del rey es tan independiente y sustantivo, como el derecho privado del individuo. La teoría románico-canónica de la Edad Media es la que por vez primera, y valiéndose de ideas completamente extrañas a las primitivas germanas, consideró al pueblo como quien otorgaba a la persona del rey su representación y por tanto consideraba el derecho real como derivado del derecho popular.

Este dualismo, fundado ya en la situación primitiva de los Estados germanos, se acentúa aún más con los progresos del feudalismo. Jamás fue el Estado germano depositario de todo el poder público;[78] es verdad que la justicia popular llega a ser limitada por el poder del Estado, cada vez más extendido, pero no a ser aniquilada. Los tribunales de los señores dueños de la tierra descansaban en su derecho propio, y del mismo modo

[76] Véase Schröder, pp. 24-25. W. Schüking, *Der Regierungsautritt,* I, 1899, pp. 13-14.
[77] Véase Brunner, II, pp. 137-138.
[78] Contra las ideas nuevamente sustentadas y muy exageradas relativas al absolutismo de los merovingios, véase Brunner, II, pp. 9 ss.

que la justicia eclesiástica, aun cuando reconocida y limitada por el Estado, no podía ser creada por éste. Mediante la feudalización de las funciones del rey y la posterior formación de las inmunidades, nacen dentro del Estado nuevos poderes públicos que cada vez devienen más independientes. Donde quiera que domina la Constitución municipal romana, acentúase la sustantividad política de las ciudades, las cuales llegan en ocasiones, como en Italia, a alcanzar una absoluta independencia. Posteriormente, y dotadas de privilegios reales, fúndanse en Alemania y Francia ciudades que llegan a conseguir, al menos parte de ellas, el carácter de corporaciones soberanas. Por esto, la división dual de la naturaleza del Estado significa a su vez una atomización del poder público, y toda la historia de los Estados de la Edad Media es al mismo tiempo una historia del ensayo para llegar a vencer este desmembramiento o, al menos, para aminorar sus consecuencias. La forma en que este ensayo se lleva a cabo es la de estados o brazos del Estado. Teniendo en cuenta las antiguas instituciones germanas, según las cuales los asuntos importantes, y que tocan a todo el pueblo, no deben resolverse sin contar con el acuerdo del pueblo mismo, reúne el Estado en una unidad los distintos poderes políticos que le estaban sometidos y que aparecían como los opuestos al rey o al príncipe. La asamblea de los estados o brazos es la expresión típica de la forma dualista del Estado germano. Allí donde la fuerza de la continuidad histórica había dejado viva la idea romana, como acontece en Italia y en el imperio de Bizancio, jamás llegó a existir esta institución de estados o brazos.

Son muy varias las razones históricas por las cuales en cada Estado particular han llegado a reunirse el poder feudal y el municipal para llegar a constituir asambleas generales y particulares. Unas veces se ha debido a cuestiones de política exterior, como sucedió en la lucha de Felipe el Hermoso con la Iglesia; otras veces lo originó la necesidad de preparar una expedición guerrera; en fin, disputas por el trono, el querer permanecer en paz, los presupuestos de gastos de los príncipes, la confirmación y ampliación de las libertades y derechos de los vasallos y de las comunidades frente a los príncipes, han sido a menudo los motivos originarios de la organización de los Estados en forma corporativa. Los brazos se oponen en general a los reyes y señores como corporaciones independientes. Existe una teoría que descansa en una tradición muy antigua, pero muy fuera de la vida real, según la cual, estos brazos y el príncipe son miembros de un mismo Estado, pero esta doctrina no encaja en las convicciones políticas de aquellos tiempos; más bien la que tiene cabida en las ideas de aquella época es que *rex* y *regnum* son como dos sujetos políticos claramente separados entre sí, ninguno de los cuales tiene superioridad sobre el otro. A nuestros ojos, cuando esta doctrina se lleva a su más extrema consecuencia, el Estado se nos aparece como un doble

Estado en que el príncipe y las Cortes tienen cada uno sus funcionarios particulares, tribunales, cajas y hasta ejército y embajadores.[79] Innumerables veces los partidarios de la soberanía de los brazos han apoyado en la autoridad de Aristóteles esta afirmación: *rex singulis major, universis minor;* pero en el lenguaje de la época ésta sólo quiere decir que no existía la idea que expresase un lazo común comprensivo tanto del *rex* como del *regnum.* Así la oposición como la reunión de emperador y reino en Alemania ha probado que no es posible pensar en ambos como en una unidad.

El Estado de la Edad Media se encontraba limitado por los fundamentos mismos de su evolución política, y además por otra razón desconocida del Estado antiguo. Desde la caída del Imperio romano de Occidente muéstrase la unidad de la Iglesia como en oposición a la variedad de los nuevos Estados en formación. La relación entre Estado e Iglesia en el curso de los tiempos, cualquiera que haya sido su forma, siempre ha tenido el carácter de una exigencia formulada por la Iglesia para que el Estado la obedezca. Siempre se ha creído dotada de poder bastante para influir en él, poder con que debía contar éste, tanto más, cuanto que el poder de la Iglesia, en todos los momentos de su vida, pidió la subordinación del Estado a su autoridad. Si, pues, la Iglesia afirmó su superioridad sobre el Estado, como pasó en las luchas contra el imperio en los siglos XI a XIII, o si contra su voluntad fue constreñida a ponerse al servicio del Estado, como aconteció en Francia en el siglo XIV, a la postre, siempre y en toda circunstancia, ella representaba la existencia de un amplio dominio de la vida humana en común que escapaba a la soberanía y al influjo del Estado.

Los ensayos que posteriormente han seguido haciéndose para superar el dualismo de Estado e Iglesia no han llegado a suprimir la distinción clara entre ambos poderes, y por consiguiente, a borrar la concepción dominante de que el Estado tiene sus límites allí donde comienza la doctrina y disciplina de la Iglesia. Cualesquiera que puedan ser las relaciones del Estado con los intereses religiosos de los pueblos, siempre se encuentra el Estado encerrado en límites infranqueables, incluso cuando se trate de una religión obligatoria del Estado; porque es verdad que él puede imponer coactivamente una religión, pero no puede modificar a su antojo la religión misma. Cuanto más independiente sea la organización eclesiástica de la del Estado, y lo es mucho en las Iglesias de Occidente, tanto mayor y más manifiesta será la función que el Estado conceda, obligado por la historia, a un poder independiente y opuesto a él.

Esta limitación y división del Estado de la Edad Media se acentúa porque en los más de los casos la mayor parte del pueblo permanece extraño

[79] Por lo que a Alemania se refiere, véase Gierke, *Genossenschaftsrecht,* I, pp. 355-356; Rachfahl, *Die Organisation der Gesantstaatsverwaltung Schlesiens,* 1894, pp. 150-151, y además la descripción admirable de Von Below, *Territorium und Staat,* 1900, pp. 248-249.

a la vida del Estado. Mas esto no sólo puede decirse de los territorios alemanes en los que aún no ha llegado a adquirir vida la idea del Estado y sólo existen restos ruinosos de la subordinación del individuo al imperio, sino incluso allí donde los brazos se sienten nación política, lo cual implica precisamente la exclusión de la mayor parte de los gobernados, de la vida pública. También conducen a esto las innumerables gradaciones en las relaciones de los que carecen de libertad, cuyas relaciones son causa de que, con raras excepciones, los que participan activamente en la vida del Estado constituyan un círculo mucho más limitado que en el Estado antiguo, a pesar de la existencia en éstos de esclavos y clientes.

Los primeros ensayos llevados a cabo tenazmente con el propósito de alcanzar la unidad del Estado proceden de la última época medieval y se deben a las ciudades organizadas en forma de estados o brazos. De nuevo renace, si bien en forma muy distinta de la primitiva, la idea de la *polis.* En Italia, como hemos dicho, no ha llegado a echar raíces jamás el dualismo medieval; han conservado las ciudades republicanas de la Edad Media un carácter monista en medio de un mundo de Estados construidos con forma dualista. La tiranía que vive en las ciudades italianas de los siglos XIV y XV ofrece la imagen de una comunidad unitaria gobernada por una voluntad poderosa y desprovista de todo miramiento.[80] Con el Renacimiento, Italia ve nacer en su suelo, ya preparado por la historia, la moderna concepción del Estado. Éste, tal como lo concibe Maquiavelo, conserva, sin duda alguna, muchos rasgos del Estado antiguo, pero es en realidad el Estado moderno, que quiere considerarse a sí mismo como el poder supremo que gravita sobre todos sus miembros.

La Iglesia ofreció a los Estados de la Edad Media el ejemplo vivo y permanente de una asociación unitaria que no admite dentro de sí división ni oposición alguna, mostrando con ello de un modo indubitable el valor que tiene una organización autoritaria y monista. Es verdad que la Iglesia también ha tenido una época en que la oposición del papa y el concilio parecía repetir la oposición entre el rey y el reino; mas desde el comienzo no pudo caber duda, dada la tradición que dominaba la Iglesia, de a cuál de estos órganos había de corresponder la victoria. Una organización dualista de la Iglesia no podía conciliarse con la idea de ésta.

5. El Estado moderno

El Estado moderno ha nacido como unidad de asociación organizada conforme a una Constitución, gracias a haber dominado el doble dualis-

[80] Véase la brillante descripción que hace de los tiranos J. Burckhardt, *op. cit.,* cap. I.

mo que forman rey y pueblo y el poder espiritual y temporal. En cada Estado particular, como no podía ser menos, ha tenido lugar este fenómeno de una manera peculiar, si bien bajo el influjo, en parte, de relaciones políticas universales. La exposición detallada de esta cuestión rebasaría los límites que ha de tener esta obra; más bien ha de darse como supuesto el conocimiento de la suerte que ha cabido a los Estados modernos, pues nuestro problema no es hacer un manual de historia moderna.

Por distintos que puedan ser los motivos y los medios de que se ha valido cada Estado particular para dominar este doble dualismo en la lucha por dar una nueva forma a las relaciones políticas, se ha conseguido un primer resultado de importancia suma, y es: la instauración de la unidad del Estado dominando la contienda entre sus partes.

La polémica entre el Estado y la Iglesia se decide en beneficio del Estado, por obra de la Reforma, no sólo en los países protestantes. Los intereses de la disminuida Iglesia católica y la posibilidad de recobrar alguna vez los miembros que se habían separado de ella, pensamiento que jamás ha abandonado la Iglesia, son objetivos que de tal suerte dependen de que las potencias católicas le brinden su apoyo que, no obstante la oposición y el conflicto entre Estado e Iglesia en los países católicos, no vuelve jamás a alcanzar ésta la fuerza de que disfrutó en la Edad Media.

El fin más importante, por consiguiente, del siglo primero de la historia moderna, ha consistido en superar el dualismo resultante de la distinción de príncipe y estados del reino. Tan pronto como la totalidad de las modificaciones engendradas en las relaciones económicas y militares permitió y exigió una concentración del poder del príncipe, el esfuerzo principal había de consistir en hacer recaer sobre aquél el centro de gravedad del Estado. Por esto la historia interna de los Estados modernos tiene como contenido las luchas sostenidas para fijar el poder del príncipe frente al de los estados o brazos, lucha en que deviene realidad toda una serie de posibilidades. El *Corpus* de los brazos se convierte en un órgano activo del Estado unificado, por ejemplo en Inglaterra y en el reino alemán, en Polonia, y a veces en Suecia; estos brazos o estados mediatizan la realeza e introducen por consiguiente una autoridad aristocrática con una apariencia de monarca en la cima, o bien logra la realeza doblegar a los estados, convertidos en meras sombras, o aniquilarlos por entero, como acontece en Francia, en Dinamarca, en España, y después de la guerra de los Treinta Años, en la mayor parte de los territorios alemanes, o se reconoce, finalmente, por los estados la autoridad suprema de la corona, como sucede en Hungría a partir de 1687.

La solución que mayor significación ha tenido ha sido la absolutista, porque la monarquía absoluta es la primera que ha realizado en Occidente, después de la época romana, la idea de la unidad del Estado. Ha

formado una unidad interior de territorios que estaban originariamente separados unos de otros; ha creado un ejército, no sujeto a las contingencias de la fidelidad del vasallo; ha instituido una empleomanía del Estado; ha colocado bajo su amparo la administración de justicia en todos los territorios que abarcaba el Estado, o al menos, ha sometido a su poder la administración de justicia feudal, y por último, la administración establecida por las representaciones de la nación, ha convertido a éstas, de coordinadas con la del Estado, como antes eran, en subordinadas a él. Mediante el derrumbamiento de los poderes feudales ha llevado a cabo la monarquía absoluta, sin darse cuenta, el gran proceso de nivelación, por cuyo medio, una sociedad sumamente estructurada y dividida, ha llegado a ser una sociedad en que fundamentalmente todos los ciudadanos, en principio, gozan de igual capacidad jurídica. En España y Francia, así como en Brandeburgo —Prusia— y en la monarquía de Habsburgo, la idea del Estado uno, indivisible, fue realizada por los monarcas absolutos. Aun en la propia Rusia, que en tantas cuestiones aparece tan rezagada con respecto al Occidente, llévase a cabo la unidad de su Estado gracias al absolutismo de los Romanov. Allí donde no ha existido un poder absoluto que tendiese a la concentración, tampoco se ha alcanzado la unidad del Estado, sino que se ha dividido éste como en Alemania y Polonia, o en vez de la asociación Estado, ha nacido sólo una confederación, como ha ocurrido en Suiza y en los Países Bajos.

La formación de los Estados modernos recibe su forma postrera y acabada mediante las transformaciones que se llevan a cabo dentro de los mismos a consecuencia de los movimientos revolucionarios, por la separación y formación de nuevos Estados con una pluralidad de pueblos que antes formaban una unidad, y la inversa, pueblos separados entre los que existía afinidad y que logran constituir una unidad política de Estado. La revolución inglesa del siglo XVII, la francesa y la americana del XVIII, el hundimiento del antiguo reino alemán al comienzo del siglo XIX, el movimiento del año 1848, la formación de la unidad italiana y alemana para no nombrar sino aquellos hechos fundamentales que han transformado las bases internas de los Estados, todos ellos han tenido como resultado, aparte de otros mil, el de hacer más clara e inequívoca la unidad del Estado en todas las instituciones y hacer igualmente más patente su carácter corporativo. Esto último sólo ha sido posible por haberse alcanzado aquella unidad. Gracias a ella, puede adoptar el Estado la forma de una comunidad organizada, cuyas funciones se llevan a cabo mediante una variedad de órganos dispuestos conforme a la constitución, y es posible, asimismo, establecer una limitación jurídica rigurosa entre la comunidad y sus miembros. La unidad, su organización conforme a la constitución y la autolimitación del Estado frente al individuo, son los

caracteres esenciales de lo que denominamos el Estado moderno, y lo que lo separa de todas las formas que el Estado ha revestido en el pasado.

La idea de la unidad, por consiguiente, es la conclusión de una gran evolución histórica. El Estado moderno tiene como punto final lo que para el antiguo era el punto de partida. Como el segundo, atribúyese también él, y aún en una mayor medida, el derecho y el poder para dominar de un modo efectivo todos los aspectos de la vida de la comunidad. Es verdad que pone limitaciones de gran importancia a su acción; pero sólo lo son las que él mismo se ha puesto en vista del conocimiento que tiene de su problema. Por el contrario, no reconoce a ninguno de sus miembros un derecho extraestatista que pueda ofrecerle una limitación absoluta; si existiese, equivaldría esto a una reaparición de aquel dualismo que fue vencido después de una lucha de siglos.

También las teorías políticas de la época moderna contienen en una medida mayor o menor la tendencia a concebir el Estado como una unidad. En otro lugar habrá de exponerse la significación que el concepto de la soberanía ha tenido en el proceso de esta idea; aquí sólo habremos de decir que el primer sistema completo de derecho natural, a saber, la doctrina absolutista de Hobbes, considera al Estado como una personalidad unitaria que no podía ser limitada por ninguna otra voluntad. Si bien el derecho natural deriva el Estado de los individuos, concede al Estado, una vez creado, un poder superior al de todos los demás. En este punto concuerdan todos los partidarios del derecho natural, ya reconozcan, como Locke, límites naturales al poder del Estado, ya encuentren que estos límites, como pasa con Rousseau, sólo dependen de la voluntad común y soberana. También el dualismo de Estado e Iglesia quiere ser superado por esta doctrina en cuanto concede al Estado el poder supremo, incluso cuando se trata de las cosas eclesiásticas. La exigencia del derecho natural para que se instituya una Iglesia del Estado —que es la doctrina que se oculta en la teoría de la religión civil de Rousseau— es la consecuencia última de la tendencia a construir la unidad del Estado. La teoría jurídica moderna de éste ha perfeccionado la siguiente idea: atribuye al Estado el derecho formal de determinar según su propio criterio los límites de su actuación. De modo que, en principio, nada de cuanto se refiere a la vida humana en común puede ser extraño a su poder regulador.

El Estado de la Edad Moderna, Estado uno, Estado que reúne en sí todos los poderes públicos y todos los derechos, no es sino el resultado de una evolución lenta y de un proceso continuo que ha tendido a superar las divisiones profundas. Mas sería una gran falta tratar de concluir de aquí que el Estado moderno se ha identificado completamente con el Estado antiguo y que no existe ya entre ambos oposición alguna de principios. Por el contrario, toda la evolución histórica del Estado moderno lleva consigo una característica que lo diferencia esencialmente de todas las formas anteriores del Estado. Es verdad que el dualismo ha desaparecido, pero ha dejado huellas imperecederas en los Estados actuales que sólo puede hacérnosla comprensible el conocimiento de la historia de dichos Estados.

Muéstrase esto, ante todo, en la fijación de la situación que corresponde al individuo frente al Estado. Aquél está hoy sometido a restricciones mucho más amplias de lo que lo estaba en la época de esplendor del Estado antiguo. En la Antigüedad faltó la conciencia clara de una exigencia jurídico-positiva para que se le reconociese al individuo frente al Estado una esfera de libertad.[81] En el de la época moderna, por el contrario, incluso cuando ha reinado un absolutismo sin límites, jamás ha dejado de existir la convicción de que el individuo era un ser de derechos frente al Estado y que, por tanto, habría de ser reconocido moral y jurídicamente por éste. Tal convicción es el fruto de la doble oposición que el Estado moderno había de superar y que jamás desapareció por completo de la conciencia de los hombres. Encontramos aún hoy la oposición entre rey y pueblo en la doctrina que afirma que el poder del Estado tiene límites respecto del pueblo, no obstante la soberanía jurídica de aquél. Las libertades y privilegios del individuo, de las corporaciones y de los estados o brazos en la Edad Media están enlazados históricamente de un modo visible con las modernas libertades que la Constitución ampara. Igualmente, la lucha secular entre el Estado y la Iglesia ha traído como resultado la convicción general, y dominante hoy en todos los Estados cultos, de que el poder del Estado, cuando se trata de las creencias religiosas de sus miembros, encuentra su límite irrebasable en estas mismas creencias. La teoría jurídica de un Estado sin restricción alguna sirvió como el arma que enérgicamente se esgrimió para contener las pretensiones de la Iglesia, las cuales consistían en reclamar un campo de actividad independiente, exterior y opuesto a aquél; pero mediante esta lucha hubo de convencerse el Estado de que los límites reales del *imperium* radican en la intimidad religiosa de los individuos. Esta convicción engendrada por las oposiciones que creó la Reforma ha desempeñado un gran papel en la determinación de las modernas relaciones entre el Estado y el individuo.

De no haber existido este doble dualismo del Estado de la Edad Media, difícilmente se hubiese llegado a reconocer de una manera expresa al individuo como un poder social que tiene derechos por sí mismo, sin correr el riesgo de que el Estado lo hubiese absorbido por completo. Este reconocimiento de función jurídica del individuo no ha existido en ninguna

[81] El hecho de que existieran algunos rasgos que fuesen indicio de la concepción moderna no es bastante para quitar su valor a esta afirmación.

otra época ni en ningún otro momento en la vida de la cultura cualquiera que haya sido la concepción del Estado. Cuando el Estado romano se convirtió en Estado plenamente absolutista y rigurosamente teocrático, no se levantó por parte alguna la más leve contradicción, porque esto habría sido a su vez imposible dados los fundamentos históricos de su pasado. La esfera enteramente libre del Estado de que disfrutaba el hombre antiguo tenía precisamente un carácter precario; pero dada su propia concepción del mundo y del Estado, no se encontraba en condiciones de defenderla y transformarla en un derecho propio. Aquellos Estados, posteriormente formados, que han desconocido totalmente el dualismo de príncipe y pueblo y sólo en un grado limitado conocen la oposición de Estado e Iglesia, como ocurre en el antiguo imperio bizantino y en el actual Estado ruso, no han reconocido de un modo expreso los límites entre el Estado y el individuo. El Estado antiguo sólo conocía la forma democrática como la única en que se pudiera realizar la idea de libertad, y lo creía con justicia, porque en la formación monista del Estado la participación de todos en la soberanía es la única manera posible de alcanzar la libertad; quien domina, quien ejerce el poder, no puede ser al propio tiempo el sometido a un déspota. En estos Estados, la monarquía, por el contrario, había de conducirles, dada la falta de un contrapeso moral, al sometimiento ilimitado de los individuos a la voluntad del soberano, por más que esta idea no se haya realizado jamás plenamente.

Desde este punto de vista, es del mayor interés considerar la construcción de los Estados según la escuela del derecho natural. Esta doctrina trata de comprender la unidad del Estado y de aunar a su vez con esta idea la de la libertad individual, poniendo límites al Estado uno, límites que nacen de su fin o de su derivación de las voluntades individuales. En el fondo de esta doctrina existe el dualismo que había sido el pensamiento director de la evolución pasada; buena prueba de ello es que las teorías políticas, incluso aquellas que están formuladas de la manera más abstracta, hunden sus raíces en el terreno de las relaciones históricas dadas. Y su intento de llegar a dominar y sobrepasar el dualismo consiste esencialmente en considerar el derecho del individuo como previo al Estado y el del soberano como nacido con él mismo. En otro lugar habremos de mostrar que este ensayo no aporta solución alguna.

Pero es sumamente rico en consecuencias el continuar mostrando la oposición que existe, en este punto, entre las doctrinas antigua y moderna del Estado. La primera, cuando se trata de la creación de éste, no omite el tomar en consideración la peculiaridad del individuo, sino que parte de sus tendencias, impulsos y pasiones; pero nunca habla de un derecho originario del individuo que hubiese de manifestarse y ejercerse en la creación del Estado. Tampoco los antiguos hicieron de su teoría del contrato

del Estado una construcción jurídica del mismo en la que hubiera de ser presupuesto y protegido un derecho innato de los individuos. El contrato social de los epicúreos tiene más bien un carácter utilitario; el Estado se funda para utilidad de los individuos en razón del impulso de éstos hacia la utilidad. El mismo contrato, como anteriormente hemos visto, se considera como un puro hecho, sin que llegue a ser calificado jurídicamente, pues según esta doctrina todo derecho lo es en virtud de ser preceptuado, y por consiguiente ya nace dentro del Estado. Tampoco los romanos utilizan jamás su doctrina del *jus naturale* para derivar de ella el origen del Estado. Falta por completo a la doctrina antigua, precisamente, el reconocimiento de que corresponde al individuo un lugar propio y originario jurídicamente frente al del Estado. Ante las antiguas teorías, aparece éste omnipotente, porque falta todo motivo para una limitación jurídica y porque no existía en el mismo, tan unitariamente edificado, ninguna restricción constitucional posible para el único órgano primario e inmediato sobre el que descansaba el Estado.

En el contemporáneo los efectos de este dualismo se reflejan en la formulación abstracta de los derechos de libertad, los cuales pretenden expresar de un modo legal la idea del sometimiento limitado del individuo, como persona con derechos propios, al Estado. Además, se muestra este dualismo —como después habrá de explicarse con más detalle— en la elaboración de las constituciones, que deben contener los fundamentos de la organización general del Estado. El mundo antiguo y las naciones civilizadas de Oriente que no han sufrido el influjo europeo no han tenido jamás idea de una constitución escrita. Es que ésta descansa precisamente en un pensamiento que sólo pudo haber nacido en el Estado dualista y representa la garantía de los derechos que ambas partes se ofrecen; es decir, es como un contrato de paz conseguido después de larga lucha. Estos supuestos históricos de las constituciones escritas no están ya vivos en la conciencia actual; pero continúan siempre influyendo, bien cuando se exige una constitución, bien cuando se trata de redactar un proyecto, pues entonces se recurre a la idea de que los derechos y deberes de los gobiernos y el campo de su acción respecto del otro elemento del Estado, el pueblo, debe ser precisado con claridad. Es digno de observarse que el Estado que primero y más fundamentalmente hubo de vencer el dualismo entre *rex* y *regnum*, Inglaterra, no posee —y en esto es igual a los Estados de la Antigüedad— ninguna constitución en el sentido moderno de la palabra, y sin embargo, en este Estado se ha conservado vivo hasta hoy el recuerdo de la obra de pacificación llevada a cabo por el rey y el parlamento mediante la admirable continuidad histórica de la evolución que comienza con el pacto de la Carta Magna, acordado entre los barones y el rey y llega hasta la actual constitución del parlamento.

Pero el dualismo influye singularmente en la forma de los Estados constitucionales. Se ha querido ver en la carencia del principio de representación, por parte de los antiguos, la distinción principal entre el Estado antiguo y el moderno. Mas esta falta es en aquél un momento secundario; tiene mucho mayor significación el que en el Estado moderno existan dos órganos inmediatos e independientes uno de otro, especialmente en las monarquías constitucionales, pero también muy claramente visible en las grandes democracias representativas. Este dualismo de los órganos inmediatos hace muy difícil de comprender para la teoría jurídica el Estado moderno y lleva en su seno la posibilidad de conflictos cuya solución tiene que descansar, finalmente, en la relación de las fuerzas circunstanciales que posea cada uno de estos órganos. En el Estado unitario contemporáneo pervive la antigua oposición de *rex* y *regnum* bajo la forma de una acción paralela, conjunta u opuesta, del jefe del Estado con su gobierno y el parlamento.

XI. EL ESTADO Y EL DERECHO

1. El problema del derecho

Para determinar las relaciones entre Estado y derecho, tenemos necesidad de un concepto claro de éste, concepto que es difícil de abarcar en la totalidad de sus aspectos, pudiendo seguirse para conseguirlo uno de estos dos caminos: o buscar la esencia del derecho, investigando dentro de la naturaleza objetiva del ser como si estuviera fundado en él y fuese independiente del hombre, o considerarlo como un fenómeno subjetivo y, por consiguiente, interno del hombre. La primera dirección es la de la especulación metafísica, y pretende conocer la existencia del derecho independientemente de la voluntad humana. De este derecho es del que afirmaba Grocio que habría de continuar teniendo valor, aunque Dios no existiese: *etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari non potest, non esse Deum.* Pero nuestro problema no es conocer el valor trascendente de las instituciones humanas; por lo cual, conforme al método hasta ahora empleado, consideraremos al derecho como un fenómeno psicológico, es decir, interno del hombre. Por consiguiente, el derecho forma parte del mundo de las representaciones humanas, vive en nuestra mente y una determinación del derecho equivaldrá, por tanto, a precisar qué parte del contenido de nuestra conciencia es la que designamos con el nombre de derecho.

No hay disputa alguna sobre que el derecho consiste en un conjunto de reglas para las acciones humanas; mas este carácter lo poseen igualmente las prescripciones religiosas, las morales, las de la costumbre. Y si así es, ¿dónde radica, por consiguiente, la nota específica, diferencial, de las reglas y prescripciones jurídicas?

Puesto que todas las acciones tienen un fin determinado, habrá de buscarse en el fin concreto del derecho la nota diferencial entre éste y todos los demás poderes normativos. Respecto de este fin, fácilmente se puede venir a un acuerdo; porque es incuestionable que la protección y la conservación (y aun dentro de límites estrechos, el auxilio) de los bienes e intereses humanos mediante acciones u omisiones, son fines que corresponden al derecho. Incluso quien atribuya al derecho más amplios fines, necesita reconocer éstos que hemos señalado como los más inmediatos. El fin de conservación es también, hasta cierto punto, un fin propio de todos los demás grandes poderes sociales que influyen en la voluntad,

de suerte que no es posible, concretándose a éste, encontrar la nota diferencial que buscamos. Sólo podemos hallar un criterio acertado para esta distinción analizando las normas. A la jurídica corresponden los siguientes caracteres esenciales:

1. Son normas que se refieren a las relaciones externas y mutuas de los hombres.

2. Son normas que proceden de una autoridad exterior reconocida.

3. Son normas cuyo carácter obligatorio está garantido por poderes exteriores.

Éstos son los caracteres que distinguen las normas jurídicas de las religiosas, morales y relativas a la costumbre, a todas las cuales les falta alguno de los caracteres que hemos fijado como esenciales a las normas jurídicas.

Es nota necesaria a todo derecho la de su *obligatoriedad.* Sólo forma parte del orden jurídico un principio de derecho si es obligatorio; pero si ha dejado de serlo o no ha llegado aún a ser derecho, entonces no es tal en el verdadero sentido de la palabra. Una norma es obligatoria, pues, cuando dispone de capacidad bastante para motivar las acciones de la voluntad, determinándola. Esta capacidad de la norma nace de nuestra convicción, derivada directamente de ella, de que estamos obligados a obedecerla.[1]

La positividad del derecho descansa, pues, en última instancia, en la *convicción* de su obligatoriedad; sobre este elemento puramente subjetivo, se edifica todo el orden jurídico. Ésta es la consecuencia necesaria del reconocimiento de que el derecho es interior a nosotros, de que es una función de la comunidad humana y necesita, por tanto, descansar en elementos puramente psicológicos.[2]

[1] Es indudable que la obligatoriedad de los principios jurídicos particulares no puede entregarse de ninguna manera al arbitrio subjetivo, pues el hecho fundamental psicológico de sentirse obligado mediante una norma, no depende, en modo alguno, del capricho individual, sino que más bien la norma sale al encuentro de aquel que se opone a sus exigencias y lo somete a la obligación. Se ha hecho notar a menudo que el asesino o el ladrón no contradicen la obligatoriedad de la norma infringida por ellos, por lo cual no les parece jamás la pena injusta, aun cuando tampoco la consideren deseable. La convicción de la obligatoriedad de la norma incide aun en las prescripciones legislativas menos importantes, pues siempre existe la creencia en el poder legislativo del legislador.

[2] Esta convicción es la del promedio de un pueblo. Al fijar la psicología de las masas, deja de tenerse en cuenta necesariamente los actos realizados por una minoría de tendencia opuesta. Por eso pueden existir conflictos para el individuo, que no pueden resolverse valiéndose de los conceptos jurídicos usuales. Esto se pone de manifiesto singularmente en los conflictos entre normas estatistas y normas religiosas. A las víctimas de la Inquisición española les ha de ser muy difícil reconocer que las normas en virtud de las cuales fueron juzgadas, eran normas de derecho. Sería injusto, pensaban los opresores, conceder libertad a una fe que está desviada de la Iglesia dominante; pero las víctimas no podían considerar la pena sino como un acto brutal y no como un derecho. De aquí se sigue una posibilidad de importancia suma para una consideración social del Estado y del derecho, a

Es preciso también para la obligatoriedad del derecho, que esté garantida su actuación psicológica. Considérase que está garantido un derecho, cuando la fuerza motivadora de sus prescripciones se ve ayudada por los poderes psicológicos sociales que justifican el que aquellas normas se afirmen a sí mismas como fundamento de las acciones, incluso en contra de todo motivo individual que las contradiga. La jurisprudencia del derecho civil, siguiendo las huellas, hasta hoy, del derecho natural, considera por lo común la coacción como la garantía única del derecho, y por consiguiente como su nota esencial.[3] En el concepto de la coacción predomina la nota compulsiva, es decir, significa que el derecho alcanza su fin mediante la motivación. Pero no es posible llegar a comprender por qué ha de ser considerada como la única garantía del derecho la motivación que resulta del temor a ciertas medidas jurídicas, de la amenaza o de otros medios análogos. Faltaba en la época del derecho natural una investigación profunda relativa a los diferentes poderes sociales que influyen sobre el derecho, por lo cual no se había reconocido que éste carecería de toda fuerza si sólo dispusiese de los poderes del Estado como medios de garantía. Hubiese bastado en aquella época una ojeada al derecho canónico para comprender cómo el orden del derecho puede ser garantido con medios distintos de los que comúnmente se designan con el nombre de coacción jurídica. Es verdad que el derecho natural conocía también la coacción interna, pero la oponía a la coacción jurídica, a la que llamaba coacción exterior, y lo que sólo quedaba garantido por esta coacción interna de conciencia, no lo consideraba como derecho.

Esta teoría, considerada incluso en sus aspectos más modernos, desconoce que existen fuera del Estado otros poderes sociales que ofrecen garantías esenciales para la satisfacción de las normas jurídicas. La presión inorgánica que ejercen sobre el individuo y la comunidad las costumbres sociales generales, las reglas particulares de urbanidad de determinadas clases de la sociedad y de ciertas profesiones, las asociaciones eclesiásticas, la prensa y la literatura, son una coacción mucho más

saber: una oposición en las concepciones relativas a la cualidad jurídica de determinadas partes del orden del Estado, que puede ejercer un influjo poderoso en el proceso de la vida del orden jurídico. El jurista no puede contar con esta oposición si se limita a un círculo estrecho de personas y de casos aislados; pero si alcanza una cierta amplitud y fortaleza, entonces habrá de plantear la cuestión de si un derecho consuetudinario derogatorio, no ha rechazado también formalmente a la norma contra la cual combate.

[3] Afírmase a menudo en la literatura moderna que *praeceptum* y *sanctio legis* son consecuencia lógica uno de otro, y, por tanto, que es injusta la identificación establecida por el derecho natural entre norma jurídica y norma coactiva. La doctrina que considera la coacción como lo esencial al concepto del derecho ha quedado hoy ya tan reducida que necesita tomar una actitud defensiva. Véase Bierling, *Kritik,* I, pp. 139 ss.; Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht,* 1878, pp. 223 ss.; Binding, *Die Normen und ihre Übertretung,* 2ª ed., 1890, I, pp. 484 ss.; Merkel, *Jur. Enzyklopädie,* pp. 34 ss.; Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht,* 1899, pp. 103-104.

fuerte que toda la que pueda ejercer el Estado de una manera consciente.[4] Es cierto que estas solas garantías que no proceden de aquél, no podrían mantener el orden jurídico sin la coacción del Estado; pero no es menos cierto, de otra parte, que si la presión de tales poderes sociales cesase, dejaría de existir el orden jurídico, pues la coacción jurídica sólo es un elemento indispensable que sirve para fortalecer las garantías que prestan los elementos exteriores al Estado. Y la experiencia ha enseñado que allí donde existe una costumbre con raíces hondas en la vida social, o una práctica religiosa, en oposición con el orden jurídico, resulta impotente la coacción del derecho. De aquí que éste haya de afirmar también su existencia exteriormente. El derecho consuetudinario derogatorio y las leyes en desuso prueban, harto claramente, que la coacción jurídica es incapaz de garantir por sí sola el derecho.

Se ha indicado muy a menudo, singularmente por los publicistas, que hay partes enteras del orden jurídico que carecen de coacción o que por su naturaleza son incapaces de estar sometidas a ella. Las *leges imperfectae* del derecho privado, gran parte del derecho constitucional y el derecho internacional por completo, se encuentran en estas circunstancias. Los juristas y filósofos del derecho, que están habituados exclusivamente a servirse de las antiguas y tradicionales pautas, han considerado que la última disciplina nombrada, carece de carácter jurídico. Esta parte del orden del derecho sólo podrá mantener su exigencia de tener científicamente un valor de derecho, si es capaz de probar su obligatoriedad real. Mas esta nota supone garantías. Las *leges imperfectae* sólo valen también, si se aplican en algunos casos y aseguran su ejecución. Pero las garantías que poseen gran parte del derecho público e internacional, excluidas por su propia naturaleza de toda coacción del derecho, son frecuentemente mucho más fuertes que todas las medidas jurídicas coactivas que pudieran imaginarse. Las garantías del derecho público radican, ante todo, en la organización del Estado y de las asociaciones jurídicas de carácter público, y para las partes más importantes del derecho internacional se encuentran estas garantías en las relaciones internacionales y en otros intereses generales de la comunidad de los Estados civilizados. Por esto se cumplen tan frecuentemente por los Estados particulares los pactos administrativos con más cuidado aun que las leyes propias.

No es, pues, la coacción una nota esencial al concepto del derecho, sino la garantía, de la cual la coacción no es sino una forma subordinada. Las normas jurídicas no son tanto normas coactivas cuanto normas de garantía.

[4] Seidler, *Jur. Kriterium*, p. 43, nota, discute mis observaciones acerca de las garantías del derecho, con tal ligereza que, en la crítica de ella, resulta que opone a mis opiniones mi propio criterio.

Partiendo de estos fundamentos para fijar la relación entre Estado y derecho, hemos de solucionar primeramente dos problemas. Se refiere uno a la esencia del derecho público, al orden jurídico del Estado mismo, y toca el otro la relación entre el Estado y el derecho que tiene validez dentro de sus límites. Para comprender plenamente estos problemas será preciso una breve explicación sobre la situación que ocupa el Estado con respecto al derecho internacional.

2. Cuestiones particulares

a) El problema del derecho público

He aquí cómo se plantea: ¿es capaz el Estado mismo de un orden jurídico? ¿Hay un derecho para el Estado? Si lo hay, ¿en qué se funda?

La voluntad del Estado es una voluntad humana; se trata pues, de determinar la existencia de normas obligatorias para la voluntad humana que el Estado representa. La existencia de estas normas se muestra si son reconocidas y si se afirma su carácter obligatorio tanto por los gobernantes como por los gobernados.

Para responder a estas cuestiones de tanta trascendencia, necesitamos descubrir las fuentes psicológicas últimas del derecho:

1. El origen de la creencia de que existen relaciones normales procede de una determinada actitud del hombre, psicológicamente condicionada, ante los hechos. El hombre ve lo que constantemente lo rodea, lo que sin cesar percibe y sin interrupción ejecuta, no sólo como un hecho, sino también como una norma de juicio, a la que intenta hacer que se conformen y se adecuen los hechos heterogéneos y discordantes. Es preciso no pensar inmediatamente en lo ético y en lo jurídico al tratar de esto, porque más bien puede encontrarse su expresión en las mil clases de normas que sirven de base a la vida cotidiana, en los juicios de valoración que dominan las relaciones sociales y las costumbres. A la mayor parte de los hombres les parece la condimentación casera de los alimentos la más sabrosa, bello el tipo de su raza, loables los prejuicios del círculo social a que pertenece y justa la manera de vivir de su propia clase social.

La tendencia a convertir lo real en normal puede estudiarse en su perfecta pureza en el niño. Éste exige que se le vuelva a referir exactamente, con los mismos giros con que antes lo escuchara, lo que una vez le fue contado y considera una falta cualquier modificación que se introduzca. La posesión real de un juguete la juzga como un acto jurídico. De aquí que todo obstáculo que se oponga a la posesión lo concibe como un atentado. Mediante el paralelismo de ontogénesis y filogénesis se justifica la

conclusión de que históricamente las primeras representaciones o concepciones de lo normativo se han desarrollado de un modo análogo, partiendo inmediatamente de lo real.

Qué fuerza normativa posee la moda, las costumbres sociales, las prescripciones relativas a la urbanidad, etc., no necesitamos detallarla. Una vez introducida una moda, plantea inmediatamente la exigencia de que se le reconozca como normativa. Juzgamos a menudo la propia moralidad, no por principios, sino según lo que realmente se considera por tal en un pueblo determinado o en un determinado núcleo social, como sabe por propia experiencia todo aquel que ha observado un poco y ha considerado las grandes diferencias locales, sociales y nacionales acerca de esto.

Tratar de buscar en su consciente o inconsciente racionalidad, el fundamento de la fuerza normativa de lo real, sería trastrocar completamente la cuestión. Lo real puede ser racionalizado después; pero su significación normativa radica en la propiedad de nuestra naturaleza, la cual reproduce más fácilmente lo que ha sido ya fisiológica y psicológicamente realizado que lo que le es nuevo.

Para comprender la evolución del derecho y de la moralidad, es de gran importancia el conocer la fuerza normativa de los hechos. Las órdenes emanadas de la autoridad religiosa o del Estado se ejecutan unas veces por temor, otras por otro motivo, y de aquí parte el desarrollo de la representación de que las órdenes repetidas tan a menudo, desligadas de las fuentes de que proceden, son normas morales que deben ser ejecutadas a causa de su interna fuerza obligatoria. Toda moral imperativa religiosa funda, por tanto, sus principios en constituir el contenido real de la voluntad de una autoridad que debe ser reconocida. "Yo soy, pues, el Señor vuestro Dios." Ésta es la motivación de la antigua ética judaica. Las más antiguas formulaciones de la moral religiosa están hechas con un carácter absoluto; van acompañadas de sanciones, pero no de motivos. La razón de su justificación se encuentra en su propia existencia.

Aún más clara y rotunda se muestra la relación de lo real con lo normativo al considerar los orígenes del derecho. Vale como derecho en cada pueblo, ante todo, lo que realmente es vivido como tal, y el ejercicio permanente de este derecho crea la representación de que este ejercicio se conforma a una norma apareciendo por consiguiente la norma misma como ordenación autoritaria de la comunidad, es decir, como norma jurídica. De este modo recibe también su solución el problema del derecho consuetudinario. No nace este derecho del espíritu popular que lo sanciona ni de la convicción común de que algo ha de ser derecho en fuerza de su necesidad interna; no nace de un acto de voluntad tácita del pueblo, sino de las propiedades generales psíquicas que hace se considere como normativo lo que constantemente se viene repitiendo en la realidad. El origen de la fuerza obligatoria del derecho consuetudinario coincide por completo con el de la moda o el ceremonial.[5]

Pero la consideración de la fuerza normativa de los hechos no sólo nos permite comprender exactamente los orígenes del derecho, sino también la existencia del orden jurídico; porque lo real tiene en general una tendencia psicológica a transformarse en obligatorio. Por esto ocurre en el campo del sistema del derecho que el hecho social dado, sea el que exista como derecho, y todo aquel que pretenda introducir una modificación en este estado de derecho, tiene que probar su mejor derecho. La protección de la posesión descansa, ante todo, en la protección de las relaciones reales en que consiste aquélla. Si los juristas, a partir de Savigny, hubiesen explicado este problema poniéndolo en conexión con todo el orden jurídico, en vez de fijar su atención en el problema concreto, habría desaparecido bien pronto completamente la lucha de opiniones sobre esta cuestión,[6] pues no sólo la posesión ilegal está protegida *in pendenti*, sino también el matrimonio hasta tanto que se le proclama nulo y el heredero de un testamento cuestionado, en tanto que el juez no decida a favor del que ataca la legitimidad del testamento. En derecho público, el diputado elegido se considera miembro de la cámara para la que fue designado, hasta tanto que su elección sea anulada; la ilegalidad de la elección no tiene influjo alguno en las decisiones en que haya tomado él parte en la cámara. Si un empleado ha inscrito con error en el registro de nacimiento el sexo de un niño, nadie podrá extender un acta de nacimiento haciendo mención exacta del sexo del niño hasta tanto que una sentencia del juez autorice la corrección necesaria en el registro.[7] En el procedimiento, el principio de que la prueba corresponda al demandante es un caso de aplicación del principio general de que lo que existe con antelación tiene un derecho preferente a subsistir como derecho. Incluso cuando se trata de juzgar jurídicamente las revoluciones de los Estados, existe en el fondo

[5] Zitelmann hace notar con razón *(Gewohnheitsrecht und Irrtum.— Archiv für ziv. Praxis*, 1883, p. 459): "La justificación eterna de la obligatoriedad del derecho consuetudinario depende más bien del fenómeno psicológico peculiar, según el cual un hombre de mentalidad normal llega siempre a pensar que existe un orden jurídico que nos obliga a cumplirlo. Cuando observa la dominación efectiva duradera de estos principios confía en que esta dominación real habrá de subsistir". Una investigación más detallada del problema del derecho consuetudinario, singularmente de la cuestión importantísima de saber cómo aparecen sus normas con el carácter de una voluntad autoritaria, es cuestión que queda fuera de los límites de esta obra.

[6] En algunos casos particulares se puede también admitir las consideraciones relativas a la utilidad o equidad que han influido en determinar la concepción del carácter normativo y obligatorio de los hechos. Mas la enorme semejanza de los casos particulares indicaría entonces de un modo incontestable que entre ellos existía una causa común.

[7] Ley del imperio relativa a la prueba del estado de las personas y celebración del matrimonio, de 6 de febrero de 1887, §§ 65 y 66.

de nuestra visión de las cosas esta concepción normal de las relaciones jurídicas. El ejercicio del poder del Estado por el usurpador crea inmediatamente un nuevo estado de derecho, porque no existe entonces institución alguna que pueda hacer que se considere como no efectuado jurídicamente el hecho de la usurpación. En este mismo principio se basa la tendencia, admitida hoy generalmente en derecho internacional, del hecho consumado. El mantenimiento efectivo del poder del Estado legitima por sí solo la representación del Estado en el exterior, y el legítimo representante del poder, destronado, pierde su derecho por el mero hecho de su alejamiento del ejercicio de la soberanía. Cuando en 1860 reconoció la Gran Bretaña al reino de Italia, rompió el primer ministro inglés inmediatamente las relaciones oficiales con el embajador del rey de las dos Sicilias.[8]

Favorece grandemente a la doctrina del Estado el conocimiento fundamental de la significación normativa de los hechos. Gracias a esto recibe una base sólida y se hace inteligible lo que respecta a la teoría social de las relaciones del Estado y la sociedad. Según ésta, la ordenación de aquél significa un compromiso permanente entre los grupos particulares que luchan por la dominación, y la Constitución del Estado a su vez expresa las relaciones de potencialidad entre los distintos factores sociales. Es preciso distinguir entre la Constitución escrita y la Constitución viva de un Estado. Esta última, en que encuentra expresión la realidad del Estado, consiste en la división efectiva del poder, división que es independiente en todos los Estados de las fórmulas de derecho escritas existentes en él.

El derecho es también, según se desprende de esta doctrina, un compromiso entre intereses diferentes y aun opuestos.[9] Este compromiso es la resultante, no sólo de la fuerza de los intereses, sino del poder social de los interesados en ellos. Por esto las relaciones reales de poder son las que sirven de base al orden jurídico y encuentran en él su expresión.

Si esta teoría no es capaz de explicar la naturaleza esencial del orden jurídico y del orden del Estado, como acontece a todas aquellas doctrinas que mediante una causa única pretenden abarcar un fenómeno social complejo, habrá de reconocérsele, al menos, que gracias a ella hemos llegado a comprender por vez primera los orígenes y los efectos de algunas partes importantísimas del derecho público. Es preciso completarla mediante la idea de que en las relaciones reales reside una fuerza normativa; esto es, que de aquellas relaciones nace la siguiente convicción: las relaciones reales de dominación han de ser consideradas como jurídicas. Donde falte esta convicción, allí será menester el orden real de fuerzas exteriores para ser mantenido, lo cual le hace imposible a su vez ser duradero, pues o aparecerá una costumbre que se imponga a esta situación o el orden puramente exterior se deshará. Pero allí donde los hechos han sido elevados a la categoría de normas por haber adquirido el carácter de costumbres y haber alcanzado éstas a su vez un reconocimiento exterior, resultará, que las situaciones que un extranjero habría de considerar injustas, repútanse aquí completamente legales. Se advierte principalmente esto cuando se considera la historia de las clases sociales no libres y observamos, por ejemplo, que las innumerables formas de relaciones de dependencia personal en la Edad Media duran siglos, y los mismos que carecen de libertad llegan a reconocerla, no sólo como una sujeción real, sino además como una institución jurídica.

[8] F. von Martens, *Volkerrecht*, II, 1886, pp. 23-24.

[9] Véase cap. IV, *b*.

Esto nos facilita el camino para fijar la situación en que se encuentra el poder del Estado respecto del derecho y para comprender la posibilidad de un derecho relativo al poder del Estado, esto es, de un derecho político. En los más de los casos, la formación de los nuevos poderes del Estado descansa en hechos que excluyen toda posibilidad de una cualificación jurídica previa. La fuerza en la multiplicidad de sus formas ha sido la razón que ha determinado más frecuentemente la formación y desaparición de los Estados; pero aun allí donde el origen de un Estado está preparado por un orden jurídico, ocurre, como hemos visto anteriormente, que el hecho mismo del nacimiento queda fuera del orden del derecho. Las modificaciones más profundas en la estructura de los Estados llévanse a cabo no poco frecuentemente por actos de fuerza, como revoluciones y golpes de Estado. La modificación de las fuerzas reales de las relaciones entre los órganos superiores del Estado se infiltra en las instituciones mismas, aun cuando no se haya modificado una letra de la Constitución. No hay ley alguna en Inglaterra que haya introducido la forma de gobierno parlamentario. La prerrogativa regia no se ha modificado esencialmente por un estatuto desde el *Bill of Rights;* pero la debilidad de la dinastía extranjera de Hannover y el poder efectivo del parlamento, han ido originando lentamente la actual relación entre la corona y la cámara de los comunes.

La transformación del poder del Estado —que en un comienzo tiene en todas partes el carácter de un mero hecho— en un poder jurídico es una consecuencia de la representación de estos hechos como debiendo tener un carácter normativo y ser tales como son. Así pues, este proceso se perfecciona en la vida interna de los hombres, es nuestra conciencia. Quien reconozca, como es justo, que el derecho, al igual que todo fenómeno social, tiene su punto de apoyo en nosotros y no fuera de nosotros, no hallará en esto nada sorprendente. De aquí que ocurra que la explotación de las clases sometidas por las clases dominantes llegue a alcanzar un pleno carácter jurídico, es decir, no sólo en el sentido de que signifiquen

ordenaciones del poder, sino también porque reconocen este carácter jurídico los mismos sometidos y sólo en una época posterior aparece como injusta esta división del poder. Así se explica cómo el antiguo despotismo egipcio y persa tenían un carácter jurídico indudable para sus súbditos, y querer medir estas antiguas construcciones de los Estados con arreglo a un criterio tomado de concepciones jurídicas posteriores, no sólo es antihistórico, sino contrario a un recto pensar jurídico.

Para completar el concepto de derecho, no basta la convicción de que lo real se transforma en normativo, sino que son precisas para el derecho, garantías que inciden en las relaciones de fuerza. Tales garantías radican ante todo en aquellas que mientras permanecen incambiables, garantizan con su propia existencia el orden jurídico que de ellas emanara. A estas garantías se unen las que provienen de la forma de las instituciones del Estado. La división del poder en órganos distintos o la concentración en uno solo, la independencia o dependencia de los funcionarios del Estado, la centralización o descentralización administrativa, la exclusiva atención del Estado a los servicios administrativos o el reconocimiento del *selfgovernment*, la existencia de un ejército grande y permanente o de cuerpos militares circunstanciales, la irresponsabilidad de los altos empleados, la amplitud o restricción en el derecho a reclamar, en nada afecta a todas las funciones para que garanticen, en la forma que a cada una le sea propia, el orden existente en el Estado, y presten a éste un carácter de orden jurídico. Además, frente al individuo encuéntrase el poder coactivo del Estado, el que, si bien no puede garantir todas las normas del derecho público, sí puede hacerlo en una gran parte de ellas. Todas estas garantías, por fuerte que pueda ser su influjo, no poseen una naturaleza absoluta, porque este carácter absoluto no existe en las cosas humanas. Frente a los poderes históricos que modifican el derecho, el derecho mismo, como hemos repetido, aparece impotente. Esta afirmación vale, no sólo para el derecho público, sino para toda clase de derecho.

La doctrina que acabamos de exponer explica cómo las teorías opuestas relativas a la naturaleza del derecho público son concepciones parciales de un fenómeno muy complejo. En el fondo de la teoría de la legitimidad se oculta, como motivo que la justifica, el hacer derivar en última instancia el derecho del reconocimiento de relaciones reales ejecutadas durante largo tiempo. Pero la teoría que concibe al Estado sólo como relaciones de fuerza, como hecho brutal, ha reconocido también un elemento de derecho público. Ambas doctrinas yerran en cuanto consideran poder y derecho como términos que se oponen de un modo absoluto. Sólo ha de considerarse como antijurídica aquella fuerza o poder que no se crea acompañado del sentimiento de que es conforme a norma.

El proceso de la transformación de las relaciones de poder del Estado en relaciones jurídicas se especializa de muy varias maneras en los casos concretos. Según la energía o indolencia del carácter del pueblo, la torpeza o sagacidad crítica del espíritu público, la capacidad de los que dirigen el poder para asociar las masas a su obra y otras mil circunstancias históricas que pueden determinar el hecho concreto histórico, así habrá de ser mayor o menor el lapso de tiempo que transcurra antes de que sea reconocido como jurídicamente existente un hecho político. Hay épocas, pues, en la vida de los pueblos, que los contemporáneos y la generación siguiente encuentran que ha sido un periodo de dominación en que ha faltado el derecho, una época de arbitrariedad plena. Esto puede llegar a tener una gran significación jurídica si se consigue concluir con esta situación que frente al antiguo estado de cosas aparece como una usurpación e ilegalidad por no acompañarle aún la convicción de que es conforme a derecho.

2. Es preciso fijar e investigar ahora un segundo elemento de importancia en la formación y evolución del derecho. El caso de una situación que no es aún conforme a norma ha de ser distinguido de aquel otro en que se hace la crítica de las relaciones jurídicas positivas con objeto de alcanzar un objetivo determinado. Con la modificación de las relaciones sociales se modifica también singularmente el valor atribuido a las normas que están en vigor. En la sociedad existe un movimiento ininterrumpido y una transformación igualmente incesante de la que participan las distintas normas. Porque este movimiento siempre va acompañado de un impulso a modificar y a complementar el derecho existente. En todas las épocas en que este impulso ha alcanzado un grado intenso, se ha producido inmediatamente una doctrina a veces clara, a veces oscura sobre la esencia del derecho. Al derecho hoy en vigor, opónesele otro con exigencias que pretenden ser de mayor valor[10] y que se presenta como una promesa de realización. No ha sido casual el que todas las revoluciones de la época moderna hayan encontrado su inspiración en la doctrina del derecho natural. Éste no significa esencialmente otra cosa que el conjunto de exigencias que una sociedad en el curso de su vida y de sus transformaciones, o bien una clase social particular, dirigen a los poderes que crean el derecho.[11]

Pero no sólo se ha abierto camino el derecho natural mediante la fuerza, sino que la convicción inmediata de su carácter obligatorio se ha reflejado en las concepciones prácticas, de suerte que este derecho ha llegado a ser realmente aplicado y tácitamente reconocido como de-

[10] O con exigencias para que se restablezca una situación que ha desaparecido ya, porque no se ha de olvidar que existe también un derecho natural reaccionario. Véase Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892, pp. 174-175, 192.

[11] Sobre esto son excelentes las observaciones de Jodl, *Über das Wesen des Naturrechts und seine Bedeutung in der Gegenwart;* Prager, *Jurist. Vierteljahresschrift*, 1893, pp. 1-2.

recho positivo por parte de los poderes dominantes. Si como antes hemos dicho, es el hecho el que hace nacer el derecho, en este caso sucede lo contrario, que la representación del derecho es la que crea la realidad.

Sería un problema de grandísima importancia tratar de probar esta afirmación mediante la historia moderna del derecho. Mas nosotros sólo habremos de señalar algunos ejemplos particulares y muy representativos tomados de la historia moderna de las ideas jurídicas acerca del Estado.

Según la antigua Constitución, los territorios no eran Estados, y la autoridad territorial sólo era un plexo de derechos en parte públicos, en parte privados, pero que carecían interiormente de toda conexión. En la última época del imperio fueron considerados los territorios por los publicistas como Estados, y se habla a propósito de ellos de los "principios legítimos del derecho público general e internacional",[12] es decir, del derecho natural, y esta concepción nacida como un supuesto del derecho positivo ha influido de un modo inmediato en la formación del derecho del Estado territorial. Mediante ella llega a dominar la convicción de que el poder del señor de la tierra es a su vez el poder del Estado, poder que sólo tiene un límite insuperable cuando se trata del derecho privado de los individuos, pero que es más fuerte que todo derecho que se oponga al desarrollo de la autoridad del Estado. La doctrina del derecho natural, que considera al territorio como Estado, ha ejercido un influjo extraordinario en la transformación de aquél en éste. En una época posterior, el "derecho público general constitucional", que nace de la naturaleza de los Estados constitucionales, es el que confiere validez inmediata a todos los Estados, por lo cual en muchos de éstos han sido introducidos tácitamente varios principios de este derecho natural constitucional.[13]

[12] Pütter, *Beytrage zum Teutschen Staats-und Fürstenrechte*, I, 1777, p. 319. Del contenido de la autoridad territorial deduce Pütter que, abstrayéndonos de las limitaciones que le impone el imperio, es ella el más alto poder; pero reconoce también su subordinación a los principios del derecho público general. Igualmente Gönner, *Deutsches Staatsrecht*, 1804, § 227: "La autoridad territorial alemana contiene la totalidad del derecho existente en los poderes superiores, de conformidad con el derecho público racional".

[13] Un ejemplo interesante de esto nos lo ofrece el principio de la discontinuidad de los periodos de las sesiones en los casos de concluir una legislatura. En muchas constituciones no se habla para nada de esto, y en otras, como por ejemplo en la del imperio alemán y en la de Prusia, se considera como hecho natural. Véase Laband, I, p. 317; Schulze, *Preuss. Staatsrecht*, 2ª ed., I, p. 362; G. Meyer, p. 326, n. 11. Stahl lo legitima fundándose en el derecho natural; dice que descansa "en la conciencia jurídica general y en la costumbre europea el que se consideren como caducados aquellos trabajos que no se han terminado al cerrarse las cámaras" (Schulze, lugar citado). La Constitución austriaca (véase *Abgeändertes Staatsgrundgesetz über die Reichsvertretung* de 21 de diciembre de 1867. § 19, 1), sólo reconoce estos dos principios: el de la prórroga del Reichsrat y la disolución de la cámara de diputados. Sin embargo, en Austria, como en aquellos otros Estados en que se admite el principio de la clausura de Cortes, existe este mismo como práctica, y varias leyes austriacas dan por supuesto esta clausura o hacen mención de la misma y de los efectos que de ella se deducen. En Luxemburgo, la conclusión de las sesiones no es efecto en modo alguno "de la conciencia jurídica europea" (Eyschen, *Das Staatsrecht des Grossherzogtums Luxemburg*, en el *H. B. des öff. Rechts*, p. 108. En los Países Bajos la práctica es muy vacilante; De Hartog, *Das Staatsrecht des Königreichs der Niederlande*, en *H. B. des öff. R.*, p. 33. Sería muy interesante probar los orígenes de todo lo que no está escrito y pretende valer como derecho constitucional o parlamentario en un Estado y nos encontraríamos con que en muchas ocasiones la fuente no procede ni de la práctica inglesa ni de la Carta francesa, sino de la teoría de Bentham (véase Hatschek, *Engl. Staatsr.*, I, pp. 432 ss.) y de B. Constant y sus continuadores.

Este proceso de la conversión del derecho natural en positivo tiene lugar principalmente en la época de las revoluciones. Así, por ejemplo, en el comienzo del movimiento revolucionario en Francia, en aquella memorable sesión real del 23 de junio de 1789, cuando el *tiers état* se niega a obedecer las órdenes del rey y se declaró a sí mismo asamblea nacional dotada de poder constituyente, cree hallarse dotado de derecho para ello. Los hombres que llevaron a cabo este acto trascendentalísimo tenían la convicción de que el antiguo Estado monárquico descansaba sobre el principio de la soberanía popular y que el rey no era otra cosa que el funcionario ejecutor de la voluntad común, y esta creencia la transforman los revolucionarios en una realidad jurídica sin que el tercer Estado encontrase ningún obstáculo serio para ello.[14] La primera Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 está formada completamente partiendo de la base de la soberanía popular y el lugar que al rey se le concede en ella es el que le asignaba Rousseau en su *Contrat social*.

En el movimiento alemán de 1848, la asamblea nacional constituyente que hubo de reunirse en Francfort, creía también que ella representaba el poder constituyente, el cual corresponde exclusivamente al pueblo, y los gobiernos de los Estados particulares no se dieron clara cuenta de la amplitud de los poderes del parlamento de Francfort. De aquí que jamás se haya decidido la cuestión de saber si la Constitución necesitaba para su perfección la conformidad de los acuerdos de los gobiernos particulares.[15] La asamblea nacional tenía la convicción de que bastaban

[14] Son muy interesantes los discursos pronunciados en la sesión real después de la salida del rey. Todos parten de la idea completamente en contradicción con el derecho público positivo, de que el tercer Estado, independiente del rey, era a quien competía el poder legislativo. Barnave decía así: *"Vous avez déclaré ce que vous êtes; vous n'avez pas besoin de sanction; l'octroi de l'impôte dépend de vous seuls. Envoyés par la nation, organes de ses volontés pour faire une constitution, vous êtes obligés de demeurer assemblés aussi longtemps que vous le croirez nécessaire à l'intérêt de vos commettants"*. Y Sieyès, refiriéndose a la autoridad del pueblo francés dice: "Elle nous pousse et nous demande une constitution; et qui peut la faire sans nous? Qui peut la faire, si ce n'est nous? Est-il une puissance sur terre qui puisse vous ôter le droit de représenter vos commettants?" De aquí nació el acuerdo de la inviolabilidad de los diputados y el que se condenase a pena capital a los que dirigiesen ataques contra ellos, ordenando por su propia autoridad: *"L'Assemblée nationale arrête que, dans les cas susdits, elle prendra toutes les mesures nécessaires pour rechercher, poursuivre et punir ceux qui en seront les auteurs, instigateurs ou exécuteurs"*. (*Archives parlamentaires*, serie I, VIII, pp. 646-647.) De un modo tan visible, tal vez en ninguna otra ocasión haya obtenido un triunfo análogo el derecho natural.

[15] Los partidarios de la competencia del Reichstag en lo que toca a la Constitución, se

sus acuerdos legislativos, su publicación, para adquirir inmediatamente fuerza obligatoria para los gobiernos y el pueblo alemán. Promulga la ley sobre letra de cambio, la cual fue introducida por algunos Estados como ley de imperio y por otros como ley particular de aquel Estado.[16] El poder provisional del imperio proclamó, el 28 de diciembre de 1848, los derechos fundamentales del pueblo alemán, reconocidos por la asamblea nacional, los cuales fueron publicados en una parte de los Estados de la confederación, simplemente mediante una notificación ministerial, como si se tratase de una ley del imperio que tuviera ya validez. Otros Estados los consideraron y publicaron como leyes particulares de ellos mismos, y un tercer grupo, por último, no lo publicó (Austria, Prusia, Baviera, Hannover).

Estas distintas actitudes de los gobiernos alemanes reflejan la variedad de sus puntos de vista acerca del poder soberano que el parlamento de Francfort, apoyándose en un dogma de derecho natural, se había atribuido a sí mismo. Una decisión posterior federal ha negado de un modo expreso el carácter obligatorio de ley a los derechos fundamentales que promulgara el parlamento de Francfort;[17] mas como según el punto de vista adoptado por el Bundestag, nunca tuvieron este carácter, prueba esto que el propio Bundestag no se ha sustraído a la idea de que un principio que entra por completo en el orden del deber ser, puede llegar a alcanzar inmediatamente fuerza jurídica si a su vez llega a existir la convicción de que es conforme a derecho.

amparan en la decisión del Bundestag de 12 de julio de 1848, que otorga al poder central provisional el ejercicio de sus derechos y obligaciones conforme a la Constitución. Véase G. von Meyer, *Corpus juris confaederationis germanicae*, 3ª ed., II, pp. 512-513. Últimamente se ha expresado así también Binding, *Der Versuch der Reichsgründung durch die Paulskirche*, 1892, p. 17. Pero no sólo se había reservado Austria el derecho a aprobar cada una de las conclusiones del derecho natural de Francfort, y además no debe olvidarse que no entraba en la competencia del Bundestag ni en sus fines el conceder a la asamblea nacional el poder constituyente, sino que el Bundestag sólo trasladó sus derechos al regente del imperio. Prescindiendo de otras consideraciones, puede decirse que las disposiciones de las constituciones de los Estados particulares que no concordasen con la nueva constitución del reino, no podían ser desposeídas de su carácter legal sin el asentimiento de las cámaras interesadas en ello. El acuerdo del 27 de mayo de 1848 tomado por la asamblea, según el cual las disposiciones de las constituciones de los Estados particulares, opuestas a la nueva constitución, se consideraban sin valor (O. Mejer, *op. cit.*, p. 211, n. 12) era una conclusión nacida de la doctrina de derecho natural del poder constituyente, pero no del derecho positivo. La Constitución del imperio de 27 de marzo de 1849 fue publicada sin la aprobación del regente del imperio, conforme a la decisión de 28 de junio de 1848, y pudo por esto mismo, ser atacada por los gobiernos.

[16] V. Thöl, *Handelsrecht*, II, 4ª ed., 1878, pp. 36 y ss.

[17] Decisión federal de 23 de agosto de 1851, G. von Meyer, II, p. 561. La dieta federal declara que los derechos fundamentales, ni en la forma en que fueron promulgados el 27 de diciembre de 1848, ni como parte de la Constitución del imperio, pueden considerarse jurídicamente valederos, y añade: "Por esto han de ser considerados como anulados en todos los Estados de la confederación".

La concepción de que los derechos por los que se lucha se consideran como si existiesen ya de hecho es una posición que pervive en la actualidad, y así lo muestra una ojeada al movimiento socialista actual y a la literatura que lo acompaña. El derecho a la existencia, el derecho al trabajo y el derecho al producto íntegro de éste, pertenecen al inventario de los derechos naturales del socialismo,[18] y el socialista convencido tiene en sus derechos económicos fundamentales[19] un criterio para valorar el derecho de la propia manera que lo tenían también los radicales franceses del siglo XVIII en su *Contrat social.*

Es, pues, indudable que en todo futuro la idea de un derecho *de lege ferenda* continuará siendo un factor poderoso en el proceso de la formación del derecho. La crítica científica dirigida contra la existencia de un derecho natural nos ha probado que no tiene éste, en todas sus formas, varias y cambiantes, el carácter de obligatorio, y por consiguiente que carece del carácter jurídico, razón por la cual esta crítica lo rechaza; pero lo que deja sin explicar ésta es el fenómeno mismo del derecho natural. El hecho histórico de que desde el primer momento en que se reflexionó sobre la esencia del derecho brotase la convicción de que existía un derecho natural cuya validez no descansa en afirmaciones de carácter humano, sino que más bien sirve de norma a estas proposiciones de carácter humano, eso no lo explica la crítica jurídica moderna. La doctrina anterior a Sócrates de la φύσει δίκαιον, que explicó Aristóteles con tanta claridad, sirvió de fundamento a la ética y filosofía del derecho de los estoicos y después a la teoría de Cicerón y de los juristas romanos sobre el *jus naturale.* Esta idea ha dominado toda la Edad Media, y no se debe, como creen muchos aún hoy, a Hugo Grocio y otros, sino que bajo la renovación del influjo de los antiguos y en oposición a la especulación antigua, coloreada siempre por la teología, fue reelaborada y aclarada, e inmediatamente convertida en doctrina de escuela y transformada al fin en doctrina revolucionaria. Bergbohm ha mostrado, de manera altamente instructiva, que esta concepción, lejos de haber sido rechazada por los juristas, penetra en la ciencia del derecho, la cual, en general, está edificada sobre deducciones y supuestos de derecho natural.[20]

No se comprende un fenómeno histórico de esta importancia sólo con negarlo o rechazarlo. La jurisprudencia moderna, al no admitir la idea de un derecho igual o superior al derecho positivo, se coloca en la misma situación que aquellos que dividen las religiones en verdaderas y falsas,

[18] Véanse las observaciones de A. Menger, *Das Recht auf des vollen Arbeitsertrag*, 1886. (Esta obra ha sido traducida y publicada en castellano con el título *El derecho al producto íntegro del trabajo.)*

[19] A. Menger, *op. cit.*, pp. 5-6.

[20] *Op. cit.*, pp. 232-233.

con lo cual resulta imposible comprender históricamente la totalidad de los fenómenos religiosos. Lo que falta a la ciencia moderna del derecho, y no puede jamás ser suplido por la mera comprobación del carácter positivo de aquél, es una doctrina profunda y penetrante acerca de las fuerzas que crean el derecho. Le basta con considerar como fuentes de éste, la costumbre y la ley, sin inquietarse mucho por llegar a precisar —prescindiendo de algunas observaciones generales— cuáles son las fuerzas que determinan el curso de estas fuentes. Esta cuestión principal: cómo lo que no es derecho, adviene tal, déjansela los juristas a los filósofos del derecho, y, o ignoran después la solución que dieron aquéllos al problema, o, de conocerla, la acogen con una sonrisa.[21] Y sin embargo, es preciso conocer la esencia de los poderes que crean el derecho, y por tanto que son anteriores a él, para que sea posible separar de esta suerte el derecho de lo que no puede ser tal y de lo que aún no lo es.

Si se echa una ojeada sobre los 25 siglos de historia de la idea del derecho natural, y se reflexiona sosegadamente sobre ello, se llegará a la conclusión de que el no haber desaparecido jamás la creencia en un derecho obligatorio y con valor, con un carácter de necesidad moral, a causa de su justicia interna, se apoya en nuestra constitución psicológica. Con esto, claro es que no se afirma nada acerca de su contenido ni de la verdad objetiva que contenga; más bien es cambiante este contenido, como lo muestra una ligera investigación histórica, según el tiempo y el lugar, y sacar la conclusión de esto para afirmar una justicia objetiva, sería tan metafísico como toda afirmación dogmática de un poder ético objetivo. Para tomar un *analogon* en las religiones, observemos que el investigador, al encontrarse con que, según muchos creen, en todos los pueblos —claro es que después de haber salido de un grado de salvajismo profundo— existen fenómenos que acusan un estado religioso, habrá de concluir que esto corresponde necesariamente a determinadas disposiciones y

[21] Véase, por ejemplo, la crítica detallada y la refutación que hace Bergbohm *(op. cit.*, p. 454) de la doctrina que considera el sentimiento del derecho como poder creador del derecho mismo. La insuficiencia de esta crítica esencialmente negativa la ha mostrado con excelentes observaciones acerca del tema Bernatzik en su recensión de la obra de Bergbohm, publicada en *Schmollers Jahrbuch*, 1896, xx, pp. 653-654. Stammler intenta abrir un nuevo camino mediante su obra *Die Lehre vom richtigen Recht*, en la que se propone hacer ver qué es lo que en el derecho en vigor corresponde a la idea del derecho y lo que, por tanto, constituye el derecho positivo. Pero no llega a suministrar este autor medio alguno que permita conocer la justicia de un derecho independientemente del arbitrio subjetivo; sin embargo, no se le puede imputar esta última opinión, porque precisamente él cree en un ideal moral firme, con valor universal. Sería de gran importancia para la fuerza de expansión de esta doctrina llegar a comprender de qué medios se valdría para convencer a los que creen en otra doctrina si éstos opusiesen con igual fuerza de convicción a aquéllos otro "derecho justo". Piénsese, por ejemplo, en la situación de la doctrina católica del derecho cuando se trata del divorcio, doctrina que, según Stammler, pp. 576-577, ¡corresponde al derecho justo!

exigencias de los hombres, sin que con ello quiera afirmar nada relativo al grado de verdad objetiva de las representaciones religiosas.

Todo derecho sólo es posible bajo el supuesto de que tenemos capacidad para considerarnos obligados a las exigencias formuladas por nuestra voluntad, el contenido de las cuales queda separado del arbitrio subjetivo. Aquellos seres a quienes faltase esta cualidad ético-psicológica quedarían necesariamente fuera de lo justo y de lo injusto. Esta propiedad se exterioriza en los hombres independientemente de toda representación abstracta de un orden jurídico positivo, y es más, aun antes de que sea posible la conciencia de tal orden. Esto puede verse con claridad cuando se estudia en el niño la evolución de la representación del derecho. Desde su primera edad, por lo común, antes de que pueda hablar, establece el niño una distinción entre los ataques de cierta clase y aquellos que recibe de niños de igual edad, reaccionando de distinto modo ante uno y otro. Los primeros, procedentes de la naturaleza, los considera como castigos, y los segundos, como injusticias contra las que se revuelve y que provocan en él una ofensa tan fuerte que no es proporcionada al motivo. El ataque que lo lastimó produce por sí mismo, irreflexivamente, en el alma infantil, la representación de lo que no debe ser, y por consiguiente de lo que es injusto. No sería acertado dejar de dar importancia jurídica a estas representaciones primitivas, pues todas las normas tienen las mismas raíces y la diferenciación interna de ellas es resultado de una evolución intensa.

En este punto, como en muchos otros, se puede deducir con gran seguridad de la evolución ontogenética la filogenética. Aquella propiedad ético-psicológica mediante la cual la voluntad se obliga por normas ha tenido en las situaciones primitivas un carácter no sólo pasivo sino también activo; es decir, que a ella se debe la representación de las normas cuya certeza es tan manifiesta para la conciencia ingenua que toda investigación para buscar una fuente exterior a la vida psicológica de aquel que, mediante ella, se estima dueño de ciertos derechos y obligaciones, o bien conduce a considerar superficial esta investigación, o bien a buscar estas fuentes en las especulaciones teológica y metafísica. La idea de un derecho natural, objetivo, es pues, un fenómeno que acompaña a los hechos psicológicos fundamentales sobre los que descansa la posibilidad de un orden jurídico universal.

La investigación de la psicología social nos hace ver que para formar la convicción de la existencia de un orden jurídico no ha sido de menos importancia este fenómeno inseparable que antes hicimos notar, que la capacidad para convertir la acción real en norma. Si meramente lo real fuese reconocido como normativo, llegaríamos a un punto en cada época histórica en que a causa de la transformación de las relaciones sociales, desaparecería el carácter jurídico de lo real, sin que pudiera ser rempla-

zado por algo nuevo. La consecuencia necesaria de una consideración tan unilateral de la naturaleza humana sería la existencia de largos periodos de anarquía salvaje; pero la idea de un derecho natural o racional colabora enérgicamente para legalizar, y aun para hacer más intensas, las transformaciones violentas y completas, operadas en la vida del derecho y del Estado. Sólo estas ideas pueden dar lugar —en caso de destrucción del orden existente en un Estado y hasta tanto que nazca una convicción de orden consuetudinario— a un orden nuevo que remplace al que fue aniquilado y prestar a este orden, ya de un modo total, ya en algunas de sus partes esenciales, un carácter jurídico. Pero antes que la costumbre lleve a cabo la transformación de lo real en normativo, la convicción de la racionalidad del nuevo orden engendra la representación de su conformidad a derecho. Por esto puede suceder que la transformación del orden del Estado, llevada a cabo mediante una revolución triunfante, sea inmediatamente considerada como derecho vivo durante el lapso de tiempo que media hasta que el pueblo, en su mayoría, la apruebe. Así, por ejemplo, la caída de Napoleón III, mediante la revolución del 4 de septiembre de 1870, fue considerada por la mayor parte de los franceses como legal, y conforme a esto ha podido llevarse a cabo la transformación del segundo Imperio en tercera República casi sin que exista un *hiatus* jurídico.

Cuando se parte del falso dogma de que el sistema del derecho ha de ser una unidad cerrada, no se fija la jurisprudencia en que, por lo común, la historia del derecho es al propio tiempo una historia de las transgresiones de éste y de espacios vacíos de derecho dentro del propio orden jurídico y junto a él; por lo cual sólo llegan a conseguir las apariencias de la continuidad jurídica valiéndose de una especulación falsa y comparable a las ficciones audaces del derecho natural.

3. Hay, pues, dos elementos psicológicos que originan la transformación del orden del Estado en orden jurídico: el primero cambia lo real en normativo y es el elemento conservador; el segundo, que engendra la representación de un derecho superior al derecho positivo, es el elemento racional, evolutivo, progresivo, el que impulsa hacia adelante y se propone la modificación de las situaciones jurídicas.

En las luchas políticas, hállanse frente a frente los representantes de ambos elementos sin advertir que necesariamente tienen que convivir. Hemos visto cuán grande era la significación del segundo elemento en la producción del derecho, al probar la manera como contribuye a fundamentar la convicción de la naturaleza jurídica del derecho público. Y uniéndose de un modo peculiar el primer elemento, favorece la legitimación de situaciones nuevas creadas en contradicción con el orden del Estado anteriormente existente, y que corresponden a exigencias del derecho natural para que se modifique lo estatuido.

Pero también tiene una gran participación el elemento racional de la formación del derecho en la fijación del orden, porque puede determinar y adecuar las instituciones en una época dada, sin modificarlas esencialmente en su forma, a fines que aparezcan como racionales. Toda la historia del derecho está formada por un proceso ininterrumpido de racionalización de las instituciones, como hemos expuesto al tratar de la modificación de los fines.

La continuidad histórica de las instituciones humanas descansa en la posibilidad de la transformación de las tradiciones conforme a los fines sociales reconocidos como racionales. Así, por ejemplo, la monogamia, resultado de un largo proceso histórico, no parece hoy la forma racional del matrimonio; pero esta racionalidad consiste en la lenta transformación jurídica que ha ido acompañando a la que se ha operado a su vez en las concepciones morales relativas concretamente a la situación social de la mujer, juntamente con las formas cambiantes de la economía doméstica. Sobre la base de una experiencia, que durante largo tiempo ha ido unida a una institución, se forma la representación que más tarde se aplica respecto a la racionalidad de la misma. La institución en sí aparece para el pensar común desligada, a causa de esto, de su base jurídica, positiva, y toma el carácter de una institución social racional aparentemente producida, de un modo inmediato, por la razón.

De esta racionalización participa también el orden del Estado. Prescindiendo de una pequeña minoría que seriamente rechaza el Estado, en general tanto a éste como al orden que lo acompaña, los consideran los hombres como racionales. El hecho de que la suerte de los pueblos vaya unida inseparablemente a la del Estado ha hecho nacer la idea de que los servicios de éste son irremplazables, y de aquí que aparezcan con derecho a existir. Al historiador le parece tan evidente la conclusión de que, puesto que el Estado existe, es racional, que no advierte los hechos psicológicos que existen en la base de esta consideración de racionalidad.

Así como el elemento conservador de la formación del derecho no podría garantir por sí solo la evolución ininterrumpida del derecho, de igual suerte el elemento racional, como elemento exclusivo, si rechazase toda unión con el elemento conservador histórico, arriesgaría en grado sumo la continuidad de la evolución. No admitiendo las instituciones nada de lo histórico, caerían dentro de una crítica subjetiva y aniquiladora. Esta dirección, en su consecuencia extrema, conduce al anarquismo por cuanto éste rechaza el Estado exclusivamente porque lo juzga valiéndose de un ideal racional unilateral. Los que se han colocado en un punto de vista exclusivamente histórico o exclusivamente racional, así como quienes han considerado el Estado como una fuerza bruta des-

poseída de todo derecho, siempre se han reducido a un círculo poco numeroso o a épocas concretas; en tanto que en la conciencia general del pueblo no sólo se ha considerado el Estado como real, sino como un poder jurídico y racional. En esto se funda la convicción de que el orden del Estado es al propio tiempo orden jurídico, y de aquí que la última fuente del mismo derecho es la exigencia, nacida de esta convicción, de que algo sea derecho. De este modo queda expuesto de una manera irrefutable el carácter jurídico del derecho público.

De lo dicho se deduce que entre los hechos reales de la vida del Estado y las normas del derecho público existe una diferencia: todo derecho es norma de juicio y por tanto jamás es idéntico a las relaciones que él juzga. Esto tiene gran importancia, considerado en dos sentidos; en uno de ellos ha sido señalado. En la vida del Estado, las relaciones reales preceden a las normas producidas por ellas. Existen, pues, en el proceso de 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 un poder puramente de hecho que toma después el carácter de poder jurídico cuando ha pasado a la historia o se ha racionalizado en el pensar humano. El derecho, por consiguiente, jamás alcanza extensión bastante para poder resolver los profundos conflictos entre poderes dentro del Estado. Concebir el sistema del derecho público como un todo cerrado y creer que puede hallarse en él una solución para cada caso no es otra cosa que valerse de una analogía tomada de otras partes del derecho, y que en este caso necesita ser absolutamente rechazada.[22] El dogma que consiste en considerar el sistema del derecho como un todo cerrado sólo vale para aquella parte del orden del derecho en que corresponde al juez decidir finalmente de los casos particulares. El juez está obligado a juzgar de todos los casos que se le someten; pero no sería posible en los conflictos del derecho público una prescripción análoga a la que formula de un modo expreso el código civil para el juez.[23] Sólo cuando se trata de una oposición entre Estado e individuo, o de limitar la competencia de los diferentes órganos de aquél, es cuando puede decidir el fallo de un juez; pero no cuando no está prevista la competencia de los órganos superiores del Estado conforme a la Constitución o estos órganos se niegan a ejecutar las funciones que les corresponde o, por otra razón cualquiera,

[22] Véase Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 297. Laband se atiene a la continuidad del sistema del derecho (IV, p. 537). Véanse, además, Bergbohm, pp. 372-373; Bornhak, *Preuss-Staatsrecht*, III, p. 598. Conformes conmigo, en principio, están: Brie, *Zur Theorie des konstitutionellen Staatsrechts, Arch. f-öff. Recht*, IV, p. 32. Véanse, además, Zitelmann, *Lücken im Recht*, 1903, pp. 27-28, y singularmente las observaciones sumamente interesantes de Hatschek, *Engl., Staatsrecht*, I, pp. 153-154.

[23] Art. 4°: *"Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice".*

dejan de llevarla a cabo. En estos casos, el principio que tiene valor es: *summa sedes a nemine judicatus;* y aun cuando existiese algún juez, no habría posibilidad de proveer la sentencia, si se negase el órgano inmediato encargado de cumplirla, a ejecutar lo que le fue dispuesto. El presidente de la República francesa es elegido por mayoría absoluta de las dos cámaras reunidas en asamblea nacional. En la segunda elección de Grévy para la presidencia, quisieron los monárquicos impedir la elección de una manera anticonstitucional.[24] Ahora bien, ¿qué habría sido preciso hacer si la mayoría de la asamblea nacional, entre la que se contaba su presidente, hubiese aceptado la proposición de no llevar a cabo la elección y se hubiese negado, por tanto, a elegir presidente? Acordar una modificación constitucional no era una atribución que por derecho le correspondiese à la asamblea nacional. Para esto habría sido necesario que cada una de las dos cámaras, por separado, la hubiesen acordado y que la mayoría de los miembros de ambas cámaras en asamblea nacional hubiese sancionado la revisión de la Constitución.[25] Supongamos más, supongamos que el ministerio encargado del poder ejecutivo hasta que sea elegido un presidente, presenta su dimisión inmediatamente antes de concluir el periodo presidencial o a la muerte del presidente, y se niega a continuar al frente de los negocios porque no quiere asumir la responsabilidad. ¿Cómo resolvería esta cuestión el derecho público que *no admite discontinuidad (luckenlose)?* ¿A quién corresponde en estos casos, según la ley y el derecho, el poder ejecutivo, y cómo se satisface la exigencia de la Constitución de que se elija un presidente?[26]

Otro ejemplo podemos presentar tomado de un Estado absolutista. Mediante el ucase de Pedro *el Grande*, del 5 de febrero de 1722, dispúsose que poseería el trono de Rusia quien nombrase como sucesor el emperador reinante.[27] Ahora bien, si un emperador ruso muriese, como ha ocurrido varias veces, sin haber nombrado sucesor, ¿quién sería empe-

[24] Schulthees, *Europ. Geschichtskalender*, XXVI, 1886, p. 312.

[25] Loi constitutionelle sur l'organisation des pouvoirs publics, del 24 de febrero de 1875, artículo 78.

[26] Esmein, pp. 492-493, supone otro caso muy interesante, a saber: dado que el presidente perdiese el uso de sus facultades intelectuales sin que quedase la esperanza de que pudiese desaparecer este estado durante el periodo presidencial, en estas circunstancias el ministerio ejecuta las funciones presidenciales: pero llega un día en que pierde la mayoría en la cámara de diputados y rehúsa, por tanto, el continuar al frente del gobierno. En este caso ¿quién nombra al nuevo ministerio? Esmein quiere resolver el problema diciendo que las cámaras habrán de nombrar en este caso un nuevo presidente; pero esto sólo está previsto en la Constitución en el caso de *vacances* de la presidencia, mas no en ese otro caso de que habla Esmein. Nos encontraríamos aquí con una posible modificación inmediata de la Constitución.

[27] Véase Eichelman, *Das kaiserliche russische Thronfolge und Hausgesetz, Archiv. f. öff. Recht*, III, pp. 90-91; Engelmann, *Das Staatsrecht des Kaisertums Russland*, en Marquardsens H. B., p. 11.

rador de Rusia según este derecho público que pretende no tener laguna alguna?[28]

El dogma que considera el sistema del derecho como una unidad cerrada desconoce la relación fundamental entre derecho y Estado. 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. Para atenuar las violaciones del orden del Estado, se ha ideado la categoría del derecho de la legítima defensa de aquél, lo que no es sino otra expresión para indicar cómo la fuerza va antes que el derecho.[29] El hecho de las revoluciones, sean llevadas a cabo por los gobernantes o por los gobernados, no puede medirse en general con el criterio de un orden jurídico, a menos de juzgar la historia según los artículos del código penal. La posibilidad de estos hechos, que están completamente fuera del orden del derecho, jamás podrá evitarse por medio de leyes, y aun en el orden jurídico más perfecto pueden existir lagunas constitucionales, que en casos dados sólo es posible llenar mediante la relación real entre fuerzas.[30]

La jurisprudencia puede venir después y, con la ayuda de la dialéctica, probar que el hecho consumado lo fue conforme a derecho. Lleva a cabo, por consiguiente, un ensayo de racionalización de hechos, ensayo enteramente semejante al que llevó a cabo el derecho natural y que con tanto celo y pasión fue combatido. ¡Cuánto esfuerzo se ha derrochado inútilmente para probar que la falta de presupuestos en la administración prusiana, en los años de 1862 a 1866, fue, hasta cierto punto, enteramente legal! La jurisprudencia inglesa nos ofrece un ejemplo clásico que muestra cuán lejos puede ir este celo por la justificación. Ha interpretado la deposición y huida de Jacobo II no sólo como abdicación, sino creando con este hecho, inmediatamente, un precedente para casos análogos. Blackstone dice: "Si un príncipe tratase de violar la Constitución y las leyes fundamentales del reino mediante una ruptura del contrato originario entre el príncipe y el pueblo, y se ausentase del reino, entonces podemos considerar este conjunto de circunstancias como una abdicación, y al trono, en este caso, como vacante".[31]

Las lagunas jurídicas aparecen sólo en casos excepcionales y tienen

[28] Pedro *el Grande* y Pedro III murieron sin haber nombrado sucesor. Se consideró a Catalina I nombrada tácitamente por aquél; en tanto que Catalina II sube al trono después de haber sido depuesto su esposo, sin la menor apariencia de fundamento jurídico.

[29] Véanse las observaciones excelentes de G. Anschutz en *Verwaltungsarchiv*, v, pp. 22-23.

[30] Así también lo cree Zitelmann, *Lücken im Recht*, p. 32-33.

[31] I, p. 239.

siempre la tendencia a ser salvadas, bien mediante la introducción de instituciones que conozcan de estas cuestiones contenciosas o, cuando esto no es posible por la naturaleza de la cosa, mediante la conversión de lo real en normativo. Por esto, las revoluciones y la ruptura de las constituciones son puntos de partida para nuevas formaciones del derecho. Pero aun en los momentos de mayor confusión sólo queda en suspenso o es completamente aniquilada una parte del orden jurídico del Estado, en tanto que la mayor parte de las instituciones legales funcionan en estos casos. La plena anarquía no tiene sentido cuando se trata de un Estado de cultura desarrollado. En Francia se ha creado, para los fines de la continuidad del derecho, una categoría común con que se designan los distintos actos de los que rigen el poder, ya sea de un modo legítimo, ya revolucionario. Rey, emperador, presidente, todos caen dentro de la denominación de *chefs de l'état*, de suerte que todos ellos, cualquiera que sea el título sobre el que descanse el poder que ejercen, entran, inmediatamente que reciben el poder, en el círculo de la acción legal de sus predecesores, prescindiéndose, naturalmente, de las nuevas diferencias jurídicas constitucionales.

Las precedentes observaciones nos dan a conocer los límites jurídicos en la investigación del derecho público. Esta investigación se extiende tanto como el dominio del juez, pues todo derecho es de naturaleza práctica y necesita afirmarse de algún modo en la vida y poderse mantener en ella.

Bajo el nombre de juez se ha de entender aquí toda instancia de índole contenciosa, bien corresponda al que estrictamente se le llama juez, bien a un tribunal extraordinario de justicia, establecido por el Estado, bien a un tribunal arbitral. También existe un juez cuando las cámaras parlamentarias juzgan de una cuestión de derecho que jurídicamente no puede ser juzgada por ningún otro órgano superior, como acontece por ejemplo en la aprobación de la elección de un diputado o cuando hay necesidad de mantener la disciplina parlamentaria. Otra cosa es lo que ocurre cuando se ha de obrar sin tener que atenerse a principios de derecho, sino que la competencia de los órganos del Estado encuentra su limitación en su poder recíproco. No nos parece necesario indicar que este caso sólo puede referirse a los órganos superiores del Estado.

Se ha afirmado muy a menudo que la verdadera Constitución de un Estado, en oposición a la escrita, descansa en las mutuas relaciones de fuerza de los factores particulares del Estado. Esta afirmación general es justa e injusta a la vez según la concepción que se tenga respecto a cuál es la naturaleza de la fuerza y qué se entiende por ésta.

Tal fuerza no es la fuerza física, pues hemos visto durante siglos dominar sosegadamente una pequeña minoría a una gran masa. Tampoco

esta fuerza es fuerza económica, pues el influjo de la clase trabajadora, por ejemplo, en el Estado inglés, es muy escaso, no obstante su número y significación. Los socialistas están en el parlamento de este país casi sin representación. De modo muy distinto a lo que ocurre en los Estados continentales, Inglaterra no ha llegado a ver disminuir de una manera ostensible el influjo de sus clases sociales directoras, a pesar de las transformaciones poderosas que ha sufrido la organización de su Estado en el curso del siglo XIX.

La fuerza, pues, de que hablamos, es en parte una fuerza ética e histórica. La autoridad adquirida mediante usos y costumbres, por individuos y clases sociales, se manifiesta también en la organización del Estado, en la firmeza que adquieren determinadas instituciones del mismo. No radica en la letra de la Constitución la fortaleza de la monarquía prusiana y la debilidad de la belga, sino en los distintos fundamentos históricos en que ambas monarquías se apoyan.

Pero lo más importante para las recíprocas relaciones de los órganos superiores del Estado, es la *fuerza jurídica* que les corresponde. La esencia de esta fuerza necesita una explicación detallada.

Todo derecho concede a aquel que está investido del mismo una parte del poder social, esto es, la posibilidad de influir sobre la conducta de los demás hombres. Si este poder ha de usarse y para qué fines, no puede determinarlo con precisión el derecho; más bien puede decirse que entran aquí en juego las fuerzas individuales que limitan el orden jurídico, pero a las que no puede servir de guía.

Que esta fuerza jurídica influye en grado sumo en la vida de la sociedad, no necesita explicarse más ampliamente en este lugar. Gracias a ella, el derecho desempeña una función reguladora de las luchas sociales que sin interrupción tienen lugar.

Pero también para la vida del Estado es de gran importancia la fuerza del mismo; porque el derecho público concede también a todo titular de un derecho, un cierto *quantum* de poder, el cual podrá ejercer, conforme a sus intereses, arbitrariamente. De aquí que los titulares de un derecho público sean a su vez titulares de un poder del Estado. La vida política de un pueblo descansa, en no escasa medida, en la división del poder jurídico.

Esto vale también cuando se trata de la competencia de determinados órganos del Estado, la cual competencia es el fundamento no sólo de deberes, sino de reglas que de un modo necesario sirven de base al poder jurídico del titular de un órgano. No se ofrece con claridad cuando se trata de órganos subordinados porque éstos obran conforme a reglas sólo en cuanto estas reglas son capaces de hacerlos actuar libremente y sin fiscalización. Pero no sucede así cuando se trata de los órganos superiores del Estado, cuya condición, en general, solamente puede reglarse mediante una división del poder.

Este poder tiene límites según la Constitución, dentro de los cuales le es dado obrar libremente; pero puesto que en el orden jurídico mismo no hay garantías ofrecidas que aseguren que este poder se ejercerá sólo de un determinado modo, nadie puede, en consecuencia, fijar la dirección en que obrará aquel poder, ni el titular del mismo. La doctrina inglesa de *checks and balances*, la francesa de la división de poderes, la alemana del Estado del derecho, todas ellas se proponen como fin último, fijar límites a la arbitrariedad inevitable de los órganos supremos del Estado.

El ejercicio del poder jurídico puede crear situaciones que se desvíen de las normas escritas o no escritas en la Constitución o en la ley. En estos casos puede emitirse un juicio lógico acerca de la no conformidad con la norma, pero no un juicio jurídico, porque precisamente falta en esta ocasión, como habrá de faltar siempre, un juez. Una situación adviene contraria al derecho cuando un órgano del Estado traspasa los límites jurídicos que expresamente le ha impuesto la ley, de tal suerte que impida el funcionamiento legal de otros órganos; pero para este caso existe aun la posibilidad de una decisión jurídica; mas si no existiese en el derecho concreto un recurso contencioso, entonces las relaciones reales de poder entre los órganos crearían situaciones contrarias al derecho, que podrían ofrecer ocasión para una nueva formación jurídica. No nace el nuevo derecho siguiendo el camino de la legalidad, sino también uno contrario a ella. El ejemplo que más resalta acerca de esto nos lo ofrecen las leyes que formalmente son incontestables, pero que desde el punto de vista material son contrarias a la Constitución. Si a los principios jurídicos que señalan los límites les faltan las garantías prácticas, entonces puede tener la misma significación e importancia que el poder jurídico el poder antijurídico o ilegal, que como consecuencia de aquella situación se crea. La Constitución de un Estado, hállase, pues, en una posición de equilibrio inestable, y depende completamente de las relaciones sociales el que el equilibrio se mantenga o que se lleve a cabo una modificación, así como el sentido en que ha de realizarse ésta.

Las situaciones contrarias al derecho pueden ser pasajeras y entonces no crean derechos nuevos. Un ejemplo interesante de esta naturaleza tomado de la historia moderna es el que ofrece la obstrucción parlamentaria cuando está ejercida por medios ilegales.

El derecho nuevo se crea mediante un poder constitucional pero que funciona de un modo contrario al derecho. Este caso tiene lugar cuando un órgano del Estado o varios en conexión juzgan por sí mismos de su competencia y lo hacen de una manera ilimitada.

Así acontece cuando el poder constituyente y el poder legislativo son el

mismo o cuando no hay quien pueda juzgar y decidir si los órganos que representan al poder constituyente y legislativo han traspasado sus límites jurídicos. El que se mantengan dentro de estos límites tiene su garantía en la voluntad normal del órgano en cuestión, y esta voluntad existirá por lo común, siempre que las fuerzas sociales que influyen sobre la actividad del Estado le sean favorables.

Éste es el caso, por lo demás, siempre que un órgano único e ilimitado puede decidir sobre su propia competencia. Cuando un tribunal superior traspasa los límites legales, encuéntrase el legislador en situación de oponer a este comienzo de transgresión limitaciones más fuertes. Las garantías jurídicas contra el uso ilegal del poder jurídico ilimitado de los monarcas, parlamentos y asambleas populares, sólo pueden encontrarse en la voluntad de estos mismos cuando se hacen normales. La conformidad a la norma o la transgresión de ella dependen, pues, de las fuerzas sociales sobre las que se basa el orden jurídico, y de la fortaleza de la oposición que pueden presentarle los titulares de aquellas fuerzas. He aquí un punto en que el hecho obra con este doble carácter: con el de destructor del derecho y creador del mismo. Estas revoluciones lentas e imperceptibles que pueden transformar en el curso de la historia los fundamentos de los Estados ofrecen un espectáculo sumamente instructivo, en especial para el investigador del derecho público en cuanto muestra a éste el fin de su investigación.

b) El Estado y la formación del derecho

La segunda cuestión que ha de contestarse aquí es la siguiente: ¿qué situación corresponde al Estado respecto del derecho que dentro de sus límites se forma?

Nos encontramos, pues, con la antigua cuestión tan discutida de saber si existe un derecho anterior al Estado. Esta cuestión, no aclarada aún,[32] arranca de una falta de claridad interior, pues supone como evidente un concepto ampliamente desarrollado del Estado, y por esto mismo hace confuso el problema. Si se entiende por Estado la comunidad política de los pueblos modernos, entonces es indudable que existe un derecho anterior a aquél. Pero si se concibe el Estado dinámicamente y se le define como la más alta asociación autoritaria que una época conoce, entonces la respuesta ha de ser muy distinta.

Pero una cosa queda fuera de toda discusión, a saber: que el derecho

[32] La prioridad del derecho la admiten aún hoy, entre otros, B. Kohler, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, VIII, 1887, p. 323; Haenel, *Studien zum deutschen Staatsrecht*, II, p. 217. El origen simultáneo del derecho y del Estado es defendido por Gierke, *Zeitschr. f. d. gesamte Staatswissenschaft*, XXX, 1874, pp. 179-180.

es una función exclusivamente social y por esto tiene como supuesto la comunidad humana. El propio derecho natural, que partía del individuo aislado, hacía nacer el derecho de una variedad de hombres. El derecho supone además —ya que jamás ha existido en la historia una comunidad completamente desorganizada— grupos sociales, aunque no estén organizados por vínculos estrechos. Toda comunidad terrena organizada, que no tenga asociación alguna sobre sí, es Estado. Esta nota es la única que une los comienzos rudimentarios de la evolución política con los Estados soberanos actuales. Jamás ha dejado de existir esta forma embrionaria de Estado y aún hoy puede observarse en aquellos pueblos que tienen una vida social mínima. Cualesquiera que hayan podido ser las formas primitivas de existencia de la comunidad humana, nunca podrá probarse que los hombres hayan vivido, ni en la época prehistórica ni durante la historia, en la forma de una mera yuxtaposición atomística. Comprendido el Estado de esta manera, no ha existido jamás un derecho que lo preceda. Las organizaciones primitivas son los únicos poderes que en estos grados de cultura pueden dar a las normas vividas como derecho, las necesarias garantías exteriores para su realización.

Con esto no quiere decirse de ningún modo que todo derecho haya sido cosa que se deba a la evolución del Estado. Sólo allí donde hay una asociación única será éste la fuente única del derecho o de la realización del mismo, a causa de la necesidad de una organización social para la existencia y mantenimiento del orden jurídico. Pero más frecuentemente el derecho nace primero dentro del círculo de las pequeñas asociaciones para extenderse más tarde a otras más amplias. El derecho antiguo de los pueblos civilizados de Occidente se ha desarrollado en la familia, estrecha o amplia, así como también la religión, íntimamente enlazada con los comienzos de toda comunidad, se convierte en culto de familia y progresa hasta ser culto de una tribu.[33] El derecho público tuvo en la época del origen del Estado en los pueblos arios —formación muy superior a las que le habían precedido— más bien el carácter de un derecho federal de una variedad de familias, la autonomía de las cuales persevera en aquel orden de cuestiones que no cae dentro de este derecho federal.[34] Igual sucede más tarde con los miembros de Estados más complicados. Allí donde el Estado es fruto de raza que, o son iguales en derechos o alguna de ellas se considera sometida, suele dejarse un gran margen a cada uno de los miembros en la formación autonómica del derecho. Los antiguos y nuevos reinos no han podido ni pueden subsistir sino permitiendo, en una determinada medida, a los pueblos sometidos que conserven su derecho. En los tiempos en que el poder del Estado estaba poco

[33] En relación con los arios, véase H. S. Maine, *Ancient Law*, 14ª ed., pp. 166-167.
[34] F. de Coulanges, pp. 127-128.

desarrollado, tuvieron las asociaciones antiguas y de nueva formación una gran intervención en la formación y realización del derecho. Pero en el Estado existe una tendencia para someter a sí todos los medios de poder de las asociaciones que le están subordinadas, y el proceso que se inicia de esta suerte termina haciendo del Estado el único tenedor del poder de autoridad. De este modo adviene no tanto la formación del derecho cuanto la protección del derecho reglado, cuestión del Estado. El poder judicial pasa exclusivamente a manos de éste y toda jurisdicción es por ello, últimamente, o propia de él o prestada por él. Por consiguiente, adviene a la postre, derecho del Estado, el regular el derecho que ha de tener validez dentro de los límites de su dominio. De suerte que en el Estado moderno, todo derecho o es creado por el Estado o permitido por él.

También existen hoy una multitud de asociaciones que, independientemente del Estado, establecen su derecho. Tales son: la Iglesia y todo género de sociedades.[35] A este derecho no estatista tampoco están aquéllas sometidas jurídicamente, es decir, que no caben dentro del concepto de la coacción jurídica las garantías sociales en que se subsumen en mayor o menor medida. Tal derecho puede hacer que se realice la coacción jurídica, pero ésta corresponde exclusivamente al Estado como una emanación de su poder soberano. De aquí que el derecho de asociación, frente a los miembros de la misma, sólo pueda mediante la prestación de la fuerza del Estado o el reconocimiento de la autonomía de las mismas por parte de éste obligar a los miembros de la asociación, y únicamente por obra de la voluntad del Estado puede tener el derecho de asociación el carácter de derecho objetivo frente al Estado, es decir, valer como una parte misma del orden jurídico del mismo. La creación de un derecho de asociación objetivo es hoy de la exclusiva competencia del Estado.

c) La obligación del Estado respecto a su derecho

El orden jurídico del Estado es derecho para los que están sometidos a él. Ahora bien, ¿es derecho para el Estado mismo?[36]

[35] Véase sobre el derecho canónico las detalladas observaciones que he hecho constar en mi obra *System*, pp. 259-260. La sustantividad del derecho canónico ha sido puesta de manifiesto con sumo acierto por M. Stutz, *Die kirchliche Rechtsgeschichte*, 1905, pp. 11, 37-38.

[36] Para Seidler, *Jur. Kriterium*, p. 44, no existe este problema, porque siguiendo en esto las huellas de Gierke, admite que el Estado nace con el derecho y en el derecho, y por consiguiente que sólo en él puede vivir. Contradicen esta teoría las revoluciones violentas y las formaciones igualmente violentas de los Estados en la Edad Moderna, ninguna de las cuales es posible explicar mediante las anteriores afirmaciones. La realidad histórica es el tropiezo para todas aquellas especulaciones que lejos de resolver una de las cuestiones más difíciles de la doctrina del derecho, la soslayan. Además, Seidler, en la p. 41, dice que el derecho es la organización llevada a cabo por el Estado por la fuerza de su voluntad y que puede hacer

Partiendo de la afirmación de que el Estado puede con derecho modificar toda norma jurídica, consideran aún hoy muchos que el Estado no puede ser obligado mediante su derecho. En el derecho público existen, ciertamente, imperativos para los órganos del Estado; pero el Estado mismo, añaden, no puede ordenarse a sí mismo.

Para resolver esta cuestión es preciso dejar a un lado aquellos mezquinos instrumentos de trabajo de los aprendices de jurista, únicos que saben emplear muchos de los que se ocupan de este problema.[37] Pues esta cuestión es, para usar una expresión que he propuesto, de naturaleza *metajurídica*.[38] Mas de que sea satisfactoria la respuesta a esta cuestión, depende la posibilidad de todo derecho público, y por consiguiente de todo derecho en general.

Veamos ante todo la consecuencia de la doctrina que considera el Estado incapaz de quedar ligado y obligado a su derecho.

De ella se deduce que aquello que aparece como derecho al súbdito, como individuo, o al titular de un órgano del Estado, no es derecho para el propio Estado. Si se cambia la situación y se mira desde lo alto del Estado a las profundidades del derecho, sucederá, pues, que no se verá nada; porque todo derecho se convierte para el Estado en no derecho, es decir en nada, jurídicamente; en algo a que es y permanece extraño, pero que lo impone a sus súbditos, y por consiguiente lo hace valer para ellos como derecho.

Esta concepción sólo puede llevarse a cabo en una ordenación jurídica

observar mediante su autoridad. A este derecho ampliamente desarrollado, jamás está ciertamente sometido el Estado; pero lo que Seidler tiene ante la vista es una situación psicológica que no ha llegado a ser derecho, y que puede devenir tal mediante el apoyo de un Estado nacido tal vez por obra de un poder sin fundamento jurídico.

[37] Se me permitirá mencionar mis trabajos anteriores, relativos al problema tan discutido hoy, singularmente en la literatura francesa, acerca de la autoobligación del Estado. Esta doctrina tiene defensores enérgicos. La polémica de nuevo entablada no aporta nada que no hubiera sido ya examinado. (*Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, pp. 9-10). La cuestión sigue manteniéndose en la superficie del problema y se renueva la objeción del derecho natural acerca de la imposibilidad de obligarse a sí mismo el Estado en cuanto es concebido como persona aislada. Puede encontrarse en Duguit una crítica moderna muy minuciosa, *L'État*, I, pp. 110-111, y en Hold v. Ferneck, *op. cit.*, pp. 186-187. Para este último (pp. 73-74), el poder ético del individuo es algo que viene de fuera, y todo deber va unido a la coacción; por lo cual, el deber es en todo momento un mandamiento extraño al individuo. Desde este punto de vista, en el que aparece rechazada toda autonomía moral, y por consiguiente toda ética, deja de existir, asimismo, toda autoobligación de cualquier clase que sea. Pero igualmente deja de ser posible toda fundamentación de los últimos problemas morales y jurídicos, a no ser sometiéndolos al poder fatalista de una potencia divina o física; este ensayo que a menudo se ha hecho, siempre ha fracasado. Véanse las acertadísimas observaciones de M. E. Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903, p. 35, núm. 6.

[38] Véase *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, p. 3, núm. 3. He mostrado en la obra antes citada, pp. 14-15, que la autoobligación del Estado es el último fundamento jurídico de su obligación; pero de ningún modo representa la causa última real de ésta. Los límites que se pone a la jurisprudencia no son siempre idénticos a los de la ciencia.

estrictamente teocrática. Sólo un dios, o un monarca venerado como un dios, es el que puede hacer reconocer como inmutables e indiscutibles las decisiones de su voluntad e imponerlas como normas de acción a todos, a excepción de sí mismo.

Pero es muy distinto lo que ocurre cuando el Estado procede según reglas jurídicas establecidas, reglas que a su vez sólo de una manera jurídica pueden ser modificadas. Estas reglas contienen en sí la obligación de los órganos del Estado; con lo cual queda sometida a obligación la actividad de aquél en sí mismo, ya que la de los órganos del Estado lo es de este mismo que no puede ejercer una actividad que no esté realizada mediante un órgano. Ofrece esta regla, además, a los súbditos, la seguridad de que los órganos del Estado quedan obligados a proceder según la regla. No significa el código penal exclusivamente una dirección para el juez, ni el derecho financiero una instrucción para los agentes de impuestos, sino que llevan consigo al propio tiempo aquél y éste una garantía, cual es, la de que sólo ha de procederse conforme a estas leyes. Todas las normas llevan consigo esta afirmación: que habrán de ser guardadas y tenidas por inviolables, en tanto que no sean derogadas conforme a derecho. Sobre esta confianza en la invulnerabilidad del orden jurídico se apoya en gran parte para cada individuo, la necesidad de calcular sus acciones y las consecuencias de las mismas. Es ésta una condición constante para la evolución de la cultura, porque sólo ella crea la seguridad social, sin la cual las relaciones entre los hombres apenas si habrían podido elevarse sobre el bajo nivel de sus comienzos.[39]

Acompaña, pues, a todo principio de derecho la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo, lo cual es una garantía para los sometidos al derecho. La orden dada por el Estado a sus órganos de ejecutar las disposiciones jurídicas no es puro arbitrio de aquél, como acontece en la teoría opuesta si quiere ser consecuente consigo misma, sino que se trata de cumplir un deber; el Estado se obliga a sí mismo en el acto de crear un derecho respecto de sus súbditos, cualquiera que sea el modo como el derecho nazca, a aplicarlo y mantenerlo.

Esta forma de quedar obligada la voluntad por una declaración que ella misma hace, es decir, por un acto de carácter unilateral, no la desconoce el derecho privado. Los antiguos reconocieron que la promesa, incluso cuando no es aceptada por la otra parte, puede ser fundamento de obligación.[40] El acto unilateral es aquel mediante el cual pueden ser creadas

[39] La doctrina de Ihering, *Zweck im Recht*, I, pp. 337-338, en la que supone que las normas jurídicas se aplican formalmente sólo a los órganos del Estado, conduce a este resultado: que aquéllas obran sólo dentro de los límites de la organización del Estado, pero no producen el derecho. En oposición a esta doctrina, véanse las acertadas observaciones de Merkel, *Ges. Abhandlungen*, II, p. 586, 1899, y más detalladamente, M. E. Mayer, *op. cit.*, pp. 38-39.

[40] El mismo derecho clásico ha reconocido la fuerza obligatoria de la *pollicitatio* y del

todas las relaciones jurídicas entre una asociación y sus miembros. Pero es preciso no pensar inmediatamente en el Estado. Las decisiones tomadas por una sociedad conforme a sus estatutos constituyen una norma unilateral para sus miembros, que obliga no sólo a éstos sino a la misma sociedad. El Estado se diferencia de estas asociaciones sólo en que el orden jurídico que lo obliga por declaración de su voluntad, es su propio orden jurídico.

Mediante un conocimiento así adquirido nos es posible la representación de los derechos y deberes del Estado. Quien rechace esta posición puede reconocer tan sólo una relación de fuerza entre el Estado y el individuo, pero no una relación jurídica entre ellos.

La construcción jurídica de esta clase de relaciones en el Estado habrá de ser objeto de nuestra atención en otro lugar, habiendo de ocuparnos aquí exclusivamente de sus raíces psicológico-sociales.

El fundamento último de todo derecho radica en la convicción inmediata de su obligatoriedad, de su fuerza determinante y normativa. Las tres características que hemos dado anteriormente del derecho concuerdan en un punto, a saber: en que se trata siempre en ellas de normas y éstas no significan jamás nada que venga exclusivamente de fuera, sino que necesitan descansar en una propiedad del sujeto para que de este modo pueda ser reconocida como legítima por aquél. De aquí que se trate finalmente de una convicción condicionada por la situación general de cultura en un pueblo, de lo cual depende el que la exigencia de la conservación de algo en norma llegue realmente a poseer este carácter en un momento dado.

La cuestión consiste, pues, en último lugar, en saber si dada la concepción de una época determinada, está o no obligado el Estado mismo por las declaraciones abstractas de su voluntad, y en caso de que lo esté, en qué medida. Mas esta cuestión es una cuestión histórica que no puede ser resuelta mediante fórmulas de valor universal. Sólo cabe afirmar con entera seguridad que en el Estado moderno cada vez se hace más viva la convicción de la obligación que une al Estado con su derecho. Un fenó-

votum (véase *D. de pollicit.*, 50, 12), a pesar de que esto contradice su concepción fundamental respecto del origen de las relaciones obligatorias, nacidas por declaraciones de voluntad. Siegel, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht*, 1873, pp. 45-46, ha hecho ver que no tiene nada de ilógico la posibilidad de que nazca obligación por una promesa unilateral, y además que existen en el derecho moderno en gran medida. Ha de desecharse la objeción formalista de que la obligación del individuo descansa en la voluntad superior del orden jurídico del Estado y que esto, por tanto, no prueba nada respecto a la posibilidad de la autoobligación del Estado. Lo que se trata de probar más bien con esto es que la obligación de una persona por declaración unilateral, no contradice en modo alguno nuestras convicciones jurídicas, las cuales, como hemos visto en otro lugar, son la fuente más profunda de donde mana todo derecho, incluso cuando se trata del Estado, y forman, por tanto, el fundamento para el conocimiento de los derechos y deberes del Estado.

meno de gran importancia permite ver esto con claridad. Este hecho había sido negado durante largo tiempo, y como con los medios del conocimiento jurídico no podía ser concebido, fue abandonado por largo tiempo a las explicaciones del derecho natural. El punto de partida de la evolución actual es la afirmación, tan enérgicamente representada por los absolutistas, de que todo acto del poder supremo del Estado es por su esencia conforme a derecho, de donde se deduce que jamás puede este poder supremo realizar una injusticia. A este principio correspondió la práctica, y en verdad, no sólo en las monarquías absolutas. Es muy instructiva para ver la concepción originaria de la ilimitación del poder del Estado la institución inglesa del *bill of attainder* y del *bill of pain penalties*[41] tal como frecuentemente se aplicaba en los siglos XVI y XVII, y cuando, en casos de importancia política, no se lograba condenar mediante el procedimiento ordinario en derecho a una persona que se reprobaba, entonces se presentaba al parlamento con la fórmula *pro re nata*, según expresión de los juristas ingleses, un *bill* de condena, que frecuentemente era el que creaba el delito al cual se imponía castigo, y una vez votado por el parlamento pasa a la sanción real y se lleva a la práctica una vez obtenida ésta.[42] Muy frecuentemente no era llamado ni una sola vez el acusado al parlamento.[43] Estas manifestaciones de la omnipotencia del parlamento jamás han sido derogadas de una manera expresa en Inglaterra, y si bien en ocasiones se han levantado contra ella muchas voces de los juristas, no ha sido combatida su legalidad.[44] No hay duda alguna de que uno de estos *bill* habría de ser considerado hoy como un acto de injusticia notoria, como un abuso de las formas jurídicas y no meramente como un *jus iniquum*. Estas leyes vulnerarían, dadas las actuales concepciones del derecho, los principios jurídicos reconocidos como bases del derecho inglés. Están en contradicción con aquella parte de la *common law*, de la que a menudo dicen los ingleses que no podría cambiarse ni siquiera por un estatuto del parlamento. Los americanos han

[41] La primera castigaba con pena de muerte, y la segunda con una pena menor. Véanse los artículos concernientes a esto en *Law-Lexicon* de Wharton, 6ª ed., 1892. Sobre estas mismas leyes, véase Blackstone, que lo trata más ampliamente en los *Commentaires*, IV, pp. 450-451; Fischel, *Die Verfassung Englands*, 2ª ed., 1864, pp. 458-459; y H. Cox, *The Institutions of the English Government*, 1863, pp. 227-228, 465-466.

[42] El caso más famoso de un *bill of attainder* fue el que condenó a muerte al conde de Strafford el año 1640, después de haber retirado los comunes la acusación penal que habían presentado contra él. El último ensayo de un *bill of pain and penalties* fue dirigido contra la reina Carolina, esposa de Jorge IV (1820), por causa de adulterio; pero este *bill* fue retirado al pasar a la cámara de los lores y antes de que la cámara de los comunes se hubiese ocupado de ello.

[43] Singularmente bajo Enrique VIII, en cuyas manos el arma del *bill of attainder*, que esgrimida por el parlamento era flexible, advino en un instrumento de terror.

[44] Cox, *op. cit.*, p. 302, habla de ella como de una institución jurídica aún en vigor.

dado expresión a esta convicción jurídica moderna, prohibiendo expresamente el *bill* penal en su Constitución.[45]

Estos casos enseñan, incluso a los que mantienen una opinión contraria, que en un alto nivel de la evolución jurídica también puede ser valorado jurídicamente aquel aspecto de la actividad del Estado que crea derecho. El acto de creación de derecho, incluso cuando lo es conforme a éste, puede encerrar en sí una vulneración del mismo. Ofrecen un ejemplo de esto las leyes contrarias a la Constitución dadas en aquellos Estados que no reconocen al juez derecho alguno para apreciar la conformidad material de las mismas con la Constitución.[46] No menos susceptibles de un juicio de revisión son otros actos supremos de la voluntad del Estado, además de aquel que, aunque conforme a derecho, contiene en sí una transgresión del mismo. La acción de juzgar y condenar jurídicamente, aun cuando no es suficiente para cambiar las consecuencias jurídicas del juicio, ofrece una nueva prueba de aquel admirable hecho fundamental de la vida del derecho, consistente en que lo ilegal, la transgresión del derecho, pueda crearlo.

La idea de la autoobligación del Estado respecto a su derecho ha desempeñado un papel importantísimo en la formación del constitucionalismo moderno. No sólo trata éste de contener la omnipotencia del Estado mediante la fijación de normas para la exteriorización de su voluntad, sino que trata de refrenarlo muy especialmente mediante el reconocimiento de derechos individuales garantidos. Esta garantía consiste en otorgar el carácter de inmutables a los derechos protegidos.

No tenemos para qué investigar en este lugar hasta qué punto la inmutabilidad de los derechos fundamentales garantidos conforme a la Constitución tiene alcance práctico. En todo tiempo, y hoy más, indudablemente, han existido en el derecho de los pueblos cultos, algunos puntos fundamentales que han estado sustraídos al arbitrio del legislador. Estos puntos fundamentales vienen a representar el precipitado de la total evolución histórica de un pueblo, tal como se ha mostrado constantemente en las instituciones jurídicas, en cuanto condición permanente de su existencia histórica. Los fundamentos del derecho penal, por ejemplo, son en conjunto siempre los mismos. La severa amenaza de los ataques a los bienes jurídicos más importantes no puede depender del capricho del Estado. La declaración de irresponsabilidad para el asesino queda

[45] Constitución de los Estados Unidos, art. 1°, sec. IX, 3.

[46] El caso práctico de más importancia sería el de una ley especial que estuviese en contradicción con reglas jurídicas generales y conformes a la Constitución, o el caso de una determinada expropiación individual que no fuese acompañada de indemnización, como por ejemplo una incorporación al Estado de un ferrocarril, o la confiscación de bienes dirigida contra una persona o clase determinada, que proponen a menudo los partidos políticos en épocas de gran agitación.

siempre como algo que está fuera de las posibilidades reales de la legislación. Y si, no obstante, lo hiciese un legislador, inmediatamente se encargarían de la función de la pena, si bien en forma irreglada, otras fuerzas sociales que el legislador no puede dominar.

Si se abandona, pues, el punto de vista jurídico puramente formal, con el que se suele operar, así como la representación auxiliar de un poder del Estado, omnipotente e infalible, resulta una división del derecho en parte constante, o sólo muy lentamente transformable, y en parte variable. En la primera se reconoce de un modo expreso o tácito la cultura total de un pueblo, y constituye, por consiguiente, una medida jurídica para juzgar los actos voluntarios del Estado, incluso los que formalmente son inatacables; por esto puede considerarse, no sólo erróneas una ley o una decisión judicial, a pesar de ser irrevisables según derecho, sino además injusta. Esté dada, pues, gracias a esto, una dirección *de lege ferenda,* pero no para aquella escuela, según la cual el poder legislativo no queda obligado a la acción legislativa en sí misma, a pesar de la convicción que tienen de la libertad legislativa. Finalmente, es posible fundamentar, gracias a estos elementos constantes, la posibilidad de los deberes del Estado, concepción que, partiendo de la idea absolutista del Estado, siempre viva, tendría que rechazarse si se hubiera de ser consecuente.

d) El Estado y el derecho internacional

La comprensión del Estado, puesto que se basa modernamente en el estudio de sus relaciones con el derecho, exige para que sea completa, el estudio de las mismas con la rama más joven del orden jurídico, constituida por el derecho internacional.

Los Estados del viejo Oriente y del mundo antiguo no llegaron a alcanzar más un derecho internacional, aunque los romanos conociesen el concepto y la palabra y a pesar de las tentativas derivadas de la necesidad de relaciones que unos con otros hubieron de mantener. Los más grandes pensadores griegos atribuyeron al Estado al tratar de la doctrina de éste, la autarquía, y después en la doctrina estoica del estado mundial aceptada por los romanos, fue considerado éste —el Estado mundial— como el que correspondía a la realización del concepto Estado, lo que muestra que el mundo antiguo no llegó a tener conciencia de la posibilidad de un orden jurídico para una pluralidad de Estados. Por vez primera aparece la idea, la conciencia, de un derecho internacional, en el mundo de los Estados cristianos, a causa de estar unidos éstos entre sí mediante una pluralidad de elementos culturales que fueron elevados a unidad en la Edad Media, por obra de la Iglesia. Ocurre esto, al principio de la Edad Moderna y de un modo más significativo desde la paz de Westfalia y con una extensión inesperada durante el siglo pasado. Este derecho internacional es el derecho que obliga a los Estados en sus relaciones internacionales, un derecho, por tanto, que se opone al Estado cuando obra fuera de sus fronteras, y vale por consiguiente como derecho objetivo.

Es muy discutida la posibilidad y existencia del derecho internacional. Es evidente que habrá de ser rechazado por aquellos que exclusivamente tratan el problema partiendo de los antiguos principios civilistas; pero la decisión última acerca de su existencia corresponde a las comunidades para las cuales debe valer, esto es, para los Estados. Si éstos reconocen al derecho internacional como un derecho que los obliga, entonces existe para él lo que forma la naturaleza psicológica de todo derecho, la más firme base de existencia del mismo, y que este reconocimiento existe por parte de los miembros de la comunidad de los Estados, no puede ser ya hoy discutido.[47]

Pero no sólo posee el derecho internacional los caracteres fundamentales del derecho, sino la totalidad de las demás notas de éste. La distinción esencial entre el derecho internacional y el derecho del Estado particular radica en que en aquél no existe regulada ninguna relación entre superior e inferior, sino que se trata de relaciones de coordinación, pues las autoridades que ponen el derecho internacional y los sujetos que están obligados a su cumplimiento son los mismos, a saber: los Estados. En esta relación de reciprocidad ha ejercido su influjo usual, como ocurre en los demás órdenes del derecho, el elemento histórico. El hecho de la observancia de determinadas reglas en las relaciones internacionales ha dado fuerza a la idea de que eran jurídicamente obligatorias. Además hay acuerdos expresos entre los Estados, por medio de los cuales se da satisfacción a las exigencias racionales que tienen fuerza para la creación del derecho, esto es, *de lege ferenda,* y han facilitado de este modo el desarrollo jurídico internacional.[48]

[47] Véanse las observaciones detalladas acerca de esta cuestión en mis anteriores trabajos, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge,* pp. 46-47, y *System de subj. öff. R.,* pp. 29-30. De la literatura más reciente que participa de mi opinión, puede verse Ullmann, *op. cit.,* p. 3; y V. Liszt, *op. cit.,* p. 3; Heilborn, *Enzyklopädie* de Kohler, II, p. 978.

[48] Triepel trata de fundamentar el derecho internacional exclusivamente sobre el acuerdo entre los Estados *(Völkerrecht und Landsrecht,* pp. 63-64); pero mediante esta concepción, todo el derecho internacional queda en el aire. La existencia de un orden internacional que por sí mismo presta fuerza a todo acuerdo no puede a su vez fundarse de nuevo, como el propio Triepel reconoce, sobre el acuerdo mismo. El comienzo del orden internacional no puede de ningún modo ser colocado en paralelo con la creación primaria de un nuevo derecho político al fundarse un Estado, pues en estos casos, los hombres que han formado la convicción jurídica, que es la que sirve de fundamento, han llegado a ello después de haber pasado por el orden jurídico de un Estado y lo que hacen sencillamente es aplicar al nuevo orden de cosas, principios jurídicos análogos que tuvieron una vez validez, y que

Tampoco falta al derecho internacional las garantías necesarias. Es verdad que carece de una coacción jurídica reglada porque no hay poder alguno superior a los Estados; pero esta misma falta existe a su vez, como hemos visto, en algunas partes importantes del orden jurídico interno, y no por esto se ha de decir que no tienen un carácter jurídico. Pero las otras garantías son para una gran parte del orden internacional de mucha más importancia. La justicia y la administración de cada Estado particular apoyadas en el derecho internacional están garantidas por los intereses comunes de los Estados. La llamada administración internacional funciona con gran seguridad y difícilmente pueden deducirse de la regularidad de su práctica, argumentos contra la existencia del derecho internacional. Además, las relaciones de poder entre los Estados, así como la opinión pública que se expresa mediante el juicio de los estadistas, los pareceres emitidos en los parlamentos y la prensa, forman otras tantas garantías del derecho público, que si bien actúan con menos firmeza, no por eso han de dejar de ser desconocidas. Allí donde entra en conflicto la observación del derecho internacional con la existencia de un Estado, retrocede la regla jurídica, porque el Estado se encuentra por encima de todo principio jurídico particular, como nos lo han mostrado las consideraciones hechas a propósito del estudio de las relaciones jurídicas dentro de un Estado. El derecho internacional está al servicio de los Estados y no los Estados al servicio del orden internacional.

Las omisiones que hemos hallado en el derecho del Estado se encuentran en mayor medida aún en el derecho internacional, porque el sistema de éste es menos susceptible todavía que el de aquél de llegar a formar una unidad cerrada. Si todo orden del derecho tiene partes que descansan en compromisos circunstanciales de las fuerzas en lucha, el perfeccionamiento del derecho internacional tiene como supuesto, justamente, la posibilidad de una contienda entre los Estados, como resultado de la cual aparece un nuevo derecho. La política exterior es limitable, en una escasa medida, por principios de derecho, e indica el amplio dominio sobre el cual decide la fuerza efectiva, aquél en el cual los intereses de los distintos Estados entran en lucha, no meramente mediante la guerra, sino acordando armisticios y alianzas de más o menos duración. Pero no sólo los intereses cambiantes del día, sino las condiciones de la evolución de los Estados y los pueblos, exigen la lucha de las nuevas ideas y las nuevas formaciones políticas para que puedan aquéllas llegar a ser realizadas. Pensar

de nuevo reciben el carácter formal jurídico. Pero ¿de dónde debe proceder la convicción originaria que hace que el orden entre los Estados no sea meramente un cambio de costumbres, una moral de Estado, un egoísmo de Estado, o de otro modo, un fenómeno no jurídico? Quien quiera ocuparse jurídicamente del difícil problema del derecho internacional no puede, como hace Triepel, suponerlo como dado, sino que necesita primeramente fundamentar su existencia.

en un orden jurídico superior al Estado, sin vacío alguno, que pueda decidir toda lucha ateniéndose a una regla jurídica preexistente, sería, dada la actual situación del mundo y por un tiempo incalculable, conservar y hacer sobrevivir en el mundo del Estado, todo lo insano, todo lo viejo, y por consiguiente, cuanto hace imposible la vía del progreso. ¡Piénsese sólo en las grandes guerras de la segunda mitad del siglo XIX! ¡Si estas luchas históricas, para juzgar de las cuales no existía principio jurídico alguno, se hubiesen decidido mediante una norma de derecho y mediante la sentencia de un juez, la sentencia habría sido favorable a la situación entonces existente como lo conforme por derecho, y en este caso, Alemania e Italia habrían permanecido meros conceptos geográficos, los nuevos Estados de la península de los Balcanes continuarían siendo provincias turcas, y la mala administración española seguiría aún en Cuba y Filipinas!

Mas si el derecho internacional descansa formalmente en la voluntad de los Estados particulares y de ellos recibe su sanción jurídica, le corresponde también materialmente un algo que sale fuera de los límites del Estado particular. Aquí se muestra precisamente la unión entre la doctrina de la sociedad y el derecho internacional. Así como los intereses sociales van más allá de los límites del Estado particular —según en otro lugar hubo de verse— y construyen los Estados mismos como formaciones sociales de grupos de la sociedad, de la propia manera la totalidad de las relaciones sociales o internacionales forma el contenido del derecho internacional. Pero las corrientes nacionales o particulares de los Estados contra la sociedad internacional son tan fuertes, que sólo han engendrado una coexistencia de Estados, pero no una organización de la comunidad de Estados, prescindiendo naturalmente de organizaciones ocasionales y uniones entre Estados para formar una comunidad que los comprenda. La comunidad de los Estados es, por tanto, de naturaleza propiamente anárquica, y el derecho internacional, puesto que procede de una autoridad no organizada y carece por tanto de poder de soberanía, puede ser denominado, con razón, un derecho anárquico, lo que explica al propio tiempo sus imperfecciones y lagunas.

No nos es posible una visión clara del futuro; empero, si meditamos en los progresos enormes que en los tiempos modernos ha alcanzado este derecho anárquico, parece que la evolución tiende a alcanzar un objetivo sumamente lejano y tal vez imposible de conquistar jamás para incorporarlo a la realidad de las cosas, objetivo último que Kant ha expresado de este modo: "El más grande problema para el género humano, a cuya solución lo fuerza la naturaleza, consiste en lograr fundar una sociedad universal, civil, que administre el derecho".[49]

[49] *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Abzicht.* Obras editadas por Rosenkranz, VII, p. 323.

XII. LAS PARTES DEL DERECHO PÚBLICO

Los romanos, a quienes se debe la oposición entre el derecho público y el privado,[1] consideraron el primero como un derecho enteramente uno, sin distinguir entre el derecho político *(Staatsrecht)* y el derecho público *(Öffentliches Recht)*, sirviéndose de la misma palabra para designar a ambos. La evolución del derecho moderno ha tenido como consecuencia un desarrollo amplio del derecho público, que sólo se puede comprender considerándolo históricamente. En el proceso de la historia, no vuelven a coincidir más los conceptos de doctrina jurídica del Estado y derecho público. Aquél es más bien el concepto estricto que está subordinado a este último.[2]

Para comprender el sistema del derecho público, es necesario explicar en qué consiste lo esencial del derecho privado y su oposición a lo público.

La oposición entre el derecho privado y el derecho público puede referirse al principio fundamental de que en aquél los individuos son considerados principalmente en una relación de coordinación, los unos con respecto a los otros. Por tanto, regula el derecho privado las relaciones de los individuos como tales, en tanto que el derecho público regula rela-

[1] Singularmente en el célebre pasaje de Ulpiano. Ley 2ª, Dig. *De just. et jure*, I, 1, y en el § 4, *Inst.* título I, 1. Acerca de la historia del concepto del *jus publicum* y de la variedad de sentidos que tuvo en los diferentes escritores, véase la obra de E. Ehrlich, *Beiträge zur Theorie des Rechtsquellen*, I, 1902, pp. 158 ss.

[2] El estimar el concepto del derecho público como más amplio y comprensivo que el de derecho político *(Staatsrecht)* se debe, de una parte, a la división de las disciplinas particulares del derecho en el trabajo académico, y de otra, a la separación conceptual de la materia del derecho, muy generalizada a partir de la doctrina del derecho natural. La terminología jurídica moderna procede de Hugo (véase sobre esta cuestión el libro de Ehrlich, pp. 209 ss.). Ha sido también de gran influjo la doctrina del derecho de Kant, el cual dividía el derecho en privado y público y este último en político, penal, internacional y cosmopolita. Bajo el influjo de Savigny *(System des heutigen römischen Rechts)*, ha reconocido la nueva ciencia del derecho político alemán, por vez primera desde Gerber, las disciplinas particulares del derecho público, y les ha dado sustantividad con respecto a las demás disciplinas jurídicas. Existen entre los distintos escritores, aun hoy, infinidad de diferencias. Alemania ha precedido a las demás naciones en lo que respecta a la formación del derecho político *(Staatsrecht)*, como una parte autónoma dentro del orden del derecho. En Francia se habló por vez primera del *Droit public* en el siglo XVIII, e Inglaterra desarrolla, durante el siglo XIX, el concepto de *Constitutional law*, el cual de ningún modo coincide con nuestra denominación de derecho político. La idea de un *public law* ha nacido en el pensamiento inglés por vez primera en la Época Moderna, bajo el influjo del continente, aun cuando ya Bacon profundizó en la noción romana del *jus publicum (Obras*, edición Speeding, p. 804; VII, p. 731 ss.), y Blackstone *(Commentaries*, I, 2, p. 146 de la 1ª ed.) distingue las relaciones jurídicas en relaciones de derecho público y de derecho privado.

ciones entre distintos sujetos dotados de *imperium*, o la organización y funciones de estos mismos sujetos y la relación de ellos con los sometidos al poder.[3]

Pero esta oposición no es en modo alguno absoluta. En el derecho privado las relaciones entre los individuos es de tal suerte manifiesta que fácilmente podría llegarse a creer que con ello queda agotada su esencia; pero una observación más sagaz muestra que no es el individuo abstracto el titular del derecho privado, esto es, considerado este individuo abstracción de todas las relaciones sociales, sino que el titular de este derecho es siempre un miembro de la sociedad, o lo que es lo mismo, el individuo reconocido por el Estado como persona. Así pues, todo derecho privado es derecho social.

Por consiguiente, cuantas tentativas se han hecho para constituir con un carácter independiente un derecho social que no fuera ni derecho privado ni derecho público, o de subordinar este último al derecho social, han sido rechazadas.[4] Trátase, pues, en las relaciones jurídicas individuales de saber si el interés que prevalece en las normas del derecho objetivo es el individual o el social. Tampoco es posible concebir totalmente desligados de los intereses individuales los sociales, y por tanto, los intereses del Estado. Todo hecho social y público se encamina, o debe encaminarse al menos, al bien del individuo.

El derecho privado sólo es posible sobre la base del reconocimiento de la personalidad individual, sobre el reconocimiento de cualidades determinadas al individuo, en virtud de las cuales se le coloca en situación de poner en movimiento el poder del Estado en interés de sí mismo. Todo derecho privado va unido íntimamente a una exigencia de derecho público para que se le reconozca y ampare. Por esto, todo el derecho privado descansa sobre los cimientos del derecho público.[5]

Esto nos enseña *a priori* cuán difícil es en cada caso particular fijar los límites entre el derecho privado y el público. El Estado y las asociaciones de derecho público no son tan sólo titulares del poder público, sino que son también sujetos económicos, que con los propios medios que corresponden a cualquier otra personalidad, administran los bienes, no ejercitando para ello el poder público. Una de las cuestiones que en primer lugar y de un modo manifiesto han de fijarse debe ser la de determinar en

[3] Véase, para las observaciones que siguen, Jellinek, *System der subj. öffent. Recht*, caps. IV-V.

[4] De la literatura referente a esta cuestión, véase *System*, p. 86, n. 1. La idea de un derecho social que comprendiese en sí al derecho político se encuentra ya en los escritores del derecho natural. Véase, por ejemplo, Ropfner, *Naturrecht des einzelmen Menschen, der Gesellschaften und der Völker*, 2ª ed., 1783, pp. 124 ss.

[5] *Jus privatum sub tutela Juris Publici latet*, Bacon, "De augm. scient., VIII, 3 (Exemplum tractatus de Justitia universalis)". *Obras*, I, p. 804.

todo orden jurídico completo los límites entre las acciones realizadas por una asociación como sujeto titular de poder público y las acciones que realiza como sujeto económico privado. El Estado puede sustraerse totalmente de un modo formal al derecho privado, o al menos en gran medida. Pero puede también someterse cuando así lo exija la naturaleza de las relaciones jurídicas de que él forme parte. La manera como estos límites se han mostrado depende de la evolución total del pensamiento de un pueblo acerca de las relaciones totales del Estado con el derecho privado. Aquél, como sujeto de derechos patrimoniales, tiene en los sistemas jurídicos particulares una situación que varía de una a otra, y sobre ella sólo la doctrina del fisco puede informar en cada derecho particular.

Esta doctrina es de importancia suma para la historia de la concepción de las relaciones entre el Estado y los súbditos.[6] Donde no existía la idea del fisco como personalidad del Estado en cuanto considerada desde el punto de vista del derecho patrimonial, no ha podido existir ninguna exigencia jurídica patrimonial del individuo con respecto al Estado. Así sucedía en Inglaterra, donde sólo existía el derecho de súplica, pero no un derecho de acciones contra el Estado, que sólo más tarde fue reconocido, aunque no de una manera formal.[7] En Alemania, por el contrario, se considera al fisco como sujeto de derecho privado, atribuyéndosele, por tanto, al Estado, una doble personalidad pública y privada, que es de gran importancia práctica, pues en todo lo que cae dentro del derecho privado quedan excluidos los ataques arbitrarios del Estado a la esfera jurídica del individuo. Hoy se ha extendido la convicción de que el Estado, tanto en su aspecto público como en el privado, constituye una sola personalidad, representando su carácter fiscal tan sólo una dirección de esta personalidad. Aquí es precisamente donde se nota la falta de una fijación precisa, y donde nos encontramos en aquel terreno más cuestionable, por tratarse de casos límites. El problema aquí habría de ponerse en estos términos: ¿cuándo es el fisco sujeto y objeto del derecho público, y cuándo tiene exigencias jurídicas privadas?

Si, pues, de una parte el derecho privado sólo es posible sobre la base del público, éste, en cambio, tiene frente al derecho privado una existencia totalmente independiente. El derecho público es aquel que establece relaciones entre una comunidad dotada de un poder de autoridad y personas que le son iguales o le están subordinadas. Su posibilidad y significación ha sido mostrada en los anteriores capítulos; aquí sólo habrá de

[6] Acerca de la historia de la doctrina del fisco, véase Otto Mayer, I, pp. 47 ss., y Hatschek, *Die rechtliche Stellung des Fiscus im Bürgerlichen Gesetzbuche*, 1899, pp. 24 ss.

[7] Mediante la institución de la *Petition of Right*, que aún hoy sólo mediante un *fiat* de la realeza puede ser llevado ante los tribunales. Véase Gneist, *Das englische Verwaltungsrecht*, 3ª ed., 1883, p. 375; Hatschek, *op. cit.*, pp. 42 ss.

tratarse de las determinaciones jurídicas más detalladas de aquellos principios generales.

Un poder de autoridad es jurídico porque es limitado.[8] Derecho es jurídicamente poder limitado. El poder potencial de la comunidad que manda es mayor que el poder actual. Mediante la autolimitación, alcanza el poder el carácter de poder jurídico. Esta autolimitación no es arbitraria en modo alguno, es decir, no queda entregada al arbitrio del Estado el someterse o no a ella. Por obra del proceso histórico que lo ha precedido, se le ha dado al Estado el modo y medida de esta limitación. Dentro de límites muy amplios, tiene él la posibilidad formal de determinar su propia limitación, mas el decir *si ha de someterse*, esto, no es de su incumbencia.

El poder del Estado no es, por tanto, poder ilimitado, sino un poder ejercido dentro de límites jurídicos, esto es, un poder de derecho. Todos los actos del Estado, por consiguiente, están sometidos a una evaluación jurídica; sólo cuando relaciones de un carácter extraordinario rompen el orden jurídico, o cuando dentro de las normas jurídicas no es posible hallar una solución a casos concretos, es cuando entra el hecho en lugar del derecho para devenir él mismo el fundamento de la formación de un nuevo derecho.

La limitación exterior del poder de autoridad del Estado reside en el derecho internacional. Este derecho es exclusivamente un derecho entre Estados, en cuanto éstos son independientes unos de otros.[9] Todas las acciones del derecho internacional son solamente posibles mediante actos de *imperium*. Así, por ejemplo, en todo pacto entre Estados encaminado a crear obligaciones, incide una obligación para el mismo poder de autoridad, la cual sólo puede cumplirse mediante un acto de la autoridad. El Estado dispone —excluyendo lo relativo a su economía privada— de todas sus fuerzas sólo mediante su poder de autoridad, y, por tanto, puede satisfacer estas exigencias en tanto que no corresponden a un orden jurídico privado, exclusivamente mediante aquel poder. Aun las acciones guerreras llevadas a cabo por el Estado son susceptibles, por consiguiente, de una valoración jurídica, sólo porque el *imperium*, que de un modo tan ostensible se muestra en la guerra, no se ejercita hoy ya ilimitadamente, sino que está sometido al poder jurídico.

Interiormente, las limitaciones del poder del Estado son, en un amplio

[8] Esto ha sido desconocido últimamente por O. Mayer, I, pp. 110 ss., quien niega al Estado derechos subjetivos en su verdadero sentido, porque considera que éstos no son sino fenómenos particulares del poder de autoridad general que corresponde al Estado por naturaleza.

[9] Jamás entre individuos. Véase Jellinek, *System*, 312-313. La doctrina desarrollada por Kaufmann en su obra *Die Rechtskraft des internationales Rechtes*, 1899, pp. 1 ss., la cual pretende de nuevo asignar a los individuos el valor de sujetos de derecho internacional, no refuta los principios teóricos de la doctrina dominante, refutación que sólo podría hacerse mediante la prueba de la existencia de la *civitas maxima*.

sentido, consecuencia del derecho político. La organización de los Estados descansa en principios de derecho, principios que determinan, de una parte, tanto el carácter de los órganos, cuanto su organización y competencia. Esta competencia es la que indica los límites de la actividad del Estado respecto de la individual. Constituye el segundo problema fundamental del derecho político, la fijación de la esfera de los derechos y deberes de los súbditos respecto del poder del Estado. De aquí que el derecho político, en un amplio sentido, abarque, tanto los principios jurídicos relativos a la organización del Estado, como los relativos a la competencia de sus órganos y la determinación de derechos y deberes de los ciudadanos frente al Estado. De este amplio concepto del derecho político es preciso separar determinadas partes, pues en este sentido que acabamos de darle comprende el derecho penal, que se ocupa del derecho del Estado para castigar, de los deberes del condenado de someterse a la pena, y, por consiguiente, tiene por objeto esta disciplina derechos y deberes de carácter público. El mismo derecho procesal, tanto en la parte civil cuanto en la penal, se ocupa de determinar los deberes y derechos del juez representante del Estado y de las partes, y no hay duda de que la esfera de este derecho pertenece completamente al derecho público.

Para comprender la independencia relativa del derecho penal y del procesal en sus varios aspectos, es preciso recurrir al proceso de la historia. Todo lo que se refiere a la esfera del derecho privado, cuya gran importancia ha sido reconocida hasta por el Estado absoluto, fue objeto, aun en éste, que no era nada favorable a la ordenación del derecho público, de una honda elaboración. La necesidad de reglar el derecho procesal y de dictar leyes penales jamás fue objeto de cuestión, incluso en la época en que dominaba la idea de que el poder del Estado no tenía límite alguno respecto de sus súbditos. Entonces es cuando la justicia, provista de la actividad administrativa y subordinada a ciertas normas, adquiere un puesto dentro del sistema del derecho.

A causa de la íntima conexión entre todas las actividades del Estado, resulta difícil establecer una separación radical, atendiendo a categorías formales, de las varias disciplinas del derecho público. Ningún sistema de derecho político puede excluir de su contenido lo relativo a la organización de los tribunales, los principios sobre la situación de los jueces ordinarios, así como el poder penal y disciplinario del Estado, la responsabilidad de los ministros, el procedimiento administrativo; problemas que descansan sobre principios idénticos o análogos, de igual suerte que necesitan ser objeto de aclaración en un sistema de derecho político, las materias relativas a la justicia.

En la época moderna, la administración pública, así como la justicia, han llegado a constituirse en disciplinas particulares. El fundamento de

ello, cuando se trata de la administración, es distinto que cuando se trata de la justicia. Durante largo tiempo la actividad administrativa del Estado no tuvo sino un escaso interés jurídico; era objeto de investigaciones que se atenían al principio de finalidad, pero no conforme a principios jurídicos; mas con la formación de una legislación dentro del orden administrativo, lo que acontece desde la implantación del régimen constitucional, es decir, desde la creación de un control jurídico para la administración, se ha hecho más intenso el carácter jurídico de esta actividad del Estado y, por tanto, el método jurídico para su investigación y estudio. A semejanza de Francia, se ha formado en Alemania, a partir de R. von Mohl, una disciplina que correspondía al *Droit administratif (Verwaltungsrecht)*, la cual ha sido objeto de elaboración, especialmente a partir de 1860.[10]

Es tan imposible trazar una línea divisoria entre el derecho político y el administrativo, como cuando se trata del derecho político y el judicial. La distinción entre ambos ha de ser cuantitativa y no cualitativa. El derecho administrativo abarca la doctrina del derecho objetivo relativo a la administración, la de las relaciones jurídicas de la misma y la de los derechos y deberes mutuos entre el Estado que administra y los ciudadanos.[11]

No es posible pensar en ninguna investigación completa del derecho político en la que se prescinda totalmente de esta materia. Toda exposición del derecho de un Estado ha de explicar la doctrina de la organización administrativa, de los funcionarios de la administración, las relaciones de ésta con la ley, con los decretos y, por último, la naturaleza jurídica del acto administrativo. El derecho administrativo es, pues, la investigación y exposición detalladas de ciertas partes del derecho político, tomado éste en un sentido amplio. La doctrina que hace referencia

[10] La ciencia alemana ha llegado a ejercer gran influjo en la literatura jurídico-administrativa italiana, como lo prueba la obra no terminada de Orlando, *Primo trattato completo de diritto amministrativo italiano*. Bajo el influjo alemán va abriéndose también camino el reconocimiento de un derecho administrativo en los Estados anglosajones, singularmente en lo que respecta a América, cuya jurisprudencia, teóricamente, es muy superior a la inglesa. Contra la afirmación de Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 6ª ed., Londres, 1902, p. 322, de que en los países anglosajones no existe derecho administrativo, véanse las acertadas afirmaciones de Goodnow, *Comparative Administrative Law Student*, ed. Nueva York y Londres, 1902, I, pp. 6 ss. (de esta obra hay traducción castellana publicada por La España Moderna), el cual hace notar que esta pretendida inexistencia del derecho administrativo en los países anglosajones tiene su origen en *"to the well known failure of English law writers to classify the law"* (en la falta que hay en Inglaterra, falta muy conocida, de publicistas que clasifiquen las leyes). La polémica de Dicey, desconocedor de la ciencia alemana (véase p. 488), con Goodnow, confirma esta afirmación. Como ejemplo expresivo de una obra de derecho administrativo en la literatura americana, puede designarse la de E. Freund, *The Police power*, Chicago, 1904.

[11] Véase O. Mayer, I, pp. 18 ss., el cual va demasiado lejos en sus exigencias de que se reconozca al derecho administrativo plena sustantividad, como lo prueban las partes de su obra consagradas a las investigaciones del derecho político. Véase también mi análisis del libro de Mayer en el *Verwaltungsarchiv*, V, 1897, pp. 104 ss.

a la organización y administración de la justicia habrá de tratarse en el derecho judicial.

Lo que permanece extraño al derecho judicial y administrativo es el derecho político, en estricto sentido; es lo que según los franceses queda opuesto al *Droit Administratif*, y es designado por ellos *Droit Constitutionnel*, es decir, derecho constitucional. No es ésta una expresión acertada para significar lo esencial a la cosa, sino antes al contrario, un concepto equívoco; porque la palabra *constitución* se puede tomar en un sentido material o formal, y según se haga de uno u otro modo, así habrán de tratarse en el derecho político una multitud de materias que, o no tienen nada que ver con la Constitución, o tienen una relación escasa. Así, por ejemplo, la doctrina referente a la situación peculiar de los miembros de las dinastías, lo relativo a la ordenación de los asuntos parlamentarios en las cámaras, lo que hace referencia a las exigencias de derecho público de los funcionarios respecto del Estado, lo que toca al modo como el Estado ha de ejercer la fiscalización de la administración municipal, y por último, el ejercicio de la soberanía del Estado en sus relaciones para con la Iglesia.

Al derecho político corresponde también la doctrina de la corporación pública.[12] En conexión con la doctrina del derecho social, al cual se ha considerado como un derecho paralelo al privado, se ha desarrollado la teoría del derecho corporativo como la doctrina de aquel concepto supremo bajo el cual había de subsumirse todo el derecho político. Si, pues, es innegable que toda asociación, incluyendo el Estado, muestra analogías en su estructura, esto no quiere decir que el Estado sea una corporación entre otras, sino la que a todas domina. Así lo ha sido, al menos, en todos los tiempos en que se han mostrado con claridad los fenómenos de la vida del Estado. En el mundo antiguo, y a partir de la época en que el Estado moderno se levanta como un poder victorioso, se manifiesta no como una comunidad entre muchas, es decir, igual a otras que viven junto a él y en él contenidas, sino única en su tipo. Todas las demás asociaciones de naturaleza no estatista se hallan influidas en su formación más o menos por la organización del Estado. El prototipo para el Estado no lo constituye la unión ni la comunidad, sino que, por el contrario, es el Estado el que sirve de prototipo a estas organizaciones, a las que puede además prescribir mediante las leyes, de un modo total o en sus fundamentos, la manera de organizarse.

Las asociaciones se dividen en privadas y públicas. Las primeras son producto de las acciones jurídicas en el derecho privado, y sirven a los mismos fines que éste; es decir, predominan en ellas los intereses indivi-

[12] Véase mi *System*, caps. XV y XVII, y además O. Mayer, II, pp. 366 ss.

duales. No sólo mediante actos individuales, sino también mediante actos colectivos realizados por asociaciones, pueden ser satisfechos los intereses privados. El orden jurídico interior de estas asociaciones no es, por tanto, extraño al derecho privado. De otra parte, los medios por los cuales estas asociaciones se garantizan la satisfacción del orden jurídico que les es propio, no se diferencian de aquellos medios por los cuales los individuos procuran proteger la esfera de su derecho privado. A pesar de la situación de las asociaciones privadas con respecto a sus miembros y los derechos de éstos, nace de aquí otro tipo de relaciones desde el punto de vista patrimonial, bien distinto del que mantienen los individuos aislados, esto es, nace de aquí una clase particular de derechos privados.

Las asociaciones públicas, por el contrario, como habremos de ver en otro lugar, participan del ejercicio del poder público, bien en razón de deberes que se les asignan, o bien por los derechos que se les conceden, y por esto su derecho tiene su puesto en el derecho político, en su sentido estricto, o en el derecho administrativo. El derecho judicial, por el contrario, sólo se ocupará de aquello en cuanto haya de rozarse con el derecho administrativo.

Entre todas las asociaciones ocupa un lugar especial la Iglesia, singularmente la católica, por estar organizada independientemente del Estado. Desde el punto de vista del derecho político, punto de vista que es el único que la ciencia del publicismo puede hoy aceptar, depende completamente de cada orden jurídico particular el determinar hasta qué punto exalta e incluye en el reino de derecho público a la Iglesia al conceder a ésta un poder estatista de autoridad *(Herrschermacht)*. Cuando el Estado se niega en general a prestar a la Iglesia el *imperium*, y por tanto, a darle otro carácter distinto del de mera asociación privada, que es precisamente lo que ocurre en el régimen de la separación de Iglesia y Estado, entonces, según este orden jurídico concreto, todo el derecho canónico, todo el derecho interior de la Iglesia, queda dentro de la esfera del derecho privado, perteneciendo al Estado el derecho de fiscalizar las asociaciones eclesiásticas, fiscalización que queda incluida en el derecho político.[13] El punto de vista de la Iglesia en esta cuestión es, naturalmente, muy diferente. No considera su poder como un poder estatista, pero lo

[13] Véase Haenel, *Staatsrecht*, I, p. 165. La concepción procedente de la Edad Media *(jus utrumque)* y renovada en la literatura moderna a partir de Savigny, según la cual el derecho canónico, como derecho espiritual que es, está coordinado y opuesto al derecho humano, es insostenible, porque desconoce que la esencia del derecho consiste en ser un orden exterior que obra a su vez con medios exteriores. Esta doctrina supone dos conceptos de derecho que se contradicen mutuamente. Respecto de un derecho espiritual, si se ha de entender éste según nuestro moderno sentido jurídico, es justa la afirmación de Shom *(Kirchenrecht*, I, 1892, pp. 1 ss. y 700) de que implica una contradicción con la naturaleza de la Iglesia.

cree capaz, en más alto grado que el del Estado, de garantir el orden que le es propio.

Resumiendo lo dicho en este capítulo, resulta que el derecho público se divide en derecho internacional[14] y en derecho político en amplio sentido. Éste divídese a su vez en derecho judicial —que comprende el penal y el procesal—, administrativo y político en estricto sentido. Al derecho político en su sentido amplio corresponde también el derecho canónico, como derecho de una asociación pública. Como el orden jurídico de la Iglesia descansa en supuestos completamente diferentes de los del Estado, puede considerarse el derecho canónico como derecho interno de la Iglesia, como un orden jurídico separado y puesto junto al derecho privado y al derecho público. Pero no se olvide que esta sustantividad del derecho canónico es relativa, y no existe para quien ha reconocido que todo derecho es creado o permitido por el Estado.

[14] Véase, respecto del carácter del derecho internacional, *System*, pp. 300 ss.

XIII. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS ELEMENTOS DEL ESTADO

1. El territorio del Estado[1]

La tierra sobre la que se levanta la comunidad Estado, considerada desde su aspecto jurídico, significa el espacio[2] en que el poder del Estado puede desarrollar 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 prohíbe 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.[3] 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 a aquellas asociaciones que de un modo excepcional tienen autoridad también sobre terceros, pero siempre con un carácter independiente de todo fundamento territorial.

[1] Entre la literatura moderna acerca de este tema, pueden señalarse: Fricker, *Vom Staatsgebiet*, "Tubinger Universitätsprogramm", 1867; del mismo, *Gebiet und Gebietshoheit in den Festgaben für Albert Schäffle*, 1901, pp. 3-99; Gerber, pp. 65 ss.; Laband, I, pp. 172 ss.; G. Meyer, § 74; Rosin, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, 1886, pp. 44 ss.; Seydel, *Bayer. Staatsrecht*, 2ª ed., I, pp. 334 ss.; Preuss, *Gemeinde*, pp. 263 ss.; Heimburger, *Der Erverb der Gebietshoheit*, I, 1888, pp. 26 ss.; Curtius, *Über Staatsgebiet und Staatsangehörigkeit, Archiv. f. öff. Recht*, IX, pp. 1 ss.; Heilborn, *Das System des Völkerrechts, entwickelt aus dem völkerrechtlichen Begriffe*, 1896, pp. 5 ss.; Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, I, 1897, pp. 90 ss.; Bunn, *Die Gebietshoheit, als rein staatsrechtlicher Begriff durchgeführt, Hirths Annalen*, 1889, pp. 641-642; Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, pp. 20, 36 ss.; Seidler, *Jur Kriterium*, pp. 59 ss.

[2] O como Zitelmann lo llama, *Int. Pr. R.*, p. 91, con frase gráfica, "el escenario del poder de autoridad" *(Schauplatz der Herrschaft)*.

[3] De aquí que las iglesias no sean jamás hoy corporaciones territoriales. Si bien Rehm *(Staatslehre*, p. 36) considera que las iglesias particulares evangélicas tienen un carácter de corporaciones territoriales, porque sus fieles pertenecen, quiéranlo o no, a la iglesia del lugar de su domicilio, muestra Rehm desconocer con esto la función esencial del territorio, cual es la del sometimiento de los extranjeros que en él residen al poder de la corporación. Sólo mediante el sometimiento a una determinada iglesia de personas de diferentes creencias, sometimiento llevado a cabo en razón del domicilio, adquirirían estas corporaciones el carácter de corporaciones territoriales.

La necesidad de un territorio determinado, para que pueda tener existencia un Estado, ha sido reconocida por vez primera en los tiempos modernos. La antigua doctrina del Estado concebía a éste como una comunidad de ciudadanos cuya identidad no iba unida necesariamente a la residencia de éstos. Ninguna de las definiciones del Estado que nos han sido transmitidas de la Antigüedad habla del territorio. Bajo el influjo de los antiguos, se ha ocupado ante todo la nueva doctrina del Estado de los elementos personales del mismo, por lo cual ninguna definición de éste, desde el siglo XVI al XIX, habla del territorio como nota esencial del Estado.[4] Klüber es el primero que, hasta donde yo conozco, ha definido el Estado como una sociedad civil construida "con un determinado territorio".[5]

El territorio del Estado tiene dos propiedades: es, de un lado, una parte del Estado, considerado éste como sujeto,[6] 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.[7] De aquí que puedan coexistir en un mismo territorio numerosas corporaciones, pero sólo un Estado. En esta propiedad del territorio, como un elemento integrante del sujeto del Estado, descansa la impenetrabilidad de éste.[8] En un mismo territo-

[4] Según Heffter, *Das europ. Völkerrecht der Gegenwart*, 7ª ed., revisada por Geffcken, p. 57, sería posible el caso de que un Estado cambiase de territorio. Véase acerca de esto también Loening, en el *H. W. der St. W.*, p. 922.

[5] *Öffentl. R. des teutschen Bundes*, 1ª ed., 1817, § 1.

[6] La fundamentación de esta doctrina se debe a Fricker, *Vom Staatsgebiet*, pp. 16 ss., tomando como punto de partida la concepción orgánica del Estado.

[7] Para conocer los ensayos aislados que han tenido lugar, con poca fortuna, encaminados a negar la necesidad del territorio para el Estado ya desarrollado, véase Rehm, *Staatslehre*, p. 36. La peculiaridad de la concepción griega puede verse en el tomo I de esta obra, cap. X, núm. 2.

[8] Fricker, *Vom Staatsgebiet*, p. 17. Este momento ha sido desconocido por Haenel, *St.-R.*, I, 803, quien considera que es posible la existencia de dos Estados soberanos en un mismo territorio.

rio solamente puede desplegar su poder un Estado. A esta regla pueden oponerse las siguientes excepciones aparentes:

a) Transitoriamente, en fuerza de un condominio, o para expresarnos de una manera más clara y conforme a la moderna concepción del Estado, en fuerza de un *coimperium*, es posible a varios Estados ejercer sobre un mismo territorio una soberanía común. Pero esta soberanía impulsa a los cosoberanos a distanciarse, por lo cual, dada la claridad que es preciso exista permanentemente en la extensión territorial de los Estados modernos, sólo puede tener un carácter excepcional aquella situación. Ninguno de los cosoberanos puede jamás incorporar el territorio del Estado al de uno de los sujetos del condominio. Éste era el caso de Schleswig-Holstein de 1864 a 1866, y el de Austria y Hungría sobre la Bosnia y la Herzegovina.[9] Lo que falta a los codominantes es precisamente el territorio considerado como elemento subjetivo del Estado. Estas situaciones poco frecuentes hoy, únicamente podían tener una significación de trascendencia en la época en que, a causa de la confusión entre el derecho público y el privado, o se desconocía la distinción profunda que existe entre el *dominium* y el *imperium*, o sólo se le concebía vagamente.

b) En virtud de la existencia de Estados soberanos y no soberanos en las confederaciones de aquéllos, tiene el territorio —y esto es de importancia especial cuando del Estado federal se trata— una doble cualidad, considerado políticamente. Pero como el Estado particular forma parte de la asociación en que consiste el Estado federal, al cual está sometido, se deduce que una relación de esta naturaleza es tan poco contradictoria con el principio anteriormente sentado, como lo es la cualidad de comunidad a la de corporación territorial.

c) Mediante los actos unilaterales o bilaterales del derecho internacional, o lo que equivale a esto, mediante sus actos tácitos, puede un Estado formar o autorizar a otros para llevar a cabo actos de soberanía en su territorio, lo que tiene como consecuencia la limitación mayor o menor del Estado paciente. Mas como estas limitaciones descansan en la voluntad del Estado, tienen el carácter de autolimitaciones del poder del mismo y, por consiguiente, no aminoran su soberanía. El Estado autorizado, por el contrario, manda sin duda alguna, en fuerza de un derecho propio, pero de un derecho que no es originario sino derivado.

d) Finalmente, mediante la ocupación militar, el territorio de un Estado puede ser sustraído, en todo o en parte, temporalmente, al poder del mismo, lo que trae aparejado, en tanto que la ocupación persista, la suspensión total de la actividad del Estado en este territorio, en el que actúa, en cambio, la actividad del Estado ocupante. Pero, aun en este caso, sólo

[9] Véase el cap. XIX.

domina en este territorio un poder del Estado, el cual, o suplanta por completo al Estado que desalojara, o se mantiene con él en una relación análoga a la de la gestión de negocios.

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.[10]

El territorio en este sentido es también el supuesto necesario del ejercicio del poder del Estado sobre los ciudadanos del mismo que viven en otros países. Éstos sólo pueden quedar sometidos al poder de su Estado, hasta que las consecuencias jurídicas de su sometimiento puedan realizarse en el territorio. A un Estado a quien faltase territorio, le faltarían igualmente por completo los medios de autoridad sobre sus miembros domiciliados en el extranjero.

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 antedicho 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 estatista.[11]

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

[10] Preuss dice muy acertadamente, *Gemeinde*, p. 394, que "la violación del territorio del Estado es una violación del Estado mismo, no de un objeto de la propiedad de éste. Corresponde en cierto modo a una lesión corporal, y no se trata de un delito contra la propiedad".

[11] La caracterización del territorio como objeto real, y del derecho del Estado respecto de él como un derecho real estatista, fue hecha por vez primera por Gerber, *op. cit.*, p. 22, y posteriormente ha sido enérgicamente defendida por Laband, I, pp. 173 ss.

sobre la misma, es lo que constituye la propiedad.[12] El dominio sobre el territorio no es, desde el punto de vista del derecho público, *dominium*, sino *imperium*.[13] El *imperium* significa poder de mando, mas este poder sólo es referible a los hombres; de aquí que una cosa sólo pueda estar sometida al *imperium*, en tanto que el poder del Estado ordene a los hombres obrar de una cierta manera con respecto a ella. Pero esta misma influencia sobre la cosa resulta de acciones que, o son jurídicamente indiferentes,[14] o sólo pueden valorarse desde el punto de vista del derecho privado, mediante el ejercicio de la propiedad y de la posesión, o mediante las limitaciones impuestas por el derecho privado a este derecho real. En caso de necesidad puede hallarse justificada una violación de la propiedad por el Estado, que en su ejecución podría no diferir en nada de las acciones análogas a ésta llevadas a cabo por un sujeto particular. En la expropiación sustrae a uno el Estado derechos privados para transmitirlos a otro; pero lo que aquí hay de derecho público es tan sólo la ordenación de esta transferencia, pero no el hecho del paso de la propiedad.[15] Por esto no hay hoy una propiedad pública distinta en su naturaleza íntima de la propiedad privada, y de aquí que, ni aun en el sentido del derecho administrativo, pueda fundamentarse hoy la institución de un derecho real público.[16]

[12] El dominio real que se exterioriza en la tenencia y disfrute de una cosa es la nota esencial del derecho real. Los ensayos que se han intentado a partir de Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, pp. 161 ss., y Windscheid, *Lehrbuch des Pandekten rechtes*, 6ª ed., I, § 43, para reducir el derecho real a una serie de prohibiciones, conducen a una confusión total entre el derecho personal y el derecho real, y, por tanto, a una revolución de todo el sistema del derecho sin mejorarlo en nada. Desde el punto de vista de esta nueva teoría, resulta completamente incomprensible la doctrina importantísima de las propiedades y diferencias jurídicas de las cosas, las cuales, si no pueden pertenecer al derecho, tampoco pueden clasificarse jurídicamente. En esta teoría se exteriorizan las graves consecuencias del dogma unilateral de la teoría de la voluntad, aplicado a la doctrina del derecho subjetivo. Véase también Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., I, § 22, núm. 5.

[13] Esta antítesis, que se enlaza con la conocida frase de Séneca, *omnia rex imperio possidet, singula dominio*, ha llegado a ser, como dice Laband, un lugar común en el derecho político; pero si se pregunta a los que consideran la naturaleza del territorio como un derecho real sobre la distinción entre el *dominium* y el *imperium*, no vacilarán en responder que se distinguen por su naturaleza, su contenido, su fin, etc., y esto no obstante, no nos ofrecen en realidad ninguna nota jurídica con que distinguirlos. El propio Laband (*Staatsrechts*, I, pp. 64 ss.), que concibe muy claramente la naturaleza del poder del Estado, y que define con precisión el derecho de mandar y el derecho coactivo del soberano frente a las personas libres, incurre en una contradicción al admitir un dominio real en la esfera del derecho público.

[14] Por ejemplo, atravesar mares territoriales de otros con barcos de guerra.

[15] Así, pues, la situación jurídica de las cosas propiedad de extranjero, las determinaciones sobre las propiedades territoriales de éstos, la expropiación, el derecho de ocupación de los bienes sin dueños y otras limitaciones de la propiedad, las cuales pueden ser consideradas por los manuales de derecho internacional como una consecuencia de la soberanía territorial, no tienen, en rigor, otra relación con el territorio que la de ser actos del poder del Estado.

[16] Acerca de la institución de una propiedad pública con el carácter de institución de derecho real público, véase, singularmente, O. Mayer, II, pp. 60 ss., *Archiv für öffentl. R.*, XVI, pp. 40 ss. Véanse también mis observaciones en el *Verwaltungsarchiv*, V, p. 311. Una explicación detallada del *status causae et controversiae*, así como la literatura relativa a esto, puede encontrarse en Layer, *Prinzipien des Enteignungsrechtes* (Jellinek-Auschütz, *Staats-und völkerr. Abh.*, III, pp. 616 ss.), el cual divide la propiedad, atendiendo a su fin, en pública y privada; pero esta distinción tiene un carácter social, según el mismo autor indica en las pp. 222 y 651.

Como más tarde habrá de explicarse, hay dos órdenes de actividad del Estado: actividad de poder y actividad social. En el ejercicio de esta última, el Estado se encuentra en el mismo plano que el individuo; es decir, no existe diferencia alguna entre las formas jurídicas de que disponen el Estado y el individuo en relación con el orden social. Por esto, puede hablarse aquí de la actividad del Estado con carácter público, en un sentido social y no en un sentido jurídico. Las relaciones del Estado con su propiedad pueden ser iguales, en todas sus direcciones, a las que mantiene el sujeto privado. Éste es el caso, precisamente, en todas aquellas cosas que corresponden a su esfera patrimonial. Pero esta relación puede también tomar el carácter de un derecho particular, ya cuando se trate de las propiedades de la corporación Estado, como cuando haga referencia a otras asociaciones públicas, porque de este modo quedan más aseguradas y mejor protegidas contra los ataques de un tercero, y alcanzan mejor la realización de los fines que se proponían —por ejemplo, mediante la prohibición de establecer servidumbres— que cuando se trata de un sujeto privado. Así ocurre con las cosas que corresponden al patrimonio de la administración pública; todas las limitaciones, todos los derechos particulares, no pueden cambiar el tipo fundamental de la propiedad, que consiste en representar la dominación sobre una cosa, dominación amparada y protegida por el orden jurídico existente en cada caso; también el sujeto privado puede limitarse, indudablemente, mediante un interés público en su propiedad privada, porque económicamente más bien tiene el carácter de usufructuario que el de propietario; piénsese, por ejemplo, en las limitaciones del propietario de los montes y de minas.[17]

Así, pues, cuando en un orden jurídico determinado se distingue y aun opone la propiedad pública a la propiedad privada, no se hace en rigor otra cosa (como acontece en el derecho francés con el *domaine public*) que crear un nombre para el derecho particular a que nos venimos refiriendo, pero cuya cualidad interna no podría determinarse ni por notas que tuvieran un carácter material jurídico ni por aquellas que lo tuvie-

[17] Jurídicamente la situación de un usufructuario puede ser mejor que la de un propietario. Así, por ejemplo, la ley forestal promulgada en Baden el 25 de febrero de 1879, en sus párrafos 89 y 90 fija no sólo normas a que ha de acomodarse la explotación de los bosques de los particulares, sino que a su vez establece reglas coactivas, y aun penas, para las contravenciones, que podrían llegar a tener como resultado el sometimiento de la explotación y administración de los bosques particulares por un plazo de 10 años al menos, al régimen general.

ran procesal, por ejemplo, por el hecho de someterlo a lo contencioso administrativo.

De lo expuesto se deduce que no hay ni puede haber un dominio sobre las personas distinto del dominio sobre el territorio; más bien debe decirse que todos los actos de dominio realizados dentro del Estado mantienen necesariamente una relación con el territorio, y éste sirve, por consiguiente, de fundamento real del ejercicio total del poder del *imperium*. Todo acto de mando solamente puede alcanzar su plenitud dentro del propio territorio, o en territorio extraño en virtud de la extensión que permita el derecho internacional al propio poder. Lo que se llama, pues, superioridad del territorio, no es, como ha dicho Gerber de un modo clásico, una función sustantiva del poder del Estado, sino que más bien se confunde esta función, desde el punto de vista del derecho político, con la totalidad del poder del Estado, considerado dentro del territorio. No es, por tanto, el territorio un objeto independiente del poder del Estado.

El derecho al territorio de que habla el derecho político no es, pues, sino un reflejo de la dominación sobre las personas, es decir, es un derecho reflejo, no un derecho en sentido subjetivo.

La existencia de territorios inhabitados de que hablan los representantes de la doctrina del derecho al territorio[18] no prueba en modo alguno que la dominación sobre el territorio tenga un carácter de derecho real. El territorio inhabitado es el espacio en que el poder del Estado puede manifestarse, manifestación que tendrá lugar aquí, de igual suerte que en las tierras habitadas.[19]

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 fue 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 acerca 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.[20]

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. Estos hechos jurídicos, sin embargo, no prueban que exista en el derecho político o internacional un derecho real, pues lo que se transmite no es tanto la tierra nuestra, la cual, en cuanto tal, no puede quedar sometida a la dominación del Estado cuanto el poder sobre los hombres que habitan en aquella tierra. Toda cesión es exclusivamente transmisión de *imperium*. El *imperium* de un Estado retrocede cuando el del otro se extiende. Por esto, en tanto que mediante la cesión disminuye un Estado, el otro aumenta. El efecto primero y próximo del acto de cesión es un cambio en el Estado como sujeto.[21] Sobre la base de esta modificación subjetiva, puede tratar el nuevo adquirente a la parte nueva de territorio como base de su poder. Esta cualidad de objeto que tiene el territorio es, ante todo, precisamente por esto, de naturaleza secundaria y derivada de su propiedad primaria de ser un elemento de la personalidad del Estado. Lo que acabamos de decir vale igualmente para la ocupación en el derecho internacional. Lo que es ocupado es el *imperium* sobre un determinado espacio, con las consecuencias naturales de la extensión de la personalidad internacional exteriormente, y del poder de dominación en lo interior.

Cuando se trata de la nueva formación de un Estado, no cabe tampoco afirmar que el poder del Estado toma posesión de la tierra, sino que el Estado nace con la existencia efectiva de un territorio sobre el cual ejerce

[18] Laband, I, p. 165; Heilborn, p. 36; Zitelmann, *Internat Privatrecht*, I, p. 92.

[19] Aun en un espacio donde no habiten hombres, necesita el poder de autoridad del Estado, para existir jurídicamente, que le sea posible probar con hechos su existencia; lo que se traduce, considerado exteriormente, en la posibilidad de rechazar los ataques de que pueda ser objeto, y visto interiormente, en la facultad de llevar a cabo actos de poder sobre las personas que transitoriamente vivan en el territorio. Si un Estado levanta fortaleza, por ejemplo, en un territorio, a este acto no va unido de ningún modo una dominación real directa de carácter público, sino que más bien lo que aquí existe son actos jurídicos privados. La apropiación de territorios, hasta entonces sin dueño, y construcciones mediante las cuales el Estado se asegura a sí mismo la protección y el ejercicio de su poder. Un espacio absolutamente deshabitado, en que además no existiese la posibilidad de ser alguna vez habitado por hombres, no podría ser nunca anexionado en calidad de territorio.

[20] Para estudiar en Alemania la evolución de la doctrina de la indivisibilidad del Estado, véase la exposición admirable de Gerber, *Über die Teilbarkeit deutscher Staatsgebiete, Gesammelte juristische Abhandlungen*, II, pp. 441 ss., cuyos argumentos no han sido tomados en consideración por la jurisprudencia última, no obstante ser irrefutables.

[21] Cambio, no aniquilamiento o nueva creación, como dice Fücker en su *op. cit.*, p. 27, o como afirma Heilborn, *System*, pp. 10 ss. Un cambio en el territorio es por lo común, no sólo desde el punto de vista material, sino desde el punto de vista formal-jurídico, una modificación constitucional, pero no del Estado.

un poder de dominación. Desde el momento en que Bélgica se hace independiente, el territorio de ésta, que hasta entonces correspondió a los Países Bajos, pasó a ser parte esencial del nuevo Estado.

Lo que se dice del Estado puede igualmente aplicarse 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. La mayor parte de la administración municipal es social, no tiene el carácter público, y, por consiguiente, solamente puede llevarse a cabo dentro de las normas jurídicas que caen dentro de aquel orden de derecho que se refiere a los individuos particularmente y a las asociaciones que no disponen de un poder público. El orden jurídico puede conceder un privilegio a este tipo de actividad, análogo al del Estado, pero sin que por ello se transforme el acto social en acto de poder público.

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.[22] La concepción del territorio como un derecho real conduce en sus últimas consecuencias a la confusión entre poder público y propiedad.[23] Esta confusión entre *dominium* e *imperium* puede designarse justamente como la nota más característica de la concepción práctica que la Edad Media tuvo del Estado. Para la escuela del derecho natural, por el contrario, el Estado no era otra cosa que una persona corporativa. Como hemos hecho notar ya, no hay definición alguna del Estado desde Bodin a Kant en que se haya hecho mención del territorio; pero si se toca en alguna ocasión a las relaciones jurídicas del territorio, entonces la escuela del derecho natural, a pesar de la distinción tan común en ella, entre *imperium* y *dominium*,[24] acuden como medio explicativo a la idea jurídica feudal del dominio eminente, o bien a la teoría patrimonial del Estado. El derecho político positivo, existente en Inglaterra y en Francia antes de la revolución, no llegó a superar la idea del dominio eminente del rey sobre todas las propiedades. En Alemania subsiste la teoría del derecho territorial del Estado hasta la terminación de la época imperial. Éste es el pensamiento que incide en la doctrina patrimonial, la cual asigna un carácter real a la soberanía sobre el territorio. Aun la doctrina alemana del derecho político en el siglo XIX ha estado sometida a los influjos de la teoría patrimonial. Entre los derechos particulares de soberanía que van unidos a la teoría constitucional francesa de los poderes del Estado, encuéntrase la llamada soberanía sobre el territorio *(jus sublime in territorium)*, de donde se derivan y justifican todas aquellas medidas políticas extraordinarias y sorprendentes acerca de las relaciones con el territorio.[25] A Gerber y Fricker se debe el haber llegado a mostrar con claridad este punto, precisamente por la oposición de sus doctrinas.

En el derecho internacional[26] se ha mantenido viva hasta hoy la idea del carácter de derecho real de la relación del Estado con el territorio. Conforme a esta concepción, habría de reconocerse, junto a las demás exteriorizaciones del poder del Estado, una soberanía sobre el territorio. La supervivencia de esta concepción en el derecho internacional se debe a que los Estados, en sus relaciones internacionales, son siempre considerados como individuos, y de aquí que hayan quedado adheridos al derecho internacional, cuando trata de la naturaleza del poder del Estado, tantos vestigios de la antigua teoría patrimonial.[27] Sin embargo, todos

[22] En consonancia con Fricker, está hoy expuesta y representada por G. Meyer, § 74; Rosin, *Öff. Genossenschaft*, p. 46 (si bien sólo en el aspecto de derecho político del territorio); Preuss, *op. cit.*, pp. 262 ss.; Curtius, *op. cit.*, pp. 1 ss.; Bansi, *op. cit.*, pp. 668 ss.; Anschütz, *Enzyklopädie*, pp. 453 ss.

[23] Para estudiar la historia del concepto de la soberanía territorial, véase, Preuss, *op. cit.*, pp. 291 ss.; Heimburger, *op. cit.*, pp. 11 ss.; Bansi, *op. cit.*, pp. 643 ss.

[24] Distinción conocida ya por los posglosadores; véase Hatschek, *Stellung des Fiskus*, p. 26.

[25] Véase, por ejemplo, Klüber, *Öff. Recht des teutschen Bundes*, 4ª ed., §§ 328-329, que considera el ejercicio de la soberanía sobre el territorio como un acto de propiedad del Estado, y deriva de este principio la prohibición respecto a los extranjeros de ocupar las cosas sin dueños. Maurenbrecher, *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, 3ª ed., § 60, fundamenta el derecho de expropiación a la manera antigua, en el derecho que tiene el poder del Estado al territorio; Zopfl, I, § 273 ss., coordina la soberanía territorial con la de justicia, policía y otros privilegios, y en II, § 113, deduce de ello una serie de efectos especiales. Gareis, *op. cit.*, pp. 138 ss., deduce una serie de consecuencias de la soberanía territorial, considerada independientemente de la soberanía personal.

[26] La antigua doctrina del derecho real de soberanía continúa hoy siendo defendida por autores no alemanes. Así, por ejemplo, Calvo, *Le Droit International théorique et practique*, I, § 205 ss.; F. von Martens (trad. de Bergbohm, hay traduccción castellana publicada por La España Moderna), *Völkerrecht*, I, § 88, hace derivar el derecho de gravar con impuestos del principio de la soberanía territorial; Pradier-Foderé, *Traité de Droit International public européen et américain*, II, 1885, pp. 123 ss. En esta obra, la doctrina del territorio se trata al hablar del derecho de propiedad; P. Fiore, *Trattato del Diritto Internazionale pubblico*, 3ª ed., I, 1887, p. 342 (de esta obra hay igualmente traducción castellana, publicada por la casa Góngora); Rivier, *Principes du Droit des gens*, 1896, I, p. 288; Bonfils, *op. cit.*, p. 139; Holtzendorff mismo, en *Handbuch des Völkerrechts*, II, 1887, pp. 289 ss., también trata de ello. Sin embargo, no falta a estos autores la afirmación de que la soberanía territorial es *imperium* y no *dominium*.

[27] Heilborn, p. 5, *op. cit.*, busca el medio de sustraer del derecho internacional la doctrina de carácter realista del territorio. Para ello se sirve de la moderna teoría de los derechos reales; pero sin que podamos sacar nosotros de su polémica un argumento decisivo contra la concepción que aquí exponemos.

los fenómenos del derecho internacional que aparentemente tienen un carácter de derecho real, como, por ejemplo, las cesiones de territorio, las anexiones, las servidumbres por parte de un Estado, la ocupación por un acto contractual, la hipoteca, etc.,[28] se refieren a la cualidad subjetiva del territorio y a las condiciones del dominio personal del Estado, el cual no puede obrar sobre la tierra sino de un modo indirecto. Demostrar esto con minuciosidad rebasaría los límites de este libro, pero sería, sin embargo, una obra digna de estima la de liberar a la doctrina del territorio del Estado de toda contaminación de derecho privado, e introducirla de esta suerte, al fin, en el derecho internacional.

2. La población del Estado

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 estatista 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.[29]

Ambas cualidades han sido por vez primera diferenciadas, gracias a la teoría moderna de la soberanía del pueblo. Rousseau asigna a todo individuo una doble cualidad, a saber: la de ser *citoyen*, es decir, ciudadano activo que participa en la formación de la voluntad común, y la de ser *sujet*, esto es, un sometido a aquella voluntad.[30] Las doctrinas posteriores acerca del Estado que han superado al derecho natural reconocieron al pueblo como un elemento del Estado; pero frecuentemente el reconocimiento de la cualidad subjetiva del pueblo lo dejan en un lugar secundario, lo que origina, aún hoy, fácilmente, un error profundo, que consiste en considerar al Estado identificado con el gobierno o en suponerlo dividido

[28] Tal como lo ha demostrado, por ejemplo, Clauss en su obra *Die Lehre von den Staatsdienstbarkeiten*, 1894, pp. 47 ss., la doctrina de las servidumbres del Estado, derivada de la concepción del derecho político según un punto de vista de derecho privado, no resiste a la crítica. Lo que se designa de este modo no son sino relaciones puramente obligatorias, como ha hecho ver muy acertadamente Von Liszt, *Das Völkerrecht*, pp. 71 ss. y 159 ss.

[29] Sólo tiene una significación jurídica la palabra, amplia y equívoca, de *pueblo*, en cuanto se designa con ella el conjunto de los miembros del Estado. La denominación de pueblo, aplicada a la totalidad de los súbditos en oposición al soberano, ofrece un sentido político, pues jurídicamente los individuos titulares de las más altas funciones, en cuanto individuos, están sometidos a la voluntad del Estado expresada en las formalidades de la ley.

[30] "*A l'égard des associés, ils prennent collectivement le nom de* peuple, *et s'appellent en particulier* citoyens, *comme participant à l'autorité souveraine, et* sujets, *comme soumis aux lois de l'État.*" *Contrat social*, I, 6.

en dos personas sin lazo jurídico alguno entre sí, una de las cuales sería la del soberano y la otra el pueblo, es decir: la suma de los individuos considerados como objeto del soberano.[31]

El fundamento práctico de este error radica en que los efectos de aquella cualidad subjetiva del pueblo no son susceptibles de ser conocidos sino en un Estado organizado democráticamente, y aun en las mismas democracias, sólo una parte del pueblo realiza una función activa en el Estado.

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 sería 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 encontraba 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 estatista. El poder que protege es idéntico al poder del imperio, y sin embargo, los territorios protegidos no forman una unidad estatista 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.[32]

El pueblo, en su cualidad subjetiva, forma, a causa de la unidad del Estado, una corporación, esto es: todos sus individuos están unidos, enlaza-

[31] Véase mi obra *System des Sub. öff. R.* pp. 8 ss. Haenel, en su obra *Staatsrecht*, I, pp. 93 ss., ha desarrollado con mucho acierto la doctrina exacta.

[32] *Eth. Nic.*, V, 10, 1134.

dos entre sí, en cuanto sujetos del Estado: son miembros de éste, que es, por tanto, al propio tiempo, asociación de autoridad y asociación corporativa. Ambos elementos, el autoritario y el de asociación, se resuelven en una unidad necesaria en la corporación estatista. A causa de la autoridad del poder del Estado, es el pueblo objeto del *imperium*, y se encuentra, desde este punto de vista, en una mera subordinación; mas como los individuos, en su cualidad de elementos del Estado, se hallan en la situación de miembros y son, por tanto, sujetos, viven en este sentido coordinados. Los individuos, en cuanto objetos del poder del Estado, son sujetos de deberes; en cuanto miembros del Estado, por el contrario, sujetos de derecho.

La subjetividad jurídica se afirma en oposición al Estado.[33] Esta subjetividad se exterioriza mediante el reconocimiento que hace el Estado al individuo de su carácter de miembro en la comunidad popular; pero esto implica el reconocimiento del hombre como persona, esto es, como individuo que posee una esfera de derecho público. Tal es el resultado de la evolución total de la cultura, según la cual, en el Estado moderno, todo hombre que está sometido de algún modo al poder del Estado, es al propio tiempo, frente a él, persona. Por esto, aun cuando hoy la situación plena de miembro de un Estado dependa para el individuo de que pertenezca o no, permanentemente, a este Estado, el que, siquiera sea transitoriamente, se encuentre sometido al poder de un Estado extraño, no sólo es considerado como *subditus* del mismo, sino también como *cives temporarius*, que si bien tiene deberes públicos, tiene a su vez derechos de esta naturaleza.

El hecho de pertenecer el individuo al pueblo se exterioriza también en la existencia efectiva de una esfera de derecho público reconocida por el Estado. Son miembros de este pueblo, en su cualidad subjetiva, la totalidad de los miembros del Estado, es decir, aquellos que poseen un *motivus* para plantear una exigencia jurídica al poder del Estado. El derecho público subjetivo es, pues, el fundamento del carácter corporativo del Estado.

La existencia y significación del derecho público subjetivo del individuo ha sido, dentro de la doctrina jurídica positiva del derecho público, la que más tardíamente se ha llegado a conocer. Al principio todo el derecho público fue referido al estudio de los poderes del Estado, cuyas funciones se concibieron al propio tiempo como derechos de soberanía, de suerte que los poderes del Estado aparecían frente a los súbditos y a los Estados extranjeros como una suma de derechos. La jurisprudencia del Estado absoluto no superó esta visión. Más tarde, la concepción que se basa en los

[33] Véase, para cuanto se refiere a la parte que sigue, mi obra *System des Sub. öff. R.*

restos del Estado feudal, en el reconocimiento de los derechos de soberanía, en los privilegios de individuos y asociaciones, no era capaz de traer a la conciencia científica el concepto del derecho público subjetivo del miembro del Estado. Lo que hace esta doctrina es identificar el derecho del individuo con el derecho privado, y sólo en cuanto se mantiene el individuo en la esfera de derecho privado le reconoce de un modo manifiesto el Estado el carácter de titular de un derecho.[34]

El conocimiento y reconocimiento del derecho público subjetivo se ha ido poniendo de manifiesto merced al proceso y evolución de la historia del Estado moderno. En la Antigüedad fue reconocida claramente la cualidad de ciudadano como miembro activo del Estado. Se identificaba el ciudadano con aquel que participaba jurídicamente en el ejercicio de la soberanía del Estado. Las demás cualidades jurídicas del individuo no fueron objeto de conocimiento y consideración teórica, porque a los helenos, como a los romanos, les faltó para ello una ocasión política decisiva. De aquí pudo nacer la falsa idea de creer que en el Estado antiguo no existió, en general, una esfera de derechos públicos individuales. En la Edad Media, por el contrario, faltó la concepción de la unidad del Estado, y por tanto, la distinción radical entre el derecho público y el privado. El individuo aparece, dentro de la concepción jurídica de los germanos, con títulos de derechos que no derivan, en modo alguno, de una concesión del Estado. Éste es también el caso cuando se trata de las libertades territoriales y de los derechos que corresponden al reino, y por tanto, a sus habitantes frente al rey.[35] Las cartas de libertades son tratados de paz o *modus vivendis* entre el rey y el reino; son relaciones realizadas conforme a contrato entre ambas partes del Estado, y que garantizan a cada uno los derechos que exigían. Que estos derechos fueran de otra naturaleza que los derechos privados, es cuestión que queda extraña al pensamiento jurídico de los germanos; es más, aun aquel derecho que se mantuvo más libre de todo influjo romanista, el derecho inglés, nunca ha llegado a una estricta diferenciación entre el derecho público y el privado.

El Estado absoluto tiene como fin aniquilar completamente el derecho originario individual; pero no puede destruir totalmente la conciencia de la prioridad de los derechos individuales. Aun a los teorizadores del absolutismo, sólo les es posible derivar el derecho ilimitado del monarca del traspaso que originariamente hacen los individuos al Estado del círculo de sus derechos individuales. Para los que no combaten con ar-

[34] Véase acerca de esto las observaciones interesantes de Otto Mayer, *op. cit.*, I, pp. 38 ss.

[35] En las antiguas cartas de las libertades inglesas hallamos como sujeto de *jures et libertates* unas veces los *homines in regno nostro*, y otras el *regnum* mismo. Véase Jellinek, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, p. 31, n. 1. *(La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, trad. española del señor Posada, Madrid, V. Suárez.)

gumentos teológicos el dualismo medieval de la doctrina del Estado, los derechos individuales permanecen siempre como anteriores a los derechos del soberano.

El Estado cristiano tenía una competencia limitada. Hallaba en las exigencias religiosas de la Iglesia una limitación insuperable. En los primeros tiempos del cristianismo se afirmó ya la libertad de las creencias religiosas con respecto a las disposiciones del Estado.[36] En la lucha vigorosa que se entabla en la Edad Media entre el Estado y la Iglesia, no pretendió jamás el Estado transformar el *jus in sacra* —como aconteció en el antiguo derecho romano con el *jus sacrum*— en una parte de su propio orden jurídico. Cuando él obligaba coactivamente a una determinada creencia, no lo hacía en nombre propio, sino en cumplimiento de deberes eclesiásticos.

De este dualismo entre el Estado y la Iglesia, unido a la antigua concepción germánica —que jamás había desaparecido— acerca de la prioridad de los derechos individuales, los cuales no crea el Estado, sino sólo reconoce, nace la idea de los derechos innatos del hombre. Las luchas que se originan como consecuencia de la Reforma entre los congregacionistas e independientes en Inglaterra y Escocia es causa de que surja la doctrina del derecho originario a la libertad de conciencia religiosa. Ya he tratado en otro lugar más detalladamente este proceso del pensamiento.[37]

Estos derechos hallaron su expresión positiva por vez primera al fundarse alguna de las colonias inglesas en América. Más tarde, cuando hubieron de luchar la corona y el parlamento en Inglaterra por el predominio, trataron los ingleses de garantir de todo ataque y poner fuera de duda los antiguos derechos y libertades, obteniendo para este fin el reconocimiento expreso del rey en la *Petition of Right* (1628) y en el *Bill of Rights* (1689). Aun cuando estos documentos responden a una antigua concepción del derecho y contienen, sin diferenciarlos, principios de derecho objetivo y fijación de derechos subjetivos, son, sin embargo, los primeros intentos de codificación de los derechos públicos del individuo.[38]

[36] Véase Von Eicken, *op. cit.*, p. 121.

[37] *Erkl. der Menschen und Bürgerrechte*, pp. 35 ss. Véase también David G. Ritchie, *Natural Rights*, Londres, 1895, pp. 3 ss.; D'Eichtal, *Souveraineté du peuple et gouvernement*, 1895, pp. 47, 71 ss.; Rieker, *Historische Vierteljahrschrift*, 1898, pp. 393 ss.

[38] La *Petition of Right* se relaciona por la forma con las leyes existentes, y sólo pretende afirmar de nuevo el antiguo derecho del país, como a menudo se había llevado a cabo en otros reinados, en la forma de *confirmatio chartarum*. En esencia, no contiene sino prescripciones encaminadas a afirmar que debe procederse con arreglo a las leyes existentes, como el rey, a su vez, había afirmado en la respuesta en que concedía la petición a ruegos del parlamento, según la cual, el derecho debe ser el que corresponde a las leyes y costumbres del reino (*"The king willeth that right he done according to the laws and customs of the realm"*). En verdad, la petición no es sino una línea divisoria entre los dos poderes enemigos que existían entonces en el Estado, a saber: rey y parlamento. Las leyes se describen en él no sólo como normas a las cuales debe acomodarse en su ejercicio el poder del Estado, sino al

También las colonias americanas, en la época que media entre la *Petition* y el *Bill* de derechos, reunieron varias veces en sus leyes coloniales las antiguas y las nuevas libertades que les había concedido la corona, y que fueron precisamente denominadas después *Bill* de derechos. Independientemente de esta declaración de derechos, en América, y sobre todo en Rhode Island y en algunas otras colonias, principia a reconocerse jurídicamente la libertad de conciencia, si bien a menudo con ciertas limitaciones. Esta libertad se concedía, naturalmente, no sólo a los colonos ingleses, sino a todos los hombres que se establecían en el territorio de la colonia. Por consiguiente, en el siglo XVII se reconoció ya un derecho al hombre en general, que no halló su fundamento en la Carta Magna ni en las leyes inglesas posteriores a ésta, sino en la conciencia humana, elevada a juez supremo en materia de creencias por obra de la reforma.

El derecho natural partía de la libertad originaria del individuo, y hacía derivar de ella la autoridad del Estado; pero este derecho de autoridad no tenía, según la mayor parte de los escritores, limitación alguna, y si la tenía, no era otra que la que el propio soberano se ponía. Rousseau mismo no conoce que haya límite alguno para la voluntad general soberana. Ésta establece iguales normas generales para todos; mas en todo lo que se refiere a la libertad que sigue correspondiendo al individuo adviértese que no hay una ley fundamental restrictiva.[39]

propio tiempo, como las engendradoras de *Just rights and liberties* de los súbditos. Si, pues, la petición de derecho es el paso primero para determinar de una manera clara las relaciones entre el poder y el pueblo al comienzo de la gran lucha entre la corona y el parlamento, es preciso considerar entonces el *Bill of Rights* que confirmó Guillermo III, como el que ha traído la paz, afirmada definitivamente por una nueva dinastía llamada al poder por el parlamento. La *Petition of Rights* no se propone formalmente crear un nuevo derecho, sino afirmar el antiguo. Se lamenta también de la vulneración del derecho y exige la declaración de que los derechos expresados "son los derechos y las libertades verdaderas e indudables del pueblo de estos reinos". Cómo, en verdad, llega a crear la petición un nuevo derecho en este camino de la interpretación auténtica es cuestión que podemos sólo indicar aquí. También en ella se muestra la indistinción entre el derecho objetivo del país y los derechos subjetivos de los individuos. La mayor parte de su contenido se refiere a los deberes y limitaciones legales de la corona. De nuevo nos ofrece la antigua concepción dualista del Estado, conforme a la cual, los deberes de la Corona son al propio tiempo objeto de una exigencia jurídica del pueblo. Así como del pacto entre rey y pueblo nace para el príncipe el derecho de que los súbditos obedezcan a la ley, así también el pueblo exige que el rey se mantenga dentro de los límites legales.

[39] Véase *Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, pp. 5 ss. Conviene hacer notar de nuevo que, justamente el principio mediante el cual se hacen prácticos, por vez primera, los derechos del hombre, fue decididamente combatido por Rousseau. En vez de reconocer la libertad de creencias como un derecho absoluto del hombre, exige una religión civil no menos intolerante que las iglesias dominantes. *"Il y a donc une profession de foi purement civile dont il appartient au souverain de fixer les articles, non pas précisément comme dogmes de religion, mais comme sentiments de sociabilité sans lesquels il est impossible d'être bon citoyen ni sujet fidèle. Sans pouvoir obliger personne à les croire, il peut bannir de l'État quiconque ne les croit pas... Que si quelqu'un après avoir reconnu publiquement ces mêmes dogmes, se conduit comme ne les croyant pas, qu'il soit puni de mort; il a commis le plus grand des cri-*

Otros tratadistas del derecho natural afirman la existencia de un derecho originario de libertad, que no ha de ser totalmente absorbido por el Estado,[40] sin que hayan llegado a construir, basándose en este principio, una doctrina completa de los derechos públicos subjetivos. Ésta se ha edificado principalmente como una adición al gran movimiento inglés político religioso del siglo XVII. Inmediatamente después de haberse publicado la ley del *Bill of Rights*, Locke postuló, partiendo del carácter inseparable que tiene la libertad con relación a la esencia del hombre, las limitaciones que habrían de exigirse al poder del Estado, cuyos fines consistirían en la protección de la vida, la libertad y la propiedad.[41] En el siglo siguiente publica Blackstone su obra famosa, que tanto influye sobre el derecho inglés y transforma aquellos principios limitativos del poder del Estado, de que hablara Locke, en fórmulas jurídicas objetivas a las que considera como derecho absoluto de todos los ingleses, derivado del derecho natural, y al propio tiempo de los principios contenidos en el *Bill of Rights*.[42]

mes, il a menti devant les lois." Entre estos dogmas se cuenta el poder supremo de Dios, la inmortalidad del alma y el premio y castigo según los servicios. Véase *Contrat soc.*, IV, 8. Véase también la carta a Voltaire del 18 de agosto de 1756, *Oeuvres*, X, p. 132.

[40] Entre los defensores del derecho natural, véase, como el más claro, Wolff, *Jus nat.*, VIII, § 980; véase también Esmein, pp. 161 ss.; Rehm, *Staatslehre*, pp. 242 ss.

[41] *On Govern*, II, XI, § 142.

[42] I, 1, pp. 109 ss. Varias veces he indicado el lugar que corresponde a Blackstone en la historia de las concepciones del derecho público subjetivo (véase *System d. subj. öff. Rechte*, pp. 1 ss., y *Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, pp. 33, 48 ss.). Es inexacta la afirmación que hace Rehm (*Staatslehre* pp. 247 ss.), apoyado en las noticias incompletas de Borgeaud y Foster, de que los comentarios de Blackstone hayan tenido un determinado influjo en las doctrinas americanas de 1776. Más bien fue la obra anónima de Blackstone, aparecida en 1754, *An Analysis of the Laws of England*, la que indirectamente influyó sobre las fórmulas de 1776 (*Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, p. 53); es igualmente inexacto lo que afirma Rehm, de que proceda de Blackstone la idea de un derecho de libertad inviolable pero legalmente limitable. Si bien Blackstone explica en el *Analysis* que la libertad política o civil es una libertad natural, humana, *"so far restrained by human laws as it is necessary for the Good of Society"* (l. c.), lo que realmente hace no es sino afirmar lo que Locke ya había dicho a quien en este punto (*Commentaries*, I, p. 126) se refiere de una manera expresa: *"for (as Locke has well observed) where is no law there is no freedom"*. Por lo demás, se trataba aquí de la doctrina remotísima y evidente para el legislador, de si la libertad es conciliable con limitaciones legales. Para descubrir esta trivialidad no necesitaba la humanidad esperar a Locke y Blackstone. La famosa carta de Carlos II otorgada a Rhode-Island contiene ya el reconocimiento de la libertad de creencia, con esta limitación: que no debe consistir ni en abusar de la libertad ni en turbar la paz. (Véase *Erklärung. d. M. u. Bürgerrechte* p. 42, n. 1.) Además, hay que hacer notar que en la declaración de Virginia y en todas las declaraciones de 1776, comprendiendo en ellas la de independencia, el no hablar de las limitaciones de los derechos fundamentales, no hay duda alguna que se debe a que se considera superfluo. La declaración posterior de Massachusetts, de 1780, a que se refiere Rehm, afirma tan sólo que la protección jurídica debe llevarse a cabo, no arbitrariamente, sino *"according to standing laws"*; en rigor, esto no es sino la antigua frase que procede de la Carta Magna, según la cual todos los hombres deben sufrir una disminución en sus bienes jurídicos, *per legem terrae*. La diferencia completamente imperceptible para quien no sea jurista, que quiere mostrar Rehm entre las concepciones de los tiempos primitivos y las de las declaraciones, no existe. Tampoco es exacta su afirmación de que en

En el curso del siglo XVIII, las doctrinas del derecho natural, juntamente con ciertas situaciones políticas y sociales, fueron causa de que en América se considerasen injustificadas muchas limitaciones existentes respecto a la libertad individual: y surgió la idea de que existe un gran número de derechos generales de libertad, que tienen el valor de condiciones bajo las cuales entra el individuo a formar parte del Estado y a las que, por consiguiente, no puede éste atentar, sino sólo impedir su abuso. Cuando las colonias americanas se desprenden más tarde de la madre patria, desempeña un gran papel esta concepción de los derechos originarios reconocidos por el Estado. Al hacer éste su aparición y al revolverse ellas contra el dominio de Inglaterra, no creen incurrir en una obra revolucionaria, sino que, por el contrario, creen que lo que hacen es ejercitar la defensa de los propios derechos. La Constitución de las colonias, al advenir soberanas,

los contratos de formación de colonia quede excluida toda influencia sobre la libertad de creencias; más bien puede decirse que las constituciones, a partir de 1776, tienen el mismo lenguaje. La libertad de creencia fue para los americanos, desde su origen, inalienable, y no como opina Rehm, algo meramente afirmado por el contrato social. Así resulta, no sólo de la evolución histórica de las ideas a que nos referimos, sino de los propios documentos legales. Justamente aquella *Fundamental Orders of Connecticut*, que cita Rehm para sus afirmaciones, declara que la nueva comunidad habrá de fundarse para *"to mayntayne and preserve the liberty and purety of the gospell"*, declaran, por consiguiente, el motivo de la fundación del Estado, pero no el resultado de la misma. Además, relaciones históricas como aquella de que nos estamos ocupando, no pueden comprenderse cuando quedan limitadas a la mera interpretación literal de los documentos. El origen religioso de los derechos del hombre es hoy defendido, aun en Francia, de un modo enérgico y penetrante desde el punto de vista católico, por Saltet, *L'origine religieuse de la déclaration des droits de l'homme*, París, 1903, pp. 56 ss., publicado en el Institut Catholique de Toulouse. "Conférences pour le temps présent." Desde el punto de vista protestante, véase Mealy, *Les publicistes de la Reforme*, París. Thèse, 1903, p. 257. Y adviértase que en Francia se ha querido defender la originalidad de la constituyente francesa frente a mi tesis de las relaciones históricas entre las fórmulas de 1789 y las luchas por la libertad religiosa en las colonias inglesas americanas. De todas suertes, no es éste el lugar de ocuparnos de las nuevas publicaciones (pocas en número, francesas, italianas, griegas y americanas) que se han ocupado del origen de la declaración de derechos y de mis afirmaciones acerca de este punto. Sobre las publicaciones francesas, véase Egon Zweig, en el suplemento al *Allg. Zeitung* del 25 de mayo de 1905. Son de mucha importancia las observaciones de Max Weber, *Archiv für Sozialwissenschaft*, 1905, p. 42, núm. 78. En Alemania ha publicado recientemente R. Schmidt un trabajo, *Prozessrecht und Staatsrecht*, 1904, p. 24, nota, en que se impugna el valor práctico de los derechos individuales del hombre, a los que se considera solamente como una quimera doctrinal. Si Schmidt hubiese echado siquiera una rápida ojeada sobre las declaraciones de derecho americanas, en las que, precisamente, juega un papel tan importante el principio del *Bill of Rights*, y sobre el que tanto se cuestiona hoy en nuestra vida pública; si hubiera sabido que en Austria se acababa de crear un tribunal especial para proteger a los ciudadanos contra las vulneraciones de los derechos consagrados en la Constitución, y que sobre esta materia ha llegado a desarrollarse una jurisprudencia amplísima; que el tribunal federal suizo (artículo 113 de la Constitución) tiene una competencia análoga, y que en Francia, recientemente, se ha tratado de implantar un tribunal semejante, habría meditado mucho su juicio acerca de la significación práctica de estos principios que, considerados desde el punto de vista jurídico formal, no pueden menos que suscitar reservas.

singularmente la de Virginia, va precedida de un *Bill* o *Declaration of Rights*, que viene a comprender un código resumido de las exigencias que pueden tener los individuos con respecto al poder del Estado.[43]

Lo ocurrido en los Estados Unidos de América fue objeto de imitación en Francia. El *Bill of Rights* de Virginia movió a Lafayette a proponer a la Constituyente, el 11 de julio de 1789, la promulgación de una declaración de derechos, la que fue terminada después de largo debate e innumerables proyectos el 26 de agosto de 1789, con el carácter de declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Es indudable que el *Bill of Rights* de los americanos sirvió de modelo para formular los principios de esta declaración.[44] En la Constitución de 1791, fue incluida la declaración de derechos y reproducida en las dos constituciones siguientes. De las posteriores, que se publicaron en Francia, la más importante es la carta de 1814, que sustituye la declaración de los derechos del hombre por una mezquina concesión de derechos, y fue esta carta de gran influjo, porque bajo sus inspiraciones hubieron de reconocer otros varios Estados los derechos del ciudadano. Inmediatamente, la Constitución belga de 1831 incluye una serie mucho más amplia de derechos del ciudadano, que a su vez han llegado a alcanzar exteriorización en muchas otras constituciones. En el movimiento constitucional que tiene lugar en Austria y Alemania en la época de 1848 a 1849, juega un gran papel la idea de un catálogo de derechos fundamentales. Estos catálogos forman hoy parte de las cartas constitucionales, con la sola excepción del Imperio alemán.

Bajo el influjo de este principio constitucional ha nacido la doctrina del derecho público subjetivo. En lo que toca a ella, hay dos concepciones fundamentales y opuestas. La una atiende a la estructura del derecho público subjetivo, y lo concibe como enteramente análogo al derecho privado, no distinguiéndose el uno del otro sino por las personas que intervienen en las relaciones jurídicas de carácter público. La preeminencia y subordinación del Estado o asociaciones públicas respecto del individuo diferencian estas relaciones de aquellas otras que pertenecen al derecho privado y que consisten en una coordinación. La otra concepción niega la existencia del derecho público subjetivo del individuo, y no ve en éste sino un simple reflejo de los principios del derecho público. Entre ambos puntos de vista hay muchos otros que por lo común no obedecen sino a oscuridad y a contradicciones doctrinales.[45]

[43] *Erklärung d. M. und Bürgerrechte*, p. 13.

[44] Véase *Erklärung*, pp. 8 ss. y 15 ss. Esmein, pp. 395 ss., habla de las declaraciones americanas; pero de igual modo que la mayoría de los franceses, al ocuparse de esta cuestión, no reconoce de un modo expreso que aquellas declaraciones sirviesen de modelo a la de Francia.

[45] Acerca de la literatura que puede consultarse sobre este problema, véase *System*, pp. 3 ss. Entre las obras modernas son dignas de mención, especialmente, Haenel, *Staatsrecht*, I, pp. 93 ss. y 153 ss.; Tetzner, recensión del libro de Jellinek, *System* en *Grünhuts Zeitschr.*, XXI, pp. 107-253; O. Mayer, I, pp. 104 ss.; véase Stengel, *Die Verwaltungsgerichsbarkeit und die öff. R.*, en el *Verwaltungs Archiv*, III, 1895, pp. 176 ss.; Longo, *La teoria dei diritto publici subiettivi e il diritto amministrativo italiano*, Palermo, 1892; Santi Romano, *La teoria dei diritto publici subbiettivi en Orlando, Primo trattato di diritto amm. it.*, I, 1900, pp. 110-220; Esmein, pp. 377 ss.; Hauriou, *Précis du droit administratif et de droit public général*, 5ª ed., 1903, pp. 139 ss.; Grasso, *I presupposti giuridici del diritto costituzionale e il rapporto fra lo Stato e il cittadino*, Génova, 1898, pp. 144 ss.; Morelli, *Che cosa sono le libertà civile?*, Módena, 1899; Majorana, *La nazione del diritto pubblico subiettivi*, Roma, 1904; Barthelémy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, 1899, pp. 7 ss.; Layer, *op. cit.*, pp. 330 ss.

Ambos puntos de vista, como sucede por lo común con las opiniones extremas, carecen de exactitud. El primero no ha reconocido que existe una diferencia, en el aspecto formal, entre el derecho privado y el derecho público, y el segundo no ha advertido que la negación de los derechos públicos pone en cuestión la posibilidad del orden jurídico, y por consiguiente del Estado.

Por lo que toca a este último punto, conviene afirmar que el derecho solamente es posible entre sujetos de derecho, y que sujeto de derecho es aquel que puede poner en movimiento el orden jurídico, en interés propio. Pero esta facultad es concedida al individuo, ante todo, en la esfera del derecho privado. En ésta no recibe tan sólo el reflejo de la actividad del Estado, como acontece en la función penal y en la de policía; con meros derechos reflejos no hay personalidad. Tales derechos reflejos pueden recaer también sobre los animales, del propio modo que en la época en que el derecho sobre los esclavos hubo de suavizarse, se beneficiaron éstos de la mejora, sin que por ello gozasen de la personalidad. La capacidad que el Estado concede al individuo de mover el orden jurídico en razón de sus intereses personales crea, como todo poder limitado reconocido por el derecho al individuo, un derecho subjetivo; por eso corresponde la personalidad al derecho público; es la condición del derecho privado y de todo el orden jurídico en general, y tal condición, por esta razón, va íntimamente enlazada con la existencia de los derechos públicos individuales.

Éstos se diferencian esencialmente del derecho privado en que se fundan inmediatamente en la personalidad, y no recaen sobre ningún objeto, como acontece en el derecho privado, sino sobre la persona misma. Las exigencias que surgen de estos derechos, y en las que se pone de manifiesto la significación práctica de los mismos, proceden directamente de las facultades que el orden jurídico reconoce a los individuos. Todas estas disposiciones o facultades describen la relación permanente entre el individuo y el Estado; son situaciones jurídicas que descansan sobre los términos de esa relación y constituyen el fundamento de las exigencias públicas de los individuos. Toda exigencia de derecho público nace, pues, inmediatamente, de una determinada posición de la persona respecto al

Estado, posición que tomando como modelo el derecho antiguo, puede ser designada como un *status*.[46]

El reconocimiento del individuo como persona es el fundamento de todas las relaciones jurídicas. Mediante este reconocimiento, el individuo adviene miembro del pueblo, considerado éste en su cualidad subjetiva. Muéstrase esto aún más concretamente en cuanto da lugar el individuo a una relación jurídica con el Estado, que en otro tiempo fue supuesto de todas o de la mayor parte de las exigencias para con él. El reconocimiento como persona y como miembro de aquél es la base de todas las exigencias público-jurídicas que, a causa de esto, comprenden así aquéllas con que el Estado procura la seguridad a todos los hombres que caen dentro de la esfera de acción que abarca su poder, como a los que viven en su territorio de un modo permanente en calidad de ciudadanos.

La totalidad de las exigencias puede dividirse en tres grandes categorías, que corresponden a distintas posiciones del *status* de la personalidad.

a) El individuo, en tanto es persona, sólo está sometido a un poder limitado. La subordinación del individuo al Estado se extiende hasta donde el derecho ordena, pues toda exigencia del Estado respecto del individuo necesita estar fundada jurídicamente. La esfera de libertad del individuo la constituye aquello que resta para él, abstrayéndonos de las limitaciones jurídicas que le son impuestas. Esta libertad no sólo lo es de hecho, sino que a causa de la limitación del poder del Estado y del reconocimiento de la personalidad, tiene también un carácter jurídico. La situación efectiva de libertad en que se halla el hombre con relación a sí mismo se transforma en una situación jurídica, precisamente por la limitación de su sometimiento.

La existencia de ciertas restricciones respecto del individuo ha provocado históricamente la exigencia de que se reconozcan determinados derechos a la libertad. La coacción religiosa y la censura han hecho nacer la idea de la libertad religiosa y de la libertad de prensa. Los ataques y prohibiciones de la policía han sido causa de que se reconozcan libertades, como el derecho a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de la correspondencia, derechos de asociación y de reunión, etc. Una observación atenta hace ver que aquí no se trata de derechos particulares, sino sólo del reconocimiento de determinadas direcciones de la libertad individual, una en sí misma, e indica aquel círculo de actividad del individuo que está libre de las ordenaciones del Estado. De esta posición de la

[46] Como las exigencias jurídicas de carácter público no nacen de un objeto que esté separado de la personalidad misma, al ser designada ésta atendiendo a su esencia con una palabra, *status*, que indica precisamente una referencia inmediata a la posición de la personalidad, se pone fuera de duda este su carácter esencial. Este fin es el que persigo al considerar los derechos públicos como derivaciones del *status* positivo, negativo y activo, así como con la introducción de un *status* pasivo de la personalidad; véase *System*, pp. 76 ss.

personalidad nace la exigencia, por parte de ella, de que desaparezcan todas las disposiciones del Estado que lesionan la libertad.

b) En medio de las exigencias jurídicas de carácter público se encuentran ínsitas aquellas que se proponen acciones positivas del Estado, en servicio de intereses individuales.[47] En ellas descansa en primera línea el carácter jurídico de las relaciones entre el Estado y el individuo. Los miembros de un mismo pueblo participan al propio tiempo de la vida jurídica, a causa de la protección que el derecho dispensa a sus intereses individuales. El poder poner el juez en acción por intereses que nos atañen concretamente es la nota más esencial de la personalidad. Aun cuando esta protección jurídica sea aún embrionaria en muchos Estados, nunca falta por completo. En vano buscaríamos en la historia de los pueblos cultos un Estado sin tribunales de justicia.

De esta posición de la personalidad nacen además exigencias que llaman en ayuda de los intereses individuales a la actividad administrativa del Estado.[48]

El derecho reflejo ha de separarse radicalmente del derecho subjetivo en este orden de cuestiones. El derecho penal y la policía se proponen proteger los bienes jurídicos del individuo; pero estos fines no sirven de fundamento para proteger ninguna exigencia individualizada. La actividad administrativa del Estado, tal como se ejerce en el derecho común, favorece también al individuo; lo que el Estado concede lo concede para sus miembros actuales o futuros, que reciben de este modo sus dones, pero no siempre como teniendo un derecho que les autorice a ello.

[47] Exigencias respecto del Estado, pero no *poder* sobre el Estado, como afirma O. Mayer, I, p. 100. El poder, es decir, el poder de mando lo tiene el Estado sobre los individuos, y el poder jurídico de éstos, por el contrario, sólo puede consistir, en su relación con la comunidad, en una exigencia análoga a la que deriva en el derecho civil de una obligación; de aquí que sea imposible el poder de autoridad del individuo sobre el Estado, porque dos personalidades no pueden dominarse mutuamente. Véase también Layer, *op. cit.*, pp. 337-338. En la edición francesa de su obra (tomo I, p. 143) limita Mayer su afirmación, y dice que no es el Estado mismo el objeto del derecho público, sino el ejercicio del poder. Según esto, no hay ya ninguna diferencia esencial entre mi doctrina y la de Mayer.

[48] Esta exigencia no coincide con el derecho general de que habla Laband (I, p. 140), a participar en los beneficios de la comunidad estatista, y no se puede afirmar, como lo hace este autor (lugar citado, n. 1), separando de mi sistema algunas frases y rompiendo la conexión de ellas con el todo, que yo, después de "muchas digresiones", reconozco la verdad de su doctrina. Toda exigencia jurídica de carácter público del individuo necesita individualizarse de algún modo, porque de otra suerte no sería posible diferenciarla de la actividad refleja del Estado. Entre los beneficios de la comunidad estatista se cuentan, sin duda alguna, las prisiones organizadas en consonancia con su fin; favorecen la seguridad jurídica y ayudan a mejorar la condición del delincuente, etc., pero no aseguran al condenado, y mucho menos aún a todo ciudadano del Estado, el derecho a participar en la vida de las mismas. El cuidado de los pobres igualmente es un beneficio público, que, por lo común, no da derecho a ser exigido por parte de los que son objeto de socorro. La corrección del curso de los ríos, el saneamiento de las ciudades, las desinfecciones ordenadas como medidas públicas, etc., son beneficios de cuyas consecuencias goza el individuo, pero no como de un derecho.

El reconocimiento del carácter de miembro que corresponde al individuo encierra en sí, ante todo, la garantía de aquellas exigencias. De este modo, la posición de la personalidad puede ser descrita como la situación positiva o de asociado del Estado, que se deriva precisamente de las citadas exigencias de la personalidad. Estas exigencias son lo contrario de las mencionadas anteriormente. Su contenido no lo forma la libertad negativa respecto del Estado, sino los servicios positivos de éste. Ellas constituyen al propio tiempo aquellos efectos reflejos y la compensación que el Estado ofrece al individuo por los sacrificios que obliga a éste respecto de aquél.

c) 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. Por esto, como más tarde habremos de mostrar, deben separarse la exigencia individual y la actividad de un órgano, porque esta última pertenece exclusivamente al Estado, de suerte que la exigencia del individuo sólo puede consistir en proponer que se le admita a obrar como órgano. Lo dicho vale, tanto para las exigencias que se puedan tener respecto a la situación de órgano permanente, como a la de participar por el voto en la formación de los órganos del Estado. El hecho de votar mismo es actividad para el Estado, esto es, acción de un órgano.[49] De suerte que la exigencia del individuo sólo alcanza a su admisión para el acto de votar.[50]

[49] La cuestión acerca de si el sufragio es un derecho individual o una función pública fue ya tratada en la constituyente francesa. En la sesión del 11 de agosto de 1791, afirmaron Barnave y Thouret que tenía exclusivamente el carácter de actividad de un órgano del Estado. (Véase Esmein, pp. 217-218.) Posteriormente han dicho esto mismo Royer-Collard, Littré, Fouillé y otros. Véase Coutant, *Le vote obligatoire*, París, 1898, pp. 40 ss. En América, Laboulaye y Seaman, y en Inglaterra, J. S. Mill, han afirmado el carácter de función del derecho electoral. (Coutant, pp. 43-44.) Para Alemania, véase Jellinek, *System*, pp. 151-152, y G. Meyer, *Das parlamentarischte Wahlrecht*, pp. 411-412, más las que nombran estos autores. Pyfferoen, *L'électorat politique*, París, 1903, p. 7, considera esta doctrina como la dominante en nuestros días. Actualmente, el profesor Hauriou declara (p. 49) que el derecho electoral tiene el carácter de derecho individual y de función social. Esto es una consecuencia práctica de la doctrina desarrollada por mí, según la cual necesitan ser unificadas las relaciones jurídicas de los dos elementos que contiene el derecho electoral, carácter dual que se funda en nuestras concepciones actuales sobre el derecho público. Quien conciba de otro modo el derecho electoral no podrá menos que eliminar totalmente uno de sus dos elementos necesarios.

[50] Laband, I, en la nota de la p. 307, hace largas consideraciones contra mi punto de vista respecto de la exigencia al reconocimiento, la cual constituye el fundamento del derecho electoral y de otros derechos públicos subjetivos. Esta exigencia es fruto de un corolario

Estas exigencias no se proponen ni una omisión ni una prestación por parte del Estado, sino el reconocimiento por éste de que puede obrar en nombre de él.[51] Dichas exigencias ponen de relieve a aquellos miembros del Estado que gozan de ellas, y de este modo forman un derecho de ciudadanía relevante. De aquí resulta, pues, una situación de ciudadano activo, que en la concepción de los antiguos es tanto como decir simplemente de ciudadano. 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 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

que surge con un carácter de necesidad de mi concepción de los derechos públicos subjetivos, como consecuencia que brota inmediatamente de la personalidad. Si se quiere refutar esta doctrina, es preciso oponerle otra teoría de los derechos públicos subjetivos; pero esto no lo hace Laband en parte alguna de su obra; no da jamás una definición del concepto del derecho público subjetivo, como si hubiera permanecido extraño a la literatura moderna sobre esta materia. El reconocimiento de elector (no "el derecho a votar", como me atribuye Laband) tiene como consecuencia jurídica necesaria la admisión al voto, y toda una serie posible de exigencias prácticas de gran importancia (por ejemplo, el derecho a impugnar las listas electorales, el derecho a impugnar el voto), las cuales se desprenden de la cualidad de elector, como, por ejemplo, las innumerables exigencias que nacen inmediatamente que se le concede a un extranjero la cualidad de ciudadano de un Estado. Considera Laband la pertenencia a un Estado, aun cuando sobre este punto no dice nada expresamente, como una situación, pero no la concibe como un derecho. Mi afirmación de que el derecho electoral no consiste exclusivamente en el derecho a votar no es más paradójica que esta otra: que el derecho a la libertad de pensamiento no consiste en modo alguno, como se pretende, en el derecho a pensar, cosa que admite Laband (t. I, p. 138), a causa de los fundamentos de su doctrina sobre el derecho a la libertad. Tampoco es admisible la objeción que hace O. Mayer a mi doctrina, desde el punto de vista de su teoría. Es evidente que, cuando se trata del ejercicio del derecho electoral, no nos referimos tan sólo al acto de depositar una papeleta en la urna electoral, sino a la participación en un acto de nombramiento realizado por el Estado; sólo que la actividad individual cesa, allí donde comienza, en el acto del nombramiento, el influjo de la actividad de un órgano. Piénsese, por ejemplo, en la votación del pueblo en una república democrática para los efectos de acordar una ley. En este caso, al individuo, como tal, sólo se le reconoce el derecho a dar su opinión; pero la votación misma, no hay duda alguna de que no es un acto individual, sino un acto del órgano superior del Estado. Si se concibe este derecho, como lo hace Mayer, como el "poder sobre los mismos poderes públicos", entonces faltaría en estas democracias el órgano supremo, "el titular del poder de Estado", como lo llaman muchos, y en su lugar vendría a ponerse la suma inconexa de individuos con un poder sobre una quimera, sobre la nada.

[51] Esto se muestra con mucha más claridad donde, como en Bélgica, existe el deber electoral. Allí hay también una exigencia individual del elector de ser admitido a la función pública del voto, cuyo cumplimiento puede dar lugar a una reclamación ante los tribunales. El acto electoral mismo es el cumplimiento de un deber de servicio público, sancionado mediante penas (véase Cód. electoral de Bélgica, arts. 220 a 223). La concepción individualista del derecho electoral se encuentra, por tanto, perpleja ante el fenómeno del deber electoral.

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. El poseedor del latifundio romano dominaba a sus esclavos soberanamente; pero no era considerado como jefe de Estado, sino que la antigua doctrina distinguía sagazmente entre poder doméstico y poder del Estado. Las razas originarias de los países protegidos en África, los indios nómadas de la América del Norte, están sometidos a la dominación de los poderes estatistas que sobre aquellos terrenos ejercen su soberanía, pero no son miembros del Estado.[52] Entre los grupos sometidos a éste y que viven no obstante extraños a él, y el Estado edificado sobre la base de la comunidad de hombres libres, hay toda una serie de transiciones. Los pueblos sometidos y los pueblos atrasados pueden tener una participación limitada en la vida del Estado.

El poder de éste necesita descansar, salvo las épocas que hemos llamado de transición, en la convicción popular sobre la legitimidad del mismo, lo cual es aplicable a todas las formas de gobierno, incluso a las monarquías absolutas. Esta aprobación, expresada de distintos modos y con más o menos vigor, es una condición permanente en la formación concreta del Estado y constituye precisamente una de las funciones necesarias de la comunidad popular como elemento constitutivo del Estado.

Lo que se ha dicho anteriormente acerca de los individuos vale, aunque en distinta medida, para las asociaciones existentes en el Estado en tanto que su personalidad es más o menos reconocida. Mas también en ellas son distintas las posiciones de aquélla y las situaciones que se fundan en estas posiciones. Las exigencias o derechos que les corresponden se modifican según su naturaleza y el fin que se proponen. Además, distínguense las asociaciones de carácter privado de las de derecho público por la diferente significación que les da su distinta naturaleza jurídica, pues en estas últimas, como sucedía en los individuos, el reconocimiento de la personalidad lleva aparejado el que se les dote de una esfera de derecho público subjetivo.

Se ha estado siempre pronto a reconocer la segunda propiedad común a los hombres sometidos al Estado, a saber, la de ser súbditos del mismo, por ser nosotros de un modo más inmediato conscientes de ella que de aquella otra que acabamos de explicar. El individuo está sometido a las órdenes del soberano. Esta sujeción no está enlazada de ningún modo necesariamente con la de miembro de un Estado, ni tampoco va unida al supuesto de la personalidad. El peregrino del antiguo derecho romano

[52] Es decir, son personas, pero no ciudadanos reconocidos de la Unión. O. Rüttimann, *Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht, verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz*, I, 1867, p. 2; Von Holst, p. 75, los llama "pupilos".

y el sin-derecho *(Rechtlose)* del antiguo derecho germano estaban sometidos a la autoridad, sin que su personalidad fuese reconocida por eso: eran sujetos de deberes, no sujetos de derechos. Los grados de esclavitud cambiaban, se modificaban, de igual modo que la situación jurídica de los individuos, e influido por esta situación transformábase el círculo de sus deberes hacia la comunidad. Pero siempre se encontraba sometido a las normas de ésta, de suerte que existía para él un doble poder al que se hallaba sometido: el privado de su señor y el público.

Atendiendo a esta segunda propiedad, los individuos, así como las asociaciones ordenadas dentro de un Estado, son objetos del poder de éste, objeto de la soberanía del mismo; pero entre aquella situación de sujetos de derecho y la situación de sujetos de deberes, hay una transición. Existen deberes que no nacen de un modo inmediato del individuo, sino del carácter de miembros del Estado; esto es, están fundados en la participación del individuo en el pueblo, considerado éste en su sentido jurídico. Son estos deberes aquellos cuya satisfacción no implica solamente una prestación al Estado, sino también una acción para el Estado, tal como, por ejemplo, el deber del servicio militar, el de ser jurado, el de aceptar cargos permanentes honoríficos; en una palabra, el deber de cumplir los servicios públicos. Dentro de estos deberes incide un momento de la más alta importancia, que se expresa en el honor que acompaña la satisfacción de tales deberes. Así, pues, a la obligación de participar en los servicios del ejército y de la justicia acompaña un honor, ya que es posible estar privado de estas obligaciones mediante una pena.

Mas, aun en aquel orden de cuestiones en que el individuo se encuentra frente a frente del poder del Estado y exclusivamente obligado a él, no puede concebirse esta relación como descansando en una separación plena entre el sujeto y el objeto del derecho, sino que más bien se muestra aquí la unidad de todos los elementos del Estado, a pesar de las separaciones posibles de sus distintas cualidades. Esto se advierte principalmente si se observa no al individuo particular sometido, sino al pueblo en su totalidad. 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. Sus funciones sólo pueden satisfacerse mediante prestaciones reales y personales del individuo y de la comunidad. Únicamente por medio de éstas pueden existir, querer y ejecutar lo querido. Es principio que sirve para todos los Estados el de que la medida de su fuerza y de su vigor ha de buscarse en la mayor o menor exactitud con que sus miembros le obedecen y satisfacen sus deberes.

Mediante la comunidad de derechos y deberes únense entre sí los miembros de un pueblo. Esta comunidad recibe su expresión jurídica objetiva por la organización del Estado. Por obra del poder unitivo de éste, 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. He aquí el fundamento de por qué el pueblo, en un sentido jurídico, no es pensable fuera del Estado, del propio modo que el territorio sólo puede concebirse como su dominio espacial, al que no es posible, abstrayéndonos del Estado, representarlo como una parte de la superficie de la tierra desprovista de significación política. Esto explica, al mismo tiempo, la gran dificultad que acompaña a estas investigaciones de principios. Los elementos particulares del Estado se condicionan mutuamente, y por esto, sólo es posible aislar a uno de ellos de un modo hipotético, ya que cada cual tiene como supuesto a los demás. De esta dificultad y de la insuficiente observación de su existencia nacen los mayores errores en la doctrina del Estado. Singularmente, esta manera de considerar aisladamente al pueblo ha conducido a concebirlo fuera del Estado,[53] con lo cual resulta imposible un conocimiento adecuado de las más importantes relaciones de aquél.

Lo que se ha dicho con respecto a las relaciones entre el individuo y el Estado se puede aplicar también a las relaciones del individuo con las sociedades dotadas de *imperium*. Todas las posiciones de la personalidad se repiten en los miembros de estas asociaciones; pero una explicación más detallada de estas relaciones rebasaría los límites propios de una doctrina general del derecho público.