

PRIMERA PARTE

TEORÍA DEL ESTADO

LIBRO PRIMERO

CONCEPTO DEL ESTADO

CAPÍTULO PRIMERO

EL ESTADO

Elaboración del concepto del Estado.

1. La determinación del concepto del Estado es el primer problema de su *Teoría* (1) y, en general, de la Política: toda acción política, orientación de partido, disciplina política particular, supone un concepto del Estado.

Formar el concepto del Estado equivale a determinar lo que éste sea mediante análisis de los elementos que se nos ofrecen a nuestra consideración racional. Como el propósito último en la formación del concepto, da lugar a discusiones y a dudas, es necesario insistir sobre lo que tal propósito supone. El concepto del Estado se reduce a veces a una *generalización* de

(1) El objeto de la *Teoría del Estado* es formar o construir la idea del Estado; la determinación del concepto inicia la labor. «Precisar esta idea — la del Estado — es el objeto propio de la *Teoría general del Estado*. Todos los problemas que entraña esta teoría se resumen esencialmente en la cuestión siguiente: ¿Qué es un Estado (*in concreto*), o, mejor, qué es el Estado (*in abstracto*)?» — Carré de Malberg, ob. cit. 7, p. 1.

los hechos, bien sea de la Historia universal, bien de un período dado, en virtud de la *comparación de los Estados reales*. Frente a esta tendencia empírica señálase la de los que estiman la formación del concepto como un momento metódico, en la determinación del Estado ideal, abstracto, perfecto, irrealizable en el tiempo. Y hay un tercer punto de vista, que entraña la compatibilidad de ambas maneras de considerar el concepto del Estado.

2. Puede lo expuesto inferirse, por ejemplo, de la posición de Bluntschli y de la doctrina de Jellinek sobre el «tipo empírico» y el «tipo ideal» en la doctrina del Estado.

Distingue Bluntschli entre *noción* o *concepto* del Estado (*Staatsbegriff*) e *idea* del Estado (*Staatsidee*). «La *noción* o *concepto* del Estado, dice, determina la naturaleza y los caracteres esenciales de los Estados reales, y la *idea* muestra, con el brillo de una perfección ideal, el modelo del Estado no realizado todavía, pero que se pretende realizar. Por el estudio de la historia descubrimos el primero; por la especulación filosófica la segunda.» (*Derecho político universal*, t. I, lib. I, cap. I.)

Desde luego se ocurren algunos reparos que oponer a la opinión de Bluntschli. En primer lugar, lo que el autor define como *noción* o *concepto* del Estado, es la *noción* o *concepto* del Estado histórico, el contemporáneo aquí. Esos *Estados reales* son quizá los Estados actualmente constituidos; un estudio comparativo de los mismos puede servir de mucho para dilucidar la cuestión de la *idea* y del *concepto* —*ideal*— a que responden, pero no se llegará a una conclusión adecuada por una mera generalización de las notas o caracteres de los *Estados reales*, dado que, según Bluntschli, se va en busca de caracteres *esenciales*: para obtener tal resultado, es preciso una determinación previa del *concepto* del Estado, base del criterio racional que permita discernir, en lo histórico, lo que es esencial de lo que es meramente transitorio. Es preciso, en este punto, no

olvidar la fundamental distinción entre el propósito del historiador, cuyo objeto es lo fenomenal positivo, vivido: *histórico*, en suma, y el del filósofo, que se propone investigar *lo que es el Estado* (v. Intr.). La noción a que alude Bluntschli, no es la del Estado, sino la de un Estado histórico. Si bien supone un propósito que trasciende los límites de la historia en cuanto se aspira a determinar caracteres *esenciales*.

Conviene también oponer algunas observaciones a lo que entiende Bluntschli por *idea del Estado*. Una concepción filosófica del Estado no entraña la investigación de su *ideal*, cuando por éste se entiende el *modelo del Estado* no realizado todavía, pero que se pretende realizar. La misión de quien forma el concepto y la idea del Estado no consiste en imaginar un Estado perfecto, no realizable — utopía, — ni en *construir* un Estado con vistas a una realización futura, que nunca será efectiva. La determinación del Estado posible en el porvenir impone análogas limitaciones que la del Estado propio del momento actual. El porvenir, sólo por serlo, no es mejor que el presente o el pasado. Y el ideal no indica realización remota, por necesidad. Equivaldría a suponer que los hombres nunca han realizado un ideal político ni han sido capaces de formularlo. La historia rectifica esta interpretación. El Estado-ciudad de Grecia y Roma entrañaba su ideal, que alcanza plena elaboración en los filósofos griegos principalmente (Platón, Aristóteles).

3. Jellinek no se refiere al concepto del Estado, ni a la fijación de su alcance científico: trata más bien de definir el objeto de la doctrina del Estado con una intención metodológica. Pero no hay una diferencia esencial entre su problema y el que aquí estudiamos. «El problema de una ciencia del Estado, dice, y de las instituciones del mismo género, consiste en buscar los elementos típicos en los fenómenos del Estado y las relaciones en que se encuentran. Mas esta afirmación, de apariencia sencilla, necesita ser ampliada. Es menester, ante todo, poner plenamente en claro qué sig-

nifica el concepto «tipo»...» (*Teoría*, I, págs. 43-44.) Pues bien: el concepto del Estado, en esta relación metodológica, plantea el problema previo de la determinación del objeto de la teoría o de la ciencia del Estado; no basta afirmar que se quiere *investigar y formar la idea del Estado*: es preciso decidir qué alcance y dirección debe tener la determinación del Estado. Y ante todo es preciso preguntarse de qué Estado se trata en la teoría, y, precisamente, en la formación del concepto. Desde luego no se trata ahora de un Estado histórico determinado, sino *del Estado*, fuera de toda *concreción positiva en un tiempo y en un espacio dados*. Aceptada la terminología de Jellinek, se pretendería construir racionalmente el «tipo» del Estado. La determinación del concepto del Estado podría equivaler a la fijación inicial del tipo. Pero el *tipo* se toma por Jellinek en el sentido de ser la expresión de la más perfecta esencia del género: la *Idea Estado* o el *tipo ideal* que puede formularse merced a una construcción imaginativa —*utopia*— o bien merced a una rectificación crítica, racional—de los defectos hallados en los Estados reales. Por otra parte, el *tipo* se concibe como un resultado de la observación y comparación de los Estados reales: llama Jellinek a este tipo «empírico», el cual «se opone» al *tipo ideal* (véase Jellinek, *Teoría*, I, págs. 43-53), y para él el «problema de la ciencia del Estado, en tanto no forma exclusivamente el objeto de esta ciencia el estudio del Estado particular, consiste en hallar ese *tipo empírico*» (idem, pág. 47).

4. Ahora bien: en la determinación del Estado, que ha de llevarnos a la comprensión de su *idea*, ¿iniciamos la investigación de un tipo *empírico* de Estado o la de un tipo *ideal*? Ni lo uno, ni lo otro, de una manera exclusiva. La determinación del tipo empírico, como la del concepto de Bluntschli, no pasa de ser una generalización, que tendrá valor científico sólo como explicación del Estado, en los pueblos y momentos para los cuales se hubiera obtenido el material

empírico de la comparación. Ya advierte Jellinek que «la labor de comparación no puede llevarse demasiado lejos. Quien compare Estados y estructuras de éstos, de distintos grados de cultura y de tiempos remotos, no obtendrá resultado alguno, o, de obtenerlo, será enteramente sin importancia» (1). Por otra parte, la determinación del tipo ideal como un *puro pensado*, y como un *futuro* o aspiración, o como una perfección, no es lo que se busca en el concepto ni en la teoría. Ni lo *ideal abstracto*, ni lo *empírico histórico*. Entre esas dos fórmulas, y como una distinta, se ofrece lo *real-racional*, lo *ideal* como expresión *racional* de lo *real*. En la teoría se trata de elaborar la idea del Estado: en el concepto —momento inicial de la Teoría— se quiere descubrir lo que *es esencialmente* el Estado, no lo *que es* o *haya sido* en un momento o en un pueblo, sino en sí mismo, y ello mediante la *interpretación racional de datos reales*. No es esta una pura especulación subjetiva (*mi* concepto del Estado), sino una interpretación que permita «reconocer la razón en la realidad» (2), y nos dé lo *que es el Estado*. La operación que esta interpretación supone es fácil de comprender. Si tenemos como material empírico, de observación y análisis, de un lado, nuestra misma sensación del Estado, porque lo vivimos, y de otro los hechos del Estado actual e histórico, la interpretación consistirá en discernir, en el material utilizado, lo que realmente es el Estado, lo *irreductible*, lo *esencial*, lo *característico*. Este punto de vista es distinto del de la determinación del tipo empírico, porque no se trata de afirmar caracteres históricos coincidentes, sino de *interpretar en conciencia datos reales*, y se distingue del de la determinación de un tipo ideal, porque no se trata de construir un Estado perfecto para un porvenir próximo o remoto.

(1) JELLINEK, ob. cit. I. pág. 47.

(2) HEGEL, *Filosofía del Diritto* (trad. ital., 1863), Pref., pág. 12.

5. El concepto del Estado no va más allá de una primera interpretación de realidad: es una operación a la vez de reflexión y de penetración. Pero el conocimiento del Estado abarca otros problemas, con cuyo estudio se pretenderá llegar a completar la *idea del Estado*, siempre sobre la base de *datos de realidad*. Como el Estado, al igual que todo lo real, es un proceso—*deviene* el Estado—, y como la función de la ciencia consiste en descubrir las fuerzas que actúan en ese proceso y las combinaciones típicas de esas fuerzas, la ciencia empleará, para realizar su función *descriptiva, explicativa e interpretativa*, no sólo la comparación y la especulación libre, sino todos los instrumentos metódicos de investigación: la observación, el análisis, la inducción y el razonamiento interpretativo, con miras a una construcción esencialmente renovable del Estado.

6. Aun cuando en el concepto no se trata de determinar el *Estado tipo ideal*, no quiere esto decir que la labor del concepto no se relacione con la elaboración del *ideal del Estado*, y, en general, del *ideal* o de los *ideales políticos*. Pero una cosa es el *Estado tipo ideal* y otra el *ideal del Estado*. La determinación del *ideal del Estado* debe ser el resultado de la elaboración de su teoría, iniciándose ya en el concepto, pues al desentrañar las *esencias del Estado* de los datos reales, se ofrecen espontáneamente los elementos para constituir, sobre bases positivas, las aspiraciones ideales realizables, es decir, lo que *debe ser* el Estado en lo esencial, y según las circunstancias de cada momento, entendiéndose éste *debe ser*: 1.º, como una consecuencia natural y racional del proceso de los factores que integran el Estado, y 2.º, como una aspiración de reforma, de modificación y de mejora. Es función específica de la crítica de todo Estado real y del Estado en general, la determinación del ideal político para la acción, y esta determinación presupone la teoría del Estado. Pero este ideal no será, ni la construcción de una utopía, ni el modelo ideado o propuesto.

como realizable totalmente, en un porvenir más o menos remoto. Toda época, todo período tendrá su ideal del Estado; toda concepción doctrinal entrañará el ideal del Estado. El ideal del Estado, como todo ideal, no es patrimonio de nadie, ni se formula como tipo definitivo para tiempo alguno determinado: es, por el contrario, el ideal fuente inagotable, que mana siempre, y mediante la teoría del Estado se convierte en motivo de la acción política, iniciándose así la llamada *política aplicada*.

7. La palabra *Estado* no tiene un significado definido propio y único. *Estado* tiene ante todo una significación amplia que no se contrae a la política: vale tanto como manera de ser o de estar las cosas, como posición determinada: es lo contrario del *mudar*, que expresa cambio. Pero si nos fijamos, ideas son estas de *estado* y de *mudar* que, aunque significan cosas diferentes, tienen entre sí una íntima relación: el mudar supone el cambio de estados, y el estado es forma del mudar. Una compenetración orgánica de estas ideas afirma la vida, la cual indica la permanencia de *algo* en el ser a través de los diversos estados sucesivos en que el ser se produce (*muda*).

8. La idea de estado, amplia y comprensiva, arroja viva luz sobre la del Estado del Derecho político. Este Estado expresa, como estado en su amplio sentido, la idea de *situación*; y atendiendo a lo que el común sentir quiere indicar cuando habla del Estado, en política, se advertirá que se alude implícita o explícitamente a la situación, o *manera de ser o de estar* la colectividad humana, considerada bajo una cierta forma. Una investigación detenida del significado histórico del Estado quizá lleva parecida conclusión. En Grecia, *πόλις*, el Estado, es el conjunto de ciudadanos, que viven en una cierta condición o situación — de hombres libres—: tanto en Grecia como en Roma, civilizaciones en las que la cosa pública absorbe casi por completo toda actividad libre, el Estado —la *ciudad*— venía a sig-

nificar la situación de los ciudadanos en la comunidad de los ciudadanos —*res publica*, en Roma—; y aunque, en un principio, Estado exprese más bien el concepto de comunidad, la *ciudad*, merced a la extensión que alcanza el Imperio y a la universalización de la condición o estado de ciudadanía, se hace un término impropio para designar el sistema de condiciones en que la vida política se realizaba, y el *Estado* vino a ser el medio en el cual la condición se hacía efectiva, aun cuando simbolizado o expresado en el poder que Roma ejercía sobre sus grandes dominios—*imperio*.

- Refiriéndose a Grecia y Roma, W. Warde Fowler (*The City-State of the Greeks and Romans*, 1910) describe la condición a la vez central y expansiva del Estado-ciudad clásico, bien distinto de la del Estado-nación moderno. «Atenas, Esparta, Mileto, Siracusa, Roma, eran en sí mismas ciudades con un territorio más o menos grande, del cual obtenían sus medios de existencia. Este territorio era esencial, pero no era el corazón y la vida del Estado. En la ciudad era donde se concentraba el corazón y la vida... El Estado ateniense comprendía todas las gentes libres de Atenas y del territorio del Ática; pero estas últimas tenían su existencia política, no como habitantes del Ática, sino como atenienses, ciudadanos de la πόλις de Atenas. Así el Estado romano, aun después de haber extendido su territorio por toda la península italiana, se concebía como teniendo su centro y vida en la ciudad de Roma...», pág. 8.

La idea del Estado como situación (y condición) puede verse en Kant, *Metaphysische Anfangsgründe des Rechtslehre*, § 43. Comp. Jellinek, ob. cit., pág. 175. Lo que quiere significar *Estado* - en francés *État*, en inglés *State*, en alemán *Staat*, en italiano *Stato* - se expresa en griego por πόλις—ciudad—, Estado, no simplemente ciudad que llega a tener históricamente un significado distinto, local: en Roma equivale a *civitas* o a *res publica*, y luego equivale a *imperium*. La transformación más esencial del concepto histórico, que impone un

cambio de nombre al mismo objeto en el fondo, es la extensión política de Roma, y la necesidad de comprender como Estado—*civitas*—o como comunidad el centro urbano, *polis* griega—y una comarca territorial—. La palabra Estado aparece primero en Italia hacia los siglos xv y xvi. Cons. Nys, *L'Etat et la Notion d'Etat* (1901). Jellinek, ob. cit., I. págs. 157-165, y la biografía que allí se indica. Giner, *Est. y frag.*, etc. Carré de Malberg, ob. cit., I, págs. 3-10.

Atendiendo al desenvolvimiento histórico de la cultura y más que al detalle y al dato, a la marcha general y racional de las ideas y de las instituciones, se advierte cómo poco a poco se realiza una adecuada diferenciación interior, merced a la cual surgen en las antiguas sociedades las instituciones distintas de la vida esencialmente pública contenida en el Estado. El más alto tipo del Estado antiguo, la ciudad-Estado, que alcanza su grado más intenso en Grecia (la *πόλις*), aun cuando en su origen no fuese más que una posición fortificada, refugio de las gentes contra ataques de los enemigos, al convertirse en centro de cultura intensa, expresa la vida total y el total deber del hombre, abarcando a éste por entero (1). Pero el proceso ulterior de diferenciación determina la formación de otras instituciones distintas y sustantivas. Así surge la *Familia*, como unidad íntegra, autónoma; surge la *Iglesia*, que será la institución que por sus aspiraciones universales, por la intensidad de su acción, mejor se diferenciará idealmente del Estado; surgen las *Asociaciones municipales*, a veces como otros tantos Estados; aparecen los diversos *Pueblos*; fórmanse los *Gremios*, las *Corporaciones* de todo género, y lentamente brota la *Individualidad* afirmando su propia y esencial sustantividad e independendencia, y constitu-

(1) W. W. FOWLER, ob. cit., pág. 6.

yendo libremente, o por obra de sus inclinaciones, las más variadas agrupaciones sociales (1).

9. ¿En qué queda el Estado en medio de toda esa desintegración social? ¿Desaparece? El Estado, a pesar de la interior diferenciación del organismo social, afirma hasta hoy su función propia, expresando la situación de tal organismo definida por el *lazo político* que entre los hombres se establece. Pero ¿en qué consiste lo característico de la «situación» o «condición»—Estado—política? O mejor, ¿qué es lo que entraña tal *situación* o *condición* de esencial, tanto y de tal naturaleza que persiste a través de todos los cambios y de todas las desintegraciones? Obsérvese que el Estado de hoy se enlaza con la forma social clásica: política viene de *polis*, que es la ciudad, y ésta equivale a *urbs*, *civitas*, estática y funcionalmente, aunque con las variantes que implican, en este caso de la Ciudad-Estado, la diferencia entre el genio helénico y el latino. Se trata en la *Ciudad-Estado* de una formación social que desempeñaba funciones análogas, aunque con caracteres distintos a las de la Nación-Estado moderna. Y ampliando el círculo de esta consideración, doquiera y siempre, se ofrece el hombre en núcleos o agregados sociales, que en cada momento, raza o pueblo parecen desempeñar o responder a funciones análogas. La humanidad primitiva e histórica, salvaje y civilizada, se presenta en grupos sociales. Pero ¿cómo definir según *ideas* esos grupos?

10. El concepto corriente del Estado, el que nace de la observación más elemental de las relaciones de la vida, encierra dos posiciones distintas, aunque compatibles: o se considera el Estado como una estructura o agrupación social, o como una fuerza o función que actúa de cierta manera. «En sentido general popular:

(1) V. KRAUSE, *Ideal de la humanidad*. GINER, *Estud. y fragm.*, cit. GRAHAM, *The Great Society* (1919). ROBERTS, *The Church in the Commonwealth de Social Theory* (1920).

dice el profesor Garner, el término Estado se emplea frecuentemente como sinónimo de nación, sociedad, comarca, poder, gobierno, etc.» (Ob. cit., páginas 42-43.) El punto de vista de la primera posición se concreta perfectamente en esta definición del Estado de M'Kechnie. (Ob. cit., páginas 43-44.): es éste «una sociedad independiente organizada». En esta definición se señalan caracteres esenciales del Estado o de los Estados, como objetos, como cosas. Pero en cuanto se pretende determinar o interpretar las tres palabras de la definición surgen intrincadas dificultades: ¿de qué sociedad se trata, qué grado de independencia es necesaria, cuál grado de organización es indispensable? Por otra parte, toda sociedad independiente organizada ¿es Estado? ¿Se debe atender, para determinar el Estado, sólo a lo puramente estructural? El autor citado recuerda la definición de Watt: «El Estado parece indicar aquella forma exterior que la sociedad reviste a consecuencia de su organización: es el cuerpo de la sociedad, la manifestación política de su desenvolvimiento». (W. A. Watt, *Outline of Legal Philosophy*, pág. 56.) Pero, añade M'Kechnie, «el Estado, en su más amplio y más propio sentido, comprende la sociedad misma a la vez que su forma, el espíritu a la vez que su cuerpo». (Ob. cit., pág. 44.)

II. Al lado de esta posición debe señalarse la que supone que el Estado es fuerza o instrumento de poder: un grupo de hombres o un hombre que dispone y manda, a fin de sostener un orden o imponerlo, para regir o para dominar. La interpretación vulgar del Estado depende de cómo la noticia de su existencia llega a la conciencia del ciudadano. Para unos, el Estado es la guardia civil, el agente de policía, el recaudador del impuesto; para otros es el maestro de escuela o el juez. Elevándonos en la contemplación de los fenómenos del Estado, se considera a éste como la fuerza organizada—el ejército, la autoridad constituida, el defensor de las personas y de los bienes, el definidor de la justicia en los tribunales, el Gobierno y las insti-

tuciones de gobierno... E intensificando la interpretación, se conceptúa que el Estado es el aparato o instrumental de los poderes constituidos, según unos, para mantener el orden general y defender la integridad del cuerpo político; según otros, para sostener, conservar y defender (dominar) el régimen establecido, aunque esto se traduzca en una opresión social

Cons. Jenks, *The State and the Nation*, Cole, obra cit., cap. V. Hobhouse, *The Metaphysical Theory of the State*. W. Paul, *The State: origin and function*. Hauriou, *Princ de Droit Public* (1916).

12. En las doctrinas políticas pueden distinguirse las mismas acepciones del Estado, aunque a menudo aparezcan combinadas y ofrezcan indicaciones, que trascienden de la pura consideración empírica de los datos reales. La diferenciación de esas dos posiciones se expresaba por Rousseau cuando, al definir la persona pública resultante del pacto social, dice que «recibió antes el nombre de *ciudad* y ahora el de *república* o *cuerpo político*, el cual es llamado por sus miembros *Estado*; cuando es pasivo, *soberano*, cuando es *activo*, *poder*, comparándole con sus semejantes» (1). Advierte M'Kechnie que Estado se emplea comúnmente con dos significados: «de una parte se toma indistintamente con el término *nación*; de otra se usa con frecuencia como sinónimo de *gobierno*» (2). «La expresión Estado, escribe Anson, se emplea a veces como equivalente de una comunidad entera o de una sociedad política independiente; otras se limita al cuerpo soberano de esta sociedad» (3). Recuerda M'Kechnie que, en general, Estado, en el primer sentido, se emplea por los que consideran el concepto desde un punto de vista especulativo o filosófico, empleándose en el segundo entre los

(1) *Contrato social*, I, c. VI.

(2) Ob. cit.

(3) *The Law and Custom of the Const.*, vol. 1, pág. 3.

que se colocan en el punto de vista práctico. En la elaboración de las dos acepciones influye la consideración internacional y la meramente política del Estado; en la relación internacional es natural que predomine el supuesto del Estado como una sociedad organizada independiente, mientras que en la pura relación política del Derecho político es lógico que predomine la idea, y hasta la impresión, de que el Estado es un poder, una fuerza de ordenación, de dominación.

13. En las doctrinas suele definirse el Estado o señalando en el análisis, uniendo en el concepto, los dos aspectos del Estado antes indicados. Ya Bodin definía el Estado como un «conjunto de familias y sus posesiones comunes gobernadas por un poder soberano, según la razón» (1). Viniendo a los modernos tratadistas y pensadores, Laveleye dice que «el Estado es un grupo de hombres más o menos numeroso, unido bajo instituciones comunes y bajo el mismo soberano» (2); Mohl unifica las dos acepciones, señalando la finalidad del Estado; es éste para él «un organismo permanente, unitario, cuyas ordenaciones, dirigidas por una voluntad colectiva a la vez que sostenidas y ejecutadas por la fuerza común, tienen por objeto procurar la realización de los fines de la vida de una población dada» (3). Schulze define el Estado como «la unión de un pueblo vivo en una colectividad bajo un poder supremo y una constitución definida para la realización de todos los fines comunes, especialmente el establecimiento de un orden jurídico (*Rechtsordnung*)» (4). El concepto del Estado entraña, dice Bornhak, tres factores: un país (*Land*) definido, un pueblo (*Volk*) unido a él y ambos sometidos a una autoridad (*Obrigkeith*) suprema» (5). Willoughby seña-

(1) *De Republica*, 6.

(2) *Le Gouvernement dans la Democratie*.

(3) *Encyclopädie der Staatwissenschaften*, pág. 71.

(4) *Deutsches Staatsrecht*, vol. 1, pág. 19.

(5) *Allgemeine Staatslehre*, pág. 9. Comp. TREITSCHKE,

la, como elementos esenciales del Estado, estos tres: 1.º, una comunidad de pueblo socialmente unida; 2.º, un gobierno, y 3.º, un cuerpo de reglas o máximas que determinan el objeto de esta autoridad pública y cómo debe ejercerse (1).

14. Las definiciones que consideran al Estado, ya sea como una organización o comunidad, ya como un poder o fuerza dominadora u ordenadora, se basan también en *datos reales*. Los que llamamos *Estados* son, en efecto, grupos sociales, que ocupan territorios, con fuerza suficiente para mantenerse en ellos con independencia, y vistas esas formaciones *desde adentro*, surge por mil modos diversos la sugestión del Estado como un órgano de fuerza, de dominación, en las luchas de la vida, y como un poder organizador u ordenador. En una primera definición del Estado, basada en la consideración de la historia y de la realidad actual, se podría afirmar que el Estado es una organización social constituida en territorio propio, con fuerza para mantenerse en él e imponer dentro de él un poder supremo de ordenación y de imperio, poder ejercido por aquel elemento social que en cada momento asume la mayor fuerza política. Pero el concepto del Estado no puede estimarse determinado con esta indicación de sus caracteres exteriores y materiales: es preciso intensificar y ampliar la interpretación.

15. Y no hace falta, para practicar esta interpretación, abandonar el terreno de lo real: antes se ha de partir de los mismos datos reales, penetrando su signi-

Politik. V. mi folleto *La idea del Estado y la guerra europea* (1915).

(1) Ob. cit., pág. 4. Comp. Seydel, *Grundsuge einer allgemeine Staatslehre*, pág. 4. Garner, ob. cit., pág. 41. Carré de Malberg estima que recogidos los diversos elementos procurados por la observación, «se podría definir cada Estado *en concreto* una comunidad de hombres situada en un territorio propio y con una organización; de donde resulta para el grupo, considerado en sus relaciones con sus miembros, un poder superior de acción, de mando y coactivo». (Ob. cit. 1, pág. 7.)

ficación, que es lo que, después de todo, hacen los autores que, como Mohl o Schulze, señalan en la definición del Estado, al lado de las indicaciones objetivas relativas a la estructura y a la actividad, la *finalidad* del mismo.

Este modo interpretativo está patente en la concepción aristotélica cuando al diferenciar el Estado, dice W. Fowler, de todas las formas primitivas de sociedad, se sostiene que mientras en éstas el fin es simplemente la *vida*, en el Estado es la *vida buena*: la polis es la primera asociación en la cual el fin es la vida buena, y el fin de una cosa en la idea de Aristóteles es la forma perfecta según la cual la naturaleza se esfuerza por realizarla. Véase Aristóteles, *Política*, I, 28 (trad. inglesa de Jowet). Cons. W. Fowler, ob. cit., págs. 59-60.

He aquí los datos reales, empíricos, del Estado: *una fuerza de imposición (y de ordenación) en una reunión de hombres sobre un territorio*. La primera impresión interpretativa actual e histórica del Estado, libre de toda significación ética e ideal, es la de un instrumento para dominar. «El Estado, dice Bornhak, es *Dominación*» (1): es, no sólo el objeto de la dominación (Seydel) (2), sino el sujeto de ella. «El Estado es la dominación sobre el país y los hombres independiente de todo otro poder» (3): el Estado domina y manda. Pero ¿quién y a quién se domina?, pero ante todo, ¿quién es el Estado? El realismo empírico, en la más elemental e ingenua visión del Estado, sólo ve hombres y hombres, hombres sobre una tierra do-

(1) «Der Staats ist Herrschaft» (Bornhak, *Allg. Staatslehre*, página 9. Véase *Preussische Staatsrechts*, páginas 63-66.

(2) *Grunzuge einer all. Staatslehre*, pág. 4 (1873). Prólogo del Sr. De los Ríos Urruti a su traduc. esp. de la *Teoría gen. del Estado*, de Jellinek, págs. 15-17.

(3) Bornhak, *Allgemeine Staatslehre*, pág. 9.

mados por una voluntad o un poder—*imperio*—de hombres.

16. Conforme con esta noción del Estado se señala en la ciencia política la corriente que se inclina a considerarlo como organismo de fuerza, resultado de las luchas entre los hombres: luchas de razas, de pueblos, de intereses, de clases. Contemplando el espectáculo desde la Sociología, Gumplovicz escribe: «Sea cual fuere el Estado que consideremos, pertenezca a la antigüedad o a los tiempos modernos, esté situado en Europa, en Asia, en Africa, en todas partes, encontramos el mismo antagonismo, la acción mutua, dos grupos sociales, los gobernantes y los gobernados», que funcionan como representantes de dominadores y dominados, resolviendo por la formación del Estado, una lucha de razas. El Estado es «una organización progresiva de la soberanía del hombre sobre el hombre» (1), y resulta de la superposición de los vencedores sobre los vencidos, o de un desdoblamiento de los elementos sociales en el grupo de hombres, en virtud del cual surge dentro de éste un poder con fuerza coactiva. En la plenitud de su desenvolvimiento, el Estado es esencialmente Poder. «El Estado concreto, dice P. Leroy-Beaulieu, tal como lo vemos funcionar en todos los países, es un organismo que se manifiesta siempre con dos caracteres esenciales, y que es el único que los posee: el poder de imponer, por vía de coacción, a todos los habitantes de un territorio la observancia de mandatos llamados leyes..., y el de imponer, coactivamente también, a los habitantes del territorio sumas de que libremente dispone» (2). Es decir, se define el Estado por dos funciones históricas y efectivas: coacción en el derecho, coacción económica. Lo característico del Estado es

(1) Véase GUMFLOWICZ, *Politique et Sociologie. Compendio de Sociologia. Derecho político filosófico. Lucha de razas*. RATZENHOFER. *Die Sociologische Erkenntnis*, OPPENHEIMER, *L'Etat, ses origines, son evolution et son avenir*.

(2) *E'Etat moderne et ses fonctions*. Lib. I. c. V.

aquí el ser un poder que se impone. M. Duguit, que aspira a determinar las más recientes transformaciones del Estado, afirma que los Estados «se caracterizan porque hay en ellos una diferenciación definida y duradera entre los fuertes y los débiles, y los fuertes monopolizan una fuerza de que tienen conciencia» (1). «En toda sociedad humana, grande o pequeña, en la que se vea a un hombre o a un grupo de hombres con un poder coactivo imponerlo a los demás, debe decirse que hay un poder político con Estado» (2). Oppenheimer estima que «el Estado es enteramente en cuanto a su origen, y casi por completo en cuanto a su naturaleza, durante los primeros períodos de su existencia, una organización social impuesta por un grupo vencedor a un grupo vencido, organización cuyo único fin es reglamentar la dominación del primero sobre el segundo... Y esta dominación no ha tenido jamás otro fin que la explotación económica del vencido por el vencedor» (3). El punto de vista colectivista, en la explicación realista e histórica y económica del Estado, coincide con la concepción que hace de él institución de lucha y de dominación. «El Estado, afirma Engels, no es otra cosa que una máquina de opresión de una clase sobre otra clase.»

Relacionando la consideración del Estado como poder de dominación, con la diferenciación de gobernantes y gobernados, el Estado se reduce a ser el instrumento específico del poder que, triunfante, dominador, prolonga con su organización los efectos de la victoria del más fuerte (4).

(1) *L'État*. Comp. *La Trans. del Estado*.

(2) *Traité de D. Comt.* (2.^a ed. 1921), I., pág. 395. «Para que haya un Estado, añade, ese poder de coacción debe ser irresistible». Id., pág. 396.

(3) Ob. cit., pág. 6. Este concepto sociológico del Estado debe completarse con el de «federación libre», que implica el aniquilamiento de la esencia del Estado-dominador. Comp. *Conclusión*.

(4) V. TREITSCHKE. Recuérdese su fórmula *Der Staat ist*

17. Pero la interpretación de la realidad tiene que dar nuevos pasos. Suponiendo el Estado instrumento de lucha y de dominación, ¿puede estimarse sólo como una expresión de fuerza material cual si su fin exclusivo fuese dominar por dominar, y como si todo el proceso real de los Estados se encaminara a mantener la dominación, o sea el puro *imperio*? ¿No puede el análisis descubrir algún otro móvil íntimo en las organizaciones sociales que llamamos Estados? Por otra parte, el desdoblamiento o superposición de elementos, que integran la organización política: gobernantes que mandan, y gobernados que obedecen, ¿supone una separación infranqueable, definitiva, de factores entre sí irreductibles? Gumpłowicz, aunque estima la lucha como el impulso de la génesis social, al modo de Ratzehofer, no puede menos de buscar el motor y la raíz emotiva de la actitud de los que luchan. Por encima de la lucha actúa un principio supremo que sirve de fuerza de integración social, y es el de la conservación de sí mismo. «Todo grupo social, dice, está animado por el instinto de conservación» (*Sociologie et Politique*, pág. 237). Es decir, no se lucha por luchar, sino por conservarse. La soberanía del hombre sobre el hombre, de que se habla, es «para el bien de la humanidad». Insistiendo en las ideas de Gumpłowicz y de Ratzehofer, Ward estima el Estado como una consecuencia de la lucha de razas. Pero la función del Estado, aunque sea de lucha, tiene internamente otro alcance: viene a representar el papel de freno contra la disolución de las fuerzas sociales egoístas. «El Estado, dice Ward, fué primeramente el mediador entre las fuerzas en lucha.» «Porque la lucha de razas, como la de clases, aunque termine por la dominación de una raza o clase por otra, no engendra una sumisión absoluta». «Inmediatamente después de la conquista, dice Ward, la raza conquistada estaba por completo

Macht. El Estado es fuerza. *Politik*. Cons. mi estudio *La idea del Estado y la guerra europea* (1916).

bajo la dominación de la conquistadora; pero en el Estado se convierte en un medio poderoso de asimilación. Las gentes capaces y de mérito de la raza sometida, encuentran oportunidad para ejercitar sus facultades. Los miembros de la raza superior que no pertenecen a la nobleza o al sacerdocio, se dedican a los negocios, y se convierten en una clase capitalista e inspeccionan o intervienen la hacienda del pueblo. Estas dos clases se mezclan y forman el «tercer Estado» (*Pure Sociology*, pág. 550). En el movimiento de desintegración e integración social del proceso evolutivo de las sociedades, el Estado, que en la lucha de razas parece actuar como fuerza de desintegración, acaba por ser instrumento de integración y aparato regulador. Sin semejante freno, la lucha en la sociedad no tendría límites (Ward, *id.*, pág. 551). Imperaría el derecho del más fuerte. «El Estado ha sido, pues, según Ward, el paso más importante dado por el hombre en el sentido de la dirección de las fuerzas sociales» (*id.*, página 551). «Es fuerza, sin duda; pero una fuerza que acaba por ser la fuerza de reacción social para mantenerla unidad del grupo, en un orden de relaciones libres.» «El Estado, aunque sea esencialmente un instrumento de coacción para sus miembros, es de hecho un medio de hacerles libres» (*id.*, pág. 553). «Pudo comenzar siendo un simple instrumento de dominación; pero cuando en la sociedad se produce el instinto ético, que se refleja en el sentimiento de solidaridad, el Estado se hace el órgano reflexivo de esta solidaridad, reobrando en el seno de los pueblos contra las acciones antisociales de los individuos.» «El Estado es, por tanto, esencialmente moral y ético: sus propios actos deben ser necesariamente éticos..., aunque hasta aquí, en la historia de la sociedad, rara vez se han ejecutado actos que tendieran al progreso de la humanidad, ha sido la condición de toda empresa realizada, haciendo posibles todas las actividades sociales, industriales, artísticas, literarias y científicas, manifestadas dentro del Estado y bajo su protección» (Ward,

ob. cit., página 553. Comp. Ratzenhofer, ob., cit., páginas 235-236).

18. La concepción del Estado, como fuerza de dominación, viene, no sólo de la pura consideración de su estructura histórica—en las luchas—, sino también de la distinción de la sociedad, conjunto de hombres, frente al Estado, poder de mando. Pero una más adecuada comprensión del mismo proceso histórico de los Estados revela, en los hechos, la íntima armonía del interés político y de las necesidades sociales. El Estado no vive sin el asiento social, ni la sociedad sin la fuerza de integración que representa el Estado. La sociedad, con su Estado, y los grupos sociales unidos a ambos, se desenvuelven en una organización social, en la cual la necesidad social se expresa en un proceso a la vez de coacción y liberación. Sociedad y Estado se integran en el concepto de la sociedad que se gobierna a sí misma, es decir, la sociedad con un poder propio de dirección.

V. Ratzenhofer, ob. cit., pág. 235. A un resultado análogo puede llevar la concepción de Oppenheimer, el cual reconoce que la tendencia del Estado conducirá a una forma de vida de federación libre. «En realidad, dice De Greef, la sociedad se gobierna siempre a sí misma, sólo que de una manera más o menos consciente y contractual.» *Sociologie*, t. I, página 205.

Que el gobierno requiere poder es evidente: no se realiza ninguna aspiración, ni se satisface ninguna necesidad, sin poder suficiente: la vida social parece desdoblarse espontáneamente en una serie de necesidades y en un sistema de medios para satisfacerlas; ahora bien, la fuerza es el nexo que hace eficaz tal desdoblamiento. «Todos los intereses humanos, dice Jellinek, tienen necesariamente una tendencia psicológica que los impulsa a realizarse y a sostenerse, y tanto lo uno como lo otro exige fuerza. Por esto, en todo gru-

po social permanente, esté o no organizado, existe una aspiración intensa hacia la formación de un poder y hacia su afirmación. El factor social, que opera un poder más vigoroso, es el Estado. Ningún grupo social podría permanecer si no estuviese apoyado, o, al menos, reconocido por él... (1). Estamos ya en esta interpretación lejos del puro poder de dominación. El Estado, como poder, acaba, en efecto, por desempeñar funciones protectoras, de autonomía, de integración social, generando y manteniendo un equilibrio entre las diversas fuerzas sociales, equilibrio que no podrá sostenerse sino merced a un régimen de compensaciones recíprocas y de cooperaciones solidarias, y a la elaboración de normas reguladoras de las relaciones en que la vida se concreta.

19. Y así se dibuja la íntima relación existente entre el Estado como poder y el establecimiento del equilibrio entre las fuerzas sociales obra del Derecho y función del Estado. El poder del Estado, al servicio de una dominación ciega y opresora, será simple fuerza material, de valor puramente mecánico; en cambio, el poder del Estado, al servicio de las tendencias unificadoras que palpitan en toda sociedad, para establecer un equilibrio entre las fuerzas sociales contrapuestas, será una fuerza espiritualizada, de significación ética, capaz de generar un orden jurídico. Sin duda, es difícil lograr y sostener aquel equilibrio, como lo es mantener el imperio del Derecho. Cada interés humano, cada fuerza social, propende a dominar y aspira a apoderarse o a ser el Estado—el mayor poder—, para dirigir, según su egoísmo, la vida social toda, y así constantemente actúan en el seno de las sociedades las contraposiciones, y palpitan o estallan las luchas, para ser el Poder público, pero constantemente también se resuelven las contraposiciones y las luchas mediante transacciones y merced a la crea-

(1) Ob. cit, I, pág. 21.

ción de una conciencia moral capaz de generar *normas* y de establecer y sostener un *orden* en la realización de las *relaciones* humanas... (reinado del Derecho).

20. Como resultado de la consideración de los datos obtenidos en la observación de los hechos y de las interpretaciones doctrinales, quizá pueda afirmarse que los Estados funcionan en la Historia como instrumentos de luchas de intereses, de razas o de pueblos, para establecer y mantener una dominación; pero las luchas son una consecuencia de la necesidad íntima y esencial de la conservación, que exige, dentro del Estado o frente a otro Estado, una estrecha *cooperación* de elementos. Por otra parte, la misma lucha interior para la dominación, determina cohesiones íntimas, manifestaciones de solidaridad, y así, a la larga, la lucha y contraposición de los factores sociales se resuelve en cooperaciones y en armonías cada vez más amplias: desde la tribu a la ciudad-Estado, de éste al Estado-Nación... y hacia la Sociedad de Naciones.

De todo lo expuesto podemos inferir estas dos importantes indicaciones: 1.º, hay una íntima penetración entre el Estado y la vida social íntegra: el Estado no es la fuerza material o violenta que se impone en el proceso social, sino un poder interno que busca, o procura, o suscita, o consagra el equilibrio de las fuerzas en lucha; 2.º, la función esencial del Estado se resuelve, al fin, en una función de armonía de intereses, que se revela en la elaboración del Derecho, expresión del equilibrio de las fuerzas sociales.

21. Esto en cuanto a la interpretación del Estado en su aspecto funcional (poder o fuerza). Falta su consideración como comunidad u organización social. El Estado-Poder se exterioriza en la organización social de una comunidad. Pero ¿qué organización social o comunidad es el Estado? Porque la Iglesia, la Universidad, la familia son comunidades de vida organizadas, y la nación puede no ser un Estado, y, sin

embargo, constituir una organización social... Relacionando esta parte de la interpretación de los datos reales con la anterior, podría estimarse la organización social Estado, como la consecuencia de la diferenciación que supone la existencia de un poder gobernante. El Estado sería así la organización de la sociedad que hace efectiva la oposición entre gobernantes y gobernados, merced a la «distinción entre los gobernantes o detentadores de una mayor fuerza, y los gobernados sometidos a esta fuerza» (Duguit, *L'Etat*, I, página 616). Pero si esta oposición cristalizase sin más en la diferenciación entre gobernantes y gobernados, acabaría por deshacerse, sin cohesión íntima; entre el opresor y el oprimido falta el lazo de cohesión sostenedor de la vida social. Pero la oposición indicada se resuelve en una síntesis superior: por encima de gobernantes y gobernados, dice Duguit, está la «regla de Derecho» «que se impone a los gobernantes, que son individuos como los gobernados. Ellos deben obrar conforme al derecho objetivo y no pueden obrar más que en los límites fijados por él. Su voluntad no es en sí superior a la de los gobernados; como ésta, se impone cuando se emplea en sancionar el derecho; esto es, en garantizar toda cooperación a la solidaridad social.» Y no ya los gobernantes, sino el Estado mismo, se somete al derecho, a *su* derecho, y como esta sumisión no viene impuesta por ningún poder material, sino que es consecuencia de una fuerza moral propia, el principio de la dominación en el Estado se desvanece para dar vida al de la cooperación y armonía que el derecho, obra del Estado, consagra. Porque no podría explicarse la sumisión del Estado, poder de dominación, a *su* fuerza, si ésta sólo expresara la energía material para imponerse en la lucha; pero la idea de la sumisión a una norma ética, obra de una reacción psíquica en el propio Estado, así como la de imposición de esta norma, obra de la razón en definitiva, son ideas que se explican perfectamente. Y elaborar esas normas es *generar o hacer derecho*.

22. El Estado, pues, como *organización social*, se caracteriza merced a la realización de un *equilibrio jurídico*, que cambia según las condiciones del momento y del pueblo. Tan a flor de Estado como está la *acción de poder* hállase la de *orden y equilibrio*, si bien la interpretación de esta última exige una mayor penetración psicológica. Y, además, la acción de poder—aun cuando se revele como una dominación—se resuelve, al fin, en la imposición de ese orden, que se estima de derecho.

23. La apreciación misma del proceso real del Estado, en la Historia, no apoya enteramente el supuesto de que sea éste una mera organización social, con poder de dominación: en el proceso real de los Estados parece actuar—no obstante las crisis de revoluciones, de imperialismo y de violencias—una fuerza superior, de anhelo generoso, cuya elevación deberá producirse paralelamente con la del sentido ético en las sociedades, y que, de imponerse, convertiría los Estados históricos en órganos supremos de solidaridad expansiva, mediante la transformación de las exigencias éticas en verdaderas exigencias jurídicas. Sin duda que la contemplación de los Estados actuales, más bien sugiere una interpretación pesimista del proceso político; pero ¿no será la crisis del Estado contemporáneo una crisis de reconstitución, un momento difícil en la trabajosa generación del ideal jurídico y de la regeneración ética de la vida humana?

24. Pero ¿cómo se establece la relación entre el Estado y el Derecho? ¿Cómo aquél *genera y vive* el Derecho? El Estado, en el orden político, concíbese, según todo lo expuesto, como una *comunidad de vida permanente, limitada o definida en el espacio*—es territorial—y *dotado de poder suficiente*—capaz—*para establecer un orden jurídico*, o sea un equilibrio de fuerzas y de intereses, según exigencias éticas. En el fondo, como lo entendía Aristóteles: el Estado es una

unidad de vida, llamada a desenvolver los mejores instintos del hombre mediante la afirmación de la justicia (1). Pero ¿cómo se produce la justicia por obra del Estado? ¿En qué relación están el Estado como comunidad de vida y el Estado como poder? Porque la comunidad de vida es más que un simple orden jurídico: tiene un contenido de necesidades humanas, de fines. Pues bien: ¿cómo funciona el Estado en el sistema o conjunto de estas necesidades y aspiraciones sociales? Y luego, el Derecho, ¿es todo él obra del Estado político? Y ¿cómo hablar de un derecho que comprenda bajo su ordenación al Estado mismo? He aquí una serie de cuestiones, el planteamiento de las cuales muestra de qué manera la Política tiene que buscar sus cimientos en la observación e interpretación de la realidad jurídica y social. La determinación del Estado, como el *Poder* que genera y mantiene en la comunidad política el orden jurídico, obliga a considerar a aquél: 1.º En relación con el Derecho, como un fenómeno jurídico; 2.º En su aspecto social, como comunidad de vida, como fenómeno social, y 3.º En la íntima y estrecha compenetración de ambos aspectos (2).

(1) «El Estado desenvuelve virtudes desconocidas o imperfectamente conocidas de la familia y de la aldea: la *justicia*, en su verdadero sentido, aparece en el Estado.» NEWMAN, *Politics of Aristotle*, I, 38

(2) V. GIERKE, *Grundbegriffe des Staats*, en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, t. XXX. KRABBE, *Die Modern Staatsidee* (2.ª edic., 1919). CARRÉ DE MALBERG, Ob. cit., I, cap. I. E. BARKER, *The Word State* (*Times Literary Supl.* 23, Sct. 1920). WILLOUGHBY y L. ROGERS, *An Intr. to the Problem of Government* (1922). Cap. II.

CAPÍTULO II

El Derecho y el Estado.

1. Al desarrollar el concepto del Derecho, distinguíamos en éste como fundamentales elementos: 1.º La *relación* de utilidad entre exigencias—fines racionales—y la actividad de un ser *capaz* de darse cuenta de la necesidad y de cumplir aquellos fines—ser de razón—; 2.º Un *orden* adecuado para el establecimiento de las relaciones de utilidad, y 3.º Una *norma*, fórmula expresiva del *orden*. El Derecho es acción, vida, realización práctica de fines; iníciase como una relación de actividad; no hay derecho sin relación de actividad enderezada a cumplir un fin: lo que supone que hay alguien, un *ser*, un *sujeto* a quien referir la actividad. La atracción del fin, actuando sobre la voluntad del ser de la actividad, es la que genera la *obligación jurídica* y comunica carácter obligatorio al orden jurídico. «El fundamento último de todo Derecho—dice Jellinek—radica en la convicción inmediata de su carácter obligatorio, de su fuerza determinante y normativa» (1). Mas para que se produzca la convicción de la obligatoriedad del Derecho, ha de haber un *ser capaz* de tener aquella convicción y de *definir* y *comprender*, y, en último término, *imponer* el valor normativo de las relaciones de derecho. No se conci-

(1) Ob. cit., I, pág. 469. Comp. WILLOUGHBY y ROGERS, obra citada, pág. 21. POUND (cit. por WILLOUGHBY), *Outlines of Lectures on Jurisprudence*, págs. 1 y 55-56. V. DUGUIT, *Traité de Droit Const.* I. (2.ª edic.)

be derecho *sin* un *ser*, y esto en varios sentidos: 1.º En cuanto no puede producirse la relación que el derecho entraña sin un ser—*capaz*—que la establezca; 2.º En cuanto no puede declararse la norma que supone la realización de las relaciones jurídicas sin alguien que la elabore, y 3.º En cuanto no se concibe que la norma se aplique sin sujetos que a ella se adapten. En suma: *el eje Central del Derecho es el ser capaz de sentirlo, comprenderlo, declararlo, establecerlo y vivirlo.*

2. Y ¿quién es el *ser* derecho? Para determinarlo se ha de tener en cuenta el carácter psíquico y ético de las relaciones jurídicas. Aunque el Derecho se ofrezca al pronto como un conjunto de reglas—la ley—, el Derecho no empieza por la ley. La ley y, en general, el derecho positivo, son obra muerta si no descansan en soportes psíquicos, y no responden, o provocan, reacciones éticas en seres de conciencia. Y el *ser de conciencia* capaz, no sólo de la reacción psíquica, sino del movimiento que implica una dirección racional, es el ser plenamente jurídico; porque el sentimiento eficaz de la obligación pide *hacerse cargo* de las atracciones de ésta. Y este ser así capaz es la *Persona*, que «indica, sobre todo, un ser que subsiste y vive por sí, con propia espontaneidad y energía, causa interna y radical de sus hechos, que se producen por él mismo, no por impulso ajeno» (1). La persona es el ser dotado de racionalidad, o sea del «poder de darse cuenta del valor ético de las cosas, de elaborar una conducta, de referir a conceptos, a ideas, los actos» (2); según la definición de Kant, la persona implica la capacidad de que se nos imputen nuestros actos. Lo esencial en la persona, en relación con el Derecho, es

(1) GINER, *Estudios y fragmentos sobre la Teoría de la persona social*, pág. 2.

(2) GINER, ídem pág. 19. «La racionalidad, dice, es el poder de ser y vivir, más allá de lo limitado y la hora presente, en lo ilimitado y de todas las horas»

la capacidad de apreciar (juicio ético) el valor racional de los fines de la vida, para *ordenar* su cumplimiento, y de desdoblarse internamente el espíritu, de suerte que imponga a *su* voluntad las decisiones de *su* razón, o sea el *orden*, según el cual la razón pide que *los fines* sean cumplidos, dictando al efecto *su* norma.

3. Desde el punto de vista político, lo que distingue al hombre, y lo que acentúa en él lo propiamente *humano*, y lo eleva del *salvajismo* a la *civilización*, es la *posición racional* que le permite crear un orden jurídico propio: *su orden*, como ser que *domina* sus pasiones e impulsos instintivos para someterlos a la *norma* que él mismo elabora, como consecuencia de una valoración ética de las sollicitaciones que le atraen. El análisis del Derecho, en relación con la *persona*, ofrece una variedad de manifestaciones de vida jurídica, esferas de derecho, que empiezan por concretarse en el individuo: el hombre, en cuanto persona; porque la *relación jurídica*, aunque supone un sujeto de *obligación* y un sujeto de *fines*, no supone necesariamente dos seres, dos hombres o un hombre, de una parte, y el Estado o la sociedad de otra. En el hombre—*dentro* del hombre—se sintetizan las posiciones y elementos del Derecho, como derecho *subjetivo* y derecho *objetivo*, o sea como *exigencia jurídica* y como *norma* impuesta por las decisiones racionales del hombre mismo: persona. Lo esencial, para que el Derecho surja en la vida, es un ser capaz que centre en su conciencia la dirección ética de una conducta; y como el hombre es un *centro* de vida, en él se produce la primera esfera—autónoma—*irreductible*, del derecho. «Toda persona—dice Giner—, como ser dotado de conciencia, o sea de conocimiento y discernimiento, de inclinaciones y afectos, de voluntad y libertad, dirige por sí sus relaciones jurídicas, como las demás de su vida, relaciones que constituyen en ésta una esfera sustantiva y propia, al modo de todas las otras, gobernándolas independientemente, según los varios grados adecuados al de su capacidad para ello, ya en autarquía o soberanía, ya

con auxilio de tutela, mediante representación, etcétera» (1).

4. Y siendo el hombre persona, él, en primer término, dirige sus relaciones jurídicas, constituyendo su propia esfera de *derecho—inmanente*—: derecho que nace y muere, o se disipa y cumple, en la vida interior de la persona misma: 1.º Porque la relación jurídica se establece entre los fines de la persona y su actividad racional; 2.º Porque la persona, y sólo ella—individuo o grupo—, es quien directamente crea y mantiene su orden, y 3.º Porque es también quien dicta e impone su norma; en suma, la persona es quien elabora y vive su derecho. Sólo la persona está, en efecto, en situación: 1.º De apreciar las condiciones íntimas de su vida; 2.º De ordenar estas condiciones en vista de las sollicitaciones que la atraen; 3.º De *imponerse* el orden que establezca.

5. En toda persona, pues, a partir del hombre, o sea en el hombre y en todo círculo de vida racional sustantivo—grupo constituido: ciudad, municipio, región, nación, asociación, fundación—, se produce y mantiene una esfera de relaciones jurídicas: la *suya*, y, por tanto, el hombre mismo y cada círculo de vida humana—racional—, tienen su *derecho*, que elaboran y cumplen por sí directa e inmediatamente, o por medio de otros, verbigracia, cuando las circunstancias o la naturaleza *social* de la persona así lo exigen. La *fuerza* normativa del Derecho viene de la misma persona, de su capacidad, no de un poder exterior a ella; salvo los casos de intervención reclamada por las necesidades del Derecho mismo, por ejemplo, en el de la aplicación de la *coacción* por el poder público, para hacer cumplir una relación jurídica; pero, aun entonces, la fuerza coactiva para el sujeto del poder público—*el Estado*—

(1) *Estudios y fragmentos* cits., pág. 191.

es un poder suyo, que se mueve merced a su propia voluntad autónoma.

6. El hecho de la intervención - coacción—ejercida, con aspiraciones a monopolio, por el *Estado* que en cada período de la historia representa el círculo más amplio de la vida política, Estado con poder directivo, *poder público* supremo, explica: 1.º Que se atribuya a dicho Estado—el nacional, hoy, sobre todo—la función específica declarativa de las normas jurídicas eficaces, y 2.º Que se conceptúe como nota distintiva del Derecho—de las normas jurídicas—la posibilidad de ser éstas garantidas por los poderes públicos, mediante la coacción.

Expresa muy bien esta limitación Jellinek: «No hay disputa alguna—dice—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 costumbres. Y si es así, ¿dónde radica la nota específica, diferencial, de las reglas y prescripciones jurídicas?» Más abajo añade «que a las normas jurídicas corresponden los siguientes caracteres esenciales: 1.º, son normas que se refieren a relaciones externas y mutuas de los hombres; 2.º, son normas que proceden de una autoridad exterior reconocida, y 3.º, son normas cuyo carácter obligatorio está garantido por poderes exteriores». (Obra citada, I, pág. 422.) Jellinek dulcifica el concepto de la coacción, estimando que no es «una nota esencial al concepto del Derecho, sino la garantía, de la cual la coacción no es sino una forma subordinada». (Idem, página 427.) Pero queda en pie la indicación, merced a la cual, el Derecho es una norma exterior, de autoridad que se impone, en definitiva, por la fuerza; y esto supuesto, surge el problema del Derecho político. ¿Cómo hay un derecho para el Estado, derecho que no puede ser, respecto de él, una norma exterior emanada de autoridad externa, ni impuesta por otros poderes que los suyos?

7. A la primera limitación cabe oponer el hecho de que el Derecho se produce plenamente, no sólo mediante los Estados territoriales supremos — Estado-Ciudad... Estado-Nación—, sino fuera de ellos, en el continuo fluir de relaciones jurídicas que se condensan y realizan a través de la conciencia, y por obra de sus reacciones y movimientos, de todas las personas individuales y sociales, creadoras, a su modo, de verdaderos mundos jurídicos, distintos. La primera manifestación de un orden de derecho se ofrece, según queda dicho, en la persona individual: el hombre tiene su *yo jurídico*, es decir, su mundo, su orden de vida, que se dibuja con relieve en las *Declaraciones de derechos*, las cuales, al poner por encima del Estado un cierto círculo jurídico íntimo, garantizan frente al Poder público el orden de relaciones privatisimas de la personalidad humana individual (1).

Para explicar el derecho de personalidad, basta el hecho mismo de la existencia actual de la persona, que se afirma como ser de derecho, es decir, como *sujeto real de derecho*—de exigencias—distinto del Estado, y sustantivo. Por otra parte, el Derecho es obra de numerosísimas entidades e instituciones, desde la familia que mantiene su existencia *en el Estado*, pero distinta de él—mi casa mi reino—, hasta los diversos núcleos locales, que doquier afirman su autonomía o su autarquía, al lado del Estado—nacional hoy—, y los cuales se reservan, como condición esencial de su existencia personal, un círculo de relaciones jurídicas y un poder propio ordenador (2). El derecho privativo de las aso-

(1) Se ve esto claro en los *Bills of Rights* americanos, los cuales «no quieren sólo formular ciertos principios de organización política, sino que, ante todo, determinan las líneas de separación entre el Estado y el individuo. El individuo no debe, según ellos, al Estado, sino a su propia naturaleza de sujeto de derecho, los derechos que tiene inalienables e inviolables». (JELLINEK, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. esp. de A. Posad, página 141.)

(2) V. BARKER, *Pol. Theory in England from Spens*



ciaciones y sociedades no políticas, ¿cómo explicarlo si no es reconociendo en cada institución un poder jurídico creador? La afirmación de Gierke de que el Estado —el político, quiere decirse— no es el único órgano de la producción del derecho, expresa, en mi sentir, una verdad positiva. La institución, considerada como organización social y núcleo de vida, encierra un equilibrio de fuerzas que se mantiene bajo un orden jurídico: el Estado es institución; pero no sólo el Estado es institución: lo son la Familia, el Municipio, la Provincia, las Iglesias, las Asociaciones. «La institución— dice Hauriou—, como grupo de hombres, necesita, para mantener las situaciones establecidas en el grupo que se observe, una cierta conducta, por todos esos hombres; para obtener esa conducta son precisas reglas de conducta creadas en el interior de la institución, y, forzosamente, con el concurso del poder de mando que reina en ella, sino únicamente por él» (1). De ahí nace el poder propio, de sostenimiento y de ordenación jurídica, que tiene toda institución, y que se manifiesta en relación con la existencia del grupo que forma la institución, y con los miembros del grupo (2). La afirmación de la existencia de los círculos de derecho, distintos en las diversas formaciones sociales, revélase en las constantes luchas por la autonomía y por la personalidad; todos aspiran a tener y definir su propio *yo jurídico* en el sistema del Derecho, que *históricamente* se establece en el Estado político supremo. La expresión formal, más ostensible, de la sustantividad ju-

to To day. COLE, ob. cit., *Self-government in Industry.* I. J. L. BROWN, *English Pol. Theory*, caps. XI y XII.

(1) Véase HAURIOU, *Principes de Droit Public* (París, 1910), pág. 135. V. 2^a edic. (1916) esp., págs. 111 y sigs.

(2) HAURIOU, *Principes*, cit., páginas 136 y 137, llama derecho disciplinario «al que representa el interés del grupo expresado por la coacción del poder de dominación», y derecho estatutario al que «representa el interés del grupo expresado por la adhesión individual de los miembros a los procedimientos colectivos de la vida corporativa».

ridica de un Estado *político* subordinado—en el Estado federal—consiste en su poder para darse una constitución; la de una formación local, v. gr., un Municipio, se ofrece en el reconocimiento de su *Self-government*; la de una asociación, en el poder de reglamentarse y dirigirse hacia su fin (1).

8. La otra limitación del concepto del Derecho, merced a la cual éste sería función exclusiva del Estado político, porque sólo él garantiza su realización con las posibilidades de la *coacción*, se admite aún con extraordinaria generalidad, estimándose que el Estado tiene precisamente por fin esencial, cuando no único, declarar y hacer efectiva la regla jurídica, mediante el poder coactivo. En esta concepción el Derecho viene a ser el conjunto de normas protectoras de intereses, declaradas por el Estado, a las cuales debe acomodarse nuestra conducta social, ateniéndonos, en caso contrario, a las consecuencias de la *intervención coactiva de aquél*; es, pues, el Derecho obra de una fuerza—del Estado—capaz: 1.º, de declarar la norma jurídica, y 2.º, de imponerla.

«El Derecho es la posibilidad de la coacción» (Thibaut); «Derecho y facultad de coacción significan una misma cosa» (Kant); en Ihering, *Esp. de D. R.*, traducción fr. IV. pág. 377. Véase Jellinek (ob. cit., I, pág. 421 y siguientes), el cual advierte, sin embargo, que 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». Comp., sin embargo, Willoughby y Rogers, ob. cit., pág. 20.

9. Mas se oponen a esta concepción del Derecho serios reparos. En ciertas esferas del mundo jurídico la posibilidad de la coacción desempeña una función

(1) El estatuto es el reglamento que se da una corporación en cuanto es sujeto de derecho. Cons. GIERKE, *Genossenschaftstheorie*, pág. 138.

importante: como motivación sobre todo de una conducta jurídica. El temor a una sanción, el deseo natural de evitar reclamaciones de daños y perjuicios por actos contra derecho, son estimulantes que actúan sobre la conducta de las gentes en el sentido que el derecho exige. Pero: 1.º, ese temor no es el único estimulante jurídico, ni la más eficaz garantía del derecho; 2.º, su acción es más propia y más efectiva cuanto más bajo sea el nivel moral del sujeto llamado a respetar la norma jurídica y del medio social en que un derecho ha de cumplirse; 3.º, en todo caso, dicha acción tiene un campo de manifestación reducido; 4.º, el momento esencial de la generación del derecho y la última y suprema garantía de su cumplimiento no pueden ser objeto de coacción: implican *actos de Estado* sin sanción.

10. Haremos algunas consideraciones para razonar los reparos formulados. Respecto del primero puede decirse, con Jellinek, que la doctrina de la coacción, «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... y profesiones; las asociaciones eclesiásticas; la prensa y la literatura, son una coacción mucho más fuerte que toda la que puede ejercer el Estado de una manera consciente» (obra citada, I, páginas 425-426). En efecto, al lado de la coacción, función política, está la acción de presión de la opinión pública, de las costumbres y prácticas sociales, de las masas, en las cuales, en último término, tiene que apoyarse el Estado mismo para ejercer su coacción de manera eficaz. La coacción jurídica es, en verdad, incapaz por si sola de garantizar el derecho (Jellinek, *idem*, pág. 426); por encima de ella, y sirviéndole de cimiento o de rectificación, actúa el fluir de la vida social, que espontáneamente, o por la acción con-

corriente de las fuerzas éticas que en aquélla actúan, genera normas, establece y mantiene el orden y modifica incesantemente las cristalizaciones jurídicas: costumbre jurídica contra ley, adaptación de la ley merced a la función *interpretativa* que se produce en la conciencia social, mediante el juez, o, más directamente, bajo la excitación de nuevas necesidades y aspiraciones, de las que, a veces, el poder público no se entera, o tarda mucho tiempo en reconocerlas. V. Cruet, *Le vie du droit et l'impuissance des lois*. De Diego, *Fuentes del Derecho civil español* (1922).

11. Que la acción de la coacción es más aplicable cuanto más bajo sea el nivel moral del sujeto y del medio social en que el Derecho ha de cumplirse, es un hecho de pura observación. La coacción jurídica, aun revestida de las formas y solemnidades que la ennoblecen, es, en definitiva, *violencia*: aplicación de una fuerza exterior para constreñir a una voluntad a acomodarse a una norma. Pero el ideal de un orden jurídico, ¿estriba en que éste impere por la fuerza, o por la adhesión espontánea de las voluntades? Pero la adhesión espontánea es más natural cuanto más intensa sea la acción de la conciencia moral del sujeto, y más despierto esté el instinto moral en la sociedad. El látigo, la pena, la amenaza, la simple presión del Poder público, pierden valor a medida que la educación y la formación moral de las gentes hacen a éstas más sensibles al derecho, y más capaces de reacciones de adhesión al orden jurídico. Podría interpretarse el proceso de la función jurídica del Estado como una transformación de la coacción de fuerza material en influjo moral. El hombre inculto quizá se mueve noventa veces de cien por miedo a la pena, pero a medida que se educa, el guardia civil resulta para él más innecesario; por su parte, los pueblos, a medida que elevan su nivel cultural, hacen depender la fuerza y eficacia del derecho más de la presión ética, y de la opinión, que del derecho penal, el cual, además, propende a transformarse de derecho represivo en tutelar, que previe-

ne y educa. Es decir, que la misma coacción pugna por convertirse en reacción, perdiendo su carácter impositivo y violento.

12. Que la acción de la coacción tiene una esfera de aplicación reducida, es también hecho de observación. El poder público, coactivo, sólo de dos maneras puede ejercitarse en relación con el cumplimiento del derecho: o privando de libertad al individuo, para impedir que pertube el orden jurídico-social, o apoderándose materialmente de una suma de bienes o de cosas, que aparecen formando parte de un patrimonio, para hacerlas pasar al patrimonio de otra persona, ya porque legítimamente pertenecen a ésta, ya en concepto de indemnización debida por daños o perjuicios. Y siendo esto así, la acción de la coacción física no es aplicable en la esfera irreductible del derecho inmanente de cada persona. Por otra parte, la regla jurídica consuetudinaria no recibe su fuerza de la coacción del Estado. Y, «aun en aquella esfera del derecho que ampara la sanción de los poderes políticos, las decisiones últimas de un legislador, Tribunal Supremo, Jefe del Estado, etcétera, aunque esencialmente jurídicas, no se hallan sometidas ya a coacción. Lo mismo acontece en el llamado derecho *supletorio*, en que el precepto legal deja ancho campo a la libertad individual, y sólo se aplica a falta de determinación de las partes interesadas. Así como en un gran número de relaciones de las que han solido denominar algunos *ético-jurídicas*: verbigracia, la fidelidad en el matrimonio o la gratitud, que producen, no obstante efectos legales; en muchas estipulaciones, como las que originaban la obligación natural de los romanos, y, en general, en todos los contratos que versan sobre la prestación de un servicio, y que si se dejan injustamente de cumplirse, podrán, a lo sumo, y no siempre, dar lugar a indemnización y hasta a pena, pero de ningún modo a coacción inmediata para efectuar el hecho pactado» (Giner y Calderón, *Resumen de F. del D.*, pág. 53). En los Estados contemporáneos a diario se producen manifestaciones

de la ineficacia jurídica de la coacción: bastará recordar la situación de los Poderes públicos en los grandes movimientos sociales de masas: huelgas, paros, etcétera, etc.: ¿cómo actuar con coacción eficaz frente a la huelga de grandes masas? Y la huelga, no sólo supone un estado de violencia, sino que produce a veces una grave y general perturbación jurídica y social. (V. mi *Teoría soc. y jur. del Estado*. Cons. G. Sorrel, *Réflexions sur la violence*, edic. 1919.) La intervención más eficaz en esos conflictos ha de enderezarse, más que a constreñir, a provocar reacciones y estados adecuados de opinión.

13. Por último, el momento esencial en la generación del derecho, el *acto fundamental del Estado*, cae fuera de toda acción coactiva. Es este acto la afirmación del *yo* del Estado, y su realización o posibilidad, plantea inmediatamente este problema: *¿Quién coacciona al Estado?* La coacción supone que el Estado dicta la norma a la que los hombres y la comunidad se han de acomodar, exponiéndose, en caso de desconocimiento o de rebelión, a la intervención coactiva del Poder público. Ya sea que el Estado genere el derecho por medio de la ley, o bien que aquél reciba de la elaboración social la inspiración de la norma o la norma misma—obra del espíritu del Pueblo, de Savigny, o expresión de la voluntad general, de Rousseau—, o que se reduzca el Estado al simple hecho «de la diferenciación entre gobernantes y gobernados»—Duguit—, sometidos al derecho objetivo, o se le considere un puro poder de dominación (Gerber...), o la más alta comunidad humana con poder ordenador (en el sentido de Gierke o de Jellinek), en definitiva, el Estado se ofrece como un Poder que hace efectivo el derecho—norma—mediante la fuerza del Estado. En las concepciones, como en la realidad misma, impera la idea de una *separación* de elementos sociales, o la de una *diferenciación* social; o el Estado es un puro instrumento de poder, distinto de la

sociedad y que actúa sobre ella, imponiéndole normas que hará efectivas con su fuerza, o es la expresión de la organización misma de la sociedad, que por medio de uno de sus órganos, el Poder público, declara e impone las normas jurídicas; en todo caso se produce un desdoblamiento: de un lado, un *orden jurídico que abarca un sistema de relaciones reguladas por normas obligatorias*; de otro, el Estado, que *garantiza la efectividad y cumplimiento de esas normas*. Pero, aun suponiendo restringido el mundo del Derecho al reconocido por los Poderes públicos, hay dos momentos en los cuales el régimen jurídico escapa a la acción directa de toda coacción por el Estado: 1.º, el de la declaración de la norma jurídica; 2.º, el de su sanción última. ¿Cómo constreñir al Estado a declarar la ley? ¿Cómo obligar coactivamente al Estado a imponerse a sí mismo la sanción? Si la opinión pública es la fuerza que, en último término, domina al Estado, ¿quién domina a la opinión, que es la expresión del querer del Estado mismo? (1). En el proceso generador del Derecho y de su realización por el Estado hay instantes en que todo queda, por decirlo así, en el *aire*, sin guardia civil ni cárcel que lo sostenga. El Estado, en esos momentos, tiene que apoyarse *sobre sí mismo*; es, a la vez, *soberano y súbdito y se domina a sí propio*.

14. Claramente señala Jellinek esta acción del desdoblamiento interior del Estado (2): «¿Es capaz el Es-

(1) «¿Quién *vigila* al *vigilante*?», preguntaba DORADO. ¿Quién *puede* con el *Poder*?

(2) En el Prólogo a su traducción de la *Teoría general del Estado* (páginas LI a LIII) de JELLINEK, el Sr. DE LOS RÍOS expone con gran exactitud la doctrina del autor citado sobre el fundamento último del Derecho y del Estado: «Las raíces del orden jurídico—dice—se hallan en otro de naturaleza *metajurídica* y, en rigor, estrictamente ético.» Como el Sr. DE LOS RÍOS se limita a considerar el problema en la doctrina de JELLINEK, refiriéndose tan sólo a las influencias que más directamente han debido influir en la formación de la teoría o posición del profesor alemán, se explica que no haya relacionado la concepción de lo metajurídico con la doctrina del Es-

tado mismo de un orden jurídico? (1). ¿Hay un derecho para el Estado? (2). Siendo el Derecho obra del

tado de KRAUSE y con las elaboradas en la orientación krausiana por el SR. GINER (V. *Princ. de Der. nat.*, de GINER Y CALDERÓN. Comp, L. ALAS, *El Derecho y la Moralidad*) sobre el derecho inmanente, el derecho sin coacción, el Estado jurídico y la realización espontánea del derecho, doctrinas que ofrecen una explicación del derecho del Estado y del derecho político, como *derecho para el derecho*. (Comp. IHERING, *Der Zweck im Recht*, I, pág. 241.)

(1) Véase JELLINEK, ob. cit., I, pág. 427.

(2) Así planteaba el SR. GINER en su curso de Derecho político dado en la Institución libre de Enseñanza, por los años 1880 a 1882, el problema del Derecho político para llegar al concepto del Derecho para el Derecho. Véase en sus *Estudios jurídicos y políticos* (Madrid, 1875) el *Plan de Elementos de Política general*; allí se advierte de qué modo hace surgir de la intimidad y compenetración del Derecho y del Estado (en cuanto esto es «el ser y sujeto de derecho en la realización de esta su propiedad») el concepto del Derecho político. Siguiendo las enseñanzas del SR. GINER, he expuesto el concepto del Derecho político como Derecho para el Estado y como Derecho para el Derecho en mis *Principios de Derecho político, Introducción*, cap. I, 1884. El punto de vista del Derecho para el Derecho resuelve el problema del Derecho político, que con tan admirable precisión plantea JELLINEK, sin salir del terreno jurídico y sobre bases de realidad, mediante el análisis realista del Derecho y del Estado. Se ha podido tomar otro camino, que parece llevar a la supresión del problema, considerando que el Estado no puede obrar antijurídicamente porque el Derecho es la misma voluntad del Estado, y sería absurdo imaginar a éste obrando contra su voluntad. El Estado es el mismo orden jurídico y no puede ir contra ese orden; luego, diríamos, el acto jurídico más puro—el fundamental—será incoercible, y quedará la coacción entonces como nota de la aplicación de la norma por el Estado (CONS. KELSEN, ob. cit.). Pero, aun en esta esfera, la coacción tiene todas las limitaciones que indicamos. Por otra parte, aun suponiendo el Estado, concretando su acción para hacer efectivo el orden jurídico o el derecho objetivo—la voluntad del Estado para la pena y la ejecución—como esa concreción ha de hacerse mediante instituciones, gobernantes, siempre quedará sin *garantía* la última *garantía*, o sea los gobernantes supremos que garanticen el cumplimiento del derecho y que no lo cumplan. ¿Quién los somete? (CONS. SCIDLER, *Das juristische Kriterium der Staats*, 1905, y ROMANO, *L'Ordi*

Estado y dependiendo la realización de aquél de la fuerza de éste, «¿qué situación corresponde al Estado respecto del Derecho que dentro de sus límites se forma?» (1). ¿Crea el Estado el Derecho? ¿Es éste anterior al Estado o surge éste por obra de las necesidades jurídicas? Lógicamente el Estado parece anterior al Derecho o, por lo menos, coetáneo. ¿Cómo, en efecto, hablar de derecho sin ser que lo viva? El Derecho, por sí, no existe, no es un ser: es obra de seres que lo realizan al vivir; suprimid de la Historia los hombres y los Estados, y no habrá Derecho. Y siendo así, el Estado, ¿queda fuera del Derecho? En otros términos: «el orden jurídico del Estado es derecho para los que están sometidos a él. Ahora bien: ¿es derecho para el Estado mismo?» (2). Jellinek considera la solución del problema en el proceso histórico, y puede afirmarse que tal proceso marcha en el sentido de la sumisión del Estado al orden jurídico; no tiene otra significación el régimen constitucional (3). Aun los que consideran que el Estado «no puede ser obligado mediante su derecho», o que «el Estado mismo no puede ordenarse a sí propio», reconocen que en el derecho público «existen imperativos para los órganos del Estado» (4). Si la fuerza obligatoria, característica esencial del Derecho, ha de concretarse y hacerse efectiva mediante un poder exterior que manda a *súbditos*, no habrá forma *jurídica* de someter al Estado mismo, que es el Poder, al Derecho, lo cual quitará a éste su suprema garantía, pues el Poder generador y sancionador quedará fuera y por encima del orden jurídico, siendo la Ley la voluntad del Príncipe, la Voluntad general, el Querer de la mayoría..., es decir, la expresión de un orden

namento giuridico. (1918). CARRÉ DE MALBERG, ob. cit., I (*Les fonctions de l'État*). DUGUIT, *Droit Const.* (2.^a edic.), I, capítulo I.

(1) JELLINEK, ob. cit., I, pág. 461. (Comp. KELSEN, ob. cit.)

(2) JELLINEK, lib. cit., I, pág. 461.

(3) Véase el volumen II de este TRATADO.

(4) JELLINEK, l. c., I, pág. 465.

material y arbitrario. Se ha resuelto esta grave dificultad de la falta de base jurídica del Estado, dando al Poder un origen trascendental, y buscando en su origen divino la justificación suprema de sus mandatos (1). Según Jellinek, la cuestión del derecho, para el Estado, es de naturaleza *metajurídica*. A mi juicio, la cuestión es esencialmente jurídica y se resuelve merced al racional supuesto de que el Estado es capaz de ordenar su vida, de *autodeterminarse*, de *autolimitarse*, de *autoobligarse*; pero no sólo en el sentido que indica Jellinek, y según el cual, «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», sino en el que implica la concepción del Estado como personalidad capaz de determinarse, de dirigirse, de crear su mundo jurídico. No se trata sólo de que el Estado se obligue a condicionar el cumplimiento del derecho que declara, sometándose a él, sino del hecho de que el Estado es capaz de realizar una vida jurídicamente ordenada, en relación con su ideal ético. El momento capital de generar la regla jurídica y el de sancionarla, rechazan la posibilidad de la aplicación de un poder exterior: depende todo del poder—capacidad moral—del Estado mismo; en otras palabras, el Estado se acomoda al Derecho, porque posee la capacidad necesaria para entablar relaciones jurídicas, formular sus normas y establecer y mantener un orden interior *suyo*. El problema del Derecho, como obra del Estado y de la sumisión de éste a aquél, es un problema *psicológico* y *ético*, y su solución depende: 1.º, de que el Estado tenga una conciencia en grado tal de formación que sea capaz de autodirección, y 2.º, de que, además, el Estado sea capaz de determinarse según solicitaciones ideales.

(1) Comp. JELLINEK, lib. cit., pág. 465.

Es, sin duda, curioso ver cómo algunos escritores procuran explicar el hecho real o posible del *Estado sometido al derecho*—del *Rechtstat*—. Duguit, que ha estudiado el caso con gran perspicacia (véase *Traité de Droit Constit.*, I, pág. 54, edic. de 1911; comp. la 2.^a edición del *Traité*, I, pág. 496 y siguientes), recuerda la posición de Ihering en *Der Zweck im Rechte* (I, página 241); sostiene Ihering que la única fuente del Derecho es el Estado; pero los hombres no se han detenido ahí: han ido más allá, hasta ver en el derecho una norma, un orden, que obliga, no sólo a aquellos a quienes se dirige, sino también a quien la formula: esta acción obligatoria del derecho respecto del Estado se realiza por la autolimitación que convierte al Estado en *Rechtsstaat*. Y esto por interés general, porque el poder del Estado ha comprendido que será mejor obedecido, respetando la ley por él mismo formulada. La concepción de la autolimitación es la que Jellinek desarrolla, dándole un fundamento ético, mediante el desdoblamiento del poder del Estado como poder que actúa sobre sí mismo. Duguit rechaza la concepción de Jellinek, estimando que la *autolimitación* es una garantía muy frágil contra la arbitrariedad del Estado; el Estado está ligado por un derecho superior a él, y si está obligado a respetar las leyes que él hace, es porque se presume que son expresión de ese derecho superior. Pero ¿quién obliga al Estado a someterse a ese derecho? ¿No será él mismo?

15. Relacionando los resultados de la crítica de la coacción con los indicados en la investigación de la naturaleza del ser jurídico—la Persona—, se pueden formular estas conclusiones:

1.^a La relación íntima del Derecho y del Estado se produce y manifiesta en el proceso de realización de aquél. El Derecho, como relación, supone: *a*), un ser o sujeto con capacidad para sentirlo y cumplirlo—la Persona—; *b*), un círculo o esfera de finalidad racional, que, puesta en el horizonte real e ideal de la

persona, depende de ésta que tal finalidad se cumpla; c), capacidad en la persona para elaborar una conducta a la que se ajuste su actividad, ante las solicitudes diversas, acaso encontradas, de la finalidad racional puesta en su horizonte—función de la estimación *ética*—; d), la definición por la persona misma (Estado) de la norma obligatoria a que la conducta debe acomodarse; e), el establecimiento de un orden jurídico, resultado de la elaboración de la norma por la persona como Estado.

2.^a El Estado surge como la expresión que define la función de la persona en el cumplimiento del Derecho: *toda persona tiene su Estado*.

3.^a Lo característico del Estado consiste en la fuerza ética—poder—con que establece y mantiene el orden jurídico: no es el del Estado un Poder de pura dominación, es ético y de ordenación.

4.^a El Estado resulta, en cada caso, calificado: 1.^o, por la índole de la persona misma: es individual o social, territorial o sin límite de espacio; 2.^o, por el grado de desarrollo de la personalidad: en formación, en tutela, en plenitud de vida, en descomposición; 3.^o, por la finalidad a que responde la constitución de la personalidad: total y especial—sindicatos, naciones, etc.

«El círculo sustantivo del derecho, dice Giner, que rige una persona, sea individual, sea social, lo mismo una aldea que un imperio, se llama *Estado*, aunque este nombre se reserva hoy muchas veces para el último grado constituido en la sociedad.»