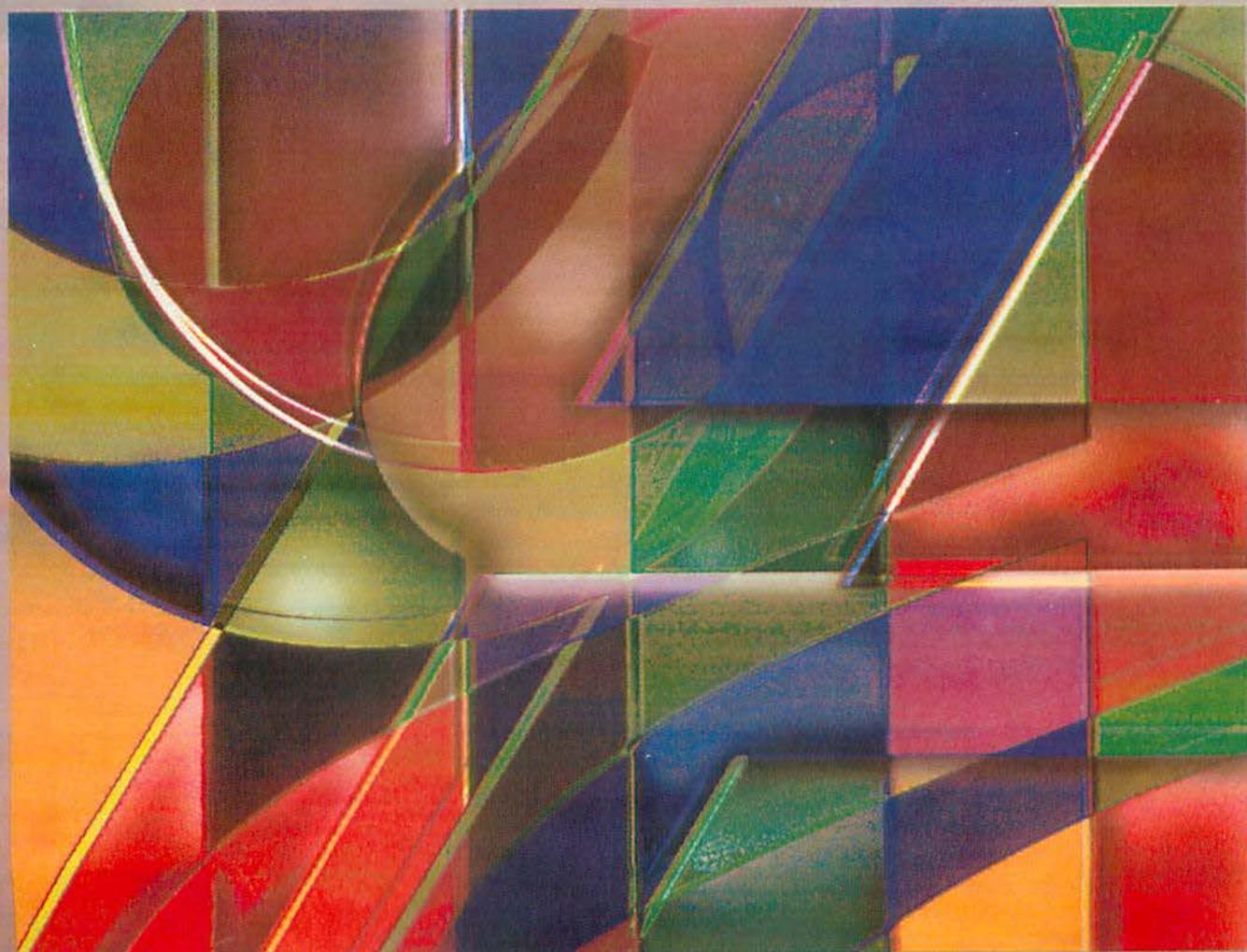


P o l í t i c a y D e r e c h o

Teoría general
del Estado

Georg Jellinek

Prólogo y traducción de Fernando de los Ríos



SECCIÓN DE OBRAS DE POLÍTICA Y DERECHO

TEORÍA GENERAL DEL ESTADO

Traducción de
FERNANDO DE LOS RÍOS

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, prolog. 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*

La Fundación Fernando de los Ríos, propietaria de los derechos de autor de esta traducción, autorizó desinteresadamente la presente edición, como homenaje a don Fernando de los Ríos, en el 50 aniversario de su fallecimiento en Nueva York en 1949.

PRÓLOGO DEL TRADUCTOR

I. INTRODUCCIÓN

Jellinek

La obra cuya traducción ofrecemos a los lectores no responde totalmente al plan que su autor se trazara; la muerte le impidió llevar a cabo su propósito. Jellinek murió el 12 de enero de 1911, cuando aún se esperaba de él —había nacido el 16 de junio de 1851— que continuara durante largo tiempo su labor espléndida en pro del enriquecimiento de la ciencia política. Su obra capital, *Teoría general del Estado* (*Allgemeine Staatslehre*), había de ir seguida, en el plan que él concibiera, de una segunda parte: *Teoría especial, particular, del Estado* (*Besondere Staatslehre*), de la que sólo conocemos un esquema publicado después de su muerte, juntamente con otros muchos estudios inéditos, por el hijo del autor.¹

La vida científica del profesor Jellinek ha sido sumamente fecunda; sus obras van traduciéndose a todos los idiomas, y el influjo que su doctrina ejerciera al principio en el círculo limitado de los países de lengua alemana, va extendiéndose sin cesar. El centro ideal de sus preocupaciones lo formaron “las cuestiones de ética, la investigación de los valores de la vida humana. En su disertación doctoral acerca del optimismo de Leibniz y el pesimismo de Schopenhauer, se decide por el primero, y más tarde se dedica a trabajar por determinar conceptualmente el lugar que corresponde al derecho en su conexión con la vida ética de la comunidad”.²

Propósitos del prólogo

¿En qué relación se encuentra la concepción jurídica de Jellinek con las que le han precedido en el moderno derecho público alemán?, ¿qué mo-

¹ *Ausgewählte Schriften und Reden von Georg Jellinek*. Dos volúmenes editados por W. Jellinek y precedidos de un breve prólogo de W. Windelband, Berlín, 1911, O. Häring. La parte relativa a la *Teoría especial del Estado*, meramente abocetada, comprende: El monarca.—El parlamento.—El ministerio.—Los servicios públicos.—Las comunidades.—Las funciones del Estado. Además de lo expresamente agrupado bajo el título de *Teoría especial del Estado* hay otros estudios que indudablemente habrían hallado cabida en esta parte de la obra. (Véase lo que dice a este respecto W. Jellinek en el prólogo, página xv, y además véanse los estudios contenidos en las pp. 365-396 y 404-508.)

² Windelband, *op. cit.*, t. I, pp. VII-VIII.

dificaciones introduce en ellas? Hay dos nombres preclaros en la ciencia jurídica alemana sin los cuales no podemos darnos cuenta de la genealogía de las ideas del profesor G. Jellinek; estos dos nombres son los de Gerber y Gierke; de ambos es deudor de algunos principios fundamentales de su teoría.

En las páginas que siguen hemos de intentar aclarar esta afirmación. Procuraremos exponer la doctrina de Jellinek con brevedad suma, en aquello que este volumen puede suficientemente explicar, dando alguna mayor extensión a la exposición del problema capital de los derechos públicos subjetivos, al que consagró el autor una de sus obras más fundamentales y bellas y que mayor trascendencia ha tenido; y lo haremos así porque en torno a este problema se mueve todo el sistema del derecho público.

II. GENEALOGÍA DE LA TEORÍA DE JELLINEK

Gerber: su importancia

De Gerber arranca el moderno derecho público alemán, y aun hasta cierto punto la concepción general que ha prevalecido durante algún tiempo en la Europa continental, en lo que a esta disciplina jurídica respecta.³ Las dos nociones fundamentales de la teoría jurídica del Estado —a saber, la concepción del poder público como derecho del Estado y la de la personalidad moral de éste—, si no puede decirse que se deban a él totalmente, sí puede afirmarse que mediante el método con que fueron tratadas por él es como han llegado a ser el punto de partida de la moderna teoría jurídica del Estado.⁴

En el año 1837 W. E. Albrecht publicó una nota crítica en *Göttinger gelehrte Anzeigen*, III, y en ella decía: "Nos vamos a ver obligados a representarnos el Estado como una persona jurídica".⁵ Tal afirmación levantó

³ Digo Europa continental porque la práctica y la teoría inglesas se apartan de la que vamos a exponer. A la noción del Estado-persona o pone Inglaterra, con su régimen constitucional, la del Estado-*trust*, el Estado como relación entre los órganos supremos, no como unidad jurídica cerrada arquitectónicamente. (Véase Hatschek, *Englisches Staatsrecht*, Tubinga, 1905, I, pp. 81 y 249.) Esta doctrina arranca en Inglaterra de su primer gran comentarista del derecho constitucional, Blackstone, en sus *Commentaries*, publicados en 1765. Es interesante hacer ver cómo habiendo sido los teorizadores ingleses del siglo XVII, especialmente Hobbes (*De Cive*, caps. V y IX: "*Unio autem sic facta, appellatur civitas, sive societas civilis, atque etiam persona civilis*", y en el § X del mismo capítulo: "*Civitas omnis persona civilis sit*"), quienes dieron al Estado el valor de persona, es hoy Inglaterra una excepción en concebirlo así.

⁴ Los orígenes de la doctrina del Estado-persona arrancan de la escuela de derecho natural, y por lo que toca a Alemania, parece que se debe a Puffendorf, *De jure nat. et gent.*

⁵ Véase p. 1491. La nota era acerca del libro de Maurenbrecher, *Grundsätze des heutigen Deutschen Staatsrechts*.

una protesta del que más tarde había de ser portavoz de esta misma doctrina. La protesta se debió a Gerber, cuando publicó su estudio *Sobre el derecho público (Über öffentliche Rechte, Tubinga, 1852)*. En la página 20 de este libro contestó de esta suerte a Albrecht: “Esa noción de personalidad no es jurídica, porque no significa la capacidad de dirigir su voluntad sobre la dominación de un objeto; se trata de un concepto ético porque expresa la conciencia de su propia existencia, la conciencia de su unidad moral”.

Gerber y la metodología jurídica

En el año 1865 apareció la primera edición de la preciosa obra de Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrecht (Fundamentos de un sistema del derecho político alemán)*,⁶ dedicada precisamente a Albrecht. En el prólogo exponía el autor su propósito, que era el de “investigar y exponer el derecho político desde un punto de vista exclusivamente jurídico”,⁷ y no filosófica o políticamente, como venía siendo tratado. Era pues preciso un nuevo intento de sistematización científica “que aclarase la relación jurídica de los fenómenos particulares y explicase las instituciones como fruto de una sola idea fundamental”;⁸ esto es, el autor aspiraba a fundar la sistemática del derecho político y precisar su valor como disciplina sustantiva.

¿Qué alcance tiene este propósito? Hacer obra científica es hacer labor de unificación, y la historia de cada disciplina particular es la serie de los intentos llevados a cabo para resolver en una unidad suprema la variedad que va sin cesar naciendo ante ella. El conocimiento se realiza mediante la operación de determinar, esto es, de limitar; por ejemplo, el conocimiento del color, estudiando en el mundo físico la extensión de este fenómeno; el del derecho, viendo de abarcar en la unidad de este concepto la totalidad de las relaciones jurídicas. Es decir, para que una ciencia sea tal, ha menester, primero, mostrar la homogeneidad de los fenómenos que estudia, caracterizarlos, y segundo, y como derivación de ello, legitimar dentro de la sistemática del conocimiento el principio que sirve de base a la nueva disciplina, todo lo cual equivale a afirmar que fundar una ciencia es fundar un método.

Gerber deja una huella perdurable en la ciencia del derecho político,

⁶ Traduzco *Staatsrecht* por derecho político, no sin comprender que a veces no son equivalentes estos términos; pero el otro con que pudiera traducirse, derecho público, tiene vocablo especial en alemán para ser designado: *Öffentliche*. Además, de este modo ha sido interpretado por personas tan competentes como los señores Dorado Montero (*Gumplicz: derecho político filosófico, La España Moderna*) y Posada en infinidad de trabajos.

⁷ Jellinek, *Teoría general del Estado*, p. 53, y Gerber, *Grundzüge, Vorrede*, p. viii.

⁸ *Grundzüge*, p. vii.

porque pone un problema: el de exigir que sea tratada esta disciplina no bajo un aspecto ético o social, como había venido siendo estudiada, sino de un modo estrictamente jurídico. "El punto de vista jurídico —escribe— en el estudio del Estado, considera ante todo este hecho: que el pueblo se ha convertido, gracias al Estado, en colectividad jurídica, consciente de sí misma y capaz de querer, o en otros términos, que el pueblo se eleva mediante el Estado a personalidad jurídica."⁹ Éste es el punto en que se advierte cómo el autor modifica su primer punto de vista contrario a la idea que Albrecht había expresado: "La condición previa de toda construcción jurídica del derecho político es el concebir el Estado como una persona jurídica, el cual concepto por tanto es un concepto originario".¹⁰ Pero ¿qué suerte de persona jurídica es el Estado? Porque para caracterizarlo no es bastante designarlo de este modo; personas jurídicas hay en el derecho privado. ¿Qué nota diferencial es, pues, la de esta nueva persona jurídica, el Estado? ¿Por qué es él la más alta personalidad jurídica "que conoce el derecho"?¹¹ Esta cualidad preeminente se debe a los derechos de que está investida tal persona jurídica, derechos que arrancan del poder de querer del Estado, el cual poder es el poder de *dominar* y se llama poder público. Quedan, pues, identificados —como siglos antes había hecho Spinoza, si bien partiendo de supuestos muy distintos— poder y derecho.¹² El poder de querer del Estado es, según Gerber, el derecho de éste.¹³

"El poder del Estado —escribe en la página 3— es el derecho del Estado; el derecho político, por consiguiente, es la doctrina del poder del Estado y responde a esta cuestión: ¿qué puede querer el Estado como tal?, ¿mediante qué órganos y en qué forma puede y debe exteriorizarse su voluntad?" El problema genuino del derecho político queda pues para Gerber adscrito al estudio del poder público, y de su evolución histórica,¹⁴ e inevitablemente, la actuación del Estado lleva consigo la existencia de órganos sin los cuales no le es dable la vida.

⁹ *Grundzüge*, p. 1 de la introducción.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 2, n. 2.

¹¹ *Op. cit.*, p. 2.

¹² El profesor de la Universidad de Viena Adolfo Menzel publicó un trabajo breve, pero muy interesante, haciendo ver las concomitancias estrechas y a veces hasta la identidad de los términos de expresión de Spinoza y el discípulo de Gerber, del que he de ocuparme al punto, Max Seydel; pero sus observaciones en muchos puntos pueden aplicarse a Gerber. El trabajo de Menzel lleva por título *Spinoza in der deutscher Staatslehre der Gegenwart*, Schmollers Jahrbuch, 1907, pp. 35-48.

¹³ *Op. cit.*, pp. 1, 3, 21 *passim*.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 3. "Das Staatsrecht als Wissenschaftliche Lehre hat zum Gegenstande die Entwicklung des dem Staate als solchem zustehenden Rechts."

Valor clásico de Gerber

El carácter de clásico en una ciencia no se adquiere por la solución que se da al problema propuesto, sino por haberlo puesto con justeza. La importancia del *Tectetos* de Platón, por ejemplo, no consiste en las respuestas que contiene, sino en el planteamiento conveniente de esta pregunta: ¿qué es la ciencia? Lo que es preciso, por tanto, para alcanzar en la historia una posición eterna, es hallar la unidad sintética que pueda servir de principio explicativo o normativo a un contenido de experiencia. La serie de respuestas cambia según va enriqueciéndose el contenido; y la corriente histórica, si bien arrastra a éstas consigo, deja subsistentes como puntos eternos de orientación los problemas mismos.

El modo como Gerber lleva a cabo su propósito de dar sustantividad científica al derecho político es muy discutible; esto no obstante, él es el centro de referencia de cuantos publicistas se han propuesto posteriormente tratar con carácter exclusivamente jurídico la ciencia del Estado. Es más, la parte empírica de su doctrina, lo que constituye el contenido de su obra, sigue siendo afirmación casi común a los juristas alemanes que cultivan esta disciplina. Las ideas fundamentales de la teoría de Gerber, a saber: el Estado-persona moral, el Estado-poder público y el concepto de órgano, se incorporan a la doctrina de Jellinek, aun cuando con algunas variantes.

Significación del poder público y del órgano

El poder público, dice Gerber, es el poder de voluntad de un organismo ético; "no es una coordinación artificiosa y mecánica de muchas voluntades particulares sino la fuerza ética común de la conciencia que el pueblo tiene de sí mismo". Su existencia y naturaleza no depende, para Gerber, de una determinación intencional, reflexiva, "sino que es una fuerza natural contenida originariamente en el Estado, por ser éste la forma social más alta de la humanidad".¹⁵ Pero este poder, aun cuando Gerber lo presenta como el derecho esencial del Estado, no llega a obtener un carácter jurídico en la propia doctrina de Gerber, según se ve, sino una significación ética; lo jurídico es el modo como este poder se exterioriza, esto es, "el *imperium (das Herrschen)*, o sea un poder efectivo de voluntad al que está sometido el pueblo entero con todos sus miembros".¹⁶

El concepto del órgano no fue objeto de una honda elaboración por Gerber ni de una determinación exacta de su valor para el derecho; afirma, sí, este autor, la necesidad de la existencia de ellos, para que mediante

¹⁵ *Grundzüge*, pp. 19-21.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 21.

las acciones de los órganos se realice la voluntad de la personalidad del Estado.¹⁷ Al actuar los órganos es cuando había de surgir para él la cuestión batallona del "Estado de derecho"; el problema no está planteado en Gerber explícitamente, pero al determinar los límites de la voluntad del Estado dice que esta voluntad "no es como la del derecho privado, absoluta y desprovista de supuestos [?], sino que recibe su dirección y límite del fundamento ético de su existencia".¹⁸ Es decir, del propio modo que hoy Laband y O. Mayer, entre otros, afirman que no hay limitación jurídica para el Estado, para el poder público; pero ¿y para sus órganos? El monarca, por ejemplo, órgano supremo, dice Gerber, de un Estado monárquico, "obra jurídicamente, en tanto se exterioriza su voluntad dentro de los límites que atribuye a sus órganos supremos el derecho constitucional".¹⁹

La dirección realista en el derecho político

La multitud de problemas que en Gerber quedaban apuntados era natural que fuesen objeto de reelaboraciones muy diversas, porque cuanto más penetrante, hondo y complejo es un pensamiento, mayor fuerza prolífica encierra. La virtualidad inmanente en una concepción científica se mide por su vitalidad para engendrar posiciones varias. Sócrates, como Kant, no son puntos de reposo en la historia del pensamiento, sino focos de actividad máxima, fuentes de donde manan corrientes que llevan curso relativamente diverso. La concepción de Gerber, infinitamente más modesta en su campo que la de los pensadores antes citados, a poco de haber sido expuesta originó interpretaciones muy diferentes acerca de lo que el método jurídico exigía del derecho público.

En el año 1873 aparecieron dos libros que tuvieron bastante resonancia en el mundo de los juristas; fue uno el de Max Seydel, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre (Fundamentos de una teoría general del Estado)*, y otro, el de Albert Th. van Krieken, *Über die sogennante organische Staatstheorie. Ein Beitrag zur Geschichte des Staatsbegriffs (Sobre la llamada teoría orgánica del Estado. Contribución a la historia del concepto del Estado)*. Ambos se reconocen influidos por Gerber; pero así como Van Krieken toma como punto de partida en su investigación el reconocimiento del Estado como persona jurídica, Seydel niega al Estado todo carácter de sujeto de derecho y adscribe este significado exclusivamente al individuo.

¹⁷ *Op. cit.*, pp. 70 ss.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 21, n. 3.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 73.

La teoría de Max Seydel fue denominada por él teoría realista; en su terminología esto quiere decir que el punto de partida ha de ser lo dado, lo que existe, y que se ha de omitir toda ficción; por lo tanto nada de reglas, instituciones y principios. Mas ¿qué es entonces para esta doctrina el Estado? No es unidad ni organismo ni todo vivo ni sujeto de derecho, sino hombres, y más bien tierra y gente dominada por una voluntad superior; no hay voluntad del Estado, sino voluntad sobre el Estado, éste es objeto de derecho. El sujeto del poder del Estado es para esta doctrina el *Herrscher* (el señor, el soberano, el dominador), y la relación jurídica entre el sujeto del poder del Estado y el Estado mismo es la de propietario a propiedad. El derecho era, pues, el producto de una voluntad extraña al orden creado por el mismo y aparecía definido: la totalidad de las determinaciones mediante las cuales la voluntad dominante ordena de un modo estatista la coexistencia de los hombres.²⁰

Teoría civilista del derecho público

Aun cuando el intento de Max Seydel era la construcción positiva de un nuevo sistema de conceptos de derecho público, el resultado de su labor más bien ha consistido en subsumir una vez más estos conceptos en el derecho privado, del que tanto trabajo está costando libertarlos. La reconstrucción del derecho público, que en el siglo xvii se propuso Bodino con su obra *Six livres de la République*, la logró valiéndose de una noción enteramente de derecho civil: el dominio. A la atomización del poder público, propia de la vida medieval, opone la unidad de este poder, del cual hizo titular al príncipe; jurídicamente, lo que cambia con la construcción de Bodino es la situación del príncipe, al que hace exclusivo

²⁰ Véase Seydel, *op. cit.*, p. 13. Esta doctrina de Seydel es mantenida también, en lo que a la significación del Estado respecta, por Bornhak, *Preussische Staatsrecht*, Friburgo, 1888, p. 63: "El Estado —dice— es la dominación sobre los hombres y las cosas, independientemente de todo otro poder terrestre"; y más adelante, en la p. 66: "El señor, el dominador, no es, como se cree generalmente, el órgano de la personalidad estatista, sino que es esta misma". En estos mismos términos se expresa en su obra *Allgemeine Staatslehre*, 2ª ed., 1909; pero para Bornhak, el Estado no tiene, como para Seydel, solamente el valor de objeto del *imperium* (*Herrschaft*), sino a la vez el de sujeto del mismo, por todo lo cual, a pesar de las muchas salvedades que hace el autor, no niega al Estado el carácter de personalidad. (Véanse pp. 9-15 de la obra últimamente citada.) El realismo de Seydel ofrece, por otra parte, grandes analogías con la concepción de Duguit, para quien tampoco el Estado es persona, ni hay más persona que el individuo, ni el Estado es otra cosa que una dualidad insuperada e insuperable de gobernantes y gobernados. Véase *Traité de Droit Public*, 1911, t. 1, p. 37. Esta orientación realista según la cual el Estado no puede dejar de ser una dualidad de gobernantes y gobernados es la que mantienen Loening en su artículo "Der Staat", inserto en el *Handw. der Staatsw.*, De Conrad, vi, pp. 307 ss., y Gumplowicz en su obra *Derecho político filosófico*, trad. del señor Dorado Montero.

sujeto de la soberanía, mas no la de los súbditos, que siguen siendo tales sin llegar a ser ciudadanos, ni la de la nación, entendida para estos efectos como unidad territorial. Ésta continúa siendo considerada como objeto patrimonial privado; en una palabra, lo que cambia no es la naturaleza interna del órgano jurídico, sino el titular de éste.

Estas palabras que siguen, de Seydel, podrían ser insertadas en la obra de Bodino sin que resultasen extrañas: "El poder del rey no existe en virtud de la Constitución, sino ésta en virtud del poder real".²¹ En ambos, el príncipe queda *solutus a legibus*; en ambos, la idea de *imperium* está construida sobre la de dominio; en uno y otro, el poder público es identificado con el sujeto sensible titular del mismo: el monarca.²²

²¹ *Das Staatsrecht des Königreichs Bayern*, Friburgo, 1888, p. 23.

²² Esta doctrina civilista del derecho público tiene larga progeñie, adquiere su máxima intensidad en la Edad Media a causa de la identificación entre jurisdicción y propiedad territorial, que son los fundamentos del poder político. En Bodino, la concepción civilista es manifiesta: para él la característica jurídica de la *República* es la soberanía, la cual es definida en el cap. VIII de su obra *Six livres de la République*, ed. de 1593, Lyon, p. 122: "*puissance absolue et perpetuelle*"; poder absoluto quiere decir para él, p. 128, el que se disfruta sin restricción de condición alguna, exactamente como se disfrutaban los bienes que han sido dados mediante donación *parfaicte et acomplie*, y tan absoluto era el poder que al titular de la soberanía atribuía, que basándose en la afirmación de que "*Nulla obligatio consistere potest qua a voluntate promittentis statum capit*", añade: "*qui est une raison necessaire qui montre evidemment que le Roy ne peut être subject á ses lois*" (p. 132). Hobbes, por su parte, deja ver de modo manifiesto que su noción de *imperium* es equivalente a la de dominio y la situación de los súbditos (para él no hay más que *súbditos*), la que corresponde —con aquella diferencia que no puede hacerse desaparecer— a objetos de dominio: "*Im omni civitate, Homo ille vel Concilium illud, cujus voluntate singuli voluntantem suam subjecerunt, Summan Potestatem, sive Summum Imperium, sive Dominium habere dicitur. Quae Potestas jus imperandi in eo consistit, quod unusquisque civium omnem suam vim potentiam in illum hominem vel Concilium transtulit*" (*De Cive*, cap. v, § XI). Por lo que toca a la ciencia moderna en Alemania, se debe esta doctrina principalmente a K. L. von Haller, en su famosa obra *Die Restauration der Staatswissenschaft*, Winterthur, 1816-1826, vol. I. En rigor deberíamos preguntarnos si toda explicación contractualista del Estado no implica una concepción civilista del derecho público; mas la fundamentación de una respuesta documentada traspasaría los límites que la discreción aquí impone. Hay autores, como Grocio, para quienes el concepto contrato, al ser usado en el derecho público, no cambia de significación, sino que es uno de tantos contratos civiles. La noción de público en un sentido jurídico, casi podría decirse que no existe en Grocio (véase *De jure belli ac pacis*, lib. I, cap. I, § XIV, y singularmente el cap. III de este mismo libro, donde desarrolla la doctrina sobre la *Summa potestas*, es decir, sobre la soberanía; y véase además, lib. II, cap. V, §§ 31 y 32). Pero hay otros, Rousseau por ejemplo, en boca de los cuales el contrato, aplicado al acto de fundación del Estado, se transforma en tal medida que constituye una nueva categoría jurídica y no conserva del derecho civil apenas algo más que su valor verbal. El contrato social es en Rousseau el principio regulativo de la voluntad jurídica del pueblo, y a causa de esto es un criterio para determinar cuándo el derecho es justo y cuándo es justo el Estado. El contrato social significa para Rousseau la respuesta a esta pregunta: "*Je veux chercher si, dans l'ordre civil, il peut y avoir quelque regle d'administration légitime et sûre en prenant les hommes tels qu'ils sont, et les lois telles qu'elles peuvent être*" (*Contr. social*, lib. I). Rousseau distingue perfectamente agregación de asociación y llama a ésta cuerpo político por llevar consigo el bien público (cap. VI del lib. I). El acto de asociación en que consiste el contrato "*produit un corps moral et collectif, composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix*,

Gerber, en polémica con Maurenbrecher y Zöpfl, intentó mostrar a éstos el error que cometían al identificar el poder público con el titular de este poder, mas su fortuna fue tan mala, a pesar de estar tan bien sus argumentos, que al poco tiempo un hombre influido idealmente por él, Seydel, renueva la posición de aquellos autores casi en los mismos términos.²³

Insuficiencia del realismo

La dirección realista, como por lo común acontece al llamado realismo, no alcanzó a explicar la realidad de que quería ser fiel trasunto; la mera pluralidad de individuos y de condiciones entre ellos no basta a satisfacer las exigencias del que de un modo científico quiera explicar el mundo jurídico, el cual jamás cae bajo la esfera de los sentidos, porque no queda dentro de la *natura*,²⁴ sino que es obra humana, obra de cultura, o para emplear la frase de Hegel, frase definidora como ninguna otra: "*Der Boden des Recht ist überhaupt das Geistige und seine [...] Ausgangspunkt der Wille*".²⁵ Obligaciones, corporaciones, propiedad, Estado, no son realidades, no tienen existencia sustancial, aun cuando lo real, lo positivo, lo empírico, constituya uno de sus elementos, sin lo cual carecerían aquellos conceptos de contenido; pero este elemento no puede por sí solo hacer comprender lo que ante todo es ordenación racional de un mundo de relaciones voluntarias, y cae, por tanto, fuera de la órbita de la realidad sensible.

Individualismo contra organicismo

La obra que, juntamente con la de Max Seydel, atrajo la atención de los juristas, la antes mencionada de Van Krieken, no se proponía sino combatir la doctrina, muy en boga entonces, del organicismo como doctrina jurídica; mas para conseguir su objeto redujo el tema y lo privó de la amplitud

lequel reçoit de ce même acte son unité, son moi commun, sa vie et sa volonté". El sentido peculiar del contrato en Rousseau se ve con más claridad aún al llegar al problema de la soberanía. La concepción regulativa del contrato es también la de Liepmann, *Die Rechtsphilosophie des J. J. Rousseau*, Berlín, 1898, pp. 95 ss., y G. del Vecchio, *Sulla teoria del Contratto Sociale*, Bolonia, 1906, *passim*.

²³ Zöpfl, *Grundsätze des allg. u. deutschen Staatsrecht*, I, § 54, y Maurenbrecher, *Die Deutschlands regierenden Fürsten u. ihre Souveränität*, 1839, *passim*, citados por Gerber, *Grundzüge*, nota a las pp. 19-20.

²⁴ Claro es que al decir que lo jurídico no cae dentro de lo natural no aceptamos la significación spinozista de este concepto, y expresamos con él el orden de realidad que puede ser explicado mediante el principio de causalidad, en oposición a aquella otra esfera de la realidad, cultura, que necesita para ser comprendida del principio de finalidad.

²⁵ La base del derecho es lo espiritual, y su punto de partida la voluntad; *Grundlinien der Phil. des Rechts*, ed. G. Lasson, Leipzig, 1911, prólogo, § 4.

y complejidad histórica que tiene, no considerando como orgánicas sino aquellas teorías para las que el Estado "es un producto orgánico de la naturaleza". Este criterio estrecho no abarcaba las más de las direcciones, y al dejar flotando a éstas sobre la historia, como una pluralidad heterogénea de doctrinas, abandonaba el problema que el científico ha de acometer: ¿cuál es la unidad ideal de concepciones orgánicas tan variadas como las de Platón, Aristóteles, Schelling, Krause y Spencer, por ejemplo?

Al decir de Van Krieken, el concepto organismo no tiene valor jurídico, porque nuestro derecho no está formado por organismos, sino por personas. Ahora bien, ¿el Estado no es persona para Van Krieken? La personalidad del Estado es a sus ojos exclusivamente un instrumento técnico para la construcción jurídica, pero no una personalidad dotada de vida interna; la persona, realmente, no es para él sino el individuo. De esta suerte aflora el individualismo en el pensamiento de este autor: mas partiendo del individuo, no hay posibilidad de fundar el derecho político; el individuo, o la reunión de individuos, la *volonté de tous*, es un concepto que expresa la unidad de los sumandos, esto es, la unidad extrínseca a las voluntades mismas, y el concepto roussoniano fecundo, eficaz, fuente inmediata de toda generación ideal política, dotado de virtualidad bastante para servir de fundamento científico, o lo que es lo mismo, de principio, al derecho político, no es la *volonté de tous*, sino la *volonté générale*, porque de lo que se trata en ésta es de la unidad íntima, humana, trascendental. Ciencia e individuo ¿no son términos antagónicos? La ciencia requiere ley, principio, esto es, universalidad y necesidad, y el individuo es individuo en cuanto es resoluble en peculiaridades; lo que no tiene en él este carácter, eso, no es individual, y ahí comienzan, precisamente, las posibilidades de hallar base real para fundar una ciencia. Porque ésta tal vez no pueda menos de dejar fuera de sí lo individual, es por lo que quizá no sea la ciencia la forma última, suprema, de unificar la realidad.

La ciencia ejemplar para poder mostrar la inanidad ética del individuo es el derecho, porque derecho es relación, y la configuración de la relación jurídica sólo puede ser descubierta en el momento en que nuestro yo se encuentra ante un *alter ego*, en aquel instante ideal en que mediante el otro me afirmo a mí como dotado de igual capacidad formal. Esto es, el momento jurídico es siempre superindividual y surge en la fenomenología del espíritu al imputarnos mutuamente una cualidad que nos iguala en condiciones como sujetos dotados de voluntad para la acción social. Así lo traduce Hegel con un sentido hondo, eterno, en la afirmación de que "el hombre no es libre sino en la sociedad de hombres libres", y la sociedad de hombres libres es para él la sociedad ideal conformada por el derecho.²⁶

²⁶ *Philos. de l'esprit*, trad. Vera, II, pp. 425 ss. Este principio se encuentra ya formulado

Aparición del trabajo de Gierke

Era preciso un nuevo esfuerzo para reconducir la doctrina del derecho político a su centro, al problema jurídico, a aquel punto desde donde puede sorprenderse en su momento germinal la relación jurídica de carácter público. Mediante la dialéctica realista, el *Herrschaft* llega a ser interpretado de tal modo, que amenaza ruina el orden jurídico; por obra del individualismo, lo jurídico, lejos de ser el aglutinante de los grupos sociales y hacer de lo ideal la unidad de la comunidad, un proceso real, vivo, que pugna por alcanzar plena integración, sólo nos presenta una realidad social atomizada. ¿Dónde buscar en esta doctrina la unidad, en función de la cual podamos reconocer la continuidad del proceso? En el Estado, se dirá, concebido como unidad abstracta. Pero entonces, ¿no hay otra realidad ideal que la individual? ¿No es más bien para los efectos del derecho, la inversa, la posición exacta? Gierke enjuició las dos corrientes derivadas de Gerber que hemos dejado anotadas y abrió nueva ruta a la ideología jurídica; su trabajo halló muy en sazón el campo sobre el cual había de operar.²⁷

Formalismo y pragmatismo

La ciencia jurídica se encuentra solicitada, según Gierke, por dos direcciones permanentes: el formalismo y el pragmatismo; uno y otro constituyen un peligro que es indispensable salvar, si bien ambos sirven al progreso, porque éste no es una línea recta. El formalismo tiene larga tradición en el jurismo. Ninguna otra ciencia ha menester tanto como la del derecho, por su situación en la vida práctica, de una formulación clara y comprensible de los conceptos. Mas la dirección formalista prescinde de todo lo vago y sólo admite lo que se puede definir; el problema

del propio modo en Fichte, desde 1796 en el *Grundlage des Naturrechts* (prólogo, II, 4). Actualmente Stammler toma como criterio para distinguir el derecho justo del que no lo es, que sea susceptible de ser subsumido dentro de este principio: la comunidad de hombres libres. Véase *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, p. 198, y *Wirtschaft u. Recht*, 2ª ed., p. 563. Para Oppenheimer, la aspiración del Estado ha de cambiar, y en vez de ser la explotación de una clase por otra, habrá de advenir una comunidad de ciudadanos libres. Véase *Der Staat*, pp. 159-160 (*Gessellschaft Sammlung*). Este principio no es en verdad sino una variante más interna que externa del antiguo concepto de la *civitas*: "*coetus perfectus liberorum hominum*" (Grocio, *op. cit.*, lib. I, § XIV, 1).

²⁷ El trabajo de Gierke, que tan honda huella ha dejado en la disciplina que nos ocupa, apareció el año 1874 en el *Zeitschrift für Staatswissenschaft*, y lleva por título *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*. Comprende las pp. 153-198 y 265-335. Las publicaciones posteriores del autor no han quitado al estudio citado su valor fundamental.

primario para ella, ante el material jurídico concreto, consiste en concertarlo con abstracciones dadas, dejando fuera de sí la formación diaria, rica y viva del derecho. Olvida, según Gierke, que las propias abstracciones con que trabaja, al ser abstracciones de relaciones jurídicas que se modifican con el tiempo, son en sí mismas cambiables y no tienen por tanto sino un valor relativo, circunstancial. Estos conceptos, al querer valer de igual suerte en todo tiempo, aprisionan a la ciencia del derecho y propenden a inmovilizarla; piénsese, dice, “en las cadenas que envuelven a la moderna vida mercantil en el pensamiento jurídico a causa de la formulación dogmática de los conceptos de propiedad, corporación y obligación usados en el sentido que les dio el derecho romano”.²⁸

Deficiencia del formalismo

Esta dirección concibe de un modo exterior, según el profesor Gierke, las relaciones de la vida de un pueblo, y si bien presta el gran servicio de mostrar la independencia relativa al derecho respecto de las fuerzas que lo originan, desestima en cambio la investigación de las relaciones internas del derecho con la cultura, y singularmente con lo que es para Gierke la piedra de toque, a saber: con la situación económica de una parte y las intuiciones morales de otra, para sobre estas bases formar científicamente los conceptos jurídicos. Los que siguen esta dirección cambian la relación que ha de existir entre derecho y ciencia del mismo y dicen “que la esencia del derecho se encuentra en su formulación científica, olvidando que el derecho tiene existencia real antes de que la jurisprudencia nazca y sin ella”.²⁹ Para el formalismo, el todo es el sistema, que de medio auxiliar se convierte en fin mismo, con lo cual, dice Gierke, en vez de encontrarnos con un organismo vivo, nos hallamos con un aparato formal, muerto; en una palabra, con una mera técnica exterior del derecho.

La corriente pragmatista

El pragmatismo es una dirección tan permanente en la vida de la cultura como la del racionalismo. Es una concepción de la relación entre el pensar y la vida, que otorga a esta última el primado; sólo la vida decide, según el pragmatismo, el valor del pensar, porque este valor depende de la eficacia que tenga el pensar mismo; *a fructibus eorum*, dicen los que así discurren, y de un modo análogo a la filosofía escocesa del sentido-co-

²⁸ *Op. cit.*, § 1, pp. 157-158.

²⁹ *Op. cit.*, § 1, p. 160.

mún, se encuentran a la postre con que el criterio objetivo de verdad no puede menos de ser buscado en la selección y consolidación que hace la historia respecto de las ideas.

Adviértase, pues, hasta qué punto, al traducirse el pragmatismo en fórmula política, ha de exaltar el valor de la opinión pública. En lo que al derecho respecta, se caracteriza el pragmatismo por ser aquella doctrina que no pretende modelar la vida del derecho según conceptos abstractos, sino antes al contrario, crea los conceptos en vista de la vida, razón por la cual está convencida de la verdad relativa de los dogmas jurídicos a causa de su condicionalidad histórica. Esta escuela rompe la envoltura de los conceptos y disuelve las reglas jurídicas en casos concretos; huye, en fin, de todo cuanto amenace los movimientos libres de la vida del derecho; distingue entre derecho y ciencia del derecho, reconociendo la prioridad de aquél. El gran servicio que a juicio de Gierke ha prestado esta dirección, ha sido haber mostrado la conexión íntima entre el derecho y el contenido general de la cultura. Pero al dejarlo todo al libre arbitrio del juez, muestra desconocer que un derecho sin principios abstractos no sería derecho.

Los problemas del derecho público según Gierke

Nuestro tiempo necesita resolver en una unidad superior las direcciones que hemos apuntado, no sólo formalismo y pragmatismo sino también realismo e individualismo, porque el hombre tiene un doble carácter: es individuo y miembro de una asociación; ninguna de estas dos cualidades separadas habría hecho hombre al hombre. "Éste no podría tener conciencia de sí, de no reconocerse al propio tiempo como elemento singular y parte de una comunidad."³⁰ Bajo estas palabras alienta aquel principio fundamental de la filosofía de Fichte, principio de importancia extrema, tanto para la ética cuanto para el derecho: el yo, al ponerse a sí mismo, pone al otro. Mas ni el realismo ni el individualismo jurídico responden a las exigencias de este criterio.

El realismo sólo reconoce como real lo general, y el individualismo, si bien estatuye la realidad de lo individual, llega a romper el concepto del Estado. La primera de estas corrientes, dice Gierke, es la antigua helénica: el hombre es para el Estado. De aquí que el Estado por sí y en sí sea una unidad, y su personalidad jurídica, omnicomprendiva. En la otra dirección, el Estado es para el individuo; sólo éste tiene realidad; el Estado es un medio creado voluntariamente por los individuos, los cuales son

³⁰ *Op. cit.*, pp. 113 y 195.

anteriores a aquél. Esta posición, según el autor antes citado, es, fundamentalmente, la que domina en el periodo germano y medieval, mediante la cual el derecho público adopta el carácter de los derechos privados, y sólo es derecho en cuanto se asemeja a éste. La cuestión batallona en la ciencia del derecho radica hoy en la emancipación del derecho público, en la formulación jurídica de un sistema independiente de conceptos. Ahora bien, los problemas constitutivos del derecho público, según se desprende del trabajo de Gierke, son: el Estado, ¿qué es en sí mismo?, ¿es el sujeto único en el derecho público, o frente a él hay miembros sociales que son por sí de derecho público?, ¿en qué relación se encuentra el Estado con el derecho?³¹

Para Gierke, el Estado es “la más alta y comprensiva forma de comunidad, no perceptible para los sentidos, pero real para el espíritu, que nos revela una existencia común humana sobre la existencia individual. Este elemento común es la unidad permanente, viva, la unidad que quiere y obra y en la cual se encierra todo un pueblo”.³² Sobre la vida del individuo se levanta la de una comunidad, de la que en todo momento forma aquél parte. No hay comunidad donde no se pueda descubrir el carácter estatista, según Gierke, incluso en las tribus nómadas. ¿Por qué? Porque el Estado, como el derecho —con el cual nace y al cual acompaña, pues son coetáneos— son tan viejos como la maldad humana y existen aun en las hordas errantes.³³ Se trata, escribe Gierke, de dos funciones sustantivas de la comunidad humana, cualquiera de las cuales supone y condiciona a la otra, no al modo de causa y efecto, pues esto indicaría una prioridad en el tiempo, sino en cuanto no es pensable la una sin la otra.

El Estado y el derecho

El Estado no es el único órgano de la producción del derecho, afirma Gierke, sino el órgano más importante. Esta afirmación es hoy de un interés sumo, a causa del llamado derecho estatutario y con motivo del alcance jurídico que se pueda conceder a las asociaciones en general, y muy especialmente a los sindicatos. Hay muchas corporaciones organizadas, dice Gierke, que producen autónómicamente el derecho, y no sólo lo producen estas corporaciones, sino el propio pueblo y todos los círculos de la comunidad.³⁴ Esto no quiere decir que el Estado no tenga

³¹ Véanse pp. 113 y 195.

³² Véase p. 114.

³³ *Op. cit.*, p. 116.

³⁴ Esta afirmación de Gierke, enunciada con un alcance aún mayor, constituye uno de los principios fundamentales de la escuela de Krause. Véase Krause, *Abriss des Systemes der Phil. des Rechtes*, Gotinga, 1828, pp. 125 y 179; *El ideal de la humanidad*, con introducción

que intervenir de algún modo con respecto al derecho así nacido; efectivamente, el derecho autónomo de una asociación, así como el derecho consuetudinario, son objeto del reconocimiento expreso o tácito del Estado; pero reconocer o tolerar no es crear —dice el autor citado—. ³⁵ Como se ve, para él, derecho no implica coacción. La fuente última de todo derecho tampoco es el Estado para Gierke, sino la conciencia común de una existencia social. ³⁶

El carácter orgánico del Estado

¿Pero qué nota diferencial jurídica es la del Estado? Las uniones de tipo estatista se caracterizan para Gierke por ser comunidades de acción política: “el sustrato de ellas lo forma la voluntad general, su forma exterior es la de un poder organizado y su problema el acto realizado como un fin consciente”. ³⁷ Mas este carácter es atribuible a todas las comunidades y corporaciones. Lo cualitativo del Estado es que su poder es supremo y su voluntad soberana, poder y voluntad que sirven para que el Estado cumpla con su fin de “realizar un determinado aspecto esencial de la comunidad humana”. ³⁸ El Estado tiene, pues, un valor categórico, permanente, en la vida de la cultura. No puede, por consiguiente, considerársele, incluso visto en concreto, como una creación libre del individuo, sino como producto de fuerzas sociales que se manifiestan también en el propio individuo. El Estado se nos muestra como un organismo social humano con vida común propia, distinta de la de sus miembros, y forma, por tanto, una unidad real; pues las existencias particulares de sus miembros, en cuanto son elementos del Estado, se agrupan, relacionan y obligan entre sí, hallando el contenido de su vida ciudadana, no en sí mismos, sino en la determinación de su voluntad para la vida en común.

y comentarios de don J. Sanz del Río, Madrid, 1891, pp. 188 ss.; Ahrens, *Curso de derecho natural*, trad. esp., Madrid, 1873, pp. 515 y 621; *Enciclopedia jurídica*, trad. esp., I, 145; “Estado presente de la ciencia política”, trabajo inserto en el libro de Giner de los Ríos, *Estudios jurídicos y políticos*, Madrid, 1875, p. 257; Giner, *op. cit.*, p. 183, *Principios de derecho natural*, parte orgánica; *Teoría de la persona social*, Madrid, 1899, pp. 191-192; Costa, *La ignorancia de las leyes*, discurso de recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1901, pp. 27 ss.; Posada, *Tratado de derecho político*, Madrid, 1893-1894, I, pp. 65-83. Esta doctrina tiene hoy una mayor importancia, porque quizá sea en la moderna filosofía política, la que de modo más manifiesto pueda satisfacer las exigencias jurídicas del sindicalismo, a saber, la elaboración del derecho público por la federación libre de los sindicatos profesionales.

³⁵ *Op. cit.*, 117.

³⁶ *Op. cit.*, 200.

³⁷ *Op. cit.*, 196.

³⁸ *Op. cit.*, 196.

El Estado de derecho

La existencia de otros centros creadores del derecho independientes del Estado no indica que estas asociaciones, sujetos de derecho público, vivan vida sustantiva en todos los órdenes de la actividad política, no; cuando se trata de relaciones de poder, han de estar sometidas al Estado, y el criterio para determinar la limitación de su poder político ha de ser la consideración de hasta qué punto es general el interés, y pide, por consiguiente, para realizarlo o para evitar su realización, la intervención del poder de la voluntad general. Hay un aspecto político, pues, en que el Estado es realmente soberano; pero esta afirmación no quiere decir que esté desligado de las relaciones de obligatoriedad, esto es, de las relaciones jurídicas. Por lo mismo que Estado y derecho nacen conjuntamente, y el uno supone al otro, ha de estar el primero dentro del segundo, no sobre él;³⁹ es Estado de derecho, como se suele llamar, porque no se exterioriza sino en el derecho y se propone el orden jurídico como norma y limitación de su voluntad soberana. Como se ve, el contenido de la noción de poder ha cambiado; ya no es el poder de dominar de que hablaba Gerber, poder que por su índole misma pugnaba siempre por salirse de la vida del derecho, sino que Gierke hace de él un poder, creador, sí, pero creado a su vez por fuerzas que él no puede abarcar ni dominar.

Campo de acción del derecho y del Estado

Para Gierke, hay dos fuerzas espirituales en la humanidad, de las que brotan el Estado y el derecho: la una hace que vaya sedimentándose lo que de la voluntad general nace: de aquí surge el Estado; la otra es el fluir exterior de la conciencia general y constituye el derecho. La vida del Estado y la del derecho son dos aspectos específicamente distintos de la vida en común: la primera se manifiesta en el logro, en la realización de fines comunes apetecidos, y culmina, en una palabra, en el hecho político; la vida del derecho, en trazar la esfera de acción de las voluntades obligadas. Así como el poder es un supuesto del Estado, al punto de que no hay Estado sin medios de poder, es éste, en cambio, indiferente para el derecho: "la esencia de éste consiste en afirmar y limitar el dominio exterior de la voluntad dentro de la comunidad humana".⁴⁰ A pesar de las diferencias entre ambos, necesitan uno del otro. Todo Estado sano trata de fundar su poder en el derecho, y de aquí nacen deberes jurídicos del Estado. Por su parte, el derecho, para lograr su objetivo de orde-

³⁹ *Op. cit.*, 203.

⁴⁰ *Op. cit.*, 256.

nación de la vida humana, ha menester de la ayuda poderosa del Estado, sin cuya protección no puede alcanzar plenamente su fin. Los problemas de Estado y derecho no son idénticos, ni los del Estado quedan agotados con la protección del derecho, ni los de éste en la ordenación de la vida de aquél. Hay, pues, una parte esencial del problema del Estado que queda dentro del problema del derecho: la producción y protección del mismo, y viceversa, una del derecho que queda incluida dentro del problema del Estado: ordenar su vida, penetrar en su interior.

El Estado de derecho (*Rechtsstaat*) no es una noción que pueda satisfacer las exigencias actuales, según Gierke; el Estado moderno ha de ser Estado de cultura (*Kulturstaat*); es decir, ha de impulsar a la realización de la comunidad humana en todos sus aspectos. El derecho político, esto es, el aspecto jurídico del Estado, no agota la doctrina acerca del Estado, sino que es sólo una parte de la misma; queda fuera de ella el estudio de la naturaleza física, económica, ética y política del Estado. La doctrina jurídica de éste es, además, una parte de la doctrina del derecho, pero éste tampoco cabe dentro de ella por completo, porque el derecho ordena relaciones que no se refieren inmediatamente a la existencia del Estado.⁴¹ No sólo rebasa de éste el derecho, sino que el propio derecho público no tiene al Estado como sujeto supremo, sino a la comunidad.

El derecho político

Ahora bien, todo lo jurídico nace en la misma fuente y tiene el mismo fin: la personalidad. Pero la persona, como titular de derecho, no es considerada en su unidad por el derecho público, sino que abstrae de la persona lo que toca a la vida de la comunidad; el derecho público no conoce sino miembros de una asociación. El derecho público absoluto,⁴² esto es, el derecho político, toma al Estado como la generalidad, y a los individuos y asociaciones, como miembros del Estado; de aquí que el sistema de conceptos del derecho político deba ser muy bien diferenciado del que corresponde al derecho privado; pues así como éste se ocupa de las relaciones de la vida exterior de las personas, el primero se ocupa de someter a norma la vida interior de una personalidad común. Este concepto de personalidad tiene aquí un carácter bien diferente del que ostenta en el derecho privado; los une en una y otra rama, el significar sujeto de derecho; pero los diferencia que, así como en el derecho privado

⁴¹ *Op. cit.*, 203.

⁴² Las asociaciones y corporaciones tienen un derecho que vale como público para los asociados, pero que sólo es relativamente público porque adviene privado cuando se trata de relaciones entre varias asociaciones. Véase Gierke, *op. cit.*, pp. 318-319.

la persona obra por sí o mediante representación, en el derecho público absoluto, derecho político, no puede hacerlo, y para expresar la nueva realidad nace un concepto que es extraño al derecho privado: el concepto de órgano. El Estado para su vida precisa de órganos, y sólo mediante ellos obra y quiere.⁴³

No pretendemos haber agotado el estudio de los influjos que han pesado sobre Jellinek al formular sus doctrinas; intentarlo siquiera sería empeño vano, pues jamás podrá determinar de manera plena una crítica psicológica la totalidad de aquellos influjos; hemos querido, sí, fijar en torno a qué cuestiones y nombres puede trazarse la línea central del desarrollo del derecho político alemán. Estos puntos ideales que sirven de soporte a tal línea imaginaria son Gerber, Gierke y Jellinek. Sin los dos primeros no puede ser conocida la filiación de este último, y sin el nombre de Jellinek, falta la clave para comprender el estado actual de la ciencia política alemana.

III. LA DOCTRINA DE JELLINEK

Líneas generales del sistema

Los comienzos de Jellinek

El estudio sobre la concepción del mundo de Leibniz y Schopenhauer con que inició Jellinek su labor de publicista, sirvió para que se despertasen en él dudas acerca de algunos problemas capitales de la ética.⁴⁴ Estos problemas, al recaer sobre la vida social, adquirirían una fisonomía jurídica. Para Leibniz, según afirma en la *Teodicea*, la perfección es positiva, es una realidad absoluta: el defecto es privativo; proviene de la limitación. Como es sabido, la tesis de Schopenhauer difería grandemente de ésta, pues la razón al iluminarnos la realidad, no hace, según él, sino mostrarnos el campo de la existencia sin poder libertarnos del dolor, que es la vida; lo positivo para él es la *iniuria (Unrecht)*; lo justo, en cambio, es una noción derivada. Con este tema debuta Jellinek como jurista.

En el año 1878 escribe un trabajo que ha tenido grandísimo eco; su título es *La significación ético-social del derecho, de la iniuria y de la pena*

⁴³ La teoría del órgano iniciada en el trabajo tantas veces citado fue más tarde desarrollada en el *Schmollers Fhurbuch*, vii, pp. 1143 ss., y en su obra *Die Genossenschaftstheorie*, 1887. Un resumen de la doctrina de Gierke sobre la corporación y el órgano puede hallarse en el folleto del autor *Das Wesen der Menschliche Verbände*, Leipzig, 1902.

⁴⁴ *Die Weltanschauungen Leibniz'und Schopenhauers. Ihre Gründe u. ihre Berechtigun*, Viena, 1872; estudio incluido con el núm. 1 en los citados *Ausgewählte Schriften*.

(*Die Sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*).⁴⁵ Insistiendo sobre el mismo tema escribió en 1879 dos estudios, que han permanecido inéditos hasta después de su muerte; el título del primero es *La clasificación de la iniuria (Die Klasifikation des Unrechts)*; el del otro, estudio muy breve, *La iniuria absoluta y relativa (Absolutes und relatives Unrecht)*.⁴⁶ En estos escritos el autor se vuelve contra Schopenhauer, y muestra que para fijar el concepto de lo injusto es preciso fijar previamente el del derecho; pues lo injusto, dice, como todo concepto negativo, se resuelve en un juicio sobre la relación de dos conceptos positivos, que son en este caso la observancia de la norma jurídica.⁴⁷

El problema de la ética social

Si el derecho es el principio positivo, ¿qué es el derecho? El derecho, según Jellinek, es uno de tantos atributos como tiene la sociedad y que ponen de manifiesto el carácter real de ésta, así como su valor creador. Todo individuo está socialmente condicionado, y por estarlo, tiene lo social un valor que es preciso esclarecer. La sociedad, esto es, “el hecho positivo de la convivencia y cooperación de los hombres”,⁴⁸ es el centro de donde irradian la pluralidad de disciplinas que estudian al hombre, no como individuo, sino como sujeto que vive en una comunidad, como sujeto religioso, político, económico, nacional, etc. Esta sociedad, o mejor, sus hombres, ha estado dotada siempre de aquellos impulsos primarios que acompañan de modo indefectible a la existencia de todo organismo, a saber: el de conservación y el de satisfacción de las necesidades, impulsos a que se une otro de naturaleza inhibitoria, sin el cual no sería posible la vida en común. He aquí los albores de la ética; ya aparecen bosquejados los dos grupos fundamentales de los impulsos: egoístas aquéllos, altruista el último; unos y otros forman la esencia del aspecto subjetivo de la moralidad.⁴⁹

La sociedad ha menester de ambos grupos de impulsos para su existencia, de la propia suerte que el mundo de la materia, de la atracción y repulsión. Si el hombre no puede realizar su fin sin el concurso de los impulsos contrapuestos que hemos determinado, la sociedad, considerada como hogar común de las relaciones humanas, igualmente los requerirá. Sobre esto se edifica la ética social, cuyo problema consiste en

⁴⁵ Una segunda edición corregida y ampliada publicó el autor en 1908.

⁴⁶ *Ausgewählte Schriften*, vol. 1, p. 77.

⁴⁷ *Ausgewählte Schriften*, vol. 1, p. 81. La doctrina lógica sobre la negación en que se apoya es la de Sigwart, *Logik*, 1, §§ 20-25 y § 42.

⁴⁸ *Die Sozialethische Bedeutung*, 2ª ed., p. 12.

⁴⁹ Véase obra últimamente citada, pp. 18-19.

determinar las condiciones para la existencia y evolución de la colectividad; es decir, en determinar el contenido del deber, que ha de ir realizándose por obra de las acciones humanas. He aquí la máxima que ha de orientar las prescripciones morales, según Jellinek: "Si quieres que exista la sociedad y que evolucione, necesitas obrar de tal suerte que tu acción contribuya a su conservación y progreso".⁵⁰

Hay, pues, normas para la sociedad, como las hay para todo lo orgánico; esto es, leyes, dice Jellinek. Las leyes morales, agrega el autor, son una modalidad de las leyes normativas, hijas de una consideración teleológica; son aquellas normas "que se derivan de la formación del ser y de la evolución de la sociedad, y que se dirigen a la voluntad humana para su realización".⁵¹ La ética social tiene como supuesto la solidaridad de los miembros de la comunidad, y esta solidaridad se propone cada vez de manera más apremiante como fin moral al individuo, quien se propone como fin moral, a su vez, a la comunidad. La divisa bajo la cual tiene lugar el progreso social es: "Todos para uno, uno para todos".⁵²

Esta ética es una ética de la acción, no de la intención, y mide la moralidad de aquéllas con arreglo al criterio positivo de la máxima enunciada. El contenido objetivo de la ética social es cambiante, histórico, depende del sistema de condiciones sociales; lo único constante en la ética son los factores individuales que la realizan, y aun los propios individuos, sólo muy lentamente y merced al proceso de la evolución, han llegado a ser conscientes de cualidades que les atribuimos hoy como inherentes a su naturaleza. La ética social, pues, no es quiescente, sino dinámica y desarrollable.

*El derecho como *mínimum* ético*

Ahora bien, si nos interrogamos por las normas cuyo cumplimiento hace posible la permanencia de una determinada situación histórica de la sociedad, habremos descubierto el derecho de esta sociedad, pues el derecho, dice Jellinek, no es sino el *mínimum* ético que la sociedad precisa en cada momento de su vida para continuar viviendo. Considerado objetivamente, el derecho representa las condiciones de conservación de la sociedad, en tanto en cuanto estas condiciones pueden depender de la voluntad humana; por consiguiente, el *mínimum* de existencia de las normas éticas, visto subjetivamente, es el *mínimum* de actos morales que la sociedad exige de sus miembros.⁵³

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 21.

⁵¹ *Op. cit.*, pp. 22-23.

⁵² *Op. cit.*, p. 27.

⁵³ *Op. cit.*, p. 45.

Si variable es el contenido de la ética, variable ha de ser por fuerza el del derecho, pues que de un solo contenido se trata, y si no era posible hablar de una ética absoluta y permanente, tampoco podrá serlo con relación al derecho. Como derecho eterno no podríamos exhibir sino aquellas normas míseras sin cuya existencia no nos sería dado imaginar ni la más primitiva forma social humana, dice Jellinek. Lo común a todo derecho es, pues, exclusivamente su función, su carácter conservador, y la relación en que se encuentra con la ética es la de la parte al todo, mas la proporción ética, digámoslo así, del derecho, difiere de un pueblo a otro y de uno a otro momento en la vida de la cultura de cada pueblo.

Esta concepción del derecho como un *mínimum ético* es la que alienta, dice Jellinek, en el decálogo y en las prescripciones fundamentales de los budistas: honrar al padre y a la madre; no matar; no robar; no cometer adulterio; no mentir, dice el cristiano: lo que equivale a hablar de santidad de la familia, de la persona, de la propiedad, etc., y los mandamientos del budista son: no matar; no robar; no ser deshonesto; no mentir. Y a medida que un pueblo progresa, tanto más numerosas son la ordenaciones que tienden a conservar el todo, y por consiguiente, tanto más amplias las bases morales del derecho.

La situación en que se encuentra el derecho respecto de la moral hace posible que sea permitido jurídicamente lo que moralmente está prohibido. El hombre duro de corazón, por ejemplo, dice Jellinek, que toma a su deudor pobre todos sus bienes, hasta la última moneda, obra inmoralmente, mas no de modo contrario al derecho, según el antiguo aforismo *Nullus videtur doli facere, qui suo jure utitur*. Pero no hay nada de extraño en esta contradicción una vez concebido el derecho como el grado más elemental de la moralidad, como el residuo indispensable de ésta que es precisa a cada sociedad.

Recibe el derecho los impulsos de progreso de las fuerzas sociales que lo condicionan; sus modificaciones sólo pueden ser explicadas si se le considera en la relación íntima en que vive con la totalidad de las actividades sociales, desde la concepción religiosa predominante hasta las costumbres locales, pues todas las funciones e instituciones sociales, ansiosas de vivir, buscan consciente o instintivamente normas que las amparen, y luchan por crear tales normas. De aquí surgen precisamente las excitaciones que mantienen en una movilidad permanente la vida del derecho.⁵⁴

⁵⁴ *Op. cit.*, pp. 46 y 59.

*Analogía de la doctrina
de Jellinek con la de Trendelenburg*

Jellinek traza en la obra que venimos citando últimamente un breve esbozo de la historia de la concepción social de la ética, pero no queda aclarado de dónde podía hacerse derivar, en los días en que escribiera nuestro autor, esta doctrina del *mínimum ético*. Tal vez no sea desacertado referirla de modo inmediato al tantas veces citado por Jellinek, Trendelenburg. En la obra de éste, *Derecho natural sobre la base de la ética*, se afirma categóricamente que la esencia del derecho reposa sobre la moralidad; pero esta afirmación es sobrado vaga y aun común para que por ella pretendamos haber probado lo que nos proponemos. Si la esencia del derecho reposa sobre la moralidad, ¿qué es ésta?, ¿qué es el derecho?

La moral, dice Trendelenburg, se propone realizar la idea ética, o sea la idea de la esencia humana en su totalidad y en sus partes, y hacer durable tal realización; se propone que el hombre ideal llegue a ser tan universalmente objetivo, que todo individuo consiga su idea individualmente. La realización de la idea es lo que llamamos bien supremo, y a las normas que le están subordinadas, cual órganos —continúa diciendo Trendelenburg—, bienes éticos. En tanto en cuanto la idea ética ha sido realizada y viene realizándose, y el organismo humano con sus fines universales y las partes con sus fines particulares determinan y vinculan, por conservarse, la actividad de los individuos, producen relaciones, y estas relaciones, deberes.

Los bienes éticos, escribe Trendelenburg, necesitan ser protegidos, conservados y hasta auxiliados en su desarrollo, y si del espíritu de ellos nace el deber imperativo, de este mismo espíritu dimana el derecho, cuya función no es otra que la de conservar y desarrollar las relaciones morales. El objeto del derecho es tan comprensivo como el de la moral, puesto que unas veces prohíbe que se realicen acciones contrarias a la conservación y desarrollo de la ética, y otras, impone acciones necesarias a estos fines. La ley, al determinar los derechos y deberes de los hombres, tiende a concretar el verdadero significado de las relaciones morales y reordena las condiciones externas bajo cuyos auspicios deben aquéllas prosperar.

Como se ve, el derecho garantiza, según Trendelenburg, los fines internos de la moralidad, impide la usurpación, pone límites, y por todo ello puede decirse de él lo que afirma Jellinek, esto es, que su función es conservadora, o como afirma Trendelenburg, que la actividad del derecho es fundamentalmente negativa y repulsiva; pero como siempre, las raíces de toda negación descansan en una afirmación, que es aquí la ética. Del nexo entre los deberes y los bienes éticos nace el derecho. Considerado

en el todo ético, es éste, dice Trendelenburg, el compendio de aquellas determinaciones universales de la acción, mediante las cuales el todo ético y sus partes pueden conservarse y ampliarse.⁵⁵

Aun cuando las diferencias entre este autor y Jellinek son notorias, igualmente resultan manifiestas las concomitancias. Hay para el uno como para el otro una indistinción cualitativa entre la moral y el derecho, y en ambos también se ofrece el último como concreción indispensable: primero, para la conservación de la comunidad; segundo, para la obtención de los fines éticos. Estas palabras, que vamos a copiar indistintamente, pueden ser atribuidas a uno u otro: "Es incuestionable que la protección y la conservación (y aun dentro de límites estrechos, el auxilio) de los bienes e intereses humanos mediante acciones y omisiones, son fines que corresponden al derecho".⁵⁶

Observación a la doctrina del minimum ético...

Este criterio del minimum ético, ¿explica la vida jurídica?, ¿identifica lo jurídico con lo legal, o no reconoce como jurídico sino lo que de hecho es practicado y vivido por la comunidad? El duelo está castigado en nuestro código penal, ¿es porque se trata de una exigencia ética de la conciencia española? Sin duda alguna no, puesto que no se cumple el precepto precisamente por el amparo y protección que halla en la opinión pública; otro tanto puede decirse de la prohibición del citado código respecto de las confabulaciones y huelgas, a despecho de lo cual se han venido produciendo, sin que la pena recayese sobre los autores del hecho. Esto parece indicar que el criterio del minimum ético no es aplicable al derecho legislado. ¿Es acaso que lo jurídico para esta doctrina no es sino lo real efectivamente vivido y acatado como normativo? Entonces, habremos descubierto que son condiciones protectoras de la vida ética de la comunidad española y que favorecen la vida de nuestra cultura, el duelo, el juego, la reglamentación de la prostitución, etcétera.

La doctrina del Estado

Ahora bien, el derecho conviene que sea elaborado de un modo sistemático por una voluntad siempre la misma, de suerte que favorezca cons-

⁵⁵ Trendelenburg, *Naturrecht*, 2ª ed., §§ 44, 45 y 46. El concepto del derecho que expone Ihering al tratar el problema del fin (*Zweck im Recht*, 4ª ed., Leipzig, 1904, I, p. 345), "asegurar las condiciones de vida de la sociedad", responde a una concepción algo análoga respecto a la función histórica del derecho.

⁵⁶ Véase la presente obra, p. 319.

tantemente los intereses que está llamado a amparar y auxiliar. Éste es precisamente el fin del Estado, según Jellinek, la razón de ser de su existencia: favorecer los intereses solidarios, individuales, nacionales y humanos, en la dirección de una evolución progresiva y común.⁵⁷ Estos fines del Estado son precisamente los que nos muestran su vida, su acción histórica; fines que no son transitorios, circunstanciales, sino permanentes, universales; de aquí que para Jellinek, como para Gierke, el Estado en sí tenga un valor categórico y no pueda decirse de él que es un fenómeno contingente en la historia, sino consustancial a ésta.

Pero el Estado, dice Jellinek, tiene dos aspectos bajo los cuales puede ser conocido y considerado: uno es el social, otro el jurídico. La doctrina social o sociológica del Estado considera a éste en la unidad de su naturaleza como construcción social; la doctrina jurídica lo considera como sujeto de derecho, y en este sentido es subsumible dentro del concepto de la corporación, siendo dado formular de esta suerte su sentido: corporación formada por un pueblo, dotada de poder de mando originario y asentada en un determinado territorio. Socialmente se puede definir así: unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación y formada por hombres que viven y permanecen en un territorio.⁵⁸

El problema de la ciencia del Estado: el "tipo"

Los elementos característicos del Estado quedan puestos muy de manifiesto en las anteriores fórmulas; y el lector puede ver cómo el concepto corporativo de persona jurídica y el del poder supremo de dominación han venido a ser recogidos por nuestro autor. El concepto del Estado, tal como aquél lo ha formulado, no tiene comprensión suficiente para abarcar todo lo que es consustancial al Estado, según Jellinek; así, por ejemplo, el concepto del órgano parece ser eliminado, y sin embargo, a él consagra un capítulo completo de la obra,⁵⁹ subrayando con estas palabras su esencialidad: "Un Estado sin órganos es una representación incompleta, equivalente a anarquía, por lo cual significa una *contradictio in adjecto*. El Estado moderno implica una pluralidad de órganos", y con respecto a éstos, la ciencia del Estado tiene como problema el que, según Jellinek, es el problema genuino del mismo considerado en su unidad, esto es, "buscar los elementos típicos en los fenómenos del Estado".⁶⁰

⁵⁷ *Teoría general del Estado*, pp. 261-262.

⁵⁸ Véase esta obra, pp. 61 y 193-196.

⁵⁹ Cap. xvi, "Los órganos del Estado", pp. 485-505.

⁶⁰ Véanse pp. 78-79 de este volumen.

El concepto del "tipo" no lo toma Jellinek en un sentido ideal, el "tipo" de lo que debe ser, sino en un sentido plenamente empírico, que ha de expresar tan sólo "la unificación de notas entre los fenómenos; unificación que depende del punto de vista que adopte el investigador. Mediante aquélla, ordenamos la variedad de los fenómenos al extraer de éstos lo que les es común lógicamente". Este concepto del "tipo" equivale al concepto genérico socrático, y es del que usan a diario los naturalistas para sus explicaciones.⁶¹ Pero Jellinek reconoce que políticamente ha tenido un enorme influjo la concepción ideal del "tipo", la aspiración a realizar lo que se considera que debe ser y no es.

No hay, pues, para nuestro autor, más ciencia del Estado que la meramente empírica, la que atiende al ser de su vida. ¿Sucede realmente así? Corre a través de la hermosa obra que ofrecemos a los lectores una inquietud científica, un anhelo, que no se aviene con una actitud reposadamente dogmática, como es la que entraña la conclusión a que hemos llegado. Son muchas las ocasiones en que el estudioso podrá sorprender juicios que indican cuán honda era la crisis de pensamiento del autor. En el propio ambiente ideal en que vivía Jellinek, en Heidelberg, ha surgido y viene trabajando hace largo tiempo un grupo de pensadores que han formado escuela; su orientación es manifiestamente idealista, y su influjo no deja de advertirse frecuentemente en Jellinek; estos pensadores son Windelband, Rickert y Lask.⁶²

El fundamento último del derecho y el Estado: lo metajurídico

Cuando Jellinek se interroga acerca de la eficacia de la acción del Estado y del derecho, llega a esta conclusión interesante, en que su figura de jurista moderno aparece muy acusada:

El derecho en sus últimos fundamentos no tiene el carácter de creador. 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, como en su aspecto social e involuntario.⁶³

⁶¹ Véanse pp. 80-81 de este volumen, Sigwart, *Logik*, t. II, 2ª ed., pp. 240-241, 451, 711 y 712.

⁶² Véase cap. I, n. 1; §4: "Ciencias normativas y ciencias causales", p. 68; y en general, las notas polémicas de los capítulos VI, VII y VIII. Véase sobre el concepto del "tipo", el trabajo de uno de los pensadores más modernos y originales de la escuela de Heidelberg, Lask: *Rechtsphilosophie, Habilitationsschrift*, 1905, pp. 2-13.

⁶³ Véase p. 256 de esta obra.

¡Cuán distanciada queda esta actitud de la no por vieja superada, sino viva y muy viva aún, que espera de la ley, o de las revoluciones, que para el caso es absolutamente igual, la transformación de los contenidos íntimos, de los contenidos de conciencia!

Se advierte en estos juicios una primera concomitancia con la escuela histórica, escuela que influye profundamente en Gierke, escuela que opone el romanticismo de la espontaneidad a la acción reflexiva de la voluntad general, esto es, la costumbre, o sea la acción larvada, sorda e inconsciente, a la ley o formulación consciente y racionalmente elaborada. Pero este parentesco espiritual se muestra con más viveza al llegar al punto último de la sistemática del derecho político, cuando es menester preguntarse por las garantías últimas de la *obligatoriedad* del derecho, incluso para el Estado, no ya sólo para el ciudadano. ¿Dónde hallan su último fundamento el derecho y las instituciones políticas?

“La positividad del derecho —escribe Jellinek— descansa en última instancia en la *convicción* de su obligatoriedad; sobre este elemento puramente subjetivo se edifica todo el orden jurídico.”⁶⁴ ¡Quién no recuerda la función que desempeñaba en el sistema de Savigny este mismo concepto, la convicción (*die Uberzeugung*)!⁶⁵ ¿Cómo puede ser obligatorio el derecho que formula el Estado, aun para el Estado mismo? He aquí un problema de naturaleza *metajurídica*, dice Jellinek: “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”, y Jellinek no vacila en recurrir a un principio que no tiene ciertamente sabor empirista: el principio de la autoobligación moral. Así pues, las raíces del orden jurídico se hallan en otro de naturaleza *metajurídica*, y en rigor, estrictamente ético.⁶⁶

El derecho subjetivo en general y el público subjetivo

El problema del derecho subjetivo

Si el Estado debe obediencia a las normas jurídicas y su voluntad se limita a sí misma, ¿queda el ciudadano suficientemente garantido con ello

⁶⁴ P. 320 de esta obra.

⁶⁵ Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit*, p. 8.

⁶⁶ Véase Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, 1880, pp. 3 y 9; en esta obra fue donde por vez primera habló Jellinek de lo *metajurídico*; *Gesetz und Verordnung*, 1887, pp. 395-412 y capítulo último del tomo I de la *Teoría general del Estado*. Respecto al problema de la obligatoriedad del derecho para el Estado, pueden verse como libros en que se recoge la situación actual de la cuestión, Gavrilowitch, *L'État et le Droit*, 1911, cap. III; H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tubinga, 1911, caps. IX y XIV.

de poder obrar conforme a los imperativos del deber? ¿Podrán aunarse, o es una, idealmente, la exigencia ética y la posibilidad externa? ¿Hay un patrimonio jurídico propio, personal, o no hay más derechos que los de la comunidad, y en ellos van implícitos, y no como distintos, los derechos de cada uno de los sujetos que viven en la comunidad? En una palabra, ¿hay un derecho objetivo y otro subjetivo, o todo derecho, en cuanto tal, es por esencia objetivo? Sabido es que Locke y la escuela del derecho natural dan una respuesta que concuerda en considerar el patrimonio jurídico del individuo ya como previo a la comunidad política, ya como lo que ésta ha de garantizar, o sea lo que justifica la existencia del Estado. Esta concepción culmina en la primera *“Declaration des droits de l’homme et du citoyen”*, cuyo artículo 2º dice así: *“Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance a l’oppression”*.

Esta posición doctrinal contribuyó poderosamente a dar un gran impulso al progreso político; pero como obedeció a una razón de ser histórica, superada aquélla, tal vez no haya razón de ser para que perduremos en la misma actitud ideal. Sin embargo, la oposición entre individuo y Estado ha dejado tan honda huella, que no es extraño, aun hoy, hallar pensadores para quienes el derecho se sigue resolviendo en mero derecho privado y al Estado no asignan otra misión que la de asegurar la vida de las personas, o el mío y el tuyo, como en la época de Hobbes y Kant, respectivamente.⁶⁷ La opinión más común continúa siendo la de considerar sustantivamente el derecho objetivo y el subjetivo. Este último es interpretado de dos distintos modos, que responden a dos distintas doctrinas: la de la voluntad y la del interés.

Teoría voluntarista de los derechos subjetivos

Al identificar la libertad con el derecho individual, la antigua escuela de derecho natural atribuyó a la voluntad la característica esencial del derecho. En Rousseau de una parte y en Hegel de otra, ha culminado esta dirección; las frases que de ambos hemos copiado en otro lugar dan muestra de ello. De aquí se ha derivado la doctrina según la cual el derecho subjetivo es concebido como “un poder de la voluntad reconocido por el derecho objetivo” o “un poder o dominio de la voluntad que ha sido

⁶⁷ Stammler es tal vez, en este sentido, el ejemplo más digno de nota. En su última obra, *Theorie der Rechtswissenschaft* (pp. 384 y 423-431), como en las anteriores, el Estado, lejos de ser concebido con un valor categórico, continúa siendo considerado como un fenómeno contingente en la historia, con lo cual se hace imposible una fundamentación científica del derecho político.

prestado al individuo por el orden jurídico". Las figuras más preeminentes entre los mantenedores de esta doctrina son Windscheid y Zitelmann.⁶⁸

Como se ve, la protección del derecho objetivo es para la voluntad en sí misma, para los sujetos dotados de voluntad; ¿y para aquellos sujetos de derecho que, como las personas jurídicas, son considerados por muchos cual si no estuviesen dotados de voluntad?⁶⁹ ¿Y el no nacido y el loco? El problema cardinal, problema previo para aceptar como para rechazar esta doctrina, consiste en discernir cuál es la función de la voluntad en el mundo del derecho y hasta qué punto estamos autorizados para hablar de una voluntad nacional o de una voluntad humana. No queda la crítica circunscrita a estos términos, sino que además pone en cuestión, si cabe una determinación meramente formal del derecho subjetivo, o si la voluntad jurídica no tiene siempre un contenido, y es éste realmente el que el orden jurídico ampara.

La teoría del interés

Los juristas, acostumbrados a la visión concreta, suelen estimar más acertada la determinación del sentido del derecho subjetivo al considerarlo como "un interés jurídicamente protegido". Esta enunciación se debe a Ihering;⁷⁰ pero ha trascendido extraordinariamente, siendo hoy mantenido este criterio por Dernbur,⁷¹ Hauriou⁷² y Michoud,⁷³ entre otros. Para esta doctrina, la protección de los intereses es el fin del derecho. Pero ¿qué es interés? ¿Acaso se justifica el interés por sí mismo? El interés es siempre empírico, y ha menester, para ser justificado, por tanto, de un principio que trascienda de la experiencia. Si el derecho para Ihering, fundador de la teoría, sólo representa una fuerza eficaz y progresiva para la historia, en cuanto es subjetivo —pues el objetivo lo forman un conjunto de normas compresoras, coactivas— y se constituye por in-

⁶⁸ Windscheid, *Pandekten*, I, 9ª ed., pp. 155 ss.; Zitelmann, *Begriff u. Wesen der sogenannten juristischen Personen*, pp. 62 ss.; en Francia, entre otros, Boistel, *Cours de philosophie du Droit*, pp. 23 ss.

⁶⁹ Véase, por ejemplo, entre los autores que últimamente han defendido con más sagacidad y más extremadamente esta tesis, enteramente atomista para el derecho, Holder, *Naturliche u. Juristische Personen*, 1905, cap. I, la significación de la personalidad.

⁷⁰ *Geist. des römischen Rechtes*, t. III, 4ª ed., p. 339; edición francesa, vol. IV, pp. 326 y 337. Esta misma fórmula se repite después en *Zweck im Recht*.

⁷¹ *Pandekten*, 6ª ed., I, p. 84. El derecho subjetivo del individuo lo define como la participación de éste en los bienes de la vida social.

⁷² *Précis de Droit administratif*, p. 317, n. 3: "Un intérêt individuel socialement garanti".

⁷³ Michoud, en su obra *La théorie de la personnalité morale*, I, §§ 47 y 48, considera igualmente el interés como el elemento fundamental del derecho, y la voluntad como secundario.

tereses jurídicamente protegidos, la función del derecho objetivo queda reducida a proteger, y carecemos de criterio para determinar *a priori* en qué consiste en general el derecho, y para poder llamar subjetivo a un derecho, hay que aguardar a que se le conceda protección. La virtualidad polémica y la eficacia política de este concepto quedan destruidas,⁷⁴ y el problema eliminado del campo de la filosofía pura del derecho.

Teoría conciliatoria: Bernatzik

Han pretendido algunos juristas aunar la dirección voluntarista con la del interés. Quien primero dio una doctrina del derecho subjetivo orientada en tal sentido fue Bernatzik.⁷⁵ Para este autor, tan esencial es la voluntad como el interés; se trata, dice, en el derecho subjetivo, de un fin, “de un fin humano para cuya realización reconoce el orden jurídico autoridad a la voluntad, de modo que los efectos jurídicos de la actuación de ésta queden atados, tanto a dicho orden cuanto a quien la voluntad pertenece”. Esta igual esencialidad de ambos momentos se pone aún más de manifiesto cuando escribe: “Es indiferente que un instituto jurídico quiera proteger los intereses de tal o cual sujeto, si el orden jurídico no reconoce a la voluntad autoridad para realizar su propia y sustantiva actividad”. Mas como para el autor el titular de la voluntad necesaria para la realización de los fines puede ser una persona distinta del sujeto del fin o interés, y a aquél no le reconoce el carácter de sujeto de derecho, hemos aquí llegados a una conclusión que nos acerca mucho a Ihering: “El sujeto de esta voluntad no es sujeto de derecho, y éste no es, por tanto, un querer lícito” (*Wollendürfen*).⁷⁶ Nos encontramos, además, como criterio último para reconocer cuándo hay un derecho subjetivo con el propio de Ihering: el reconocimiento, allí, del interés; aquí, del poder de la voluntad.

Teoría de Jellinek

Jellinek comparte la doctrina de Bernatzik, singularmente a partir de la segunda edición de su obra *Sistema de los derechos públicos subjetivos*, publicada en 1905. El dogma de la voluntad pura es rechazado por él; psico-

⁷⁴ Ritchies, *Natural Rights*, Londres, 1903, cap. 1, considera precisamente que el reverdecimiento del derecho natural en determinadas épocas significa siempre un llamamiento a la conciencia individual para protestar contra la autoridad externa o contra la artificialidad.

⁷⁵ *Die juristische Persönlichkeit der Behörden, Zugleich ein Beitrag zur Theorie der juristischen Personen*, Friburgo, 1890, pp. 25-111.

⁷⁶ *Op. cit.*, pp. 65, 66 y 95.

lógicamente, dice, todo acto de voluntad humana necesita tener un contenido concreto, “no puede simplemente quererse, sino que siempre se quiere algo, como no es posible ver, oír, sentir, pensar, sino que toda percepción sensible y toda reflexión necesita tener un algo como contenido”. ¿Qué contenido de la voluntad es el que protege el orden jurídico? Los intereses, entendidos como Ihering también los interpretaba; esto es, no meramente como bienes del mundo económico, patrimonial, sino bienes de índole espiritual. Hay, pues, en el derecho subjetivo, un aspecto formal representado por el momento voluntario, y un elemento material, que lo forman los bienes o intereses; de aquí que la definición de Ihering deba ser rechazada, dice Jellinek, porque abstrae demasiado el elemento voluntad. Los bienes o intereses que el derecho protege son tales a causa de su relación con la voluntad humana; esto es, sólo en cuanto posible contenido de una voluntad humana, adviene un objeto del mundo exterior o una relación de hombre a hombre, una parte del mundo de los bienes o intereses; sin la voluntad, el “algo” querido no adquiriría el carácter de bien o interés, y para protegerlo, el orden jurídico necesita ante todo reconocer y proteger el poder de la voluntad humana. El derecho subjetivo, concluye diciendo Jellinek, “es el poder de la voluntad dirigido hacia un bien o interés reconocido y protegido por el orden jurídico”.⁷⁷

Visión empirista del problema

El concepto fin no sólo fue interpretado por Ihering como medio, interpretación que al punto señaló la crítica, sino que sus adversarios, los voluntaristas, han opuesto voluntad a fin, como si realmente se tratara de términos oponibles, siendo así que la realización ideal de la ley de la voluntad equivale a la identificación de la voluntad con su fin, que es la libertad. Ni la voluntad ni el fin pueden ser tomados como medio, sino que precisamente la voluntad racional es lo que hace del hombre un fin en sí; considerar como medio la voluntad o el fin, es eliminar del derecho el criterio que asegura la continuidad del esfuerzo para la creación de condiciones que orienten las acciones hacia la realización de la libertad,⁷⁸ es preparar el resurgimiento del contrato de servidumbre, de esclavitud.⁷⁹

⁷⁷ Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed., pp. 43-44.

⁷⁸ Kant, *Kritik der prak. Vernunft*, 3ª sección; paso de la metafísica de las costumbres a la crítica de la razón pura práctica; Hegel, *Enzyklopädie*, § 483; la voluntad es reconocida como medio por Jellinek, *System*, p. 44, y Michoud, *op. cit.*, t. 1, §§ 47 y 48.

⁷⁹ Ihering, *Geist. d. röm. R.*, cap. III, sobre la noción del derecho. Si el derecho, dice Ihering, consiste en voluntad, permítanse toda clase de contratos con tal que no sean ilícitos ni inmorales; el resultado, dice Ihering, sería preparar la servidumbre. La voluntad, continúa

La consideración del reconocimiento y protección exterior, ya de un poder de querer, ya de un interés como nota característica del derecho subjetivo, adolece del propio defecto metódico que la oposición entre voluntad y fin. *Mi* derecho, para serlo, ha menester ante todo ser derecho; por esto no puede tomarse el derecho objetivo como concepto originario, así como tampoco el derecho objetivo, entendido empíricamente; los opuestos se resuelven mediante un tercer término que los comprende, el cual es aquí el derecho, del que tanto uno como otro no son sino predicados. Los derechos subjetivos son reafirmaciones del derecho en sí. Todo derecho, en la dinámica de la vida, es exigido por un sujeto individual o colectivo, y en ese tanto es justo llamarle subjetivo, pero bien entendido que en cuanto derecho no es subjetivo, sino universal, trascendental. Lo que yo quiero, lo que me interesa, no por ser querido es derecho, sino que para elevarlo a tal dignidad, es preciso ver si contradice o concuerda con el principio del derecho; lo querido, lo deseado, son contenidos de la voluntad, y a ésta habrá que acudir, por tanto, para saber si debe ser amparado, protegido, dicho contenido; pero no a la voluntad individual, sino a la voluntad en sí, a la voluntad humana, universal, a la voluntad del hombre.

Podría parecer, que, considerado de esta suerte el derecho subjetivo, seguíamos careciendo de un criterio *a priori* para determinarlo; sin embargo, no es así. Del análisis de la voluntad jurídica va desprendiéndose el orden de las condiciones que la actividad jurídica del individuo puede exigir para cumplir su fin. El derecho a la existencia y el derecho al trabajo, por ejemplo, son derechos subjetivos, estén o no reconocidos por el orden jurídico existente, pues los derechos reconocidos son una expresión siempre insuficiente, si bien cada vez menos pobre, de lo que implícitamente contiene el principio de la voluntad jurídica. La historia del derecho revela, sin duda alguna, que crece sin cesar el número de los derechos subjetivos reconocidos; pero ni el ser subjetivo lo hace derecho ni para ser derecho subjetivo le fue preciso el reconocimiento; éste lo necesitó para que se le protegiese y defendiera, pero cuando era pedido, exigido, tenía el mismo carácter de derecho subjetivo que después de ser reconocido. La fundamentación científica, racional, del derecho al trabajo, por ejemplo, no se modifica por que se publique una ley en que se le reconozca.⁸⁰

diciendo Ihering, forma ella misma el instrumento de su suicidio. Aquí se muestra cómo Ihering no llegó a ver con claridad la significación de la voluntad, la cual jamás podría negar la libertad, aun cuando los intereses empíricos, al convertirse en causas determinantes de aquélla, viciasen la fuente pura en que debe inspirarse la voluntad para ser tal: en su bien, que es el de todos, que es la libertad.

⁸⁰ Véanse acerca del problema del derecho subjetivo, Thon, *Rechtsnorm u. subjektives Recht*, 1878, pp. 175-181; Bierling, *Zur kritik der juristischen Grundbegriffen, Zw. Teil*, pp. 58 ss. Schuppe, *Der Begriff des subjektiven Rechts*, 1887, especialmente §§ 1 y 8; M. E. Mayer,

*Antecedentes de la doctrina
de los derechos públicos subjetivos*

Jellinek dio una conferencia en febrero de 1889 en la Sociedad Jurista, de Viena, con el título *Staat und Gemeinde*, en que se diseñaba ya el "sistema de los derechos públicos subjetivos". Los problemas que directamente acometió entonces fueron, primero, cómo había surgido en la historia la idea de un círculo de actividad libre para las municipalidades, y segundo, qué carácter jurídico era el de la relación de estas comunidades autónomas con el Estado. Jellinek llegó a esta conclusión: los municipios tienen derechos de *imperium*, ¿de dónde proceden?; no han sido creados por el Estado, pero sí reconocidos por él; sólo a éste corresponde la plena majestad del *imperium*, que al serle reconocido, no graciosamente, sino por ley, a sus miembros, municipios o corporaciones de cualquier otro orden, adquieren el derecho, y con él se elevan a corporaciones de derecho público, no en virtud de su propia naturaleza, sino en razón de la del Estado moderno.⁸¹

Las relaciones de la vida adquieren el carácter de relaciones jurídicas, en tanto son reconocidas y regladas por el derecho, dice Jellinek, y de estas relaciones jurídicas emergen los derechos subjetivos, los cuales suponen la existencia de un orden jurídico mediante el cual son creados, reconocidos, y en mayor o menor medida, protegidos. Todo querer, poder, tener del hombre, es elevado, pues, a acción y situación jurídica desde la esfera de los hechos naturales de la vida, mediante el derecho objetivo. Si todo derecho subjetivo supone un orden jurídico objetivo, los derechos públicos subjetivos exigirán como supuesto un orden jurídico público.⁸²

Los titulares del derecho subjetivo

El titular del orden jurídico público es el Estado, que, cuando es soberano, esto es, cuando se determina por sí, según Jellinek, crea su propio orden jurídico; mas si el Estado es el único titular del derecho público, parece quedar excluida la posibilidad de un derecho público del individuo, y si se atribuye a la persona individual derechos públicos, entonces adviene ésta sujeto del derecho público, lo cual parece encerrar una con-

Rechtsnormen u. Kulturnormen, 1903, pp. 52-61; Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, Jena, 1903, pp. 116-132; Kelsen, *op. cit.*, pp. 567-618; Iginio Petrone, *Il diritto nell mondo dello Spirito*, 1910, 2ª y 3ª partes; G. del Vecchio, *Il concetto der diritto*, 1912, cap. iv; Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positif*, t. I, 1901, cap. III, § 3, y *Traité de Droit Constitutionnel*, 1911, t. I, § 1.

⁸¹ *Ausgewahlte Schriften*, II, pp. 334-360.

⁸² Jellinek, *System*, pp. 8-9.

tradición; sobre este razonamiento descansa la negación de los derechos públicos subjetivos. Pero quien esto niegue no advierte las consecuencias de su negativa. Todo derecho es relación entre sujetos de derecho; no se puede pensar en uno de éstos totalmente aislado; por consiguiente, si el Estado ha de tener derechos, necesita reconocer otras personas de las que pueda exigir, esto es, respecto de las cuales tenga derechos; una relación efectiva de poder adviene jurídica si los dos miembros de la relación, dominante y dominado, se reconocen uno a otro como mutuos titulares de derechos y deberes. La existencia del derecho público depende, por tanto, de la existencia de derechos por parte de sus miembros. El derecho público objetivo, de una parte, y el subjetivo del Estado, de otra, están condicionados por el hecho de que tanto el señor o soberano cuanto los súbditos, sean sujetos de derecho.⁸³

*División de los derechos subjetivos.
La distinción entre "poder" y "ser lícito"*

Los derechos subjetivos se dividen en privados y públicos. ¿Qué es lo que diferencia a unos de otros?, ¿el elemento material, el formal o ambos? El orden jurídico puede permitir, reconocer, que la voluntad individual use de su "libertad natural" en ciertas direcciones, esto es, sólo en aquel caso en que la "libertad natural" de uno toca a la esfera de la "libertad natural" de otro; si una acción no es capaz de producir un efecto jurídico relevante en los demás, no puede ser considerada como "permitida"; mas los efectos de esta permisión se circunscriben a suprimir la prohibición. Pero hay acciones que no tiene sentido que se las permita, esto es, que se las ampare, pues son indiferentes al mundo del derecho; por lo cual las acciones se dividen en jurídicas relevantes e indiferentes al derecho. Las acciones jurídicamente relevantes, permitidas por el orden jurídico, forman en su unidad lo que es lícito a los individuos en el derecho (*das rechtliche Dürfen*).

Pero el orden jurídico añade algo a la capacidad de acción del individuo, según Jellinek, algo que no tiene éste por naturaleza, que no cae dentro de la "libertad natural", y esta segunda función del orden jurídico, eminentemente positiva, es considerada por el autor como una concesión, una prestación (*Gewähren*), que se traduce para el individuo en un poder (*Können*). Para el orden jurídico hay, pues, dos órdenes de actividad: "permitir" y "conceder" (*Erlauben* y *Gewähren*); para la voluntad individual, dos situaciones, la de "ser lícito" y "poder" en sentido de tener ca-

⁸³ Jellinek, *System*, p. 10.

pacidad para la acción (*Dürfen y Können*). El derecho subjetivo privado contiene necesariamente tanto un acto de permisión del orden jurídico cuanto una concesión (esto es, tanto un *Dürfen* cuanto un *Können*), mientras que los derechos subjetivos públicos sólo contienen una concesión de capacidad (*Können*): la capacidad que no corresponde a la "libertad natural" de poner en movimiento normas jurídicas en interés del individuo. Se trata, pues, en el derecho subjetivo público, de un derecho creado, de una ampliación de la libertad natural, y tiene por base una concesión de poder.⁸⁴

El "poder" se identifica con la capacidad jurídica, indica las direcciones particulares en que puede ésta mostrarse. El "poder", en su unidad, representa, pues, la personalidad; por esto todo derecho subjetivo público de los súbditos tiene por base cualificaciones de la personalidad, o lo que es lo mismo, considerados formalmente, son exigencias que resultan de cualificaciones concretas de la personalidad.⁸⁵ El derecho subjetivo privado es separable de la persona de su titular; el derecho subjetivo público, no.⁸⁶

Significación de la doctrina de derecho subjetivo público de Jellinek

Los derechos subjetivos públicos se nos muestran, pues, como una función del orden jurídico, el cual —tal vez a pesar del autor— se identifica con el Estado en la doctrina de Jellinek; esto es, son, no ya permisiones, sino concesiones que amplían la capacidad jurídica misma, no el ejercicio de la capacidad jurídica. El problema continúa colocado en un plano totalmente empírico, y si la antigua escuela del derecho natural identificaba estos derechos con la libertad previa a la existencia del Estado, Jellinek hace de ellos una creación arbitraria del Estado. Es más, no hay un solo pasaje por donde se pueda colegir que Jellinek distingue el conjunto de instituciones, de la comunidad jurídica en sí, ni la función del orden jurídico, de las funciones de gobierno.

Si cupiese alguna duda de ello, bastaría tener presente la división que hace Jellinek de las acciones relevantes jurídicas en permitidas o prohibidas, lo que equivale a eliminar del mundo de las acciones relevantes jurídicas todas las que caen bajo la esfera del "poder" (*Können*), porque éstas son concedidas (*Gewähren*). La lógica arrastra a Jellinek a una con-

⁸⁴ *System*, pp. 45, 46 y 54. "Libertad natural", dice Jellinek, p. 46, está usada aquí en el sentido de posibilidad de acciones psíquica y físicamente independientes del Estado.

⁸⁵ *Op. cit.*, pp. 45, 46 y 54.

⁸⁶ *Op. cit.*, pp. 25 y 46.

secuencia más extremada aún y que no le complace, a saber: la desaparición de toda relación relevante jurídicamente en sí misma. Porque si estas relaciones forman en conjunto lo lícito jurídicamente, y la declaración de licitud constituye el contenido de la función permisiva llevada a cabo por el orden jurídico, resulta evidente que sin esta función no hay acciones de aquel carácter. Otra posición cabe dentro del pensamiento de Jellinek: si la relevancia jurídica de una acción depende de que produzca un efecto jurídico,⁸⁷ no tendrán necesidad muchas de ellas ni de la permisión ni de la concesión; ahora bien, este concepto de acciones que por su naturaleza son jurídicas, es extraño a la concepción de Jellinek.

No queremos decir con estas observaciones que la relación jurídica sea susceptible de ser considerada tal, abstracción hecha del orden jurídico; lo que sí afirmamos es que, entendido el Estado por nosotros como la unidad de la voluntad jurídica de la comunidad, los derechos subjetivos públicos abarcan las condiciones que la voluntad jurídica de los miembros del Estado han menester para cumplir con su función, esto es, con su deber, y así como éste no es un concepto que nazca de una concesión, tampoco puede serlo el de derecho subjetivo. La posición de Jellinek indica un momento de transición en la evolución de esta doctrina; sin duda que no se trata de derechos anteriores al Estado ni contra el Estado, sino de derechos en el Estado; pero ¿cómo se ha de comprender la relación de estos derechos con el Estado? Esto es lo que en la doctrina de Jellinek no se fundamenta suficientemente. Luchan en él dos teorías que no quedan fundidas: la de la pretensión (*Anspruch*) y la del reconocimiento (*Anerkennung*). Mediante la primera, los derechos son tales por sí, y apoyados en las razones que justifican la pretensión se pide amparo, protección; mediante la segunda, los derechos más fundamentales viven a precario.

La distinción entre el derecho público y el privado

Jellinek conserva la distinción romana entre derecho público y privado. Sin embargo, tampoco su actitud es en esto plenamente ortodoxa. La personalidad, dice Jellinek, es *juris publici*; es más, el Estado crea la "personalidad"; así pues, si el Estado crea aquélla, resulta el derecho privado edificado sobre la base del público. No hay derecho privado, continúa diciendo Jellinek, que no tenga por supuesto una determinada propiedad pública de la persona; por ejemplo, no hay propiedad sin capacidad, ni contrato sin obligatoriedad, ni testamento sin *testamenti factio*. Estas capacidades

⁸⁷ *Op. cit.*, p. 46.

que sirven de base a las acciones del derecho privado, no significan sino la propiedad atribuida a un sujeto para poder obtener en interés propio la protección jurídica del Estado. El interés común existe en todo interés que es objeto de reconocimiento jurídico; lo que varía es el *quantum*, afirma Jellinek.⁸⁸

Esta distinción tiene una razón de ser histórica, razón que ya no atiende Jellinek, muy justamente; él reconoce que no hay entre los intereses jurídicos, intereses que totalmente revistan uno u otro carácter, sino que siempre el interés jurídico es común y sólo varía el grado. Ya Bacon afirmó que *Jus privatum sub tutela juris publici latet*,⁸⁹ y hoy, época de solidarismo, estamos autorizados y obligados como nunca a decir que en el orden de las cualificaciones jurídicas todo derecho positivo tiene un carácter público, y es tal precisamente porque está orgánicamente inserto dentro de la unidad de la vida civil y tiene los mismos fines que ésta se propone. No pretendemos identificar la totalidad de las relaciones jurídicas y positivas; esto sería ir en contra de la evolución científica caracterizada por una diferenciación creciente, sino encontrar la serie empírica de los atributos elementales y comunes a la vida del derecho, serie que comienza con estas notas: civil, público; lo peculiar y distinto a cada rama jurídica habrá de buscarse donde ya hoy se busca, a saber, en la finalidad de la relación.⁹⁰

IV. LA CRISIS DE LA DOGMÁTICA DEL DERECHO PÚBLICO. CONCLUSIÓN

Crisis de principios

Estamos en un momento de honda crisis para la vida política mundial, y esto procede de la decrepitud en que han caído los principios sobre los cuales ha sido edificado el orden jurídico de nuestra época. Un sentimiento profundamente conservador, el sentimiento del temor, mantiene aparentemente firme la construcción arquitectónica levantada por la ideología política del siglo XIX; difícilmente, sin embargo, se buscará una nueva construcción sistemática del derecho político en que no se advierta esta crisis radical de las ideas. La crítica del actual régimen económico, clave del régimen político en que vivimos, ha sido llevada ya a términos tan claros y precisos como no llegó a alcanzarlos el siglo XVIII

⁸⁸ *Op. cit.*, pp. 53 y 82-84.

⁸⁹ *De Dignitate*, lib. VIII, apéndice III.

⁹⁰ Véase acerca de este punto la citada obra de Kelsen, pp. 268-270, y el reciente libro consagrado exclusivamente a esta cuestión de Angelo d'Eufemia, *Il diritto privato e il diritto pubblico*, Nápoles.

respecto del "antiguo régimen". Mas así como el sentimiento liberal supo inspirar por entonces la doctrina constitucional, hoy este mismo sentimiento no acierta a hacer nacer una construcción política que satisfaga de un modo inequívoco el ansia de que se reorganice la vida patrimonial, y en general la vida civil, poniéndola en concordancia con los ideales de nuestro tiempo.

La ortodoxia de que ha vivido políticamente el siglo XIX —el siglo más político que hemos tenido en la historia cristiana occidental, porque es el que ha llamado a la comunidad del pueblo para que fuera ella el sujeto creador de su propia historia— se ha roto. Sus afirmaciones esenciales de carácter doctrinal, la soberanía como rasgo jurídico característico del Estado, o es desechada, como lo hacen hoy algunas de las figuras más preeminentes de la ciencia política alemana, por no ser apto aquel concepto para explicar una realidad histórica cual es la del Estado alemán, o es concebida de muy distinta suerte.⁹¹ El principio del "Estado de derecho", principio que tanto preocupara a Schelling al querer hacer del sistema del derecho un círculo total, esto es, cerrado, muéstrase ya al análisis moderno como problema insoluble de un modo absoluto dentro del derecho; porque hay un punto en que inevitablemente nos encontramos con el hombre, y no más que con él, en que surge la esfera de lo discrecional, esto es, lo jurídicamente intencionado.⁹² La doctrina de los poderes sustantivos y exclusivos titulares de las funciones de gobierno resulta inadmisibles, porque todos los órganos del Estado participan en más o en menos de las funciones de los otros;⁹³ y por esto mismo, asignar al Estado por nota distintiva el *imperium*, después de concebir a aquél como dualidad de gobernantes y gobernados, es inexacto; se trata de una función de la que todos participan, esto es, el *imperium* es un *coimperium*, no de otro modo que somos cosoberanos. Los derechos individuales sufren una transformación sustancial en su justificación, y el civilismo de que está invadido el derecho político pugna por ser arrojado fuera; así, por ejemplo, la ciencia francesa advierte que la representación y el

⁹¹ Véase el capítulo XIV que consagra Jellinek a la soberanía en esta obra. Véase en otro sentido a Seydel, *Kommentar zur Verfassungskunde für das Deutsche Reich*, 1897, pp. 6 ss. Véanse además Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 1911, I, pp. 113-128, y bibliografía allí citada; S. Panunzio, "Syndicalisme et Souveraineté" (*Le Mouvement Socialiste*, julio-agosto de 1913, pp. 59-73).

⁹² Sin embargo, puede hacerse mucho en esta orientación, porque el reconocimiento de acciones en el derecho público contra los llamados actos de autoridad comienza ahora. Véase el trabajo de Ed. Jenks, *Le régime de Droit dans le système administratif Anglais* ("Rapports présentés à la troisième Section du Congrès International des Sciences Administratives à Bruxelles"), 1910, III, 1-6; J. Barthélemy, "Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le Droit public" (*Revue de Droit Public*, núm. 3, 1912).

⁹³ Véase el libro de Artur, *Séparation des pouvoirs et des fonctions*, 1905, y Giner, *Teoría de la persona social*, pp. 418-419.

mandato son relaciones jurídicas inadecuadas para servir de fundamento a la creación del órgano legislativo del Estado, si bien vacilan muchos en aceptar la doctrina alemana del órgano;⁹⁴ pero aún pervive la idea según la cual el Estado, en cuanto fisco, tiene vida privada, idea derivada de la distinción romana entre erario y fisco, que hizo posible entonces someter parte de la vida del Estado al derecho, pero que no hay razón jurídica que la justifique hoy a nuestro modo de ver, porque el Estado siempre es tal, cualquiera que sea la relación en que se muestre, y no hay acto de carácter económico que no lleve a cabo para servir a fines de naturaleza pública.⁹⁵

Crisis de instituciones

Las instituciones creadas para servir a estos principios han sido las primeras en flaquear. Toda la mecánica del régimen constitucional descansa sobre la institución parlamentaria, y sin duda por ello se ha dirigido contra el parlamento, la crítica de nuestro tiempo. Ha sido el *esprit* francés quien ha lanzado sobre él esta frase demoledora: *el régimen parlamentario* —entiéndase también el representativo— *es el régimen de la incompetencia*; y enfrente de él y como su opuesto surge el sindicalismo, o sea la federación de sindicatos profesionales, grupos técnicos que han de ser los que elaboren las medidas de carácter público. Esta afirmación técnica que lleva consigo el sindicalismo lo conduce a una actitud hostil también para con la democracia. Queda subsistente el valor ético de ésta, porque significa la autonomía de la voluntad colectiva en el orden jurídico;⁹⁶ pero después de la crítica sindicalista, pesa sobre aquélla como institución histórica, esto es, sobre la forma actual de estar organizada, la acusación de que es un obstáculo para el logro de los fines que le sirvieron de fundamento.⁹⁷

⁹⁴ Sin embargo, algunas de las más grandes figuras de la ciencia del derecho en Francia la han aceptado. Véase Michoud, *op. cit.*, t. I, pp. 131 ss., y Hauriou, *Droit Public*, 1910, pp. 659 ss.

⁹⁵ Véase Barthèlemy, *Droit Administratif*, 4ª ed., pp. 43 ss.; Hauriou, *Droit Administratif*, pp. 201 ss.; Hatschek, *Die rechtliche Stellung des Fiscus im bürgerlichen Gesetzbuch*, 1899, *passim*; G. Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche*, compruébese t. I, § 149, y t. II, §§ 11, 12, 20 y 21. Entre nosotros, Posada, *Derecho administrativo*, II, pp. 263 ss.; Santamaría de Paredes, *Curso de derecho administrativo*, 1911, pp. 721 ss. El concepto legal del patrimonio del Estado puede verse en el artículo 1º de la ley de administración y contabilidad de la hacienda.

⁹⁶ Véase una defensa de la democracia por su valor humanista en el libro de David Koigen, *Die Kultur der Demokratie*, Jena, 1912.

⁹⁷ Véase Maxime Leroy, *La loi. Essai de l'autorité dans la démocratie*, Alcan, 1908; en defensa de la democracia, Bouglé, *Sindicalisme et Démocratie*, 1908; *La démocratie devant la Science*, Alcan, 1909. Véase en *Le Mouvement Socialiste* (febrero de 1911), la actitud de Lagardelle frente a G. Sorel, con motivo de la evolución de éste hacia la derecha, por representar

La antinomia política actual

La transformación política más honda que se ha operado en la segunda mitad del siglo XIX ha sido la relativa a los fines del Estado; a consecuencia de ello, la actitud actual de éste ante los conflictos sociales es enteramente otra. En nombre del fin último y supremo del Estado, la justicia, se ha exigido que intervenga en la polémica de los intereses de los grupos sociales y que recabe para sí la gestión y administración de servicios que antes no le estaban encomendados, y de aquí ha nacido el concepto jurídico del servicio público, concepto que estaba definido por la naturaleza del fin que le hizo nacer, a saber: asegurar a la sociedad el funcionamiento de un servicio que la sociedad estima indispensable para su vida.⁹⁸ Ahora bien, si es indispensable el servicio, se ha estrangulado el derecho de huelga.⁹⁹ El caso de Francia militarizando el servicio de los ferroviarios en virtud del decreto de 16 de julio de 1910, y la ejecución de esta misma medida en nuestro país, en virtud del artículo 22 del proyecto de ley de 15 de octubre de 1912, y la interpretación que ha sido dada a los artículos 219, 220 y 221 de la ley de reclutamiento por el real decreto de 3 de octubre de 1912, son consecuencias derivadas de la aplicación del principio del servicio público. Si se considera que es el derecho de huelga el que debe prevalecer, hay que hacer un alto en el intervencionismo, porque el principio del servicio público ha nacido al calor del socialismo de Estado. Ésta es la antinomia que necesita resolver de un modo inmediato nuestro tiempo, porque de seguir esta ruta, pronto comenzarán a sentir las organizaciones obreras los efectos de un derecho disciplinario, ahogadizo, medieval.

éstas, decía, fuerzas sociales *igualmente* (?) antidemócratas. Si el anarquismo militante continúa tomando como credo el del sindicalismo, habremos presenciado una transformación radical en el *idearium* anarquista; frente a su antiguo sueño de democracia directa, nace el concepto aristocrático de la *élite*, como la llamada a dirigir el sindicato (Pouget); a la ausencia de toda coacción sucede un férreo derecho disciplinario. Véase sobre esta cuestión el parecer de un sindicalista, S. Panunzio, "Anarchisme et Syndicalisme" (*Le Mouvement Socialiste*, diciembre de 1910). Como libro de conjunto para conocer el estado actual de la concepción de un derecho sindical, M. Leroy, *La Coutume Ouvrière*, París, Giard et Briere, dos tomos, 1913; es de interés igualmente el estudio de S. Panunzio, "Le Droit Syndical et la notion d'autorité" (*Le Mouvement Socialiste*, julio-agosto de 1912, pp. 81-96).

⁹⁸ Véase Duguit, *Les Transformations du Droit Public*, 1913, p. 41; núm. 3, de 1913, p. 508, de la *Revue de Droit Public*, trabajo de G. Jèze, sobre "Les éléments essentiels du service public", y Lagardelle, "Les services publics et le syndicalisme" (*Le Mouvement Socialiste*, marzo de 1911).

⁹⁹ Véase Louis Rolland, "La grève des agents d'un service public concédé" y "La grève des cheminots et les moyens employés pour y mettre fin" (*Revue de Droit Public*, 1910, pp. 504-524 y 740-763).

La categoría de la libertad

La solución ha de arrancar de la fundamentación de un criterio intervencionista, criterio de que carece la moderna ciencia política. Este criterio sólo puede suministrarlo un análisis de la idea de libertad, verdadero fundamento, categoría radical de la vida civil, de donde ha de emerger el sistema de condiciones que ha de hacer posible a la voluntad jurídica —voluntad que es de suyo federativa, aglutinante—, que cada hombre pueda resolver el problema trascendental de su vida: la vocación.

FERNANDO DE LOS RÍOS URRUTI

Granada, diciembre de 1913