

2. LA AUTORIDAD O PODER PÚBLICO

I

37. Más que cualquiera otra sociedad, el Estado exige una institución gobernante: la ilusión de la cooperación libre	56
38. Las dos tareas de la autoridad pública: la gobernanza de los hombres y la administración de los servicios públicos	59

II

39. <i>Gobierno</i> entraña esencialmente dirección por vía de mando y, en consecuencia, poder de emitir el <i>derecho</i> general o particular	60
40. Ese poder no compete a los súbditos como tales, sino a los que detentan la autoridad	62
41. Pero el derecho no es creado en todas sus partes por el Estado. Los datos previos y la actualización, política y técnica .	63
42. La fuerza material no constituye ni la realidad ni la esencia del poder, pero es su auxiliar indispensable	64
43. La coacción no reemplaza, sin embargo, a la libre adhesión	66
44. Subordinación del poder militar al poder civil	67

III

45. Noción general de la <i>administración</i> , y en qué se distingue del gobierno aun la alta administración	68
46. Clasificación de los servicios que atañen a la administración: a) Servicios de gobierno propiamente dicho	70
47. b) Servicios de ayuda y de suplencia a las actividades privadas	71
48. c) Servicios de personal y de material	72

IV

49. Carácter “funcional” de los derechos de la autoridad, que están al servicio del bien público	73
50. De aquí, entre otras, estas consecuencias: “separación entre la fiscalidad y el poder público”	75
...exclusión de toda política partidaria	75
51. Naturaleza de las relaciones que ligan a los gobernantes con el Estado y el poder público: teoría de la representación... teoría de los “órganos” representativos	76
52. Semejanzas con ciertas concepciones modernas: <i>a)</i> Los <i>juristas clásicos</i> definen al Estado por la autoridad y el poder, pero queda entendido que tal poder está al servicio del bien público	78
<i>b)</i> Kelsen reduce el Estado a un orden normativo, pero la norma no es todo ni nos indica el fin del Estado	80
<i>c)</i> Duguit analiza al Estado como un hecho de poder de los gobernantes, que encuentra su límite en la “regla de derecho”, pero no es difícil reconocer, bajo esta fórmula, los rasgos de la doctrina tradicional	81
<i>d)</i> Carácter francamente revolucionario de la doctrina nacio-nal-socialista del Estado, pero lo que aquí decide es la <i>Weltanschauung</i>	84

la vida se encarga siempre de recordar que hay cuestiones muy concretas y angustiosas a la vez, que ponen en peligro los más altos principios.

No basta con reducir el bien público a los elementos del orden, de la coordinación, de la ayuda, que son otras tantas nociones formales, y desde ese punto de vista, vacías de contenido. Es preciso todavía llenarlas con una tendencia, asignarles una orientación, lo que supone una filosofía e incluso una posición teológica. Sólo “combinaciones” ingeniosas, sugeridas por el arte político, permiten encubrir las diferencias profundas que, en el plano de la vida pública, separan a los adeptos de doctrinas tan antinómicas como el materialismo y el espiritualismo. Por necesarias y bienhechoras que sean esas combinaciones, la lealtad científica prohíbe que se admita el engaño y que se les atribuya valor de verdad.

36. Es necesario añadir que así como *la idea* de bien público se inspira siempre en principios superiores muy determinados, así también dependen sus *aplicaciones* de las contingencias de tiempo y de lugar, de la variedad de psicologías populares y de civilizaciones, y del grado de perfección técnica del Estado encargado de promoverlo. El “ambiente” que constituye el bien público debe necesariamente corresponder al ambiente social; la eficacia de los medios, puesto que el bien público es bien intermedio, es lógicamente una función de las circunstancias. Más aún: puede suceder, según el ambiente o las circunstancias, que la prudencia aconseje al Estado no usar hasta el extremo sus atribuciones y su competencia, y, aun en caso de que esté en aptitud de intervenir en toda materia que interese al bien público temporal, que permanezca en los límites de su derecho teórico de intervención. Es que, en definitiva, y puesto que el bien público es medio, sólo el resultado importa y el valor concreto de un método se encuentra a merced de mil elementos de hecho, más o menos imponderables, que toca a la perspicacia del político descubrir y al tacto del hombre de Estado apreciar.

2. *La autoridad o poder público*

I

37. La obra del bien público temporal no podría ser realizada por los esfuerzos espontáneos de los individuos y de los grupos: muchos no prestarían su concurso y, por otra parte, las acciones dispersas correrían el

riesgo de contrarrestarse. Se requiere, pues, la conjugación obligatoria de los esfuerzos de todos, sin distinción de especie (sexo, clase, profesión, religión, partido, región...) pues cada uno en su rango es apto para colaborar, sin posibilidad de excepción o de excusa, ya que siempre que el bien público plantea sus exigencias, nadie tiene el derecho de desentenderse. Se comprende, por ello, que la empresa del bien público revista la forma de una sociedad a la vez *universal* y *necesaria*, que agrupa como asociados, en el cuadro del territorio, a todos los individuos sin excepción —hombres y mujeres, capitalistas y trabajadores, citadinos y hombres de campo...— cuyo concurso es indispensable para la obra común.

Sin embargo, esta sociedad universal y necesaria, el Estado, no podría ni existir ni alcanzar su fin, sin una *autoridad*.

Si la mayor parte de los grupos que tienen un fin especial, definido, son ya capaces (la experiencia lo demuestra) de dirigirse hacia su fin y aun de perseverar en su ser por el solo movimiento espontáneo de sus asociados voluntarios, ¡con cuánta mayor razón no será necesaria una autoridad en una agrupación como el Estado, que no descansa en el consentimiento voluntario de cada quien y cuya misión, general y superior, consiste precisamente en poner orden en las actividades de la vida social!⁵⁵ Recordemos, además, que el bien público postula una ayuda y, eventualmente, una suplencia a la iniciativa privada en los diversos dominios en que se manifiestan las necesidades humanas,⁵⁶ y que el cumplimiento de todos esos fines, de orden y de armonía, de ayuda y de suplencia, exige otros tantos servicios u oficinas que se trata de establecer y de hacer funcionar. De allí se desprende que la empresa del bien público requiere no sólo una diferenciación, una división del trabajo, en que una minoría de profesionales-especialistas tenga que determinar, para la masa del pueblo, las exigencias del bien público, sino una autoridad verdadera que, después de haber reflexionado, decida e imponga su voluntad: gobernantes, en suma, o, aún, una *institución gubernamental*.

De esta manera la noción misma del Estado y especialmente el fin que éste persigue excluyen de sí un régimen de igualdad entre los asociados, régimen que no podría parar sino en la anarquía y en la negación del bien público. No se llega al orden por vías de dispersión y de desorden. El orden implica una determinada convergencia de acción como necesidad impuesta por una autoridad. Evidencia es ésta tan bien reconocida,

55 Acerca de la misión de orden que incumbe al Estado, véase *supra*, núm. 28, nota 13.

56 Acerca de la misión de ayuda y de suplencia, véase *supra*, núm. 28, nota 14.

que muchos autores, y no sólo juristas sino también sociólogos, no quieren ver al Estado más que bajo su aspecto de poder, como si los gobernados, aun en el momento en que son gobernados, no fuesen más que puros súbditos y no asociados.⁵⁷ La simplificación sobrepasa la medida, ciertamente, pero no traduce más que el exceso de una verdad, que es la de que, en el sistema del Estado, el gobierno es un elemento esencial. La necesidad o la legitimidad del Estado ha podido ser discutida: el problema será examinado en su lugar, pero⁵⁸ una vez aceptado el Estado no se podría, sin contradicción, negarse a admitir la necesidad y la legitimidad del gobierno. Poco importa, en este momento, la cuestión del modo de designación de los gobernantes: el problema de los titulares del poder es distinto del poder mismo.⁵⁹

Verdad es que determinados teóricos entreven una era de cooperación libre en que todo gobierno habrá desaparecido, por la substitución del Estado *político* del presente por un Estado exclusivamente *económico*. Se conoce la fórmula socialista de la administración o gestión de las cosas reemplazando al gobierno de los hombres. Pero, sin contar con que el dominio de la economía no es el único que interesa a la humanidad y, por consiguiente, al Estado,⁶⁰ es una ilusión creer que ese *Estado económico*, que sería en realidad una *organización de la economía*, podría mantenerse y funcionar por el solo juego de la libertad. Más que ninguna otra materia, en razón de la concurrencia de intereses, la economía, si se le quiere organizar, reclamará la intervención de una autoridad, no sólo durante un periodo inicial de transición, sino a título permanente, mientras exista una economía y no cambien los hombres de naturaleza. En cuanto a esto, la experiencia soviética es concluyente; no hay Estado más político, ni más policiaco inclusive, que este Estado de socialismo ortodoxo.⁶¹ Bajo la cubierta del Estado económico, so pretexto de administración de las cosas, habrá necesidad siempre de un gobierno, que pueda llamarse “económico” por cuanto se constriña a la economía, pero que no dejará de ser un

57 Respecto de esta manera de concebir las relaciones entre gobernantes y gobernados y para la crítica, véase *infra*, pp. 76 y 77 (a propósito de la definición de los juristas clásicos), pp. 79 y 80 (a propósito de Duguit).

58 Véase *infra*, núm. 56.

59 Se estudiará ese problema más adelante, núms. 108 y ss.

60 Acerca del carácter *general* de la idea de bien público, véase *supra*, núm. 30.

61 Esto es verdad tanto bajo el régimen de Stalin como bajo los regímenes anteriores, de la N. E. P. y de los comienzos de la Revolución. Véase, respecto de este punto, S. Trentin, *La crise du droit et de l'État*, París, 1935, pp. 159-161, y notas 9-12, pp. 197-200.

órgano de autoridad que procede y está obligado a proceder por las mismas vías que los gobiernos llamados políticos.

38. Precisa, empero, examinar más de cerca en qué consiste la tarea de la autoridad encargada de presidir el Estado y el bien público y por medio de qué *actividades formales* se manifiesta esta autoridad. Se trata de saber, en una palabra, qué es eso de gobernar el Estado.⁶²

Hagamos a un lado el plano de las relaciones exteriores, en que la autoridad gobernante es la facultada naturalmente para representar al grupo, para tomar en sus manos los derechos e intereses de la comunidad, como tal, y de sus miembros, *ut singuli*; para asumir igualmente, con respecto a las demás comunidades y sus miembros, las obligaciones de la vida internacional. Gobernar es, en primer término, afán *interno*, que abarca a los miembros del Estado y sus relaciones recíprocas, pues no es procedente una acción exterior sino en tanto que existe en el interior una comunidad, con un gobierno para mantenerla.

Ahora bien, a este respecto, la autoridad pública, por definición, y como cualquiera otra autoridad, está capacitada para dar órdenes. Puesto que el orden y la coordinación, elementos primarios del bien público,⁶³ no podrían ser obtenidos sin el concurso efectivo de los ciudadanos miembros del Estado, toca a la autoridad definir y prescribir las actitudes positivas y negativas, susceptibles de conducir a la realización del fin. Y puesto que, por hipótesis, el cumplimiento de las órdenes importa para la conservación del Estado y la conquista de sus fines, es lógico que la autoridad llamada a mandar tenga el derecho de hacerse obedecer y de obligar a los recalcitrantes.

Pero el papel de la autoridad pública no se limita a poner *orden* determinado en la conducta de sus súbditos y, en consecuencia, a dar órdenes. Esta tarea requiere ya la organización de una serie de servicios públicos esenciales que se pueden agrupar bajo el nombre de servicios *jurídicos*. Ahora bien, en la medida en que el Estado tiene competencia para ayudar y suplir a los individuos en todas las materias temporales, van apareciendo otros servicios públicos, múltiples y diversos, cuya carga incumbe igualmente a la autoridad pública. Por consiguiente, la tarea de ésta es

62 No se necesita decir que las palabras gobernantes, gobernar, gobierno son entendidas aquí sin referencia a la teoría de la separación de poderes, que gira en torno de la organización del poder público y que será examinada a su tiempo (véase, más adelante, pp. 262 y ss.). Estas palabras están tomadas en un sentido general, que comprende todas las funciones de la autoridad pública.

63 Acerca de la jerarquía de las “funciones” del bien público, véase *supra*, núm. 28.

doble: dirigir a los súbditos en el sentido del bien público bajo todos sus aspectos (a esta tarea corresponde la idea de *gobierno* propiamente dicho); organizar los servicios públicos, de dirección, de ayuda y suplencia (a esta tarea corresponde la idea de *administración*).⁶⁴

Conviene, por lo demás, hacer notar desde luego que así como el *gobierno* es imposible sin administración, es decir, sin la administración de los servicios de gobierno, de la misma manera la *administración* requiere un gobierno que tenga en sus manos los servicios. Por ello es inexacto definir el Estado, con Duguit y M. Jèze, por la sola idea de “cooperación de servicios públicos”, aun añadiendo que los gobernantes están obligados a organizar y controlar los propios servicios.⁶⁵ De hecho, los servicios públicos no existirán, no funcionarán y no “cooperarán”, sino en tanto se instituya una autoridad para vigilarlos,⁶⁶ ya que si, por otra parte, con los mismos autores, se colocan, entre los servicios públicos, los de legislación y de jurisdicción, la idea de gobierno se restablece, puesto que legislar y juzgar son, primordialmente, menesteres gubernamentales.

Volvamos nuevamente a las dos funciones de la autoridad pública: el gobierno propiamente dicho y la administración.

II

39. El *gobierno* es, esencialmente, la acción por la cual una autoridad impone una línea de conducta, un precepto a individuos humanos. Las personas que en el Estado están sujetas a esta acción de dirección son, en primer lugar, los ciudadanos, miembros de la comunidad estatal; en seguida, en determinados aspectos (donde el bien público local o territorial lo exige), los particulares extranjeros, residentes o de paso en el territorio. No se habla aquí de los funcionarios, que, por una parte, están sujetos a una disciplina y que, por la otra, dependen en final de cuentas de la autoridad gubernamental, pero que están ligados directamente a la administración más que al gobierno.⁶⁷

64 Comp., en lo que concierne a la clasificación de los derechos del poder público, Michoud, 3a. ed., t. II, núms. 203 y 204, pp. 68-71.

65 Véase, por ejemplo, L. Duguit, *Traité*, 2a. ed., t. II, pfo. 8, p. 54.

66 Véase, en el mismo sentido, Hauriou, *Précis de Droit Administratif*, 1927, prefacio, pp. VII y XV.

67 Para la demostración de esta tesis, véase *infra*, núm. 45.

a) La autoridad ordena, decimos. Le es posible, sin duda, proceder por vía de sugerión y recompensar a los que sigan sus consejos. Tal método puede justificarse según los tiempos, las circunstancias y los casos. No podría, empero, constituir la regla, porque si los consejos tienen a veces eficacia, los súbditos conservan la libertad de contradecirlos. Por otra parte, hay una manera autoritaria e inoportuna de ejercer la autoridad. No basta que una decisión sea justa en su fin o en sus medios, abstractamente considerados. Es preciso también que no suscite, en el medio en que se aplica, una reacción tal que se quede sin efectos. Es cuestión de tacto político. Lo mejor es enemigo de lo bueno y, a menudo, una solución media o aproximada será preferible a un tratamiento radical, quizá acorde a su objeto, pero no a las facultades intelectuales o morales de los súbditos.

Con reserva de la “manera”, el dominio de los mandamientos gubernamentales se extiende a todas las materias que, de cerca o de lejos, en el orden de los fines como en el de los medios, tocan al bien público temporal, ya se trate de las relaciones de los individuos particulares entre sí, personales, familiares, sociales o económicas —por lo menos en la medida en que no son propiamente *privadas* y en que están sustraídas, en consecuencia, a la jurisdicción de lo “público”⁶⁸ o de las relaciones del orden político y administrativo, entre el Estado y sus servicios por una parte, y los ciudadanos y administrados, por otra. El ordenar, que es el medio de acción de la autoridad, cubre normalmente todo el campo delimitado por el fin de la agrupación.

Las órdenes que emanen de la autoridad pública pueden revestir, por lo demás, formas variadas. Ora son generales, dictadas *a priori* para todos o, por lo menos, para categorías abstractas de individuos y elaboradas según el procedimiento, definido igualmente *a priori*, de las diversas fuentes formales del derecho positivo estatal (leyes, reglamentos, jurisprudencia y aun costumbres y opiniones de autores...);⁶⁹ ora particulares —*jussa de singulis concepta*— dirigidas a individuos determinados: por ejemplo las sentencias, en las que la decisión del juez contiene un mandato al perdido, de que éste respete el fallo; las decisiones administrativas que conceden o niegan determinadas autorizaciones; las decisiones de natura-

68 Habrá ocasión de volver sobre esta reserva capital del dominio “privado”, al estudiar las relaciones entre el Estado y el individuo: véase *infra*, núm. 213.

69 Corresponde a la autoridad del Estado definir las fuentes del derecho positivo: esta cuestión no es tan sólo materia de ciencia y, por consiguiente, de doctrina, sino ante todo de derecho y, por consiguiente, de legislación. Comp., en sentido contrario, F. Gény, *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif*, 2a. ed., París, 1919, t. I, núms. 88-90, pp. 222-226.

lización, de gracia... Las órdenes generales mismas, ya sean concebidas en forma flexible, ya formuladas en forma precisa (distinción de *standars* y de reglas), ya impuestas de manera absoluta a pesar de cualquier convenio en contrario, o bien dictadas a título supletorio, para el caso en que los interesados no las hubiesen derogado (distinción de las leyes *imperativas* y de las leyes *supletorias*).⁷⁰

Como se ve, la tarea gubernamental (en el sentido estricto del gobierno de los hombres, no de la administración de las cosas) se confunde, hasta el presente, con la tarea del derecho positivo ampliamente entendido, que engloba reglas generales y decisiones concretas, jurisdiccionales o administrativas. Afirmar que el gobierno tiene el derecho y el deber de dar órdenes, es lo mismo que decir, en palabras equivalentes, que está en aptitud de crear el derecho positivo. No se considera, por lo demás, más que el derecho positivo de la sociedad estatal, pues es cierto que toda autoridad social, en el cuadro de la competencia del grupo que dirige, da órdenes a sus subordinados y, por consiguiente, crea derecho positivo corporativo. Ahora bien, lo que importa subrayar es que lo mismo en la sociedad política que en las demás sociedades, el derecho de fijar reglas o de tomar decisiones recae, no en los súbditos, ni aun siquiera en la masa como tal, sino en los detentadores de la autoridad.

40. Si el derecho de mandar debiese pertenecer a los súbditos o a la masa, ya no habría necesidad de autoridad ni aun de sociedad, pues se admitiría, por hipótesis, que el fin que se persigue en la sociedad sería susceptible de realización espontánea por las solas fuerzas individuales. Si los individuos se agrupan en el Estado, es precisamente con la mira de encontrar, en las órdenes de una autoridad mejor informada, los medios de alcanzar el fin que se proponen. Eso no significa que los súbditos no deban estar asociados, de una manera o de otra, al ejercicio del poder: ese problema atiende a la *forma* de la autoridad y no a su principio.⁷¹ Pero sea cual fuere la parte de autoridad reconocida a los súbditos asociados, incluso en un régimen de democracia directa, la distinción perdura: las órdenes, el derecho positivo, derivan de la autoridad instituida, y los súbditos, como tales, no tienen más que el papel de la obediencia que no es

70 Véase, acerca de la noción del derecho positivo estatal en cuanto regla general, J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droit privé*, París, 1929, núms. 9 y ss., pp. 34 y ss.

71 Volverá a tratarse este punto más adelante, al estudiar la organización del poder público: *infra*, núm. 120.

ciega, sino razonable. Con esto no se quiere dar a entender que la costumbre, que emana de abajo, de la masa de los gobernados, carezca de título para constituir una fuente de derecho en el Estado. Pero cualquiera que sea la opinión que se tenga acerca de la esencia y el lugar que ocupa la costumbre en el sistema de las fuentes del derecho positivo estatal, parece a ciencia cierta que en caso de conflicto no podría admitirse que la costumbre prevaleciera, no ya necesariamente contra la ley formal (solución que no es aceptada unánimemente), sino por lo menos contra la voluntad expresa de la autoridad, única calificada para decidir en última instancia, aunque sea *contra la costumbre*.⁷²

41. No se trata de que, en el Estado, la autoridad tenga que crear, en todas sus partes, el derecho positivo. Así pasa, más o menos, en las sociedades con un fin especial, profesional o técnico, en que las reglas y las órdenes revisten un carácter principalmente positivo. El derecho de esas agrupaciones es entonces elaborado, no de manera arbitraria, puesto que está sometido a la norma del fin social, pero sin referencia a ningún otro sistema de reglas, ni exterior ni superior. No pasa lo mismo con el derecho dictado por el Estado.⁷³ El fin que persigue el Estado tiene, sin duda, un carácter específico e inclusive técnico, puesto que se refiere al bien *del público* en todo el dominio temporal. Sin embargo, como el bien público es una parte o un aspecto del bien humano en general, la ordenación en vista del bien público —que es la definición misma del derecho positivo estatal— se ve llevada, de manera necesaria, a buscar sus principios en las normas que rigen la conducta humana, especialmente desde el punto de vista moral.

¿Cómo hará la autoridad que reinen el orden y la paz, elementos primarios del bien público, si no comienza por concebir las relaciones de los hombres entre sí sobre la base de los principios de justicia y de caridad definidos por la moral social?⁷⁴ Podrá ciertamente abstenerse de reproducirlos en forma idéntica en su derecho positivo, por razones de política

72 Acerca de la costumbre, véase F. Gény, *Méthode d'interprétation*, t. I, núms. 119 y ss., pp. 317 y ss.; A Lebrun, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, tesis, París, 1932.

73 Respecto de los principios que, en el fondo, rigen la elaboración del derecho positivo, véase J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, París, 1929, núms. 26 y ss., pp. 96 y ss.; *id.*, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruselas-París, 1935, pp. 11-35; “Règle morale et règle juridique”, *Annales de droit et de sciences politiques*, Lovaina, 1936, p. 130.

74 Se habla de ordinario, a este respecto, de “derecho natural”. Siendo equívoca la expresión, la excluyo. Mas se entiende que la moral social, en cuanto a sus primeros principios, es deducida de las exigencias de la *naturaleza*, del hombre primero, de la sociedad después.

social o de técnica jurídica de la que sólo ella es juez: en esto consiste la autonomía relativa del derecho positivo. Sin embargo, no tiene derecho a contradecirlos; y si se abstiene, será preciso, incluso, que esta abstención esté justificada positivamente. Asimismo, al margen de la regla moral, sobre el plano de los datos psicológicos o técnicos —de técnica social, económica, política, financiera...— existen leyes de un determinismo más o menos riguroso, cuya consideración se impone a los que dirigen el Estado y definen el derecho.

Sin embargo, todos esos datos de la moral, de la psicología, de las diversas técnicas, requieren una explicación, una especificación y una actualización que son labor propia del derecho positivo. El ordenamiento debe precisar hipótesis, indicar medios, prever sanciones; si se trata de ordenamientos particulares (decisiones judiciales, administrativas o de otra índole) es preciso resolver el caso dando la solución conforme a la regla positiva pre establecida o, en defecto de tal regla, de acuerdo con la norma más incierta del bien público temporal.

La cuestión, tan frecuentemente debatida —porque los términos de la misma se han planteado erróneamente—, de las relaciones del Estado y del derecho parece resolverse así de manera muy sencilla. En tanto que el derecho es la ordenación, general o particular, pero concreta, destinada a procurar en las mejores circunstancias el bien público temporal, el derecho es innegablemente creación del Estado en el sentido de que la autoridad pública es soberana apreciadora de los elementos de hecho que condicionan la ordenación, así como de la conveniencia de las soluciones con relación al bien público. Toda la parte *prudencial* —de prudencia política— y *técnica* del derecho necesita así de la competencia específica de la autoridad. Pero en tanto que el bien público temporal, medida y fin de la actividad del Estado en el dominio jurídico como en todos los demás, comprende determinadas directivas morales o técnicas dotadas de un valor permanente y universal, la autoridad que crea la ordenación está evidentemente obligada a respetarla, so pena de crear una ordenación mala, contraria a la naturaleza del hombre, de la sociedad o de las cosas.⁷⁵

42. b) Pero eso no es todo. Como el bien público temporal y el Estado, su instrumento, deben realizarse de manera necesaria y desde esta tierra, se comprende que la autoridad tenga no sólo el derecho sino el deber

75 Véase, respecto de todos esos puntos (distinción del derecho positivo y del derecho natural, del *donné* y de *construit*) J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, núms. 39 y ss., pp. 152 y ss.; *id.*, *La technique de l'élaboration du droit positif*, pp. 11-56.

de velar por el cumplimiento de sus mandatos. A veces trata de inclinar las voluntades reacias dando una ventaja cualquiera a la obediencia, una desventaja o un riesgo a la desobediencia.⁷⁶ Sin embargo, cuando el mandato es imperativo, procede ella, ora por vía de ejecución forzada sobre la persona o sobre los bienes, ora a título de subsidiario, por vía de satisfacción o de sanción. Es el círculo de la acción *material*, aunque regulada, del gobierno de los hombres. Los embargos, por una parte, las penas y las medidas de seguridad por la otra, ofrecen, en nuestros días, los casos más típicos de esta intervención de la fuerza pública al servicio de la disciplina social impuesta por el Estado.⁷⁷

Quien dice autoridad dice poder. Sin duda la doctrina alemana clásica se equivocaba cuando definía al Estado por el poder material (*Staat ist Macht*): el Estado es, esencialmente, sociedad en vista del bien público y el poder sólo viene a continuación, a título de adyuvante. Por igual motivo no se podría aceptar la fórmula equívoca de Duguit conforme a la cual los gobernantes serían los detentadores de la mayor fuerza en el Estado.⁷⁸ Es posible que, a menudo, los más fuertes lleguen al gobierno, sobre todo si por fuerza se entiende, con Duguit, no sólo la fuerza material, sino la fuerza económica, la fuerza del número o inclusive la fuerza moral. Es ésta una pura constatación de hecho, que hay que aceptar, por lo demás, con muchas reservas. Pero si nos colocamos en el punto de vista de los principios, no es la fuerza la que constituye el poder o la que, inclusive, justifica a alguien para mandar. El poder es cuestión de derecho que encuentra su razón de ser en la institución política misma y cuya utilización por sus detentadores actuales no es legítima sino en tanto que es ejercida en la línea de la institución.

Lo que es exacto es que, para estar en aptitud de gobernar de manera efectiva y de imponer su voluntad, el poder debe estar acompañado por la fuerza, la fuerza material. Si la fuerza no es la justificación ni la realidad

76 Las ventajas son, a menudo, de orden fiscal: la ley fiscal participa así en fines de política general. Acerca de la legislación riesgo, véase, J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, núm. 12, pp. 48-50.

77 Acerca de la coacción jurídica y sus procedimientos, véase, J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, núms. 15 y 16, pp. 54-63; *id.*, *La technique de l'élaboration du droit positif*, pp. 64-76.

78 L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3a. ed., París, 1927, t. I, pfo. 49, pp. 535 y ss.; pfo. 63, pp. 670 y ss. Volverá a tratarse más adelante acerca de la construcción de Duguit: véase *infra*, núm. 54.

del poder, que es de esencia espiritual, es por lo menos su auxiliar indispensable.

En consecuencia, el gobierno que por debilidad o por principio practicase la teoría de la no resistencia al mal, descuidando reaccionar contra las faltas a la disciplina, faltaría a su deber, que es realizar en la práctica el ordenamiento prescrito para el bien público. En consecuencia también, el gobierno está obligado a armarse de tal suerte que, en el grupo, ningún individuo, corporación o partido, esté en aptitud de contrarrestar su propio poder. En caso necesario desarmará o fundirá en sus organizaciones a las milicias particulares que pretendiesen intimidarlo. Es que la fuerza, en el Estado, no sirve sólo para asegurar el respeto de las órdenes dadas; constituye también la condición de la libertad de decisión de los gobernantes. Ahora bien, el gobierno será débil mientras no disponga de una fuerza capaz de vencer los obstáculos que en el interior se le podrían oponer. No quiere esto decir que la debilidad de los gobernantes sea, para los súbditos, un motivo de desligarse de la obediencia (a menos que ponga al Estado en peligro grave); pero esta debilidad es, según los casos, una falta y siempre un vicio.⁷⁹

Es verdad que, sobre todo en nuestros días, fuerzas materiales distintas de la fuerza física o militar pueden pesar sobre el Estado y aun entrar en competencia con él: por ejemplo, las fuerzas económicas, financieras, sindicales... por la presión que tratarían de ejercer sobre los gobernantes para inspirarles una política necesariamente interesada, o sobre el público o una parte del público para que éste obtenga de los gobernantes esa política favorable a los intereses de ellas. Pero sea cual fuere la naturaleza de las fuerzas que se oponen al Estado o al gobierno del Estado, éste debe estar por encima de ellas y echar mano de los medios adecuados. ¿No ha llegado el mismo Hauriou, que era un liberal, hasta a preconizar una cierta estatización de la economía, no por razones económicas de mejor rendimiento o de mejor distribución, sino con miras a aumentar el poder político del Estado, al que una economía privada cada vez más concentrada pone en riesgo de tener a su merced?⁸⁰

43. Claro que no se trata de sostener que la fuerza material, especialmente bajo la forma militar, baste para fundar de hecho la autoridad del Estado y de los gobernantes. La experiencia enseña que ningún gobierno se hace respetar por el solo prestigio de la fuerza, ya sea que se sirva de

79 Comp. Scelle, *Précis de droit des gens*, primera parte, París, 1932, pp. 23 y 24.

80 Véase *supra*, núm. 31, nota 4.

ella efectivamente, o que, según el consejo de Lyautey, se limite a hacer alarde de ella para no tener que utilizarla. Si la masa del pueblo, con razón o sin ella, se niega a colaborar, no es la fuerza, ni la más temible, lo que podrá forzarla a la obediencia: sólo las resistencias aisladas, en medio de la docilidad general, son reducibles por medio de la fuerza. Materialmente fuerte o débil, un gobierno está condenado a la impotencia cuando no goza de la adhesión gustosa o resignada de la mayoría de los súbditos. El ejemplo de las dictaduras no hace excepción a la norma: los dictadores no duran sino mientras aciertan a unificar las voluntades, si no del pueblo entero, por lo menos de sus elementos más activos, de ordinario encuadrados en el partido del “jefe”. Ahora bien, la adhesión de los súbditos a los gobernantes y a sus órdenes resulta ante todo de la confianza, que nace de la simpatía o de la autoridad, en el sentido psicológico de la palabra. Por ello conviene organizar el gobierno de tal suerte que se permita el juego de estos dos factores que pueden, por lo demás, conjugarse: la correspondencia de los sentimientos entre el pueblo y sus dirigentes, y la competencia técnica y el valor moral de éstos.⁸¹

No es menos cierto que, según el temperamento particular de los individuos, todos los móviles de acción son susceptibles de intervenir, y que el argumento de la fuerza es capaz de retener a los débiles en el camino de la obediencia. Enérgicamente reprimidas desde el principio, las faltas aisladas no corren el riesgo de extenderse por contagio para determinar poco a poco un estado general de anarquía al que la fuerza no podría ya poner remedio en lo sucesivo.

44. Añadamos que una exacta concepción de las cosas exige la subordinación del poder *militar*, es decir, de los funcionarios que detentan los instrumentos de la fuerza, al poder *civil*, o sea a la autoridad gobernante.⁸² La fuerza pública no debe estar más que al servicio de aquellos que estén capacitados para dar órdenes, sin que pueda portarse como organismo independiente o ponerse en el lugar del gobierno. El papel del militar, soldado o gendarme, se reduce a servir. A los detentadores del poder político corresponde el mando, no a los técnicos del instrumento militar. Esto no significa, por lo demás, que el poder civil y el poder militar no puedan

81 Comp., acerca del elemento de autoridad (en sentido moral), en relación con el elemento de dominación, Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2a. ed., pp. 25 y 26. Además, respecto al consentimiento en política, H. Laski, *Grammaire de la politique*, trad. de Racher, París, 1933, capítulo VI, pp. 141 y ss.

82 Véase, acerca de la “separación del poder civil y del poder militar”, Hauriou, *Précis*, 2a. ed., pp. 110-115.

estar jamás reunidos en unas solas manos, ya sea de un civil o de un militar, en cuyo caso, necesariamente, lo político, aun ejercitado por un militar, prevalecerá sobre lo militar: significa tan sólo que las atribuciones son distintas y que, en la hipótesis de que se comparten, el personal militar está sometido normalmente al personal político.⁸³

III

45. Pero el papel de la autoridad llamada a presidir en una sociedad que es al mismo tiempo una empresa —en concreto la empresa del Estado y del bien público— no se limita a gobernar a los hombres, es decir, a dirigir, en el sentido de los fines sociales, la actividad de los súbditos asociados. Implica, además, una parte muy importante de *administración*. Administrar, es decir, prever, por medio de servicios, a la satisfacción de los intereses que se consideran incluidos en la esfera del Estado y del bien público.

Ahora bien, la tarea de la administración así concebida comprende una serie de maneras de proceder. En primer lugar, de modo previo, hacer la elección de los intereses que merecen ser administrados. Después, organizar los servicios encargados de administrar, estimular, controlar esos servicios y su funcionamiento. Establecer, en fin, entre los diversos servicios avocados a distintos intereses la coordinación requerida tanto por la solidaridad de esos intereses como por la unidad del fin último del Estado, o sea del bien público puro y simple.

En cuanto a los servicios mismos, cualquiera que sea el nombre con que se les designe —ministerio, oficina, comisión, consejo o simplemente servicio—, cualquiera que sea su estatuto o su forma jurídica, se componen siempre de este doble elemento: un conjunto de *personas* ligadas entre sí por el vínculo del servicio y sujetas a la disciplina del mismo; y un conjunto de *bienes* —instalaciones, créditos...— afectos al uso del servicio.⁸⁴

Entendida de esta manera elevada y sintética, es claro que la administración está estrechamente vinculada con el gobierno, pues para la autoridad pública se trata, más que de administrar ella misma, de dominar un

83 Véase, respecto de los procedimientos de “acantonamiento” de la autoridad militar, *idem*.

84 Comp., respecto de las *cosas* que son los instrumentos del poder, Hauriou, *ibidem*, pp. 118, 175 y 184.

conjunto de servicios que constituye el organismo propiamente administrativo. Administrar, en el sentido preciso del término, evoca, en efecto, las dos ideas de detalle y de técnica. Los intereses no son administrados, por lo menos con suficiencia, cuando no se satisfacen las mil naderías que supone toda gestión de negocios y según las reglas especiales de la materia. Estos detalles y esta técnica escapan, como tales, a la competencia de los gobernantes, para recaer en la administración, cuerpo intermedio entre los administrados y la autoridad, no siendo ésta responsable más que de la marcha general de los servicios.

Sería un error, sin embargo, confundir esta “alta administración” con el gobierno propiamente dicho. No hay más gobierno verdadero que el de los hombres. Velar por los intereses, por eminentes que éstos sean y por alto que se coloque quien ha de protegerlos, no es, propiamente hablando, gobernar.

Es verdad que los servicios están en sí mismos constituidos por las actividades coordinadas de determinados hombres, los funcionarios, obligados a obedecer los mandamientos de sus jefes inmediatos en el orden administrativo y, en último término, de su jefe supremo, el ministro, que es, al mismo tiempo, detentador de una parte de la autoridad gubernamental. Pero del hecho de que los funcionarios estén obligados a obedecer, no cabría concluir que ellos sean *gobernados*, por lo menos con el mismo título y en las mismas condiciones que los súbditos. En tanto que la autoridad se comunica directamente con los súbditos, personas individuales independientes, por la promulgación de sus órdenes generales o particulares (en eso consiste el gobierno propiamente dicho), no se hace sentir a los funcionarios sino a través de la administración de que forman parte y por el cauce de la jerarquía administrativa. El funcionario no existe fuera de la administración y, más todavía, no conoce más de la administración. En sentido inverso, salvo en el momento en que lo nombra o en que revoca su nombramiento, la autoridad no entra en contacto con el funcionario. Es la administración quien recibe las directivas superiores y quien las transmite a sus miembros “por la vía de las órdenes”, en sus instrucciones y notas de servicio. Así, en el caso de la administración, la autoridad gubernamental se ejerce con respecto a la entidad administrativa, al cuerpo de funcionarios —“del personal”—, más que con respecto a cada uno de los funcionarios considerados separadamente.

Ahora bien, como el gobierno no se concibe sino en relación con personas libres e independientes, conviene incluir en la función administrati-

va de la autoridad todo lo que concierne al cuidado de los intereses, aunque éstos no pueden ser administrados sino por hombres sometidos a una regla, la regla del servicio, y en virtud de directivas trazadas de acuerdo con las exigencias específicas del servicio y del bien público. Regla y directivas vienen a encuadrarse, a título de medios, en la noción de administración.

El análisis sigue siendo verdadero, subrayémoslo, sea cual fuere el régimen jurídico aplicado a la administración. Que ésta goce en el Estado de un estatuto particular privilegiado (sistema llamado del “régimen administrativo”),⁸⁵ o que esté sometida al derecho común aplicable a todas las actividades que se ejercitan en el Estado, la diferencia no influye en nada sobre esta observación de que la función de administrar no es la función de gobernar, porque la administración se refiere a intereses, es decir, a *cosas*, mientras que el gobierno se refiere a *hombres*, es decir, al espíritu.⁸⁶

46. Las clases de servicios que pertenecen a la función de administración se dividen en varias categorías.⁸⁷

Se encuentran, en primer lugar, los servicios de gobierno propiamente dicho o *jurídicos*, requeridos por el ejercicio de la función gubernamental, que consiste en dar órdenes y hacer reinar el derecho. No es contradictorio, después de haber distinguido entre gobierno y administración, hablar de una *administración del gobierno*. Como toda idea destinada a ser puesta en práctica, la idea gubernamental reclama servicios encargados de *administrarla*. Los gobernantes dictan las leyes, pronuncian las sentencias o las decisiones generales; en una palabra, dan órdenes. Pero esas órdenes, si así puede decirse, es preciso confeccionarlas, después ponerlas en conocimiento del público; proceder, en una palabra, a su ejecución. En teoría nada impide que los gobernantes mismos, que han podido concebir las órdenes y haber tenido la idea de las mismas, asuman personalmente la carga de su realización material. Pero, desde hace ya mucho

85 Véase, acerca del “régimen administrativo”, los manuales de derecho francés, especialmente Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2a. ed., 1929, pp. 718-725; R. Bonnard, *Précis de droit administratif, Partie générale*, París, 1935, pp. 2 y 3. Además: G. Renard, *La théorie de l'institution*, pp. 169 y ss.

86 Véase, respecto de una distinción entre personal *político* y personal de *funcionarios*, representante éste de la cosa pública, Hauriou, *op. cit.*, pp. 91-94 y 117 (rel. p. 27, texto y nota 14). Pero este análisis no parece exacto. Por una parte, el personal político, como el de funcionarios, está sometido a la idea de cosa pública; por la otra, en la administración de la cosa pública, los funcionarios tienen que obedecer las directivas del personal político.

87 Comp. con la clasificación propuesta por Duguit, *Traité*, 2a. ed., t. II, pfo. 8. Véase también De la Bigne de Villeneuve, *La fin du principe de la séparation des pouvoirs*, París, 1934, pp. 109 y 122.

tiempo, se ha introducido una división del trabajo basada sobre un sistema de servicios particulares, que los gobernantes administran, ya sea solos, ya sea con el concurso de expertos, funcionarizados o no.

No es éste el lugar para estudiar la organización moderna del poder público. No se trata, por el momento, más que de poner de relieve el papel de administración que pertenece a los gobernantes. Ahora bien, si se parte de la división clásica de los poderes,⁸⁸ se da uno cuenta de que la gestión de la “cosa” legislativa, realización de una parte esencial de la idea gubernamental, se confía a una categoría de gobernantes instituidos en poder (o servicio) legislativo, que “hacen” las leyes siguiendo un procedimiento definido y, más frecuentemente, con la colaboración de servicios legislativos auxiliares (oficinas del ministerio de la justicia, consejos de legislación...); que la gestión de la “cosa” judicial está atribuida a una categoría de gobernantes erigidos en poder especial dotado de su organización propia, que redactan las sentencias y administran la justicia con el concurso de los servicios auxiliares de la misma (la barra, el cuerpo de escribanos, el cuerpo de abogados); que la gestión de la “cosa” administrativa (se trata aquí de decisiones de administración general) está atribuida a una categoría de gobernantes, los ministros, asistidos por una multitud de “oficinas”, de comisiones y de consejos que efectúan el trabajo de elaboración de las medidas; en fin, que la ejecución de las órdenes gubernamentales de toda especie está confiada, en caso de resistencia de los súbditos, a organismos especiales, policiacos y militares, que actúan bajo la dirección y la responsabilidad de los gobernantes, sin que éstos, de ordinario, intervengan en la ejecución...

Todos los servicios que se acaban de enumerar pueden ser llamados esenciales en tanto que corresponden a la función esencial del gobierno y al fin primario del Estado, que es *ordenar las relaciones sociales*, públicas y privadas, en interés de todos.

47. Pero, más allá de esos servicios esenciales, hay otros que corresponden a la idea de *ayuda y de substitución de las actividades privadas*,⁸⁹ cuyo carácter es más especial y que se definen por la especie de interés al que están afectados: por ejemplo, los servicios públicos de comunicaciones, de trabajos, de la higiene, de la economía, de los cultos, de la enseñanza, de las bellas artes, de la asistencia y de la previsión sociales... La

88 Acerca del problema de los “poderes”, véase *infra*, núm. 152.

89 Acerca de este aspecto del bien público, véase *supra*, núm. 28.

enumeración no es limitativa ni podría serlo. Por una parte, es imposible determinar *a priori* la lista de las necesidades humanas susceptibles de interesar al público en general y que, por ese título, entran con justicia en la competencia del Estado: esta lista varía según los tiempos y los lugares. Puede notarse solamente que presenta una tendencia a acrecentarse con el aumento de la población y los progresos de la civilización. Por otra parte, aun tratándose de un interés de carácter público, la intervención del Estado no se justifica más que cuando es necesaria, o sea, en general, cuando las fuerzas privadas son insuficientes,⁹⁰ y esa capacidad de las fuerzas privadas difiere según los países, las épocas, el temperamento y la educación del pueblo.

Notemos, por lo demás, que la intervención del Estado, a título de servicio público, no excluye necesariamente la gestión *por los particulares* del interés considerado. En realidad, científicamente, hay servicio público desde el momento en que es instituida una administración por la autoridad pública con la mira de servir, directa o indirectamente, una cosa de interés público. Puede hablarse así de los servicios públicos de la agricultura, de la economía o de la enseñanza, aunque la agricultura, la economía y la enseñanza sigan estando en manos de los individuos o de las agrupaciones privadas. En tal caso, el servicio público tiene simplemente por objeto ayudar, promover, sostener, defender, una rama de la actividad que interesa, en cierto modo, al público. Pero como incluso esta ayuda a la libertad implica servicio, es decir, un personal y oficinas, bien puede decirse que se está en presencia de un servicio público.

Otras veces, la autoridad no se limita a *ayudar*, sino que *suple* las actividades privadas impotentes o desfallecientes y erige en servicio público el interés descuidado.⁹¹ Así en el caso del servicio de la enseñanza *pública* (y ya no del servicio público de la enseñanza *privada*) o en el caso del servicio de los caminos públicos o de los trabajos públicos. En esos casos, la autoridad toma a su cargo un interés que tiene, en realidad, valor de medio o de ayuda a los particulares, en tanto que su realización contribuye al desarrollo y al éxito de las actividades privadas.

48. En fin, para alimentar todos esos servicios, gubernamentales o propiamente administrativos, en funcionarios, en material, en dinero, es

90 En general, decimos, para reservar el caso (véase *supra*, núm. 42, nota 14) en el que la intervención se justificaría por el empeño de reforzar el poder político del Estado.

91 Sea cual fuere, por lo demás, el *modo de ejecución* del servicio público: administración en que se perciben los impuestos, concesión, establecimiento público, etcétera.

necesaria una nueva serie de servicios públicos: servicios del personal, de los patrimonios reales, de las finanzas públicas, ya sea que esos servicios nuevos estén vinculados en todo o en parte con los servicios preexistentes (así para los servicios del personal judicial o militar, incluidos en la administración de la justicia o del ejército), o que constituyan servicios distintos (como la administración general de las finanzas). Atendiendo a esos servicios que condicionan a los demás,⁹² la autoridad pública administra, el Estado mismo actúa, considerado en su ser instrumental.

Observemos, a este respecto, que siendo siempre tomados los elementos constitutivos de los servicios (personal, patrimonio, dinero...), de la comunidad, la suma de gastos efectuados por el Estado para su propio servicio y el de la comunidad debe ser proporcionada a la riqueza de la nación. Si, por virtud de la multiplicación de los servicios públicos, la comunidad es privada de los hombres y de los capitales indispensables para el ejercicio de las actividades individuales, el Estado sofocará a la nación, esperando que muera por sí misma de inanición. Además, esta hipertrofia de la función administrativa corre el riesgo de distraer la atención de los gobernantes de su función primaria, que es la de gobernar. En todo caso, *el gobierno* es más indispensable que *el servicio*. En rigor, los servicios pueden ser prestados por la iniciativa privada, pues muchos de ellos son susceptibles de capitalización. El gobierno, en cambio, es irreemplazable, pues su ausencia es sinónimo de anarquía y si los hombres se agrupan en Estados es precisamente para salir de la anarquía y llegar a un orden superior que armonice las fuerzas sociales.

IV

49. Siendo estas las tareas que quedan comprendidas bajo el concepto de autoridad política, resta aún hacer hincapié en que los derechos de mandar, de obligar por la coacción y de administrar no existen para los gobernantes mismos⁹³ como derechos subjetivos de los que pudieran aprovecharse personalmente, sino que deben ser puestos por sus titulares

92 Es interesante observar que, en el orden de la intención, el servicio de las finanzas públicas es el último: el dinero no es más que el último de los servidores; pero en el orden de la ejecución, recobra la primacía: nada efectivo se hace sin dinero.

93 Por gobernantes se entiende aquí de una manera general, sin otra especificación, los individuos, cuerpos de individuos o instituciones que, de una manera o de otra, directa o indirectamente, y sea cual fuere el régimen político, participan en el ejercicio de la autoridad pública. Se precisarán más adelante todas estas modalidades. Véase *infra*, núm. 106.

al servicio del fin de la agrupación que presiden, a saber, el bien público. Derechos-funciones por consiguiente, o, si se quiere, simples competencias, con destino rigurosamente social, que excluyen todo “desvío de poder”. Otra es, por lo demás, la cuestión de saber cómo serán prevenidos y reprimidos los desvíos: es cuestión de posibilidades prácticas y de técnica jurídica.⁹⁴ Pero el poder público, como cualquiera autoridad o función, no puede ser concebido sino dependiente de la idea de servicio. Desvinculado de esta idea, el poder pierde no sólo toda legitimidad, sino toda significación: ya no es más que una manifestación de fuerza.

A decir verdad, la palabra *poder* y la de *dominación* deberían ser tachadas del vocabulario de la ciencia política. Una y otra han sido puestas en circulación en una época en que designaban efectivamente una superioridad material —*potestas, dominium*— sobre las personas y sobre las cosas. Si han sido conservadas, especialmente con respecto al Estado y los gobernantes, es sin duda por una supervivencia del lenguaje; pero también por un efecto del despertar del espíritu pagano al declinar la Edad Media y en la época moderna.⁹⁵ Los gobernantes tienen el derecho y el deber de ser materialmente fuertes; tienen el derecho y el deber de mandar; y, por ello, los súbditos no tienen el derecho de oponerles una autonomía que es inconciliable con la vida en común, con la existencia del Estado y la realización de su fin. Pero este poder y este derecho de mando no pueden ser usados por sus titulares sino para el bien público: *imperium* y *potestas* condicionados, por consiguiente, y esencialmente ordenados al fin de la cosa pública.

Agreguemos que el lazo de subordinación funcional entre gobernantes y gobernados no destruye el vínculo preexistente de *asociación* que los une entre sí. Los gobernantes no forman una categoría o una clase exterior a la nación; son los coasociados, los conciudadanos de los gobernados. Todos juntos tienen un lugar en el interior del Estado y están llamados a trabajar en una obra común. Unos tienen el poder, los otros obedecen: el Estado es una agrupación jerarquizada. Pero cada uno en su rango colabora: los gobernantes, señalando las directivas del fin y de los medios; los

94 Volverá a tratarse más adelante este problema: véase *infra* núm. 83.

95 Son los legistas los que asimilaron el poder del príncipe a una *propiedad*. En la Edad Media se hablaba más bien de *usufructo* o de *uso*. La propiedad, sin duda, estaba concebida como una institución gravada con deberes, en especial el de ejercer el señorío en interés de todos. Mas esta reserva, de naturaleza enteramente moral, no impide que la concepción inicial sea falsa: el poder no es propiedad, ni aunque esté gravada con cargas; es, exclusivamente, oficio, en el cuadro del bien público, que es el alma de la institución del Estado.

gobernados conformando su conducta a esas directivas. De allí se sigue que el oficio gubernamental debe ejercerse en una atmósfera de cooperación fraternal, como conviene entre asociados, por los caminos de la comprensión y de la armonía, más que por los de la pura autoridad.

Siendo servidores, pues, del bien público, huelga decir que los gobernantes no tienen el derecho, por muy altos que estén colocados, de utilizar el instrumento del poder para fines de interés personal o dinástico, ya se trata de riquezas, de gloria o de prestigio.

50. Sin llegar hasta esta perversión radical, que fue frecuente en la historia, no se concibe siquiera que los gobernantes puedan sacar partido de su función haciendo pagar los servicios que rinden a la comunidad. Es lo que Hauriou llama la separación de lo económico y lo político, o de la fiscalidad y del poder público.⁹⁶ Lo económico, la tributación es el nervio del gobierno en el sentido de que el gobierno no puede realizar sus fines sin contribuciones pecuniarias. Y entre los gastos a los que esas contribuciones están destinadas a hacer frente, es legítimo contar el salario merecido por los detentadores del poder público. Pero el abuso nace cuando ese poder es puesto al servicio de lo fiscal, es decir, cuando la realización de los actos del poder público está subordinada cada vez al pago de las remuneraciones que son la compensación del servicio rendido. Los gobernantes hacen entonces negocio con su poder, exactamente como un particular que presta servicio y, en ese caso, muy pronto se sentirán tentados de exagerar sus pretensiones y exigir a sus súbditos más de lo debido. Sabemos que el régimen feudal estaba fundado sobre ese sistema del *do ut des*. Pero, precisamente, las relaciones entre soberano y vasallo tenían un carácter personal, de protector a protegido: el Estado había desaparecido y no estaba aún reconstituido. Por el contrario, en el Estado moderno, los actos de gobierno y los servicios públicos son gratuitos, al menos en principio, y las necesidades financieras del Estado están aseguradas por la contribución general del impuesto.

Servidores del bien público, los gobernantes ya no tienen el derecho de limitar sus servicios, abiertamente o no, en beneficio de una clase, de un partido, de una nación o de una región.

El Estado de clase o el Estado de partido (en el sentido de *Staatspartei*) implica contradicción radical a la idea del bien público, que es el bien de todos los nacionales sin distinción de clase o de partido. “No se debe

96 Hauriou, *Précis*, 2a. ed., p. 104.

gobernar para el partido; se llega al poder con el partido, pero debe gobernarse para el bien público".⁹⁷ Cuando un partido ha conquistado el poder —lo que es normal, en razón de la legitimidad de los partidos—⁹⁸ los líderes del partido triunfante, convertidos en gobernantes, faltan a su deber si no se despojan de todo espíritu de partido para ejercer el gobierno de manera imparcial.

A menudo ocurre, en épocas de crisis, que el partido vencedor se identifique con el Estado y lo confisque, a pretexto de que poseyendo la concepción más exacta de la cosa política, los miembros encuadrados en el partido son no solamente los más fieles, sino los únicos verdaderos servidores del bien público. Proceden entonces, ya sea por vía de exclusión en detrimento de los ciudadanos extraños al partido, o por vía de privilegios en favor de los miembros del propio partido.⁹⁹ Pero la justicia distributiva no autoriza semejantes discriminaciones por delito de opinión. Sea cual fuere la opinión de los súbditos, aunque se trate de materia política, todos ellos tienen derecho, de parte de los gobernantes, a la misma solicitud, con tal de que se muestren respetuosos de las leyes y de la autoridad constituida.¹⁰⁰

51. A la luz de estos principios conviene definir las relaciones que unen a los gobernantes —individuos, cuerpos de individuos o incluso instituciones— al Estado y al poder público.

Durante mucho tiempo la doctrina en vigor fue la de la *representación*: los gobernantes representan a la persona-Estado como el tutor representa al menor.¹⁰¹ Pero la comparación es coja, pues mientras el tutor puede ciertamente representar al menor porque éste existe y vive fuera de toda representación, el Estado, por el contrario, no existe y no vive sino en tanto que está presidido por un gobierno. Los gobernantes, detentadores del poder público, forman así realmente parte del Estado. Sin ellos la *idea* del Estado puede ciertamente existir, pero el Estado mismo no está constituido. Y, además, es imposible concebir que los gobernantes, que son una parte del Estado, puedan representarlo, obrar en su nombre y en

97 *Idem*.

98 Volverá a tratarse más adelante la cuestión de los partidos políticos: véase *infra*, núm. 250.

99 Véase M. Prélot, "Les principes du gouvernement fasciste", *Archives de philosophie du droit*, 1934, cuaderno doble, núms. 3 y 4, pp. 106-111.

100 Comp., acerca del concepto de lo "político" según C. Schmitt (lo político equivale a la distinción entre amigo y enemigo públicos), Mankiewicz, *Le national-socialisme allemand*, t. I, núm. 98, pp. 98 y 99, anexo II, pp. 222 y ss.

101 Véase, la exposición de esta tesis en Duguit, *op. cit.*, 2a. ed., t. II, pfo. 34, pp. 420-426.

su lugar, cuando el Estado no existe más que por ellos. Para ser representado, del mismo modo que para poder representar, es preciso previamente existir. Es verdad que, en la doctrina clásica, pretende hacerse la distinción entre la persona-nación y la persona-Estado, de tal suerte que a falta de la persona-Estado los gobernantes podrían, por lo menos, representar a la persona-nación. Pero esta distinción, como se verá, no concuerda con la realidad.¹⁰²

La teoría favorecida hoy día es la del *órgano*.¹⁰³ Materialmente, el Estado es un organismo cuyos gobernantes (sea cual fuere, por lo demás, el régimen, democrático o no, representativo o no) son los órganos directores y administradores. Imposible separar el Estado y sus órganos, pues el Estado no existe en realidad y no actúa sino por medio de sus órganos. Que no se objete, con Duguit, el pretendido círculo vicioso de un Estado que actúa por medio de órganos que él mismo debería crear.¹⁰⁴ Se responderá, con Michoud, que el órgano, parte integrante de la organización que constituye el Estado, no es, a decir verdad, creado por el Estado, sino que nace *al mismo tiempo* que el Estado, bajo la presión de fuerzas sociales que, poco a poco, engendran éste.¹⁰⁵

Sin embargo, es preciso guardarse de asimilar los organismos *mORALES*, tales como el Estado, que tienen por materia prima, si puede decirse, a personas humanas, a los organismos *fÍSICOS*.¹⁰⁶ El cerebro y las manos, por ejemplo, no existen fuera del cuerpo del que forman física, materialmente, parte. Los gobernantes, por el contrario, tienen una existencia personal independiente de la del Estado. Solamente actúan en nombre del Estado y, en ese sentido, lo representan. En verdad representan, no al Estado, puesto que éste no existe fuera de ellos, sino más bien la *idea* del Estado. Son órganos, pero *en el momento* en que representan y *en la medida* en que representan; cuando dejan de representar, dejan de ser órganos para convertirse de nuevo en personas privadas.¹⁰⁷ Es así como los gobernantes pueden ser al mismo tiempo gobernados, sometidos a la dis-

102 Véase *infra*, núm. 124, nuestra crítica de la tesis de la soberanía nacional.

103 Véase la exposición de la teoría en Duguit, *Traité*, 3a. ed., t. I, pfo. 45, pp. 487-489; pfo. 58, pp. 612 y 613; 2a. ed., t. II, pfo. 35, pp. 427 y ss.

104 Duguit, t. I, pfo. 59, pp. 620 y 621; t. II, pfo. 35, pp. 437-439. Véase también Barthélemy y Duez, *op. cit.*, p. 88.

105 Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 3a. ed., t. I, núm. 62, pp. 138 y 139. Igualmente De la Bigne de Villeneuve, t. I, pp. 216-218; t. II, p. 103.

106 Comp. De la Bigne de Villeneuve, t. II, p. 122.

107 Comp. Jellinek, *L'État Moderne et son Droit*, trad. de Fardis, t. II, pp. 248 y ss., quien distingue entre el *órgano* y los hombres que cumplen las funciones, o *soportes del órgano*.

ciplina del Estado que dirigen como gobernantes. De allí la noción, propuesta por Hauriou, de *órganos representativos* (del Estado), que señala la diferencia entre los órganos del ser moral y los órganos del ser físico: los órganos del ser físico son siempre y necesariamente órganos; los órganos del ser moral, que consisten substancialmente en hombres que nada distingue de los demás hombres, no son tales sino cuando se presentan en nombre del Estado, e inclusive, en principio, cuando su acción se desarrolla conforme a su papel y al fin del Estado, que es el bien público. Sólo entonces son gobernantes, revestidos del poder público y con calidad para mandar. O si no, en principio, no representan más que a sí mismos, es decir, nada.¹⁰⁸

52. El análisis que se acaba de esbozar del Estado y de sus elementos constitutivos concuerda con el de la doctrina habitual. Generalmente se admite, no obstante la diversidad de terminologías y de puntos de vista, que el Estado constituye un grupo social *sui generis*, regido por una autoridad llamada gobierno o poder, sociedad cuyo fin es un cierto bien común a todos los miembros del grupo, el bien público.

Cuestión distinta es la de saber si el Estado así definido se justifica: los enemigos del Estado —entre los cuales figuran los anarquistas, ciertos sindicalistas y los partidarios del Estado no-político— aseguran que no. Pero aunque la razón de ser de la institución parezca brotar de su definición misma,¹⁰⁹ no se quiere retener por el momento más que el hecho, o sea, la existencia del Estado tal como ha sido descrito, como sociedad jerarquizada en vista del bien público.

Distinta también es la cuestión de saber si todos los Estados de la historia han realizado la definición: ¿por qué negar que bajo el nombre y la cubierta del Estado han funcionado muchas empresas que no tenían nada de común con el bien público? Sin embargo, a pesar de los antecedentes históricos, no obstante ciertas doctrinas pesimistas que no ven en el Estado más que un instrumento de lucha en las manos de las clases sociales, no podría discutirse que la concepción aquí expuesta representa el tipo ideal del Estado, oficialmente confesado, si no practicado efectivamente siempre. No es de llamar la atención por ello, que esta concepción se haya impuesto a todo mundo, a la conciencia común y a los hombres de Estado lo mismo que a los teóricos, filósofos, moralistas y juristas.

108 Véase Hauriou, *Précis*, 2a. ed., p. 212, texto y nota 45.

109 Acerca de la necesidad del Estado, véase *infra*, núm. 56.

a) Es verdad que, de ordinario, los *juristas* definen al Estado por la autoridad, el poder, la *soberanía*, que les parece el elemento verdaderamente constitutivo, la cualidad esencial del Estado.¹¹⁰ Semejante punto de vista, por parte de ellos, es muy natural: especialistas de la regla de derecho se sienten inclinados a considerar al Estado en relación con la regla de derecho. De allí la definición de ellos: el Estado es la autoridad soberana de donde procede la regla de derecho.

Pero, por una parte, no dejan de sobrentender que esta autoridad forma parte de un sistema, el Estado, que es una agrupación *social*, y, por otra, tienen cuidado de indicar que esta autoridad, siendo pública, “no debe ser jamás ejercida *sino en interés de todos* (los miembros del Estado)”.¹¹¹ Reaparecen así, en definitiva, tras el elemento de *poder*, las dos ideas esenciales de *sociedad* y de *bien público*. Más vale, en todo caso, invertir el orden y, puesto que la soberanía no es en sí misma más que un medio al servicio de una agrupación que está, a su vez, al servicio de un fin, poner por delante, en la definición del Estado, el elemento de sociedad, que caracteriza todas las relaciones intraestatales, y el elemento de bien público, idea directriz de todo el sistema. En cuanto a la persona jurídica, titular del derecho de potestad pública, no viene más que en orden secundario, a título de consecuencia ulterior de la idea de bien público.

Sin embargo, es preciso colocar aparte, en razón de su aspecto revolucionario, las dos concepciones de Kelsen y de Duguit. No que tengan semejanza: la concepción de Kelsen es rigurosamente formalista y jurídica, la de Duguit pretende ser exclusivamente realista y científica; pero una y otra caracterizan corrientes de pensamiento a la vez bastante claras y bastante divergentes para merecer un corto examen. Por lo demás, más que de negar el Estado, en el fondo se trata de “construirlo”: de hecho, tanto Duguit como Kelsen aceptan el Estado; rompen tan sólo con la manera tradicional de representarlo.

110 Nos limitaremos a citar: A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, 8a. ed., revisada por H. Nézard, París, 1927, t. I, p. 1: “El Estado es la personificación jurídica de una nación; es el sujeto y el soporte de la autoridad pública”; R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, París, 1920, t. I, p. 6: “En suma y por encima de todo, lo que constituye un Estado es el establecimiento en el seno de una nación, de un poder público que se ejerce superiormente sobre todos los individuos que forman parte del grupo nacional o que residen tan sólo en el suelo nacional”; G. del Vecchio, *Leçons de philosophie du droit*, 1936, p. 282: “El Estado es el sujeto de la voluntad que realiza un orden jurídico, o mejor: el Estado es el sujeto del orden jurídico en quien se realiza la comunidad de vida de un pueblo”.

111 A. Esmein, *op. cit.*, 8a. ed., t. I, p. 2 *in fine*.

53. b) Para Kelsen, el Estado, como toda formación social, se reduce a un *orden normativo*.¹¹² Ya se hable, en efecto, de agrupación estatal de poder público o de voluntad del Estado, esas expresiones no tienen sentido sino por referencia a una determinada reglamentación de las relaciones de los hombres entre sí, reglamentación consistente en un *sollen* válido en sí, independientemente de su eficacia real.¹¹³ Esta misma referencia es indispensable para establecer, entre los actos que, en su totalidad, emanan de los individuos personalmente, la discriminación entre los que cabe “imputar al Estado” (actos estatales) y los que sólo tienen un alcance individual.¹¹⁴ Como, por otra parte, el orden normativo estatal se caracteriza por una organización de coacción pública,¹¹⁵ resulta de este análisis que el Estado es idéntico al orden jurídico.¹¹⁶ Desde ese punto de vista *normativo* debería explicarse todo en el Estado: así los elementos del Estado (poder público, territorio, pueblo), que son simplemente la validez del orden estatal en sí y su validez en el espacio y en cuanto a las personas —la teoría de los poderes, que tiene por objeto las etapas sucesivas de la creación del orden jurídico—, los órganos del Estado, que son factores de elaboración del derecho, etcétera.¹¹⁷ Por lo demás, por orden estatal, Kelsen entiende un orden puramente *formal*, siendo la cuestión del contenido legítimo del orden estatal del resorte de la política y/o de la teoría general del Estado.¹¹⁸

Esta construcción nos parece que amerita un doble reproche. En primer lugar, es inexacto reducir el Estado al orden normativo coactivo, es decir, al sistema de reglas que, en el Estado, fijan las competencias, los hechos y obligaciones de los que forman parte del mismo a título de gobernantes o de súbditos. Sin duda el Estado, tanto como cualquier otro grupo social, no existe fuera de los individuos y no podría realizarse sino por un cierto ordenamiento de esos individuos, gobernantes y gobernados, ordenamiento que las normas jurídicas vienen a determinar y sancionar. Puede decirse inclusive que el Estado es en parte el amo de ese orden

¹¹² Kelsen, *Aperçu d'une théorie générale de l'État*, trad. de Eisenmann, *Revue du droit public et de la science politique*, 1926, pp. 562 y 571.

¹¹³ *Ibidem*, pp. 562-567.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 567-571.

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 572-576.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 572, 573, 576 y 577.

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 577, 578 y 579-646.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 578.

normativo, en la medida en que se trata del lado positivo de la reglamentación.¹¹⁹

Pero el orden jurídico, que es a la vez el instrumento y la obra del Estado, está lejos de agotar la realidad del Estado. El Estado no es solamente regla o sistema de reglas; es unión de esfuerzos, empresa en vista de un fin común. Reducir el Estado a la norma, es olvidar precisamente que la norma está al servicio del Estado y de su fin y, por consiguiente, que el Estado significa algo más que la pura norma. Precisa por ello preocuparse por investigar lo que significa el Estado, descubrir el fin al cual tiende la empresa.

He aquí, ahora, el segundo reproche: partiendo de un punto de vista puramente formal, Kelsen se prohíbe toda investigación de ese género; sería caer en la política. Pero ¿cómo edificar una teoría general del Estado que no sea política? En realidad, es imposible esbozar un concepto del Estado en que no figure, en primera línea, el fin del Estado: éste gobierna todo el sistema estatal, comprendiendo el orden normativo estatal, que no podría tener otro fin que el del Estado mismo. Haciendo abstracción de este fin, Kelsen llega, por lo demás, a un callejón sin salida, puesto que el orden normativo que él identifica con el Estado es precisamente el que se encuentra establecido por el Estado. Surge entonces la cuestión de saber en virtud de qué principio, por aplicación de qué idea será elaborado ese orden positivo. Necesariamente se ve uno llevado a una idea anterior respecto a la cual el Estado es la institución organizada y la regla la realización, y que no es otra que el fin del propio Estado. En suma, la visión kelseniana del Estado origina una decepción. Se esperaba una teoría de filosofía política, en la que el factor jurídico normativo habría tenido, claro, su lugar. El autor no da más que una teoría del orden jurídico estatal puro, desvinculado de todas sus bases: en definitiva, la teoría del Estado está ausente.¹²⁰

54. c) Muy diferente es el punto de vista de Duguit. Colocándose en el terreno de la observación pura, Duguit se pregunta “cómo se nos presenta el Estado”.¹²¹ Y responde: el Estado aparece desde que existen, en un grupo dado, uno o varios hombres que, detentadores de una mayor fuerza —material, moral o numérica: la naturaleza de la fuerza dominante

119 Véase, acerca de este punto, nuestras observaciones, *supra* núms. 40 y 41.

120 Ha podido hablarse, con este motivo, de una *Staatslehre ohne Staat* (Koellreutter, *Grundriss der allgemeinen Staatslehre*, 1933, p. 6).

121 Es el título del pfo. 49 del t. I, 3a. ed. de su *Traité*, p. 534.

depende de los tiempos, de los lugares, de las civilizaciones—, obtienen la obediencia de los demás hombres.¹²² El Estado, pues, es un fenómeno de poder, del poder de determinados hombres sobre otros hombres. Este poder no es más que un *hecho*; no constituye para nada el objeto de un derecho subjetivo, pues en primer lugar el derecho subjetivo no existe (no hay más que situaciones y funciones), y además no se descubren los titulares de ese pretendido derecho.¹²³ El poder de hecho de los gobernantes encuentra, en cambio, un límite necesario en el *derecho objetivo* del grupo (regla de derecho),¹²⁴ que se confunde con la ley de la solidaridad social.¹²⁵ Esta ley, válida para todos, gobernantes o gobernados, se concreta, para los gobernantes, en la obligación de organizar y de controlar los servicios públicos.¹²⁶

Muy revolucionario en su método y en sus postulados filosóficos, este análisis parece excluir, no sólo todo recurso a la metafísica, sino toda investigación de las ideas racionales que explican los hechos. El resultado del análisis, por su parte, parece igualmente radical: no solamente se encuentra eliminada la idea de una autoridad de derecho, elemento central de la concepción jurídica clásica,¹²⁷ sino también la idea de bien público considerada como el fin y la razón de ser del Estado. En apariencia, inclusive, ya no hay Estado, en cuanto realidad distinta: éste desaparece tras de las dos nociones de *poder de hecho* de determinados hombres, llamados los gobernantes, y de *regla de derecho*, que obliga a aquéllos a organizar y a hacer funcionar las servicios públicos. El Estado se reduce, de esta manera, a una “cooperación de servicios públicos”¹²⁸ cuya responsabilidad y carga incumbe a los gobernantes.

Sin embargo, si se penetra más allá de las fórmulas simplificadas pero vagas de que se sirve Duguit, no será difícil redescubrir todos los elementos componentes del Estado según la doctrina tradicional. En efecto, Duguit plantea en principio —como postulado, cosa que contradice su

122 Duguit, 3a. ed., t. I, pfo. 49, pp. 535 y ss.; pfo. 62, pp. 655 y 656; pfo. 63, pp. 670 y 671; 2a. ed., t. II, pfo. 1, pp. 2 y 3; pfo. 4, pp. 20 y ss.; pfo. 6, pp. 40 y ss.

123 *Id.*, t. I, pfo. 50, pp. 541 y ss.; pfos. 55-59, pp. 592 y ss.; pfo. 61, pp. 649-654; pfo. 62, p. 655; pfo. 63, pp. 670-672; t. II, pfos. 31-35.

124 *Id.*, t. I, pfo. 50, p. 550, *initio*; pfo. 63, pp. 672-674; t. II, pfo. 1, p. 4, *initio*; pfo. 5, pp. 35 y 36; pfo. 6, p. 43 *initio*.

125 *Id.*, t. I, pfo. 63, pp. 674-680: “No hacer nada contrario a la solidaridad social y cooperar en la medida de lo posible a su realización” (p. 679); t. II, pfo. 8, pp. 54 y 55.

126 *Id.*, t. II, pfo. 1, p. 4, parte inicial; pfo. 54.

127 Acerca de esta doctrina véase *supra*, núm. 52.

128 Duguit, 2a. ed., t. II, pfo. 8, p. 54.

método— que los hombres detentadores del poder deben poner éste al servicio, no de sus intereses, sino de la regla de derecho. Ahora bien, por ese medio, restaura el concepto de poder *de derecho*, pues si el poder de los gobernantes es función de la regla de derecho, se convierte, al servicio de la propia regla, es un deber sin duda, pero también en un derecho; en otros términos, los gobernantes tienen no solamente el deber, sino el derecho de poner su fuerza al servicio de la regla de derecho. Queda por saber lo que Duguit entiende por la regla de derecho, aplicada a la función de los gobernantes. De nuevo, por una reducción que casi no justifica, hace consistir la regla de derecho, para los gobernantes, en la obligación de organizar y de hacer funcionar los servicios públicos. ¿Bajo otra forma, no es esto el retorno a la idea de *bien público*, respecto de la cual los servicios públicos no podrían ser más que el medio de realización? Es claro, en fin, que las dos nociones de *público* (incluso en el concepto de servicios públicos) y de *solidaridad nacional* (colocada en la base de la regla de derecho según Duguit) evocan la idea de organización social pública y por consiguiente de *sociedad*.

De tal suerte que, revolucionaria en su punto de partida, la construcción de Duguit conduce finalmente, en términos más ambiguos, a la doctrina clásica que define al Estado por estos tres rasgos: una sociedad; un fin: el bien público; un gobierno, que es de derecho.¹²⁹ Bajo los hechos, que necesariamente requieren interpretación, Duguit reencuentra la idea explicativa, a la cual es preciso volver siempre cuando los hechos que se trata de interpretar pertenecen al dominio de las instituciones.¹³⁰ La sola diferencia un poco profunda reside en que, en la presentación de Duguit, el poder de hecho de los gobernantes está limitado en cierto modo *desde fuera* por la idea de servicio público, mientras que, en la concepción tradicional, la idea de servicio público o de bien público anima positivamente todo el sistema: el poder de los gobernantes es un poder de hecho, justificado por la institución y legítimo solamente en el cuadro de la institución. Esta diferencia, empero, no es muy consecuente, pues en resumidas cuentas, si hay servicio público, esta idea debe dominar todo, y en primer lugar el poder de los gobernantes.

129 Véase, en el mismo sentido, en lo que concierne a la apreciación del sistema de Duguit, Gurvitch, *La idea del derecho social*, p. 622; S. Trentin, *La crise du droit et de l'État*, pp. 164-168 y las notas.

130 Véase la relación establecida por Duguit mismo, de su doctrina con la teoría institucional de Hauriou, *Traité*, t. II, pfo. 5, pp. 37 y ss.

Añadamos que, desde el punto de vista lógico, la construcción de Duguit peca de ciertos graves defectos. ¿Qué significa, para un “realista”, esta regla de derecho, esta ley de solidaridad social así establecida *a priori*? ¿Cómo explicar que los detentadores de la mayor fuerza estén obligados a poner esa fuerza al servicio de la solidaridad social? ¿Cómo explicar que la ley de solidaridad social, para los gobernantes, se traduzca justamente en el servicio público? Hay allí una serie de problemas que, es verdad, se refieren a la filosofía social y jurídica de Duguit más que a su concepto del Estado.

Sea de ello lo que fuere, puede suscribirse parcialmente la conclusión de este autor: “Así, si hay un poder público, es un deber, una función y no un derecho”.¹³¹ Que el poder público sea un deber, una función, ¿quién lo ha discutido jamás? ¡Esmein mismo no dice que la soberanía es “en interés de todos”? El error de Duguit es creer que el derecho subjetivo no podría existir más que en interés de su titular, cuando existen derechos subjetivos de poder —en la familia, en el Estado, en toda sociedad jerarquizada— que son de carácter funcional, altruista.

55. d) Pero si los sistemas de Kelsen y de Duguit no son, en el fondo, más que construcciones y maneras de representar el Estado, hay otras doctrinas más revolucionarias: por ejemplo, la concepción *nacional-socialista*.

Según el nacional-socialismo, el Estado ya no es la sociedad nueva, específica, llamada a unificar y a ordenar, en el sentido del bien de todos, indistintamente, a los individuos y los grupos que componen el Estado. Antes de que se trate del Estado, la unidad está ya realizada bajo una forma orgánica y viviente en la comunidad popular, a cuyo servicio el Estado viene simplemente a ponerse. Lo que es, a la vez, primario y supremo, es el pueblo (*Volk*). “Para el nacional-socialismo, el pueblo es el hecho primario, el que lo engloba todo. Es el centro del pensamiento de la creencia y de la vida”.¹³² El Estado considerado en sí mismo no es más que el instrumento, el aparato encargado de la protección del pueblo contra el enemigo interior y exterior. “El Estado no es un fin en sí. No es más que un medio para llegar a un objetivo determinado. Ese objetivo es la defensa y la promoción de una comunidad concreta de seres semejantes en cuanto a su estructura física y espiritual. He aquí la tarea y la función únicas del

¹³¹ Duguit, t. II, pfo. 8, p. 57.

¹³² Stuckart, citado por Mankiewicz, *Le national-socialisme allemand*, t. I, núm. 96, p. 97. Véase también núm. 93, pp. 94 y 95.

Estado”.¹³³ Así, el Estado no es sociedad distinta del pueblo: es el pueblo mismo,¹³⁴ organizado políticamente en vista de su propia defensa y de su propio perfeccionamiento.¹³⁵ Pero ¿en qué consiste el pueblo? El pueblo no es el público en general y sin distinción: es el conjunto de los nacionales, de todos aquellos que, en el interior o en el exterior de las fronteras, pero sólo de éstos, comulgan en la misma sangre y en la misma *Weltanschauung*.¹³⁶ Fruto del genio del pueblo, de su raza, de su pasado histórico, la *Weltanschauung* (manera de ver el mundo) no tiene nada de universal: ya que existen desigualdades entre los pueblos, siendo unos *Kulturträger* portadores y propagadores de cultura, mientras que los otros se limitan a recibir la cultura,¹³⁷ cada pueblo tiene su *Weltanschauung* particular, verdaderamente incomunicable.¹³⁸ Asimismo, la *Weltanschauung* no es fija, inmutable, pues todo en la naturaleza, mundo e ideas, están en perpetua evolución.¹³⁹ Por el contrario, la *Weltanschauung* es totalitaria y exclusiva: nada se exime de su imperio, ni el pensamiento ni la acción, ni la vida privada ni la pública, ni el individuo ni el Estado,¹⁴⁰ y no soporta ninguna contradicción ni concurrencia.¹⁴¹ En cuanto al contenido de la *Weltanschauung*, es, también, nacional, particularista y dinámico, en el sentido de que la *Weltanschauung* ve el mundo en función del destino de la comunidad nacional, que es vivir y desarrollarse según su propia ley. “El pueblo alemán es una comunidad espiritual —formada por la sangre y el destino y que sobrepasa y engloba las generaciones— la cual, arraigada en el suelo y el espacio asignados por la naturaleza, encuentra su sentido en la salvaguarda y el desarrollo de la vida alemana”.¹⁴²

Por otra parte, el pueblo no es la simple suma de los nacionales. Constituye una comunidad, más amigable que jurídica, en realidad, que adopta en las relaciones entre los miembros (*Volksgenossen*) la forma de camaradería, pero extremadamente estrecha y profunda. Con respecto a

133 Hitler, en Mankiewicz, t. I, núm. 92, p. 94. Véase también núm. 93 y las notas; núm. 56, nota 52.

134 Huber: “Para el pensamiento nacional, el Estado es la forma viviente del pueblo. No es ni un fin en sí ni un simple instrumento. Es el pueblo mismo”, citado por Mankiewicz, núm. 93, p. 95, nota 7.

135 Acerca de la función de lo político, véase, Mankiewicz, t. I, núm. 98, p. 98 y Anexo II, pp. 220 y ss.

136 Acerca de la *Weltanschauung* nacional-socialista, véase *ibidem*, núms. 16-64, pp. 19-68.

137 *Ibidem*, núm. 26, pp. 29-31. Además, núm. 25, p. 28, nota 32.

138 *Ibidem*, núms. 19-25, pp. 23-28.

139 *Ibidem*, núms. 53-57, pp. 59-62.

140 *Ibidem*, núms. 27-42, pp. 32-45.

141 *Ibidem*, núms. 43-51, pp. 47-58.

142 Buurmann, citado por Mankiewicz, t. I, núm. 96, p. 97, nota 18.

su pueblo, el individuo no cuenta, sino como miembro fiel y abnegado hasta la muerte; con relación al pueblo, no tiene más que deberes, ningún derecho:¹⁴³ tal es, al menos, la teoría, demasiado excesiva para ser verdadera, aunque a menudo haya sido aplicada a la letra. A la cabeza de la comunidad, emergiendo del pueblo, se coloca el *Führer*, que interpreta y realiza de manera infalible la voluntad nacional: esta democracia es “la verdadera democracia germánica, que consiste en la libre elección del *Führer* combinada con la absorción, por él, de la responsabilidad entera de todos sus actos”.¹⁴⁴ Conductor de la comunidad, el *Führer* es naturalmente el jefe del Estado, que es el instrumento al servicio de esta comunidad. Es, al mismo tiempo, el jefe del partido que, guardián y depositario de la *Weltanschauung* alemana nacional-socialista, está encargado de hacerla penetrar en el pueblo alemán y en la organización del Estado.¹⁴⁵ Así se articula, en el culto del mismo ideal y bajo una misma dirección, la “trinidad” Estado-partido-pueblo.¹⁴⁶

De este análisis somero resulta que tanto el fin del Estado como su naturaleza han cambiado. No solamente ya no es el Estado más que un aparato, siendo la verdadera sociedad la comunidad popular, sino que, como ésta, ya no tiene como fin más que al pueblo, en sentido racista. El pueblo, “centro de todo”, *alpha* y *omega* del Estado, ha tomado el lugar del individuo-persona. En la concepción tradicional, el Estado quedaba en definitiva ordenado al bien de los individuos y sin distinción de raza: aunque su fin inmediato fuese el bien *público*, éste no era más que un bien *intermedio*, sujeto a distribución entre todos los individuos —miembros del Estado en vista del perfeccionamiento de sus personalidades bajo todos sus aspectos—.¹⁴⁷ En adelante, el beneficiario primero y último de la actividad del Estado es el pueblo en sentido exclusivamente nacional cuyas exigencias vitales y obscuro destino interpretan el partido y el *Führer*.

Es demasiado evidente que una tal concepción del Estado no podría encontrar su examen crítico en un trabajo relativo al Estado. La teoría nacional-socialista del Estado no tiene sentido más que en el cuadro de la *Weltanschauung* nacional-socialista. El problema que se plantea es el de la naturaleza del hombre, especialmente con respecto a su pueblo. Se vol-

143 Mankiewicz, núm. 97, pp. 97 y 98. Respecto a la idea de camaradería, véase anexo II, p. 238.

144 Hitler, citado por Mankiewicz, t. I, núm. 112, p. 114.

145 En lo que toca al papel del partido en el Estado y en el pueblo, véase Mankiewicz, t. I, núms. 58-64, pp. 63-68.

146 Acerca de esta *Dreigliederigkeit*, *ibidem*, núm. 100, p. 101, nota 2.

147 Véase *supra*, núms. 26-29.

2. LA SOBERANÍA DEL ESTADO

72. Transición	114
--------------------------	-----

I

73. El Estado es soberano en el sentido de que su sistema y su ordenamiento son <i>supremos</i> frente a la voluntad de los individuos y grupos que de él forman parte	115
74. La soberanía es esencialmente interna	116

II

75. Examen de las objeciones de Duguit contra la noción de soberanía: <i>a) el pretendido problema insoluble del origen</i> del derecho de soberanía, que en realidad proviene de la naturaleza	117
76. <i>b) El pretendido problema insoluble del sujeto</i> del derecho de soberanía, que no es ni el <i>Herrischer</i> , ni el pueblo o la nación, ni aun el Estado, pues la soberanía no tiene sujeto: es intrínseca al Estado que obra por sus gobernantes	119
77. <i>c) Las objeciones sacadas de la descentralización regional y del Estado federal</i>	122
78. <i>d) La pretendida dificultad de conciliar soberanía y sumisión al derecho. Remisión</i>	123
79. Crítica de la construcción de Duguit, que reemplaza la idea de soberanía con la de “función” de los gobernantes ligados por la “solidaridad social”	123

III

80. El Estado es necesariamente soberano, y su soberanía es una e indivisible	125
81. Pero su soberanía es esencialmente <i>relativa</i> , limitada al bien público temporal. La cuestión de los conflictos de competencia	127

IV

82. Crítica de la teoría de Hauriou sobre las “tres formas de soberanía”	128
--	-----

3. LA SUMISIÓN DEL ESTADO AL DERECHO

I

83. La pretendida contradicción entre la idea de soberanía y la de sumisión al derecho: la soberanía no significa voluntarismo puro y arbitrario	131
84. La explicación de la sumisión del Estado al derecho por la idea de autolimitación	134

II

85. En realidad, hay límites racionales, objetivos, a la soberanía del Estado; forman el derecho propio, <i>sui generis</i> , del Estado y de la política	135
86. Límite <i>negativo</i> de competencia: el Estado no puede traspasar los linderos de lo temporal, por una parte; de lo público, por otra	136
87. Norma <i>positiva</i> : La realización del bien público, lo cual entraña para el Estado, ora obligaciones de <i>abstención</i> más o menos completa, ora obligaciones <i>de hacer</i> , especialmente la de organizarse a sí mismo del modo más adecuado para el buen cumplimiento de su tarea y la observancia de sus límites	136
88. Los principios generales de la moral ligán al Estado y a los gobernantes como a los particulares	138

III

89. El problema de la determinación <i>efectiva</i> de los deberes del Estado soberano	139
90. a) No suprimen la dificultad ni la eliminación del concepto de soberanía, reemplazado por una “regla de derecho” indeterminada, ni la idea de una multiplicidad de órdenes equivalentes que se hacen contrapeso	141

91. <i>b)</i> Examen de las soluciones posibles: las soluciones <i>inter</i> o <i>supranacionales</i> , su carácter “inactual” y sus inconvenientes	142
92. <i>c)</i> Las soluciones <i>internas</i> ; unas, de naturaleza <i>política</i> : responsabilidad de los gobernantes ante el pueblo	144
93. <i>d)</i> ...Repartición entre varias instituciones, órganos o personas, de las funciones del poder	145
94. <i>e)</i> Otras, de índole <i>jurisdiccional</i> : los defectos del método judicial	146

IV

95 Ineluctable imperfección de todas las soluciones técnicas	148
96. En qué medida entrañan autolimitación	149
97. En qué sentido debe hablarse de la sumisión del Estado al derecho	151
98. La solución última: el derecho de resistencia	152

verá a encontrar su enunciado al principio del capítulo consagrado al derecho individual.¹⁴⁸

3. *El problema filosófico del origen del Estado*

56. Es normal que después de haber tratado de definir al Estado en sus elementos esenciales, previos y constitutivos, se investigue el origen de la institución. Es el problema de la “causa eficiente” del Estado. Pero la cuestión debe ser explicada, pues encierra un equívoco. No se trata aquí de estudiar las causas, de orden puramente fenoménico, que han engendrado los diversos Estados: esas causas son múltiples, confusas y variables. El esclarecimiento de esas causas requiere el trabajo del historiador y, desde otro punto de vista, las clasificaciones del sociólogo. Pero puede llevarse más lejos la investigación y, sin romper el contacto con la historia y la sociología, esforzarse por descubrir, bajo las causas fenoménicas, el juego de razones más profundas, capaces de explicar el nacimiento, no ya tan sólo de determinado Estado particular, sino del Estado *en general*. De manera precisa, se trata de saber si el Estado, siempre y en todas partes, encuentra su causa primera en una exigencia de la naturaleza humana, o si es el producto de la libre voluntad de los individuos. Aplicando al Estado el dilema planteado por M. Gény en lo que concierne al derecho positivo, se pregunta: ¿el Estado es *dado* o *construido*?¹⁴⁹ (*donné* ou *construit*). El problema es así de orden filosófico, y no ya de filosofía de la historia o de sociología política, sino de filosofía social.

Evidentemente, no se piensa negar la parte de la voluntad humana, del artificio y de la técnica, en la *organización*, es decir, en la estructura y el funcionamiento del Estado. En especial el Estado moderno del tipo clásico, parlamentario, es una construcción complicada, ingeniosamente equilibrada, cuya paternidad puede reivindicar la razón prudencial del hombre, ayudada por la experiencia. Pero el Estado mismo en su principio, en cuanto agrupación en vista del bien público —de un bien público que sobrepasa el de los municipios y de las ciudades— ¿era necesario, con una necesidad humana sin duda, pero querida por la naturaleza, o bien procede, no de un capricho, sino de un acto libre del hombre, que hubiese podido dejar de realizarlo sin contradecir a la naturaleza? Tal es

148 Véase *infra*, núm. 212.

149 Véase F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, París, 1914-1925, 4 vols.