

VI. *Derecho y Estado*

- 36. Forma jurídica y forma del Estado 285
- 37. Derecho público y privado 286
- 38. Carácter ideológico del dualismo entre derecho público y privado 287
- 39. El dualismo tradicional entre Estado y derecho 289
- 40. La función ideológica del dualismo de Estado y derecho 290
- 41. La identidad del Estado con el derecho 291
 - a) El Estado como orden jurídico 291
 - b) El Estado como persona jurídica 295
 - α) El Estado como sujeto activo; el órgano estatal 295
 - β) Representación política 302
 - γ) El Estado como sujeto de obligaciones y de derechos 305
 - c) La así llamada autoobligación del Estado. El Estado de derecho 314
 - d) Centralización y descentralización 315
 - e) La disolución del dualismo entre derecho y Estado 319

VI. DERECHO Y ESTADO

36. *Forma jurídica y forma del Estado*

La doctrina de la construcción escalonada del orden jurídico capta al derecho en su movimiento, en el proceso permanentemente renovado de su autoproducción. Se trata de una teoría dinámica del derecho, a diferencia de una teoría estática que busca concebirlo sin tomar en consideración su producción (y sólo como un orden ya producido), su validez, sus dominios de validez, etcétera. En el punto central de los problemas de una dinámica jurídica se encuentra la pregunta por los diferentes métodos de producción de derecho, o por las formas del derecho. Si se pone la mira en aquellas normas jurídicas que configuran la parte principal de un orden jurídico, a saber: las que enlazan una sanción como acto coactivo a determinada conducta humana, y si se reconoce que un hombre se encuentra jurídicamente obligado a una determinada conducta en cuanto la conducta contraria ha sido convertida en condición de una sanción, pueden distinguirse dos tipos de normas jurídicas que estatuyen tales obligaciones jurídicas: aquellas en cuya producción el hombre obligado participa, y aquellas que aparecen sin su participación. El principio que se encuentra en la base de esta distinción, es el de la libertad en el sentido de autodeterminación. La cuestión decisiva, desde el punto de vista del hombre sujeto a norma, es si la obligación se produce con su voluntad, o sin ella y eventualmente, incluso, contra su voluntad. Se trata de la distinción que habitualmente se designa como la oposición entre autonomía y heteronomía, y que la teoría del derecho suele establecer en lo esencial en el terreno de los derechos estatales. Aquí aparece como una diferencia entre democracia y autocracia, o entre república y monarquía, permitiendo la división corriente de las formas del Estado. Sólo que aquello que se concibe como la forma del Estado no es más que un caso especial de la forma del derecho en general. Se trata de la forma del derecho, es decir, del método de producción de derecho en la grada superior del orden jurídico, en el terreno de la constitución. Con el concepto de forma del Estado se designa el método de producción de normas generales regulado por la constitución. Si se entiende por forma del Estado sólo la constitución, en cuanto forma de legislar, es decir, de producción de normas jurídicas generales, identificándose así, en ese concepto de forma del Estado, al Estado con la constitución como la forma de producción de normas jurídicas generales, se continúa solamente con la representación usual del derecho, que comúnmente sólo es visto como un sistema de normas generales, sin advertir que también la indivi-

dualización de las normas jurídicas generales, el tránsito de la norma jurídica general a la individual, tiene que encontrarse en el marco del orden jurídico. La identificación de la forma del Estado con la constitución corresponde plenamente al prejuicio de un derecho encerrado en la ley. Pero el problema de la forma estatal, como cuestión referente al método de producción de derecho, no se da solamente en la grada constitucional, ni siquiera sólo en la legislativa, sino en todos los niveles de producción de derecho y, en especial, en los diversos casos de instauración de normas individuales: acto administrativo, sentencia judicial, negocio jurídico.

37. *Derecho público y privado*

Como un ejemplo especialmente característico, consideremos la distinción, básica para la sistemática de la moderna ciencia jurídica, entre derecho público y privado, que ya fue mencionada varias veces antes. Es sabido que hasta hoy no se ha logrado establecer una determinación plenamente satisfactoria de esa distinción. Según la tesis más difundida, trátase de una división de las relaciones jurídicas; mientras que el derecho privado relaciona sujetos equivalentes con el mismo valor jurídico, el derecho público establece una relación entre dos sujetos, entre los cuales uno tiene frente al otro un valor jurídico superior. La típica relación de derecho público es la que se da entre Estado y súbdito. Se suelen denominar también las relaciones de derecho privado como relaciones jurídicas propiamente dichas, como relaciones de “derecho” en el sentido auténtico y estricto de la palabra, para contraponerlas a las relaciones de derecho público, como “poder” o “dominación”. Así como, en general, la distinción entre derecho privado y público tiende a dar por supuesta una contraposición entre el derecho y la fuerza no jurídica, o sólo medio jurídica y especialmente se suele establecer entre derecho y Estado. Si se miran las cosas más de cerca para establecer dónde se encuentra el *plus* de valor atribuido a ciertos objetos, y en qué consiste su superioridad frente a los otros, se observa que se trata de una distinción entre hechos productores de derecho. Y la diferencia que sirve de patrón es la misma que aquella que aparece como fundamento de la división entre las formas del Estado. El *plus* valorativo que corresponde al Estado —es decir, a sus órganos— en relación con los súbditos, consiste en que el orden jurídico otorga a los hombres calificados como órganos del Estado, o a ciertos de entre ellos —las llamadas “autoridades”—, la facultad de obligar a los súbditos mediante una manifestación unilateral de voluntad (una orden). Típico ejemplo de una relación de derecho público es la orden administrativa, una norma individual implantada por el órgano administrativo, mediante la cual el sujeto al cual la norma se dirige queda jurídicamente obligado a comportarse conforme a lo ordenado. En cambio, como relación típicamente de derecho

privado tenemos el negocio jurídico, especialmente: el contrato, es decir, la norma individual producida por contrato, mediante la cual las partes contratantes quedan obligadas jurídicamente a un comportamiento recíproco. Mientras que en este último ejemplo los sujetos obligados participan en la producción de la norma que los obliga —y en ello reside la esencia de la producción contractual de derecho—, en la orden administrativa de derecho público, el sujeto obligado no tiene participación alguna en la producción de la norma que lo obliga. Se trata del caso típico de una producción autocrática de normas, mientras que el contrato privado significa un notorio método democrático de producción de derecho. De ahí que ya la teoría más antigua designara la esfera de los negocios privados, como el dominio de la autonomía privada.

38. *Carácter ideológico del dualismo entre derecho público y privado*

Si se comprende la decisiva distinción entre derecho privado y público, como una distinción entre dos métodos de producción de derecho, se reconocerá en los llamados actos públicos del Estado los mismos actos jurídicos que aparecen en los negocios jurídicos privados, sobre todo si se advierte que los actos que configuran el hecho productor de derecho sólo son, en ambos casos, la continuación del proceso de formación de la denominada “voluntad estatal”; que así como en la orden de una autoridad, también en el negocio jurídico privado sólo se cumple la individualización de una norma general —en aquel caso de una ley administrativa, en el otro, del código civil—, dejará de parecer tan paradójico que la teoría pura del derecho, desde su enfoque universalista dirigido siempre a la totalidad del orden jurídico, la así llamada voluntad del Estado, vea también en el negocio jurídico privado, al igual que en la orden de esta autoridad, un acto del Estado, es decir, un hecho productor de derecho atribuible a la unidad del orden jurídico. De ese modo la teoría pura del derecho relativiza la contraposición, convertida en absoluta por la ciencia jurídica tradicional, entre derecho privado y público, convirtiéndola de una distinción extrasistemática —es decir, una distinción entre el derecho y lo que no es derecho, entre derecho y Estado—, en una distinción intrasistemática, conservándose justamente así como una ciencia que no se disuelve en la ideología ligada a la absolutización de esa cuestionable oposición; puesto que si se representa justamente la oposición entre derecho público y privado como la oposición absoluta entre poder y derecho, o por lo menos, entre poder del Estado y derecho, se suscita la idea de que, en el terreno del derecho público —especialmente en el terreno políticamente muy importante del derecho constitucional y del derecho administrativo—, el principio de derecho no tendría el mismo sentido, y no tendría validez con igual intensidad que en el terreno del derecho privado, donde se encontraría, por decirlo así, el dominio propio de lo jurídico. Allá

dominaría, a diferencia de aquí, no tanto el derecho estricto, sino más bien el interés del Estado, el bien público, el cual debe hacerse efectivo en todas las circunstancias. De ahí que la relación entre la norma general y el órgano de ejecución sea, en el terreno del derecho público, diferente a la del derecho privado: no se trata, como en éste, de aplicación de leyes a casos concretos, sino de la libre realización del fin del Estado que en caso de necesidad apenas si respeta el marco legal, y que en el caso del llamado estado de necesidad público, puede cumplirse inclusive contra la ley. Una investigación crítica muestra, con todo, que toda esta distinción carece de base en el derecho positivo, en tanto pretende afirmar otra cosa: que la actividad de los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos, por lo común, están ligadas en grado menor por leyes, que la actividad de los tribunales, a los cuales éstas sólo otorgan, como normas de derecho positivo, una medida menor de libre discrecionalidad que a aquéllos. Esta doctrina, relativa a una diferencia esencial entre el derecho público y privado, se enreda, por añadidura, en la contradicción de afirmar, como una propiedad específica del derecho público, la libertad frente al derecho, como un principio jurídico que supone válido en el terreno del "derecho" público como ámbito vital del Estado. De ahí que, en el mejor de los casos, pudiera hablar de dos terrenos jurídicos conformados en forma técnica diferente, pero no de una contraposición esencial absoluta entre Estado y derecho. Este dualismo, lógicamente insostenible, no tiene carácter teórico alguno, sino sólo ideológico. Desarrollado por la doctrina constitucional, sirve para garantizar el gobierno, y al aparato administrativo subordinado, una libertad deducida de la naturaleza de la cosa; no una libertad frente al derecho, lo cual sería a la postre imposible, pero sí frente a la ley, frente a las normas generales creadas por una representación popular o con participación esencial de ésta; y ello no sólo en el sentido de que una restricción excesiva legal de los órganos gubernamentales y administrativos contradijera la esencia de sus funciones, sino que también, donde aun así aparece, como una restricción que de ser el caso puede ser declarada eliminable. Esta tendencia puede comprobarse —en la contraposición habitual entre gobierno y parlamento— no sólo en las monarquías constitucionales, sino también en las repúblicas democráticas.

Por otra parte, al convertir en absoluta la contraposición entre derecho público y privado, se suscita la representación de que el terreno del derecho público, es decir, sobre todo, el derecho constitucional y administrativo, fuera el dominio del poder político, el cual quedara enteramente excluido del territorio del derecho privado. Ya en un contexto anterior se mostró que toda esta oposición entre lo "político" y lo "privado" en el terreno del derecho subjetivo no se da; que los derechos privados son derechos políticos en el mismo sentido que aquellos que así se suele designar exclusivamente, puesto que ambos, aunque en forma diferente, implican intervenir en la así llamada formación de la voluntad del Estado, lo que implica, sin embargo, apoyar el poder político.

Mediante esta diferenciación de principio entre una esfera jurídica pública, o sea, política, y una esfera privada, es decir, no política, se trata de evitar la evidencia de que el derecho "privado" producido a través de un contrato (negocio jurídico) no es menos escenario del poder político que el derecho público producido por legislación y administración. Sólo aquello que se denomina derecho privado, el complejo de normas en cuyo centro se encuentra la institución jurídica del así llamado derecho de propiedad individual privado, es desde el punto de vista de la función que esa parte del orden jurídico tiene en el contexto de la totalidad del derecho, una forma adecuada de producción de normas jurídicas individuales para el sistema económico-capitalista. Corresponde al principio de la autodeterminación y tiene, en este sentido, un carácter democrático. Los Estados capitalistas más importantes de nuestro tiempo cuentan, por cierto, con constituciones democráticas; pero la institución de la propiedad privada y la producción de normas jurídicas individuales a partir del principio de la autodeterminación, son también posibles en las monarquías absolutas, y, de hecho, han surgido en ellas. Dentro del orden jurídico de un sistema económico socialista, en la medida en que sólo admita la propiedad colectiva, la producción de normas jurídicas individuales puede tener carácter autocrático, en tanto en lugar del contrato de derecho privado aparece el acto administrativo de derecho público. Pero también ese sistema es, como uno democrático, compatible con una producción autocrática de normas jurídicas generales, es decir, compatible con una constitución tanto democrática como autocrática del Estado.¹⁶⁰ La defectuosa visión en la construcción escalonada del derecho ha impedido también reconocer que, en los diversos niveles de un mismo orden jurídico, pueden llegar a aplicarse diversas formas de producción de derecho; que una producción democrática de normas jurídicas generales puede estar ligada con la producción autocrática de normas jurídicas individuales, y, a la inversa, una producción autocrática de normas jurídicas generales, con la producción democrática de normas jurídicas individuales.¹⁶¹

39. *El dualismo tradicional entre Estado y derecho*

En la oposición que la teoría tradicional del derecho supone entre el derecho público y privado, aparece ya con gran claridad el poderoso dualismo que domina a la ciencia del derecho moderna, y, de consuno, a todo nuestro pensamiento social: el dualismo de Estado y derecho. Cuando la teoría tradicional del derecho y del Estado, contraponen el Estado al derecho, como un ente dis-

¹⁶⁰ Cf. H. Kelsen, "Foundations of Democracy", en *Ethics, an International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, editado por la University of Chicago Press, vol. LXVI, núm. 1, part II, 1955, pp. 1-101.

¹⁶¹ Cf. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, pp. 361 y ss.; y H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1945, pp. 283 y ss.

tinto, afirmándolo al mismo tiempo como un ente jurídico, lo hace en cuanto considera al Estado como sujeto de obligaciones jurídicas y facultades, es decir, en cuanto lo considera como una persona, y simultáneamente le atribuye una existencia independiente del orden jurídico.

Así como la teoría del derecho privado originariamente partía de la personalidad jurídica del individuo, afirmando que lógica y temporalmente antecedía al derecho objetivo, es decir, al orden jurídico, de igual modo la teoría del estado de derecho supone que el Estado, como unidad colectiva, como sujeto de una voluntad y de acción, aparece independiente e inclusive como existente antes del derecho. Pero el Estado cumpliría su misión histórica, se enseña, en tanto crea el derecho, *su* derecho, para luego someterse al mismo, es decir, para obligarse y facultarse con su propio derecho. De esta suerte el derecho, como ente metajurídico, como una especie de macroantropos todopoderoso, o como un organismo social, sería un presupuesto del derecho, y simultáneamente, un sujeto de derecho que presupone la existencia del derecho, en cuanto a él sometido y por él obligado y facultado. Es ésta la teoría de las dos caras del Estado y del autosometimiento (autobligación) al derecho, que, pese a las notorias contradicciones que siempre se le imputan, es reiterada contra todos los argumentos contrarios, con tenacidad sin par.

40. *La función ideológica del dualismo de Estado y derecho*

La doctrina tradicional del Estado y el derecho no puede renunciar a esta teoría, no puede renunciar al dualismo que en ella se manifiesta entre el Estado y el derecho. Puesto que desempeña una función ideológica de extraordinario significado, de un significado que no cabe menospreciar. El Estado tiene que ser representado como una persona distinta del derecho para que el derecho —producido por ese Estado, para luego someterse a él— luego pueda justificar al Estado. Y el derecho sólo puede justificar al Estado cuando es presupuesto como un orden esencialmente diferente del Estado, contrapuesto a la naturaleza originaria de éste: el poder, y de ahí, en algún sentido, como un orden correcto o justo. Así, el Estado, como el puro hecho de la fuerza, se convierte en un Estado de derecho que se justifica en tanto produce derecho. En igual medida, y en tanto la legitimación religioso-metafísica del Estado pierde eficacia, esta teoría del Estado de derecho se convierte en la única justificación posible del Estado. Que esta “teoría” haga del Estado, al afirmarlo como una persona jurídica, un objeto del conocimiento jurídico, de la teoría jurídica del Estado, y que, por el otro lado, recalque con el mayor vigor que el Estado, en cuanto poder esencialmente diferente del derecho, no puede ser concebido jurídicamente, es una contradicción que no le hace mella. Puesto que las contradicciones no significan para las teorías ideológicas, donde necesariamente

prosperan, ningún inconveniente serio. Dado que las ideologías no aspiran propiamente a una profundización del conocimiento, sino a una determinación de la voluntad. No se trata, pues, tanto de captar conceptualmente la esencia del Estado, sino más bien de reforzar su autoridad.

41. *La identidad del Estado con el derecho*

a) *El Estado como orden jurídico.* Un conocimiento del Estado libre de ideología y, por ende, liberado de toda metafísica y mística, no puede hacerse cargo de su esencia si no lo capta conceptualmente como una formación social, como un orden de la conducta humana, según ya se ha efectuado en la investigación precedente. Es usual caracterizar al Estado como una organización política. Pero así sólo se expresa que el Estado es un orden coactivo. Puesto que el elemento específicamente "político" de esa organización reside en la coacción ejercida de hombre a hombre, regulada por ese orden; en los actos coactivos que ese orden estatuye. Se trata justamente de aquellos actos coactivos que el orden jurídico enlaza a las condiciones que determina. Como organización política, el Estado es un orden jurídico. Pero no todo orden jurídico es un Estado. Ni los órdenes jurídicos prestatales de las sociedades primitivas ni el orden jurídico supra o interestatal, del derecho internacional, configuran un Estado. Para llegar a ser un Estado, el orden jurídico tiene que tener el carácter de una organización en el sentido estricto y específico de esa palabra, es decir: tiene que instaurar órganos que funcionen con división del trabajo, para la producción y aplicación de las normas que lo constituyen; tiene que exhibir cierto grado de centralización. El Estado es un orden jurídico relativamente centralizado.

Es por esta centralización que el orden jurídico estatal se diferencia del orden primitivo prestatal, y del orden, supra o interestatal, del derecho internacional general. Tanto en el uno como en el otro, las normas jurídicas generales no son producidas por un órgano legislativo central, sino que los son consuetudinariamente, lo que significa que el procedimiento de producción general de derecho está descentralizado. Ni el orden jurídico prestatal ni el orden jurídico supra o interestatal establecen tribunales competentes para aplicar normas generales a casos concretos, sino que facultan a los sujetos mismos sometidos a ese orden jurídico a desempeñar esas funciones y, especialmente, a llevar a cabo, como autodefensa, las sanciones estatuidas por el orden jurídico. Los miembros de la familia del muerto ejercen, conforme al derecho primitivo, la venganza de la sangre sobre el asesino y sus parientes, es decir, que están autorizados a imponer la pena primitiva; es el acreedor mismo el que puede poner mano sobre el deudor moroso para resarcirse mediante la apropiación de una prenda, esta forma primitiva de la ejecución civil. Es el gobierno de un Estado parti-

cular el que tiene derecho, según el derecho internacional general, a emprender la guerra o las represalias, sanciones del derecho internacional, contra el Estado violador del derecho, lo que significa, sin embargo, emprenderlas contra los súbditos del Estado, cuyo gobierno hubiera violado el derecho. Puesto que ciertamente, tanto en el caso del derecho prestatal, como en el del derecho supra o interestatal, los individuos que ejecutan las sanciones estatuidas por el derecho consuetudinariamente producido, dándole así aplicación, son órganos de derecho y, en cuanto tales, órganos de la comunidad jurídica. Sólo que no son órganos centrales que funcionen con división del trabajo, a diferencia del gobierno, el órgano legislativo y los tribunales establecidos por el orden jurídico estatal. El orden jurídico de la sociedad primitiva así como el orden jurídico internacional constituyen órdenes coactivos enteramente descentralizados, y, por lo mismo, no son Estados.

Si el Estado es concebido como una comunidad social, la misma, como anteriormente se expuso,¹⁶² sólo puede constituirse mediante un orden normativo. Dado que una comunidad sólo puede constituirse mediante *uno* de esos órdenes (al punto de identificarse con él), el orden normativo que constituye el Estado sólo puede ser el orden coactivo relativamente centralizado que hemos reconocido como orden jurídico estatal.

Como comunidad social, el Estado se compone —según la teoría tradicional del Estado— de tres elementos: la población del Estado, el territorio estatal y el llamado poder estatal, ejercido por un gobierno estatal independiente. Estos tres elementos sólo pueden ser determinados jurídicamente, es decir, sólo pueden ser entendidos como la validez y los dominios de validez de un orden jurídico.

La población del Estado está formada por los hombres que pertenecen a un Estado. Si se preguntara por qué un hombre, junto con otros hombres, pertenece a un Estado determinado, no es factible encontrar otro criterio del que, tanto él, como los restantes, están sometidos a un orden coactivo relativamente centralizado. Los demás intentos de buscar otra relación que mantenga unidos a los hombres posiblemente separados por lenguaje, raza, religión y concepción del mundo, así como por oposiciones de clase y otros múltiples conflictos de intereses, ligándolos en una unidad, tienen que fracasar. En especial, es imposible demostrar alguna suerte de interacción espiritual que, con independencia de toda obligación jurídica, comprenda de tal modo a todos los hombres pertenecientes a un Estado, que pueda distinguírseles de otros hombres, pertenecientes a otro Estado, y también unidos por una interacción análoga, como dos grupos separados. No puede negarse la inexistencia de semejante interacción que relacione a todos, y solamente a todos, los hombres pertenecientes a un Estado; ni que, cuando se toma en consideración una interacción real, pueden

¹⁶² Cf. *supra*, pp. 90, 154.

estar ligados entre sí, de manera mucho más intensa, hombres pertenecientes a diferentes Estados, que aquellos que pertenecen al mismo, puesto que sólo pertenecen jurídicamente a ese Estado. Cierto es que también, como se suele decir, se encuentren espiritualmente ligados a su Estado, pudiendo amarlo, inclusive idolatrarlo, y estar dispuestos a morir por él. Pero siguen perteneciendo a él aun cuando no hagan tales cosas, sino que lo odien, inclusive lo traicionen, o permanezcan en su respecto enteramente indiferentes. La pregunta de si un hombre pertenece a un Estado no es una cuestión psicológica, sino una pregunta jurídica. La unidad de los hombres que constituyen la población del Estado no puede reconocerse sino en el hecho de que un mismo orden jurídico vale para esos hombres, en que su conducta se encuentra regulada por un mismo orden jurídico. La población del Estado es el dominio de validez personal del orden jurídico estatal.

El territorio del Estado es un determinado espacio delimitado. No se trata de un trozo determinadamente acotado de la superficie terrestre, sino un espacio tridimensional al que pertenecen el subsuelo y el espacio aéreo situados abajo y arriba respectivamente del territorio cerrado por las llamadas fronteras del Estado. Es evidente que la unidad de este espacio no es natural. A un mismo espacio es así pueden pertenecer territorios que están separados por el mar, que no es territorio de un Estado, o por el territorio de otros Estados. Ningún conocimiento natural, sino sólo un conocimiento jurídico puede dar respuesta a la pregunta referente a cómo se determinen los límites del espacio estatal, a la constitución de su unidad. El llamado territorio del Estado sólo puede ser definido como el dominio territorial de validez de un orden jurídico estatal.¹⁶³

Un caso especial dentro de la cuestión relativa al dominio de validez territorial de las normas constitutivas de un orden estatal lo configura la naturaleza de aquellas conformaciones jurídicas resultantes de la articulación territorial del Estado, los problemas de la centralización y descentralización,¹⁶⁴ así como el de cuál sea el punto de vista de la descentralización administrativa, de la autonomía administrativa de ciertos organismos, provincias, fragmentos territoriales, etcétera, pero, especialmente, cómo hayan de entenderse todas las alianzas entre Estados. Por lo demás, la teoría tradicional del Estado pasa por alto que éste no sólo tiene existencia espacial, sino también temporal, de suerte que si se ve en el espacio, un elemento del Estado, también correspondería verlo en el tiempo, puesto que la existencia del Estado está limitada tanto territorial como temporalmente, dado que los Estados surgen y desaparecen. Y así como la existencia del Estado en el espacio es el dominio territorial de validez, la existencia temporal del Estado es el dominio temporal de validez del orden jurídico estatal. Y, de igual manera que la pregunta por los límites

¹⁶³ Cf. H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 2ª edición Tübingen, 1928.

¹⁶⁴ Cf. *infra*, pp. 315 y ss.

territoriales del Estado, la pregunta por sus límites temporales consiste en preguntar cuándo el Estado comienza su existencia, y cuándo cesa, pregunta jurídica que no puede ser contestada con un conocimiento dirigido a una realidad natural. Es, como todavía veremos, el derecho internacional general el que determina el dominio de validez espacial y temporal de cada orden jurídico estatal, delimitándolos recíprocamente, y haciendo jurídicamente posible tanto la coexistencia de los Estados en el espacio, como su sucesión en el tiempo.

Se comprende casi de suyo que el llamado poder estatal, ejercido por el gobierno del Estado sobre la población del Estado dentro de su territorio, no es simplemente todo poder que algún hombre tenga efectivamente sobre otro hombre, consistente en ser capaz de constreñir al otro a una conducta deseada por el primero. Hay muchas relaciones de poder efectivas semejantes, sin que aquellos que ejercen ese poder sobre otro sean vistos como un Estado, o un órgano estatal. Lo que diferencia a la relación denominada poder del Estado, de otras relaciones de poder, es la circunstancia de encontrarse jurídicamente regulada, es decir, que los hombres que, como gobierno del Estado, ejercen el poder, están facultados por un orden jurídico a ejercer el poder mediante la producción y aplicación de normas jurídicas; que el poder del Estado tiene carácter normativo. El llamado poder del Estado es la validez de un orden jurídico eficaz. Que el gobierno del Estado que ejerce el poder del Estado tenga que ser independiente, significa que no correspondería que esté jurídicamente obligado por ningún otro orden jurídico estatal; que el orden jurídico estatal, de estar subordinado a otro orden jurídico, sólo lo esté con respecto del orden jurídico internacional.

Se suele ver en el ejercicio del poder del Estado una exteriorización de potencia que se considera un atributo esencial del Estado, al punto de que se designa al Estado como una potencia, hablándose de los Estados como "potencias", cuando no se trata de una "gran potencia". La "potencia" del Estado sólo puede mostrarse en los recursos de fuerza específicos de que disponga el gobierno: en la fortaleza y prisiones, en los cañones y patíbulos, en los hombres con uniforme de policía o militar. Pero esas fortalezas y prisiones, esos cañones y patíbulos son objetos muertos; sólo se convierten en instrumental de la potencia del Estado en cuanto están a disposición de hombres conforme a las órdenes que les imparte el gobierno, en cuanto los policías y los soldados acatan las normas que regulan su comportamiento. La potencia del Estado no es ninguna fuerza o recurso místico, oculto detrás del Estado o de su derecho. No es otra cosa que la eficacia del orden jurídico estatal.

Así el Estado queda definido, en cuanto sus elementos esenciales son la población estatal, el territorio estatal y el poder estatal, como un orden jurídico relativamente centralizado, limitado en su dominio de validez territorial y temporal, soberano o inmediatamente determinado por el derecho internacional, eficaz en términos generales.

b) *El Estado como persona jurídica.* El problema del Estado como una persona jurídica, es decir, como sujeto activo y como sujeto de obligaciones y derechos, es en lo esencial el mismo problema que el del ente colectivo como persona jurídica. También el Estado es una colectividad, es decir, una sociedad constituida por un orden normativo, que funciona con división del trabajo, estableciendo para ello órganos designados mediatamente o inmediatamente para desempeñar sus funciones; el orden constitutivo de esa sociedad es el orden jurídico que, a diferencia del internacional, esto es, del orden jurídico internacional, es designado como orden jurídico nacional o estatal. Así como un ente colectivo constituido mediante un estatuto, se encuentra bajo el orden jurídico estatal que, en cuanto persona jurídica, le impone obligaciones y le otorga derechos, también el Estado puede considerarse como situado bajo el orden jurídico internacional, que, en cuanto persona jurídica, le impone obligaciones y le otorga derechos. Y así se puede, como en el caso de las personas colectivas puestas bajo el orden jurídico estatal, también distinguirse en relación con el Estado, como una colectividad situada bajo el derecho internacional, obligaciones y derechos externos e internos. Unos son estatuidos por el derecho internacional, los otros por el orden jurídico estatal. En lo que sigue, por de pronto, se tratará solamente del problema del Estado como persona jurídica, sin tomar en cuenta el derecho internacional que le impone obligaciones y le otorga derechos.

α) *El Estado como sujeto activo: el órgano estatal.* Si el Estado es representado como un sujeto activo, diciendo que él ha hecho esto o lo otro, surge la pregunta de cuál sea el criterio según el cual se atribuyen al Estado los actos realizados por determinados hombres, calificando esos actos de actos del Estado o de funciones estatales, o, lo que es lo mismo, por qué se considera a determinados hombres, al efectuar determinados actos, órganos del Estado. La respuesta a esta pregunta es la misma que se dio a la pregunta análoga referente a la persona jurídica como ente colectivo situado bajo el orden jurídico estatal. En la atribución de la conducta de determinado individuo a la sociedad estatal constituida por el orden jurídico sólo se expresa que esa conducta está determinada, por el orden jurídico constitutivo de la sociedad estatal, como condición o consecuencia. Como el problema del Estado como persona activa y, especialmente, como persona que cumple obligaciones jurídicas y ejerce derechos subjetivos, es un problema de imputación atributiva, es necesario tener conciencia de la naturaleza de esta operación intelectual para captar el verdadero sentido del problema.

La pregunta de si determinada conducta, en especial, un acto determinado, una determinada función es conducta estatal, un acto estatal o una función estatal, es decir, si es el Estado el que realiza un acto como persona, o ejecuta una función, no es una pregunta dirigida a verificar la existencia de un hecho,

como si se tratara de la pregunta de si determinado hombre ha realizado determinada acción. Si la pregunta tuviera ese sentido, jamás podría recibir respuesta afirmativa. Puesto que, de hecho, nunca es el Estado, sino sólo siempre un hombre determinado, el que actúa. el que realiza determinado acto, el que desempeña determinada función. Sólo cuando el Estado, como persona activa, es representado como una realidad diferente del hombre, como una suerte de superhombre, es decir, cuando la construcción auxiliar de la personificación ha sido hipostasiada, puede la pregunta por la existencia de un acto estatal, de una función estatal, tener el sentido de una pregunta dirigida a averiguar la existencia de un hecho, y sólo entonces la respuesta a esa pregunta puede ser que determinado acto, o determinada función *es o no es* un acto estatal o una función estatal. En este sentido, por ejemplo, se planteó en la literatura jurídica referente al Estado la pregunta de si la legislación es una función del Estado, contestándose a veces afirmativamente, y a veces, negativamente. Pero como el Estado, como persona activa, no es una realidad, sino una construcción auxiliar del pensamiento jurídico, la pregunta de si una función es una función estatal, no está dirigida a verificar la existencia de un hecho. Si se la formula y responde con ese sentido, estará equivocadamente planteada y erróneamente contestada. Por su sentido sólo puede estar correctamente formulada si se pregunta, si y bajo qué condiciones la función desempeñada por determinado hombre puede ser atribuida al Estado.

Desde el punto de vista de una consideración orientada hacia el derecho, sólo puede concebirse como una función estatal la función determinada en el orden jurídico, es decir, una función jurídica en el sentido estricto o lato de la palabra. Puesto que con la imputación atributiva de una función, determinada en el orden jurídico, desempeñada por un hombre determinado, a la persona del Estado, sólo se expresa la referencia a la unidad del orden jurídico que determina la función; toda función determinada en el orden jurídico puede ser atribuida al Estado, como personificación de ese orden jurídico; es decir, cabe afirmar —para servirse de una metáfora— de toda función determinada en el orden jurídico, que es desempeñada por el Estado como persona. Con ello no se dice otra cosa sino que la función se encuentra determinada por el orden jurídico. Uno puede, pero no necesita, emplear esa metáfora, pues que es posible representar la situación objetiva sin metáfora; pero uno se sirve de ella cuando, por alguna razón, se la considera útil. Dado que el problema del Estado, como persona activa, es un problema de atribución imputativa, y dado que esa atribución se expresa en el uso del lenguaje, cuando se trata de responder a la pregunta de si determinada función es una función del Estado, corresponde primeramente establecer si, en ese uso del lenguaje, esa función puede ser atribuida al Estado. El uso lingüístico, sin embargo, no es uniforme ni consecuente. Por lo general se representa la legislación —para volver a la cuestión de si constituye una función del Estado— como una función del

Estado, es decir, se la atribuye al Estado. Pero hay autores que no lo hacen. Rechazan interpretar la legislación como una función del Estado.¹⁶⁵ Son libres de hacerlo. Pero yerran si pretenden afirmar así que la legislación, a diferencia de otras funciones, no es efectivamente realizada por el Estado; éste podría ciertamente celebrar tratados, castigar delincuentes, explotar ferrocarriles, pero no podría hacer leyes. El verdadero sentido de este rechazo es que, por alguna razón, estos autores no echan mano, en el caso de la legislación, de la posibilidad aquí existente de atribuir imputativamente al Estado, así como se acostumbra no atribuir al Estado un hecho delictuoso determinado por el orden jurídico, aunque ello sería posible en igual sentido con el que se atribuye cualquier función al Estado, es decir, expresando que el hecho en cuestión está determinado por el orden jurídico constitutivo de la sociedad estatal.

Si se investiga el uso lingüístico considerado, es decir, si se intenta establecer bajo qué condiciones el lenguaje jurídico atribuye ciertas funciones determinadas por el orden jurídico nacional al Estado, como cuando se dice que el Estado —a través de determinado hombre como órgano suyo— desempeña determinada función, resulta que, en general, sólo se atribuye al Estado la función determinada por el orden jurídico, sólo se interpreta como función del Estado, cuando es desempeñada por un individuo que trabaja con división del trabajo, designado al efecto, o, lo que es lo mismo, que un individuo sólo es considerado órgano del Estado cuando, conforme a procedimiento determinado por el orden jurídico, es llamado a desempeñar esa función. En tanto la función es referida a la unidad del orden jurídico determinante, atribuyéndosela al Estado, sociedad constituida por ese orden jurídico, la misma es representada como función del Estado y ese orden jurídico es personificado. El Estado, como orden social, es el orden jurídico nacional (a diferencia, del internacional), arriba definido. El Estado, como persona, es la personificación de ese orden. Con todo, como ya se expuso anteriormente, debe advertirse que junto a este concepto del Estado aparece un segundo concepto, diferente pero estrechamente relacionado con el primero, un segundo concepto de Estado incluido en el primero, utilizado cuando es representado como una persona actuante: ya la personificación no del orden jurídico total, que regula la conducta de todos los individuos que viven dentro de su dominio territorial de validez, sino de la de un orden jurídico parcial formado por aquellas normas del orden jurídico nacional (estatal) que regulan el comportamiento de los individuos que tienen carácter de órganos calificados como “funcionarios” y que funcionan con división del trabajo. El orden jurídico parcial constituye un grupo social parcial al que sólo pertenecen aquellos individuos. Las funciones de esos individuos sólo son atributivamente imputadas a ese grupo parcial. Se trata del Estado como aparato burocrático de funcio-

¹⁶⁵ Yo mismo lo hice en mis *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre*, pp. 465 y ss. donde la legislación es interpretada como una función social y no como función del Estado.

narios, con el gobierno en la punta. Como este problema de la imputación a una persona jurídica ya fue encarado en el análisis precedente de las personas jurídicas constituidas bajo un orden jurídico estatal, no pueden evitarse, al exponer el problema de la personalidad del Estado, ciertas repeticiones. Pueden justificarse, en tanto la comprensión de la naturaleza de esta operación intelectual, que desempeña un papel importante en el pensamiento jurídico, provoca una revisión importante en las formas de ver tradicionales. Como esta tesis destruye la representación enteramente equívoca de la persona del Estado como una sustancia diferente del derecho, es importante hacer conciencia de ella con gran atención.

Las funciones atribuidas al Estado se dividen, según la teoría tradicional del Estado, en tres categorías: legislación, administración (incluyendo al gobierno) y jurisdicción. Las tres son, como se mostró, funciones jurídicas, sea que se trate de funciones jurídicas en sentido estricto, de producción y de aplicación de derecho, o bien de funciones jurídicas en sentido amplio, que abarca la función de cumplimiento del derecho. Si la legislación, esto es, la producción de normas jurídicas generales (de un nivel relativamente alto) es interpretada como una función del Estado, ello se debe a que esa función es desempeñada por un parlamento, es decir, mediando división del trabajo, parlamento elegido mediante un procedimiento determinado por el orden jurídico; cabe advertir que los individuos que determinan la función legislativa, los miembros del parlamento, no tienen la calidad de funcionarios estatales, decisiva para la atribución de otras funciones al Estado. Pero los individuos que eligen al parlamento, en ejercicio del derecho de voto que se les otorga, no son designados, según los usos corrientes del lenguaje, como órganos estatales, ni su función es vista como una función del Estado. Se dice, por cierto, que el Estado hace las leyes, pero no se dice, que el Estado elige el parlamento, aunque podría decirse tal cosa con igual acierto que cuando se afirma que el Estado hace las leyes. En lo principal, ese procedimiento se articula en dos gradas: la producción del órgano a través de un proceso electoral, y la producción de normas generales por el órgano según un procedimiento legislativo. Muy característico de las atribuciones imputativas que se manifiestan en los usos lingüísticos dominantes, en los que reposa la representación del Estado como una persona activa, es el hecho de que la producción de normas jurídicas generales por vía de la costumbre no es interpretada como función del Estado. El derecho consuetudinario inclusive es traído como argumento por aquellos que afirman el Estado y el derecho como dos fenómenos entre sí distintos, para sostener que el derecho no es creado por el Estado, o no lo es necesariamente; para sostener que existe un derecho que aparece con total independencia del Estado. Pero como la costumbre, al igual que la legislación, es un hecho, determinado por el orden jurídico, que atañe a la producción general de derecho, podría atribuírsela, tan bien como la legislación, al Estado. Si la producción del derecho consuetudi-

nario no es atribuida al Estado, es porque éste, a diferencia de la legislación, no es función de un órgano, que funcione con división del trabajo, especialmente llamado en un procedimiento específico a cumplir esa función. Pero pasa que la atribución de la función legislativa al Estado se produce, como se destacara, sin que el órgano que funciona con división del trabajo sea calificado como funcionario estatal. Corresponde aquí recordar la circunstancia, ya traída a colación en otro contexto, de que el dictado de la norma jurídica individual en una sentencia judicial es tenida como función del Estado, pero no la presentación de la demanda privada que constituye un elemento esencial del procedimiento en el que se produce esa norma, correspondiendo explicar ahí que el tribunal, pero no el demandante privado, es un órgano que funciona con división del trabajo, habiendo sido designado para esa función. Pero si, como sucede en el procedimiento penal, la sentencia judicial está condicionada por la acusación formulada por un acusador oficial, designado por el gobierno del Estado, esa función, por ser desempeñada por un órgano que funciona con división del trabajo, designado para esa función, es interpretada como una función del Estado. Se dice que el Estado acusa al delincuente, que el Estado condena al delincuente. Con igual fundamento, no se considera función del Estado la producción de normas jurídicas generales e individuales por vía de un negocio jurídico, en tanto no es efectuada por órganos designados al efecto, que trabajan con división del trabajo, y calificados como funcionarios estatales, aunque tanto la realización de negocios jurídicos por "personas privadas", como la legislación y las decisiones judiciales, sean funciones jurídicas, en sentido estricto, determinadas por el orden jurídico.

Como ya se expuso en un contexto anterior,¹⁶⁶ la actividad designada como administración del Estado consiste en dos partes diferentes en su estructura jurídica. La función gubernamental, esto es, la del jefe del Estado y los miembros del gabinete, de los ministros o secretarios de Estado, así como, en buena parte, de los órganos administrativos inferiores del gobierno, es una función jurídica específica, en el sentido estricto de la palabra, a saber: producción y aplicación de normas jurídicas generales e individuales, mediante las cuales se obliga a los individuos sometidos al derecho, los súbditos, a determinada conducta, en tanto se enlaza a la conducta contraria un acto coactivo cuya ejecución, al llevarse a efecto por un órgano que funciona con división del trabajo, es atribuida al Estado. Si se admite que la conducta que constituye el contenido de la obligación jurídica constituida mediante la sanción es finalidad del orden jurídico, puesto que debe ser realizada bajo amenaza de la sanción, y si se representa la finalidad del orden jurídico como un fin del Estado —así como se representa el dominio territorial de validez del orden jurídico como territorio del Estado—, puede decirse que ese fin del Estado es realizado me-

¹⁶⁶ Cf. *supra*, pp. 266 ss.

diatamente, al cumplirse con la conducta obligatoria de los individuos, que no es atribuida al Estado. En parte, sin embargo —parte que, con el transcurso del desarrollo tiende a aumentar—, la actividad interpretada como administración estatal representa una realización inmediata del fin del Estado; puesto que se trata de una conducta atribuida al Estado como contenido de obligaciones jurídicas. La función atribuida al Estado no es una función de producción o de aplicación de derecho, sino la función de dar cumplimiento al derecho. Las obligaciones, cuyo cumplimiento se atribuyen al Estado, interpretadas como funciones estatales, son obligaciones de órganos especialmente calificados en sus posiciones jurídicas, que funcionan con división del trabajo, a saber: calificados como “funcionarios”. Las funciones estatales, en las cuales se hace efectivo en forma inmediata el fin del Estado, la administración directa (inmediata) aparece cuando, como se suele decir, el Estado no se limita a producir una determinada situación en tanto emite las leyes en las cuales se obliga a cierta conducta a los individuos sometidos a ellas, para producir la situación; a aplicar esas leyes a casos concretos, ejecutando la sanción estatuida en las leyes, sino que el Estado mismo suscita la situación buscada, a través de sus órganos, lo que, conforme al uso lingüístico dominante, significa que lo hace de manera que pueda atribuírsele; cuando el Estado construye y explota ferrocarriles, construye escuelas y hospitales, imparte instrucción, atiende enfermos, en suma, cuando desarrolla actividad económica, cultural y humanitaria de igual modo que las personas privadas. La “estatización” de esta actividad significa ponerla a cargo de funcionarios, es decir, hacerla cumplir por órganos calificados como funcionarios, que trabajan con división del trabajo. ¿En qué reside esta calificación?

Por de pronto en que esos individuos son designados por actos administrativos del gobierno o del organismo administrativo facultado para ello, para desempeñar las funciones que se les encomienda, quedando jurídicamente subordinados al gobierno; y, en especial, en que el ejercicio de su función es contenido de una obligación específica, el deber correspondiente al cargo, cuyo cumplimiento se garantiza mediante disposiciones disciplinarias. Cabe observar que la actividad que aparece como administración directa (inmediata) del Estado, puede convertirse en obligación jurídica de un órgano de tal manera que se deje al órgano, con respecto al cumplimiento de esa obligación, un espacio discrecional de juego más o menos extenso. El espacio de juego puede ser tan amplio, y la discrecionalidad del órgano tan poco limitada, que pareciera desvanecerse el elemento de obligatoriedad; pero, con todo y aunque reducido a un mínimo, debe suponerse presente si es que la obligación profesional de desempeñar el cargo es vista como un elemento esencial de la calificación de funcionario. De ahí entonces que estos órganos tengan que ejercer su función, no ocasional y provisionalmente, sino duraderamente, e incluso, hasta alcanzar un límite de edad, y además, profesionalmente, esto es,

con exclusión de otras actividades lucrativas y, por lo tanto, mediante una remuneración. Son remunerados por el Estado, es decir, la contraprestación por sus servicios —que en el Estado moderno consiste en dinero— proviene del patrimonio estatal, el llamado “fisco”, que es un fondo central cuya constitución, utilización, entradas y salidas se encuentran jurídicamente reguladas. En lo esencial es constituido mediante contribuciones de los individuos sujetos al derecho, obligados por ley a cumplir esa contribución, y es administrado por funcionarios estatales. Con ese patrimonio estatal no sólo se remunera a los funcionarios, sino también se cubren los otros gastos de la administración estatal. Si la actividad entendida como administración directa, como la explotación de un ferrocarril estatal, o de un monopolio estatal del tabaco, importa una empresa comercial (o económica), tanto los activos como pasivos de la misma pertenecen al patrimonio estatal. Se da aquí una diferencia significativa entre la actividad de administración directa atribuida al Estado, y la actividad análoga, no atribuida al Estado, de personas privadas. Habrá que investigar más adelante la naturaleza jurídica del patrimonio estatal, del así llamado “fisco”.

Si se designa al Estado limitado, en lo interno, a la legislación y la jurisdicción, así como a la ejecución de sanciones, como un Estado judicial (*Gerichtsstaat*), podría decirse que al establecer una administración estatal directa, el Estado pasa de un Estado judicial, a ser un Estado judicial y administrativo. Este es el resultado de un largo desarrollo, que se encuentra estrechamente relacionado con la progresiva centralización del orden jurídico y, en especial, con la constitución de un órgano centrado de gobierno y la extensión de su competencia. El órgano del Estado administrativo es el tipo, plenamente desarrollado, del funcionario estatal. Pero hay múltiples Estados intermedios que no exhiben todas las características arriba indicadas; órganos estatales que no son designados por el gobierno, sino por el parlamento o electos por el pueblo; órganos estatales que no son designados duraderamente, y que no reciben ninguna remuneración, o ninguna remuneración fija, trabajando como funcionarios honorarios; órganos estatales cuya designación no se efectúa por acto administrativo, sino por vía de un contrato civil.

La burocratización de la función estatal corre paralela con la transición del Estado judicial al Estado administrativo. Abarca primeramente algunas funciones jurídicas en sentido estricto, en especial, la de ejecución del acto coactivo, la función policial interna y, externamente, la función bélica internacional (ejército permanente con oficiales profesionales). Si ese aparato burocrático de funcionarios es establecido, puede transferírsele otras funciones jurídicas en sentido específico y estricto. La administración estatal se convierte en medida creciente en la realización inmediata del fin del Estado. Pero ello sólo como función jurídica en sentido amplio, es decir, como función de cumplimiento del derecho. También como administración estatal directa, el Estado mantiene su carácter jurídico. Dado que el orden jurídico parcial que constituye el

Estado en sentido estrecho, el Estado como aparato burocrático de funcionarios con el gobierno en la punta, es una parte integrante del orden jurídico total, que configura el Estado en sentido amplio, aquel Estado cuyos súbditos son el dominio de validez personal, y cuyo territorio, el dominio de validez territorial del orden jurídico, y cuyo poder es la eficacia de ese orden, resulta que la atribución imputativa al Estado en sentido estricto, como referencia a la unidad del orden jurídico parcial, implica una atribución al Estado en sentido amplio, como referencia a la unidad del orden jurídico total.

Con la transición al Estado administrativo y la aceptación a ello enlazada de la importancia del aparato burocrático, aparece relacionada cierta tendencia a limitar el concepto de órgano estatal al órgano constituido por funcionarios, es decir, en limitar la atribución al Estado de las funciones determinadas por el orden jurídico cuando son desempeñadas por individuos que funcionan con división del trabajo y calificados como funcionarios. A esta tendencia hay que remitirse cuando algunos autores aislados no aceptan considerar a la legislación por vía parlamentaria como una función estatal desempeñada por órganos no compuestos por funcionarios. Pero el parlamento suele exhibir a veces ciertos rasgos análogos a los del funcionario: así, por ejemplo, el hecho de que sus miembros perciban una remuneración de la hacienda estatal. El jefe del Estado, en la monarquía absoluta o constitucional, es considerado órgano del Estado, aun cuando no está sujeto a ningún deber correspondiente al cargo. El jefe del Estado en una república democrática, así como el miembro del gabinete en una monarquía o república, tiene que ejercer sus funciones, que en lo esencial son funciones jurídicas, como obligaciones correspondientes al cargo; pero éstas no resultan de un derecho disciplinario general, sino de disposiciones especiales que estatuyen una responsabilidad específica. Son también órganos del Estado, no como funcionarios estatales, sino en cuanto desempeñan, con una división del trabajo, funciones determinadas por el orden jurídico.

β) *Representación política*. La atribución de la función caracterizada en lo anterior a la persona ficticia del Estado no es, de manera alguna, la única posible. De hecho, se recurre, en los usos corrientes del lenguaje, también a otra que está en estrecha relación como la atribución imputativa a la persona del Estado, si no es que se encuentra comprendida por ella. Se trata de la atribución imputativa que se cumple con el concepto de representación política. A veces, por cierto, se identifica el concepto de órgano estatal, esto es, la atribución a la persona del Estado que se cumple con el concepto de órgano del Estado, con la noción de representación, cuando se dice que el órgano estatal "representa" al Estado. Pero, en un sentido específico, sólo se utiliza el concepto de representación para expresar la atribución de una función, no a la persona del Estado, sino al pueblo. Se dice de ciertos órganos —así, por ejemplo, del parlamento, que representan al pueblo del Estado al ejercer sus fun-

ciones, sin excluir con todo la atribución a la persona del Estado, es decir, sin excluir su caracterización como órgano del Estado. Puesto que se suele hablar de representación del pueblo, en general, cuando la función es desempeñada por un órgano elegido por el pueblo. Pero el uso lingüístico no es consistente. También se denomina representación la atribución de la función desempeñada por un órgano no designado mediante elección, y cuando no media atribución al pueblo, sino a otro órgano. Así, se dice también del monarca absoluto y de un dictador llegado al poder por usurpación, que representan al pueblo; y en una monarquía convertida de absoluta en constitucional, se dice que el juez designado por el monarca, representa al monarca. "Representación" (política) significa aquí lo mismo que la representación civil. Se dice: "El incapaz de hecho no actúa de por sí, pero lo hace a través de su representante legal." Ello significa: "Se atribuye al incapaz de hecho los actos del representante legal, porque éste debe realizar mediante sus actos los intereses del representado."¹⁶⁷ Cuando se dice que un órgano representa, en el ejercicio de su función, al pueblo, esto es: a los individuos que constituyen la sociedad estatal; cuando se atribuye así esa función a esos individuos, se alude a que el individuo, cuya función cabe también atribuir a la persona del Estado, y que, por ello, puede ser tenido como un órgano del Estado, está obligado jurídica o bien también moralmente, a ejercer su función en interés del pueblo, es decir, de los individuos que constituyen la comunidad estatal. Puesto que en los usos lingüísticos jurídicos se identifica, más o menos, interés con voluntad, en tanto se supone que aquello que un hombre "quiere" es su interés, se cree ver la esencia de la representación política en que la voluntad del representante sea la voluntad de los representados, en que el representante no ejecute con sus actos su propia voluntad, sino la voluntad de los representados. Se trata de una ficción, inclusive cuando la voluntad del representante está más o menos ligada por la voluntad del representado, como en el caso del mandato privado para celebrar un negocio jurídico, o de la representación en una constitución corporativa, según cuyas disposiciones los representantes de los sectores sociales están obligados a acatar las instrucciones de sus electores, pudiendo ser exonerados por éstos en todo momento. Ya que, aun en estos casos, la voluntad del mandatario o del representante es una voluntad diferente de la voluntad del mandante o del representado. Más evidente aún es la ficción de la identidad de la voluntad, cuando la voluntad del mandatario o del representante en forma alguna está obligada por la voluntad del mandante o del representado, como en el caso de la representación legal del incapaz de hecho, o de la representación del pueblo en un parlamento moderno, cuyos miembros son jurídicamente independientes en el ejercicio de su función; lo que se suele caracterizar diciendo que tienen un "mandato libre". La misma ficción aparece cuando se dice

¹⁶⁷ *Supra*, p. 166.

que un juez representa al monarca en una monarquía constitucional, llegándose a veces a afirmar que el monarca se encuentra invisiblemente presente en el momento en que el juez falla. La atribución imputativa, como se subrayó en un contexto anterior, por su propia esencia acarrea siempre una ficción, sea que la función, o la voluntad del individuo que efectivamente desempeña la función, o que efectivamente ejerce su voluntad al realizarla, se atribuya a otro individuo o a una persona jurídica. El hecho de que el parlamento haya sido elegido por el pueblo, que el juez haya sido designado por el monarca, no altera el carácter ficticio de la atribución efectuada mediante el concepto de mandato o de representación. De ahí que la forma y manera como se cree un órgano es irrelevante para la posibilidad de la atribución de su función a otro órgano. Sólo es decisivo el supuesto de que la función tiene que ser ejercida en interés del individuo o individuos al cual, o a los cuales, se atribuye la función. De ahí la concepción representada por ciertas doctrinas políticas, de que el monarca absoluto, o el dictador,¹⁶⁸ sea el “verdadero” representante del pueblo, una atribución que no es más ni menos ficticia que la aceptada por la teoría según la cual el parlamento popularmente electo representa al pueblo; según la cual, donde hay parlamento semejante, las leyes son dictadas por el pueblo; de que el derecho, como se dice en las constituciones de algunas repúblicas democráticas, proviene del pueblo.

La pregunta reside solamente en establecer bajo qué condiciones corresponde, en una exposición científica del derecho, recurrir a la ficción que implica atribuir la función desempeñada por determinado individuo a una persona jurídica, o a otro individuo; o, con otras palabras, bajo qué condiciones es científicamente legítimo utilizar conceptos tales como órgano, mandato o representación. Sólo lo es admitiendo que se tenga conciencia de la naturaleza de la atribución imputativa, y que con una atribución a una persona jurídica —es decir, con el concepto de órgano— no se pretende decir más que la referencia de esa función a la unidad del orden jurídico, constituyente de la comunidad, que la determina; que con la atribución a otro individuo, o individuos, especialmente todos los individuos que constituyen la sociedad estatal, la población del Estado, es decir, con la noción de mandato o representación, no se pretenda decir sino que el individuo que ejerce la función, está jurídicamente obligado, o moral y políticamente obligado, a ejercer esa función en interés del individuo, o de los individuos, a los cuales, por eso mismo, se le o se les atribuye la función. El uso de la ficción es acientífico cuando la atribución de una función a una persona jurídica, es decir, la afirmación de que la personalidad jurídica de un ente colectivo, o del Estado, cumple la función a través de un órgano, o satisface una obligación o ejerce un derecho, se quiere

¹⁶⁸ Cf. H. Kelsen, *The Political Theory of Bolshevism*, 3a. edición, 1955, p. 51, y “Foundations of Democracy”, pp. 6 ss.

decir que la persona jurídica, como titular de esa función, como sujeto de la obligación cumplida con la función, como sujeto del derecho ejercido mediante ella, es un ente real, diferente de los miembros del grupo colectivo o del Estado; o cuando en caso de la representación legal de un incapaz de hecho, se finge una capacidad jurídica, o con la representación del parlamento como representación del pueblo, se oscurece la modificación esencial que así sufre el principio democrático de la autorrepresentación popular, al quedar limitada ésta, por la elección parlamentaria, a un grupo más o menos extendido de ciudadanos; o cuando con la afirmación de que un monarca absoluto o un dictador representa al pueblo, se hace de la validez del principio democrático, en realidad enteramente eliminado, algo que debe ser disimulado. De ahí que la ficción arriba señalada de que el juez independiente representa al monarca, de ninguna manera pueda justificarse. Como con ella no puede quererse decir, ni se afirma, que el juez tiene que ejercer su función en el interés del monarca, sólo puede querer afirmarse que esa función corresponde propiamente al monarca que, por alguna razón, la habría delegado en el juez que designa. Esta ficción, empero, está ella misma en contradicción con el derecho positivo, cuando el mismo legislador echa mano de ella, cuando la ley indica al juez que dice su sentencia "en nombre" del monarca. Esta ficción no tiene sino la finalidad política de elevar la autoridad del monarca al atribuirle una función que, en el tránsito de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional, expresamente le fue quitada.

γ) *El Estado como sujeto de obligaciones y de derechos.* Las obligaciones y derechos del Estado, como persona jurídica, cuya estructura se investigará a continuación, no son aquellos impuestos u otorgados al Estado por un orden jurídico superior, el derecho internacional; se trata de las obligaciones y derecho que están estatuidos en el orden jurídico estatal. Las obligaciones y derechos estatuidos por el derecho internacional, análogos a las obligaciones y derechos estatuidos por el orden jurídico nacional a las corporaciones sujetas a ese orden, serán tratadas en la exposición de las relaciones entre derecho internacional y derecho estatal.

α₁) *Obligaciones del Estado: Obligación estatal y acto ilícito estatal; responsabilidad del Estado*

En un sentido jurídico no preciso se habla frecuentemente de obligaciones del Estado, sin utilizar, al hacerlo, de un concepto precisamente definido de obligación jurídica. Si se da por presupuesto tal concepto y, en especial, el aquí aceptado, según el cual aparece una obligación jurídica con respecto de determinada conducta cuando el orden jurídico enlaza un acto coactivo, como sanción, a la conducta contraria, por lo común no tendríamos obligaciones

jurídicas atribuibles al Estado, sino sólo una obligación moral y política. Así, por ejemplo, cuando se dice que el Estado está obligado a castigar al delincuente, aunque la ejecución de la pena enlazada al delito en el orden jurídico no sea contenido de una obligación, puesto que el incumplimiento de la pena no es convertida en condición de una sanción, estando el órgano de aplicación solamente facultado a llevar a cabo la sanción, pero no obligado a ello. Si tal obligación consistiera en una obligación del cargo propia del órgano de aplicación, la misma, consecuentemente, podría sólo ser atribuida al Estado si también su violación le pudiera ser atribuida, dado que sujeto de una obligación jurídica es aquel cuya conducta puede violar la obligación, el delincuente potencial. Si la obligación profesional de castigar al delincuente queda constituida mediante una sanción penal y si, como es usual, ningún delito y, por ende, ningún delito punible es atribuido al Estado, resultaría, consecuentemente, que la obligación en cuestión tampoco le podría ser atribuida. Pero en los usos corrientes del lenguaje no se trata en general de estas obligaciones del cargo propias del órgano las que se atribuyen al Estado. Como obligación del cargo es considerada como una obligación del individuo cuya conducta es contenido de esa obligación. De esa manera el requisito de la presencia de un "portador" de la obligación queda satisfecha, y no se necesita, por ende, de ninguna atribución imputativa a la persona jurídica estatal. De ahí que con la obligación sancionatoria del Estado no se alude a esa obligación profesional del órgano, sino que con el deber sancionatorio del Estado se formule sólo un postulado moral y político dirigido al orden jurídico: a la conducta socialmente dañina corresponde enlazar una pena como sanción.

Es corriente contraponer a los llamados derechos y libertades básicas garantizados constitucionalmente a los súbditos del Estado, las obligaciones correspondientes del Estado, consistente en no lesionar legalmente la igualdad o la libertad constituyente del contenido de esos derechos, o, con otras palabras, en no intervenir en la esfera así protegida del individuo por medio de leyes que limiten esa esfera o inclusive, que la supriman. En el análisis precedente de esos derechos y libertades fundamentales,¹⁶⁹ se mostró que ellos, de por sí, no constituyen derechos subjetivos; que la "prohibición" de promulgar leyes que lesionen la igualdad o libertad constitucionalmente protegida, no es una obligación jurídica de los órganos legislativos, sino que sólo introduce la posibilidad de anular la ley inconstitucional en un procedimiento especial. Dado que no existe una obligación jurídica del órgano legislativo de no dictar leyes que lesionen la igualdad o libertad constitucionalmente garantizada, ni tampoco la posible obligación jurídica del jefe del Estado, o de los miembros del gabinete, de dejar de participar, mediante su promulgación, sanción o veto, en la producción de esas leyes, como una obligación que pueda considerarse de

¹⁶⁹ Cf. *supra*, pp. 145 ss.

esos órganos, sin que se requiera, en consecuencia, atribución imputativa alguna a la persona jurídica estatal, la obligación del Estado de respetar la igualdad y libertad de los súbditos sólo significa una exigencia moral y política, dirigida al orden jurídico, de mantener la garantía arriba caracterizada como constitucional.

Si se acepta que sólo se da una obligación jurídica con respecto de determinada conducta cuando el orden jurídico hace de la conducta contraria la condición de una sanción, y que jurídicamente obligado a determinada conducta, por lo tanto, sólo está el individuo que con su conducta no sólo no cumple la obligación, sino especialmente, el que puede violarla, entonces sujeto de la obligación atribuida al Estado es el individuo, esto es, el órgano estatal, que tiene que cumplir la obligación con su propia conducta, y que, por ende, con su comportamiento puede violarla; de ahí que sería coherente —como ya se destacó en el análisis de la personalidad jurídica de las sociedades—, atribuir solamente una obligación jurídica a la persona jurídica en general, y en especial, a la persona jurídica estatal, cuando no sólo puede atribuírsele el cumplimiento, sino también la violación de la obligación efectuada por el órgano, admitiendo que también el Estado puede efectuar un acto ilícito. Pero como la atribución es sólo una operación intelectual posible, que implica una ficción, ya que en el fondo el Estado no es una persona jurídica sino una persona determinada que dentro del ordenamiento jurídico satisface obligaciones, puede, en un uso del lenguaje, imputarse la conducta del Estado que satisface una obligación, sin que se le pueda imputar al Estado el incumplimiento de la obligación; se puede —en interés de la autoridad del Estado, y con ello de su gobierno— sostener la hipótesis, que el Estado pueda actuar jurídicamente —en cumplimiento de una obligación, pero no antijurídicamente— en violación de una obligación. En tanto lo antijurídico es una condición que está determinada dentro del ordenamiento jurídico internacional como ordenamiento jurídico jerárquicamente superior al ordenamiento estatal, y que consiste en una violación de una obligación, y que conceptúa al orden jurídico nacional como persona jurídica, es procedente la imputación del delito al Estado en el lenguaje tradicional sin mayor reflexión, ya que —como veremos más adelante— el orden jurídico estatal puede facultar a un órgano estatal en relación con una conducta prohibida por el orden jurídico internacional y autorizar o permitir esta conducta. Ya que la conducta en cuestión es un delito conforme al derecho internacional y no conforme al derecho estatal. El derecho internacional general une a esta conducta una de las consecuencias del incumplimiento: guerra o represalia del Estado en cuyo favor el derecho internacional estableció la obligación. La frase de que el Estado ha violado sus obligaciones internacionales, no tropieza con la terminología dominante con ninguna resistencia; tampoco la frase de que las sanciones estatuidas por el derecho internacional

están dirigidas en contra del Estado delincuente, es decir, que el Estado es responsable de la ejecución del delito.¹⁷⁰

La situación es diferente cuando hay que contestar la pregunta de si debe imputarse la comisión de un determinado delito al ordenamiento estatal, en tanto personificación de ese ordenamiento estatal y que una sanción prevista en el ordenamiento estatal pueda enderezarse en contra del Estado. Aquí se encuentra la tendencia de que al Estado, como comunidad jurídica, no se le puede imputar un delito por determinada conducta en el orden jurídico estatal, y como órgano del Estado únicamente se puede apreciar la realización de la función de determinado individuo, como su conducta; pero que no implica ningún delito conforme al orden jurídico estatal.

Esta tendencia se expresa en la fórmula: el Estado no puede delinquir. Se suele fundar esta fórmula en que el Estado, que quiere el derecho (puesto que el derecho es su "voluntad"), no puede querer lo ilícito, y, por ende, no puede incurrir en ilicitud de un hombre cometida con un comportamiento suyo, pero no una ilicitud del Estado, como cuyo órgano ese hombre actúa solamente cuando se trata de producción, aplicación y cumplimiento del derecho, pero no tratándose de violación del derecho. La violación del derecho cae fuera de las facultades concedidas a un órgano estatal y, por lo tanto, no es atribuible al Estado. Un Estado que incurriera en delito sería una contradicción en sí misma.

Tal limitación de la atribución imputativa al Estado es enteramente posible. No es necesaria, empero, en el sentido de que la imputación de una ilicitud al Estado significara una contradicción lógica. Que el derecho sea la "voluntad" del Estado, algo "querido" por el Estado, es una metáfora, con la que no se dice más sino que el Estado es la sociedad constituida por el orden jurídico, y que la persona del Estado es la personificación de ese orden jurídico; y que el acto ilícito no es, como se admite al rechazar la representación de un ilícito estatal, la negación del derecho, sino, como se mostró, una condición a la cual el derecho enlaza consecuencias específicas. La afirmación de que una conducta es "contraria" a derecho, no expresa ninguna oposición lógica, sino sólo una oposición teleológica con la conducta "conforme" a derecho, en tanto se acepte que el orden jurídico intenta impedir aquella, pero no ésta, al enlazar una sanción dirigida contra el individuo que así se comporte (o contra el individuo que esté en determinada relación con él). Dado que el delito es un hecho determinado en el orden jurídico, se puede muy bien referírsele a la unidad personificada de ese orden jurídico, es decir, atribuirsele al Estado. De hecho, tal cosa se produce en ciertos casos. El principio de que el Estado no puede incurrir en delito, no se mantiene en los usos lingüísticos corrientes sin significativas excepciones.

¹⁷⁰ Cf. *infra*, pp. 323, 326 s.

Cierto es que no se suele atribuir al Estado el delito constituido por una sanción penal correspondiente. Como sujeto de la obligación, cuya violación implica una sanción penal, se ve al individuo que con su conducta ha violado la obligación. Dado que para efectuar la atribución al Estado, según el uso lingüístico dominante, sólo se consideran las obligaciones que tienen que ser cumplidas por órganos que funcionan con división del trabajo, designados al efecto por el orden jurídico, se supone que cuando ese individuo viola la obligación susceptible de sanción penal, obligación que debía cumplir como órgano del Estado, no actúa como órgano del Estado. Sólo cuando actúa dando cumplimiento a esa obligación, actúa como órgano. Mientras sólo se atribuya el Estado la conducta que produce el cumplimiento de una obligación, pero no la conducta resultante en violación de la obligación, esto es, cuando sólo se considera como delincuente potencial al individuo que realiza la acción, pero no al Estado, se atribuirá al Estado una obligación que puede cumplir, pero que no puede violar. Por qué la tesis contraria, de que tal atribución imputativa no sería compatible con el concepto aquí desarrollado de obligación jurídica, carece de objeto, ya fue explicado anteriormente.¹⁷¹

De hecho, sólo se atribuye al Estado la violación de una obligación estatuida por el orden jurídico estatal, y, por ende, también ésta, cuando tiene por contenido una prestación patrimonial, cuyo cumplimiento debe efectuarse con el patrimonio estatal, y la ejecución de la sanción, cuando de ello se trate, también se efectúa sobre el patrimonio estatal. El orden jurídico puede determinar que en caso de que se estableciera en un proceso judicial que se ha impuesto una pena a un inocente, no sólo debe anularse la sentencia que la impuso, dejando de valer la privación coactiva de la libertad o de la vida ya efectuada como una pena, sino también, que el daño ocasionado al individuo afectado (o a sus allegados) sea reparado por una prestación proveniente del patrimonio estatal. Determinado órgano del Estado queda obligado a hacer esa prestación. Si la omitiera, se podría —se suele decir— demandar al Estado y condenar a éste a cumplir la prestación; y si, lo que de hecho casi no sucede, pero es posible, la sentencia no fuera respetada, podría llevarse a cabo una ejecución forzosa sobre el patrimonio del Estado. En ese caso se dice que el Estado ha violado su obligación jurídica de reparar el daño ocasionado a un inocente por la ejecución de la pena. Es decir, se atribuye al Estado tanto la obligación, como su cumplimiento y violación; y presuponiendo que el patrimonio que se considere sea interpretado como patrimonio del Estado, se reputa que el Estado también sufre la sanción. La misma atribución aparece cuando un individuo, en su calidad de órgano estatal, es decir, mediante un acto atribuible al Estado, efectúa

¹⁷¹ Cf. *supra*, pp. 185 s.

un negocio jurídico por el que se producen obligaciones a cargo del Estado, que tendrán que cumplirse con un patrimonio que es visto como el del Estado. La imputación del delito consistente en el incumplimiento de la obligación, a la persona del Estado, es posible, puesto que el hecho delictuoso está determinado, en el orden jurídico estatal, como condición de la sanción, es decir, como condición de la ejecución forzosa que se cumplirá sobre el patrimonio del Estado. Si, como veremos, cabe considerar al patrimonio en cuestión como un patrimonio colectivo de los individuos pertenecientes a la comunidad jurídica denominada Estado, cabe también atribuir esa obligación a esos individuos, y hablar de las obligaciones colectivas de los miembros del Estado. La obligación del cargo que el órgano viola cuando no cumple la obligación del Estado o, lo que es lo mismo, la obligación colectiva de los miembros del Estado, tiene que ser distinguida de esta última obligación. Puesto que ésta se constituye con la posible ejecución coactiva sobre el patrimonio estatal, aquélla con una pena disciplinaria dirigida contra el órgano que ha actuado en forma contraria a sus obligaciones del cargo. Aquélla, pero no ésta, es atribuida al Estado (o a los miembros del Estado).

La ejecución forzosa del patrimonio estatal pareciera ser una interpretación absurda de la situación objetiva que posiblemente se presente, cuando el acto coactivo mismo es atribuido al Estado, y por ende, cuando la ejecución forzosa en el patrimonio estatal pareciera significar un acto coactivo que el Estado dirigiera contra sí mismo. Con todo no es posible eliminar esta interpretación. La situación, de hecho, consiste en que la ejecución forzosa tiene que llevarse a cabo contra la voluntad del órgano al que compete administrar la parte del patrimonio que interese. Su negativa a acatar la orden del órgano ejecutivo estatal, se produce violando su obligación de funcionario. El acto coactivo, de deber ser necesario, tendría que dirigirse de hecho contra ese individuo. Como la atribución imputativa es sólo una operación intelectual posible, pero no necesaria, la atribución del padecimiento del mal que representa el acto coactivo al Estado de ninguna manera es necesaria, y no tiene por qué efectuarse si se quiere evitar la representación de un acto coactivo que el Estado dirigiera contra él mismo. La ejecución forzosa se pone por obra, entonces, en el patrimonio del Estado, sin que se la interprete como dirigida contra la persona del Estado. El individuo contra el cual se dirige la ejecución forzosa en un patrimonio, no tiene que ser necesariamente el sujeto de los derechos que configuran ese patrimonio.

Obligaciones patrimoniales de hacer por parte del Estado son también obligaciones del órgano estatal cuya conducta configura el contenido de esas obligaciones, aun cuando se representen sin el recurso auxiliar de una atribución imputativa. Se trata de obligaciones que deben cumplirse sobre un patrimonio que es interpretado como patrimonio estatal. Se constituyen mediante una san-

ción estatuida, a saber: una ejecución forzosa que es entendida como realizada sobre ese patrimonio, pero no dirigida contra la persona del Estado. La ejecución forzosa es dirigida contra la persona del órgano estatal que tiene la administración de ese patrimonio. Si ese patrimonio es atribuido al Estado, como sujeto de los derechos que constituyen ese patrimonio, el Estado será responsable de los actos ilícitos que haya cometido un individuo por incumplimiento de la obligación que debía cumplir en su calidad de órgano del Estado. Mientras que, con respecto de las obligaciones impuestas al Estado por el derecho internacional, se atribuyen a aquél no sólo la obligación, sino también el sufrir el acto coactivo constitutivo de la obligación, con respecto de las obligaciones impuestas al Estado por el orden jurídico estatal se atribuye a la persona del Estado sólo la obligación, pero no el sufrir el acto coactivo constitutivo de la misma. Según el uso lingüístico dominante, el Estado, como persona jurídica, puede cometer un acto ilícito, al no cumplir, y violar por ende la obligación de alguna prestación que le imponga el orden jurídico estatal; pero la ejecución forzosa en el patrimonio del Estado, que el orden jurídico enlaza como sanción a esa ilicitud del Estado, no es interpretada como dirigida contra la persona del Estado. Es decir, el Estado no responde con su persona, sino únicamente con su patrimonio, de los actos ilícitos que se le atribuyan, mientras que el órgano que se hubiere comportado en forma contraria a la obligación, es responsable con su persona de esa ilicitud. Si el patrimonio estatal, como se mostrará más adelante, puede ser visto como el patrimonio colectivo de los miembros del Estado, la responsabilidad estatal es la responsabilidad colectiva de sus miembros.

β₁) *Derechos del Estado*. Si se entiende por derecho subjetivo un derecho reflejo provisto, como ya se caracterizó en un contexto anterior, del poder jurídico de hacer valer judicialmente el incumplimiento de la obligación idéntica con ese derecho reflejo, y si es sujeto del derecho el individuo al que el orden jurídico concede ese poder jurídico, entonces los derechos interpretados como derechos del Estado son derechos de los individuos que, en su calidad de órganos del Estado, ejercen ese poder jurídico. En la atribución al Estado se expresa la referencia al poder jurídico estatal, que estatuye que el poder jurídico tiene que ser ejercido por determinado individuo. También la obligación, cuyo incumplimiento es reclamado con ese poder jurídico, es vista como una obligación existente frente al Estado, interpretándose el derecho reflejo idéntico a esa obligación, como derecho reflejo del Estado. De hecho la conducta obligatoria de un hombre sólo puede producirse en relación con otro hombre, o varios otros hombres. Pero el ejercicio del derecho reflejo, esto es, la conducta correspondiente codeterminada en la conducta obligatoria, del hombre u hombres en cuyo respecto la obligación existe, puede ser función de un individuo que tiene calidad de órgano estatal; es

decir, esta conducta puede ser atribuida al Estado. Así sucede con ciertas obligaciones de hacer, como, por ejemplo, con respecto de la obligación de prestar servicio militar, o de pagar impuesto. El servicio militar se presta en los órganos militares del Estado, la percepción del impuesto corresponde a los órganos financieros del Estado, y esta contraprestación constituye el contenido de sus obligaciones burocráticas. Pero, como se suele decir, no reciben la prestación para sí, al modo como un individuo toma para sí, como empleador, la prestación del empleado, o un individuo como acreedor toma para sí la prestación pecuniaria del deudor. Los órganos reciben la prestación "para el Estado". Es decir, que la recepción de la prestación es interpretada como una función del Estado, es atribuida al Estado. En el caso de las obligaciones impositivas se agrega que la prestación pecuniaria no entra en el patrimonio de los individuos que actúan como órganos del Estado, sino en un patrimonio que es visto como patrimonio estatal. La obligación de prestar servicio militar, o la obligación de pagar impuestos son consideradas como obligaciones de derecho público. La misma situación se da, sin embargo, en el caso de obligaciones de hacer de derecho privado, creadas mediante un negocio jurídico, en la cual interviene el Estado, es decir, determinado individuo facultado al efecto por el orden jurídico. También el ejercicio del poder jurídico consistente en iniciar los procedimientos que conducen a la ejecución de la sanción, que el orden jurídico estatuye como reacción ante el incumplimiento de las obligaciones tomadas en cuenta, se cumple a través de un individuo calificado como órgano del Estado, y es atribuida al Estado como función suya. Si se toma en cuenta que esas obligaciones no han sido estatuidas en interés de los individuos que reciben las prestaciones y que tienen que reclamar en caso de su incumplimiento, y si se admite que es interés del Estado lo garantizado al establecer esas obligaciones, tendremos que sólo se pudo haber querido decir, ya que sólo hombres vivos tienen intereses, que esas obligaciones están estatuidas en interés de la totalidad, es decir, de todos los individuos pertenecientes a la comunidad jurídica. Cabe entonces atribuir la recepción de la prestación y al ejercicio del poder jurídico, no a la persona ficticia del Estado, sino a los individuos que reciben la prestación que no son vistos sólo como órganos del Estado, sino también como órganos del pueblo que constituye el Estado, esto es, de los individuos pertenecientes a la comunidad jurídica. En esa medida es posible interpretar los derechos en cuestión como derechos colectivos de esos individuos.

A veces se interpretan las obligaciones de no hacer (deber de omisión) que constituyen la mayor parte del derecho penal, como obligaciones no sólo contra los hombres directamente afectados por su violación, sino también como obligaciones pendientes mediatamente en relación con el Estado, hablándose, en consecuencia, y, en especial, atendiendo a que la reparaci-

de la violación de esas obligaciones se produce a través de la intervención del acusador público como órgano estatal, de un derecho del Estado a la omisión de esos delitos. Que la no comisión del delito tenga que producirse con respecto del Estado, presupone que se trata de una conducta no sólo perjudicial para el individuo inmediatamente afectado, sino de una conducta colectivamente perjudicial, es decir, lesiva del interés de todos los individuos pertenecientes a la comunidad jurídica, lo que incluso se expresa en el hecho de no ser perseguido por el afectado inmediato, sino por un individuo que actúa como órgano de la comunidad jurídica, defendiendo el interés de esa comunidad, y, por lo tanto, de sus miembros. Fundándose en esta aclaración, puede también en este caso hablarse de derechos colectivos de los miembros del Estado.

A veces se habla también de un derecho del Estado a castigar al malhechor. Semejante derecho —un derecho reflejo— sólo se da cuando aparece la obligación jurídica de soportar la pena, es decir, cuando la conducta por la cual un individuo escapa a la pena que se le ha impuesto, está enlazada a una pena complementaria.

De especial importancia son los derechos reales y, en especial, los derechos de propiedad del Estado, puesto que éstos constituyen el núcleo del patrimonio que es visto como patrimonio estatal, el cual, como se señaló en lo anterior, tiene un papel principal en la atribución al Estado, como aparato burocrático de funcionarios, y, por ende, también en la atribución de toda función considerada como administración estatal directa.

El derecho de propiedad sobre una cosa de un individuo consiste en que todos los restantes individuos están obligados a consentir la disposición que el individuo de hecho haga de la cosa, usándola, no usándola, e inclusive, destruyéndola; y en que el individuo, en cuyo respecto los otros tienen esta obligación de no hacer, cuenta con el poder jurídico tanto de disponer de la cosa mediante un negocio jurídico, como reclamar con una acción por el incumplimiento de la obligación pasiva pendiente sobre los otros. En el caso normal, corresponde a un mismo individuo la disposición de hecho y de derecho (a través de negocio jurídico), y el ejercicio del poder jurídico. Este individuo es el propietario de la cosa. Si se describe la situación objetiva que se interpreta como derecho de propiedad del Estado sobre una cosa, sin recurrir a una atribución imputativa, se dirá que la disposición de hecho y de derecho (por negocio jurídico) de la cosa es retenida por determinados individuos que cumplen sus actos de disposición con un sistema de división del trabajo y cumpliendo sus obligaciones de funcionarios; que todos los restantes individuos están obligados a consentir esos actos, quedando así excluidos de la disposición de la cosa; y que también el poder jurídico, de reclamar mediante una acción por incumplimiento de la obligación pasiva universal, está otorgado a determinados individuos que tienen igual calidad que los que retienen la facultad

de disponer de hecho y de derecho de la cosa. Evidentemente no será el mismo individuo el competente para la disposición de hecho y de derecho (por negocio jurídico) sobre la cosa, y para el ejercicio del poder jurídico, sino que las funciones consideradas están distribuidas entre diferentes individuos. Corresponde advertir que la disposición de hecho de la cosa, que es entendida como propiedad del Estado, y en especial su uso, no corresponde a todos los individuos que son miembros del Estado. Sólo determinados individuos, y en la manera jurídicamente regulada, pueden usar la casa de propiedad del Estado, o el vehículo perteneciente al Estado. Pero aun de encontrarse todas las funciones en consideración unificadas en mano de un individuo con la calidad indicada, lo que en realidad nunca sucede, no se consideraría a ese individuo como propietario, puesto que tendría que suponerse que también en este caso, como en los otros esas funciones no han sido transferidas al individuo que ocasionalmente las ejerce, en su propio interés, sino en interés de la totalidad, es decir, de todos los individuos pertenecientes a la sociedad constituida por el orden jurídico. En otros términos: el derecho en cuestión sirve para proteger los intereses, no del individuo indicado, sino de una comunidad de intereses. Los criterios —sea circunstancias de hecho o ficciones— de semejante comunidad de intereses provee la clave de la atribución imputativa de las funciones en cuestión, desempeñadas por determinados individuos en su carácter de órganos del Estado y, por ende, de los derechos de los miembros de la comunidad considerada. En realidad, esta atribución imputativa a los miembros de la sociedad estatal se encuentra comprendida en la atribución a la persona ficticia del Estado en el caso de la atribución de derechos de propiedad. La estatización de la propiedad siempre es entendida como una socialización, como una colectivización de la propiedad. Ambas expresiones son empleadas como sinónimas. En este sentido, la propiedad estatal es propiedad colectiva; el patrimonio estatal, patrimonio colectivo de los miembros del Estado; es decir, la atribución puede producirse tanto con respecto de la persona estatal como con respecto de los hombres reales que, considerados como un Estado, constituyen la sociedad constituida por el orden jurídico. En ambos casos esa imputación involucra una ficción. En el uso corriente del lenguaje, una está incluida en la otra. Si se hace hincapié en una, se afirmará que los individuos que desempeñan las funciones correspondientes a la propiedad, son órganos del Estado, que la propiedad es propiedad estatal; si se subraya la otra, se dirá que representan o son mandatarios del pueblo, y que la propiedad es propiedad del pueblo.

c) *La así llamada autobligación del Estado: El Estado de derecho*

Sólo fundándose en el análisis arriba efectuado del concepto de Estado puede entenderse correctamente lo que la teoría tradicional designa como “autobligación del Estado”, que describe como un hecho que debiera consistir en que el

Estado, existente independientemente del derecho como una realidad social, primeramente crea el derecho, para luego someterse, por decir así libremente, a ese derecho. Sólo entonces sería un Estado de derecho. Por de pronto debe establecerse que un Estado no sujeto a derecho es impensable. Puesto que el Estado sólo existe en actos estatales, es decir, en actos realizados por hombres que se atribuyen al Estado como persona jurídica. Y semejante atribución sólo es posible con base en normas jurídicas que determinan esos actos de manera específica. Que el Estado cree el derecho sólo significa que hombres, cuyos actos son atribuidos al Estado fundándose en el derecho, producen el derecho. Esto significa, pues, que el derecho regula su propia producción. No se produce, ni puede producirse, un proceso en el cual un Estado, preexistente a su derecho, cree el derecho, para luego someterse a él. No es el Estado el que se subordina al derecho por él creado, es el derecho el que regula la conducta de los hombres y, especialmente, la conducta orientada a la producción de derecho, sometiéndose así a esos hombres.

De una obligación autoimpuesta del Estado sólo podría hablarse en el sentido de que las obligaciones y derechos que se atribuyen a la persona del Estado, están estatuidos justamente por el orden jurídico, cuya personificación es la persona estatal. Esta atribución al Estado, es decir, la referencia a la unidad de un orden jurídico, y la personificación así cumplida, tiene que ser, como siempre, subrayada nuevamente, caracterizada como una mera operación intelectual, un instrumento auxiliar del conocimiento. Lo que existe como objeto del conocimiento es sólo el derecho.

Si se reconoce en el Estado un orden jurídico, todo Estado es un Estado de derecho, dado que esta expresión es pleonástica. En los hechos, es empleada para designar cierto tipo de Estado, a saber aquel que corresponde a las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica. "Estado de derecho", en este sentido específico, es un orden judicial y la administración está regida por leyes, es decir, por normas generales, dictadas por un parlamento elegido por el pueblo, con o sin participación de un jefe del Estado situado en la cúspide del gobierno, siendo los miembros del gobierno responsables de sus actos, los tribunales independientes y encontrándose garantizados ciertos derechos y libertades de los ciudadanos, en especial, la libertad de creencia y de conciencia y la libertad de expresión.

d) *Centralización y descentralización* ¹⁷²

Si el Estado es concebido como un orden de la conducta humana, y, por ende, como un sistema de normas que cuentan con una validez tanto temporal como espacial, el problema de la articulación territorial del Estado en provincias, o en así llamados Estados federales, es un problema especial del dominio de validez territorial de las normas que constituyen el orden estatal. La representación nor-

¹⁷² Cf. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, pp. 163 ss.

mal del Estado parte del simple supuesto de que todas las normas que constituyen el orden estatal tienen validez de igual modo para todo el territorio del Estado, o —en tanto uno se refiere a la persona de la autoridad que impone las normas— que provienen de una única instancia, de que una única instancia gobierna desde un centro sobre todo el territorio del Estado. Según esta última imagen —la correspondiente al llamado Estado unitario—, con la imagen del dominio territorial de validez de las normas que constituyen el orden estatal, se entremezcla la idea de la unidad y multiplicidad de los órganos productores de normas. Ambas ideas, sin embargo, tienen que ser nítidamente distinguidas. Y en tanto en el concepto de “Estado unitario” se expresa la contraposición entre centralización y descentralización, contraponiéndose el Estado unitario como comunidad jurídica centralizada al tipo de la comunidad jurídica descentralizada; la contraposición es expuesta primariamente desde el punto de vista de los dominios territoriales de validez de las normas constitutivas del orden estatal —esto es: en forma estática y sin recurrir al momento dinámico de la unidad o multiplicidad de los órganos que implantan las normas.

La imagen de que las normas estatales valen idénticamente para todo el territorio del Estado, es impulsada por el supuesto de que el orden jurídico estatal está formado solamente por normas generales, de que el orden estatal se identifica con las normas implantadas con forma de leyes. Puesto que el caso en que las leyes del Estado tienen validez para todo el territorio del Estado, de modo que no existen leyes estatales válidas para sólo una parte del territorio del Estado, es bastante frecuente. Si se considera como poder del Estado sólo al poder de dictar leyes, la representación del Estado como una comunidad que, por su esencia, es centralizada, no choca demasiado con la realidad jurídica histórica y los órdenes jurídicos positivos. Pero si se toman en cuenta también las normas individuales, impuestas por actos administrativos y sentencias judiciales, mediante las cuales se concretan las normas legales generales, por pertenecer tanto éstas como aquéllas al orden estatal, resulta que casi jamás un Estado positivo ha correspondido a la idea del Estado unitario, como idea de centralización. Puesto que aun donde las normas legales generales son dictadas con validez para todo el territorio estatal, por lo común la concretización de las leyes en normas individuales se produce, en algún sentido, sólo con validez para partes del territorio, dado que las normas individuales son establecidas por órganos cuya competencia para dictar normas está territorialmente limitada a una parte del territorio. Los Estados históricos, es decir, los órdenes jurídicos positivos correspondientes a cada Estado, no son ni enteramente centralizados, ni totalmente descentralizados; siempre están sólo parcialmente centralizados y, correspondientemente, parcialmente descentralizados, aproximándose tanto más a un tipo, o bien al otro tipo ideal.

Idealmente, una comunidad jurídica centralizada es aquella cuyo orden está constituido, única y exclusivamente, por normas jurídicas válidas para todo el

territorio jurídico, mientras que, idealmente también, una comunidad jurídica descentralizada sería aquella compuesta por un orden formado por normas con validez sólo para partes del territorio. Que una comunidad jurídica se articule en territorios parciales significa que las normas, o ciertas normas, de ese orden sólo tienen validez para una parte del territorio; en última instancia, el orden jurídico constitutivo de la comunidad jurídica estaría compuesto por normas con diferente dominio de validez espacial. En una descentralización total, y no sólo parcial, no podría haber, junto a las normas válidas sólo para partes del territorio, normas con validez para el territorio entero. Pero como la unidad del territorio se determina por la unidad de la validez de las normas, parece discutible que, en el caso ideal de una descentralización pura, pueda seguir hablándose de un territorio total y de un orden estatal. La descentralización sólo puede aparecer cuando se trata de la articulación de una misma comunidad jurídica, cuando se trata de la articulación de un mismo territorio. Si la descentralización avanzara tanto que se encontraran lado a lado varias comunidades jurídicas, varios órdenes jurídicos con dominios de validez espaciales independientes (separados entre sí), sin que se pudiera ver, en razón de la falta de alguna comunidad por la que fuera, esos territorios como partes territoriales de un territorio global, pareciera haberse ido más lejos del límite extremo en que aún es posible la descentralización. Sólo que una multiplicidad de comunidades jurídicas, u órdenes jurídicos paralelos, sin un orden total constitutivo de una comunidad total que los abarque y los delimite recíprocamente, es, como se mostrará,¹⁷³ impensable. Y así como todos los estados, en tanto son considerados como comunidades jurídicas coordinadas recíprocamente, teniéndose como miembros de una comunidad internacional que los comprende, también los territorios estatales tienen que ser considerados como territorios parciales del dominio de validez espacial del orden jurídico universal.

Cuando, idealmente, apareciera una descentralización plena, en tanto no hubiera ninguna norma válida para todo el territorio, ello tendría que ser entendido, considerando la necesaria unidad del orden, en el sentido de que no se requiere que existan normas promulgadas con validez para todo el territorio; pero que, por lo menos, aparezca la norma fundante básica presupuesta con validez para todo el territorio, el cual, conforme a los órdenes parciales delegados por la norma fundante básica, se articula en territorios parciales. Por lo menos en esa norma básica tiene que constituirse la unidad del territorio total, junto con la unidad del orden jurídico total que abarca a todas las comunidades jurídicas como órdenes parciales. La descentralización es, así, el caso límite para la coexistencia de una multiplicidad de comunidades jurídicas. Si se mantiene firme este conocimiento esencial, entonces se puede pretender hablar de descentralización en un sentido más restringido, cuando la unidad del territorio total está dada por normas positivas implantadas, y no sólo por

¹⁷³ Cf. *infra*, pp. 332 s.

la norma fundante básica presupuesta. Pero ello ya tiene menor importancia, por cuanto la realidad jurídica no supera este límite estrecho al punto de que el caso extremo de descentralización jurídico-positiva que corresponde tomar en cuenta, la articulación de la comunidad jurídica internacional en Estados particulares, corresponde también a este concepto de descentralización en sentido restringido.

Si las normas de un orden jurídico tienen diferentes dominios de validez espacial, se da la posibilidad —aunque no la necesidad— de que en diferentes partes del territorio tengan validez normas de diferente contenido. La unidad formal del territorio jurídico no tiene que estar ligada a la unidad material del contenido del derecho. En el caso teórico-límite, cuando la unidad del territorio sólo está configurada por la norma fundante básica presupuesta, y todas las normas positivas dictadas sólo cuentan con validez para partes del territorio, tendríamos un orden jurídico unitario sin que valga para todo el territorio un contenido cualquiera jurídico de índole positivo.

Por diferentes razones puede requerirse una diferenciación por el contenido del orden jurídico en relación con distintas partes del territorio. Las diferencias geográficas, nacionales, religiosas, en el seno del material que tiene que ser jurídicamente regulado, exigen ser tomadas en cuenta mediante una articulación territorial de la comunidad jurídica; y ello tanto más cuanto mayor es la dimensión del territorio sujeto a ese derecho y cuanto mayor posibilidad de diferenciación se dé dentro de las relaciones vitales que hayan de ser reguladas. Esta diferenciación por el contenido del orden jurídico con referencia al territorio, única correspondiente a la esencia de la descentralización, tiene que distinguirse de una diferenciación por el contenido del orden jurídico atendiendo básicamente a la referencia personal. Pueden dictarse normas, con validez para todo el territorio jurídico, de diferente contenido para hombres de diferentes características, como ser diferente lenguaje, religión, raza, sexo, etcétera, o inclusive de diferente profesión. Si también ha de hablarse en este caso de una “articulación” del Estado, la misma se cumple conforme al principio de la personalidad y no es una “articulación” —como cuando se habla de una “división” del Estado en el sentido propio y corriente de la palabra— según el principio de territorialidad. Puede hablarse también de una división en “provincias”, en tanto se denomina provincia el territorio parcial delimitado, en forma puramente territorial, de validez de normas.

Como surge de lo hasta ahora dicho, el problema de la centralización y descentralización, como problema de la articulación territorial de las comunidades jurídicas, es primariamente un problema del dominio de validez espacial de las normas que configuran un orden jurídico. En forma secundaria, a este momento estático del dominio de validez especial de las normas, se agrega un segundo momento dinámico que —aunque sea enteramente distinto del primero, e independiente de él— es utilizado en una confusión poco clara con

el primero toda vez que se habla de centralización y descentralización. Mientras que desde el primer punto de vista se pone la mira exclusivamente en las normas que tienen validez en relación con sus distintos dominios espaciales de validez, la consideración desde el otro punto de vista se orienta al modo de creación de los distintos dominios de validez de esas normas, al acto de implantación de la norma y, por ende, al órgano que implanta la norma. Se distingue si las normas con validez para todo el territorio de ese derecho, o con validez sólo para partes territoriales, han sido instauradas por un órgano único, o por una multiplicidad de órganos. Y si bien es posible tanto una comunidad jurídica descentralizada, como una descentralizada (en sentido estático), tanto con unidad como con multiplicidad de órganos que producen normas, se suele asociar preferentemente al concepto de centralización la representación de normas (con validez para todo el territorio de ese derecho) producidas por un único órgano, que constituye el centro de la comunidad, y que en alguna manera también tiene sede espacial en el centro, mientras que con el concepto de descentralización está asociada la imagen de una multiplicidad de órganos, no situados en el centro, sino distribuidos por todo el territorio jurídico, con competencia para dictar normas solamente válidas en partes del territorio.

Corresponde advertir que, en este sentido dinámico, no sólo puede ser centralizada o descentralizada la producción de normas jurídicas, sino también su aplicación; más aún: pueden serlo todas las funciones estatuidas por un orden jurídico, es decir, que puedan ser desempeñadas por un órgano único, o por una multiplicidad de órganos. La centralización en sentido dinámico alcanza su grado supremo cuando todas las funciones tienen que ser desempeñadas por un único órgano y, en especial, cuando todas las normas de un orden jurídico, tanto las generales como las individuales, son producidas y aplicadas por un mismo individuo. La descentralización, en sentido dinámico, alcanza su grado máximo cuando todas las funciones son desempeñadas por todos los individuos sujetos al orden jurídico. Se trata, en ambos casos, de situaciones límites, que no se presentan en la realidad social. Nunca pueden todos desempeñar las funciones estatuidas por un orden jurídico, ni nunca pueden ser desempeñadas por un único individuo.

e) *La disolución del dualismo entre derecho y Estado*

Si se reconoce que el Estado, como orden de la conducta humana, es un orden coactivo relativamente centralizado, y que el Estado, como persona jurídica, es la personificación de ese orden coactivo, el dualismo entre Estado y derecho se disuelve en una de esas duplicaciones surgidas cuando el conocimiento hipostasia la unidad que constituye de su objeto —y expresión unitaria tal es el concepto de persona—. El dualismo entre persona estatal y orden jurídico aparece así, considerado desde un punto de vista epistemológico, como paralelo al dualismo teológi-

co, igualmente pleno de contradicción, entre Dios y mundo.¹⁷⁴ Así como la teología afirma el poder y la voluntad como la esencia de Dios, también la doctrina del Estado y del derecho considera que el poder y la voluntad constituyen la esencia del Estado. Así como la teología afirma la trascendencia de Dios con respecto del mundo, y simultáneamente su inmanencia al mundo, la doctrina dualista del Estado y el derecho afirma la trascendencia del Estado frente al derecho, su existencia metajurídica, y simultáneamente su inmanencia en el derecho. Así como el Dios creador del mundo, en el mito de su conversión en hombre, tiene que venir al mundo, someterse a las leyes del mundo —es decir, al orden natural—, nacer, sufrir y morir, también el Estado, en la doctrina de su autosumisión al derecho, tiene que someterse al derecho por él mismo creado. Y así como la vía a una ciencia auténtica de la naturaleza justamente se abre con el panteísmo, que identifica a Dios con el mundo, es decir, con el orden natural, la identificación del Estado con el derecho, el conocimiento que el Estado es un orden jurídico, es presupuesto de una ciencia jurídica auténtica. Si se contempla la identidad entre el Estado y el derecho, se comprende que el derecho positivo no es identificable con la justicia, sino que es el mismo orden coactivo con que el Estado aparece a un conocimiento que no se estanca en imágenes antropomórficas, sino que atraviesa el velo de la personificación para alcanzar las normas implantadas por actos humanos, y se hace imposible enteramente entonces buscar de justificar al Estado mediante el derecho. Así como es imposible justificar al derecho por el derecho mismo, cuando esta palabra no es empleada en un caso en el sentido de derecho positivo, y en el otro, en el de derecho justo, de justicia. Y entonces la tentativa de legitimar al Estado, como Estado de “derecho” se descubre como enteramente inadecuada, porque, como ya se recalcó, todo Estado, en ese sentido, tiene que ser un Estado de derecho, puesto que todo Estado es un orden jurídico. Ello no representa, sin embargo, ningún juicio de valor político. La limitación ya mencionada del concepto de Estado de derecho a un Estado que corresponda a las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica, implica admitir que sólo el orden coactivo así tipificado pueda ser visto como un “verdadero” orden jurídico. Pero tal supuesto es un prejuicio iusnaturalista. También un orden coactivo relativamente centralizado de carácter autocrático, que no ofrezca, por su ilimitada flexibilidad, ninguna seguridad jurídica, es un orden jurídico y —en tanto se diferencie orden y sociedad— la comunidad constituida mediante ese orden coactivo, es una comunidad jurídica que, como tal, es un Estado. Desde el punto de vista de un positivismo jurídico consecuente el derecho, de igual modo que el Estado, no puede ser reconocido sino como un orden coactivo de la conducta humana, sobre cuyo valor mora! o de justicia

¹⁷⁴ Cf. al respecto, H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, pp. 205 ss.

nada se dice con ello. Entonces cabe concebir al Estado como ni más ni menos jurídico que el derecho mismo.

Esta disolución crítico-metódica del dualismo entre Estado y derecho constituye de consuno la anulación sin consideraciones de una de las ideologías de legitimación más eficaces; de ahí la apasionada oposición que enfrenta, por parte de la teoría tradicional del derecho y del Estado, la tesis fundada por la teoría pura del derecho de la identidad del Estado y el derecho.