

UNA CONCEPCION UNITARIA DEL ESTADO

EL SISTEMA DEL PROFESOR ORLANDO

POR EL

DR. ENRIQUE MARTINEZ PAZ

Profesor de Filosofía Jurídica en la Universidad Nacional de Córdoba

I

La crisis del Estado y la afirmación de la autoridad

Un eminente jurista italiano, el profesor Víctor Manuel Orlando, acaba de exponer, en un ciclo de sugestivas conferencias una concepción propia sobre el Estado y el derecho. (1) Entre las preocupaciones sociales y políticas de nuestro tiempo, ninguna hay que merezca una atención más seria que el problema relativo a los fundamentos del Estado, a su naturaleza y a su esencia. La ideología política sobre la que se asentaba nuestro Estado liberal, sufre una quiebra irremediable; las constituciones que representaban un programa político han sido superadas, a tal punto, que el culto de las constituciones escritas, la idolatría de los derechos y garantías, no tiene ya adeptos entre los hombres de las nuevas generaciones; la democracia es para muchos, una quimera, un simple medio instrumental sin sentido profundo e íntimo, los partidos políticos se debaten en plena disolución, entre transacciones y acuerdos, sin otra finalidad que la de alcan-

(1) Aludimos a las conferencias pronunciadas por el profesor Orlando en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en los meses de agosto y setiembre de 1924 y en la ciudad del Rosario a fines de setiembre del mismo año.

zar y asegurar el poder, sin otro programa que el de algunas vagas nociones de moral. Los fundamentos jurídicos del Estado: la concepción de una personalidad moral y de una soberanía, que explicaban su esencia, batallan impotentes, reducidas por la crítica a simples construcciones técnicas, insostenibles ante el giro de los hechos e ineficaces, cuando no inútiles, para explicar sus instituciones. Hasta el propio equilibrio de los poderes, que servía de solución maravillosa, para librar de toda tiranía a la comunidad, se ha revelado como un mito, a cuya sombra han nacido la tiranía de los ejecutivos en los regímenes federales y la tiranía demagógica parlamentaria en los unitarios... Y en medio de esta disolución de las bases jurídicas, políticas e institucionales del Estado, una vida intensa, internacional e interna, impone a los pueblos un gobierno fuerte, tanto más fuerte cuanto que la autoridad no tiene otro fundamento que su propia fuerza.

Los regímenes orgánicos de la mayoría de los pueblos cultos van siendo así, sin violencias, plazeramente, reemplazados por regímenes anómalos que disimulan, invocando la razón de Estado, argumentos de tiranos, el imperio brutal de la fuerza en que se asientan y a la vez, en pocas ocasiones, se ha sentido con más imperio, la voz de una conciencia colectiva, íntima y secreta, que impone ineludiblemente el establecimiento de una autoridad que mantenga la unidad, asegure el orden público y salve la personalidad imperecedera de la nación.

Por una parte se advierte una sensación de personalidad colectiva, un cierto anhelo patriótico que afirma la unidad y crea vínculos sagrados y por la otra un desencanto, una desilusión que ha debilitado todos los dogmas que alimentaban nuestra fé democrática. Se hace indispensable, si no queremos aprestarnos para servir de pasto a las ambiciones de hombres audaces y resueltos, que meditemos profundamente sobre el Estado, su esencia, su organización; que se nos inspire un modo de acción, un programa consciente de política.

II

Naturaleza del Estado—Las bases metodológicas—¿Es el Estado una realidad?

Las exposiciones del profesor Orlando han tenido por término la fundamentación, en cierto sentido original, de una concepción unitaria del Estado, que necesariamente debe conducir a

un programa de política que serviría como de una contrastación pragmática de la verdad de su sistema, pero que acaso por razones de oportunidad, no le ha sido dado desarrollar al eminente profesor italiano.

La existencia del Estado, como entidad jurídica sería absurda negarla, no solo porque la lógica del derecho impone su existencia, sino porque sin ella, no resultaría posible la constitución de la ciencia jurídica ni podrían explicarse cumplidamente los hechos jurídicos de la vida política.

Esta afirmación no puede ofrecer dificultades pero algo distinto ocurre si se pretende fijar la naturaleza y esencia del Estado, precisar las fuerzas que lo imponen y determina su evolución.

La teoría de la personalidad jurídica y los problemas del derecho subjetivo a que se vincula el de la esencia del Estado, son de los más controvertidos en la ciencia jurídica.

El Estado es un ente de derecho, ¿será por eso una realidad? Bastaría que nos refiriéramos a los principios generales de la metodología jurídica para con ellos dar satisfactoria respuesta a esta interrogación. El derecho pertenece al número de las ciencias abstractas y en consecuencia, las nociones que ofrecen no son una traducción de la realidad, tomada esta expresión en el sentido que suele darle el empirismo. El derecho está constituido por normas y por relaciones que reglan la vida entre los hombres y las colectividades. Una observación atenta revela que ni las normas ni las relaciones jurídicas tienen una existencia de hecho para el jurista porque su verdadera realidad no está contenida ni en los textos de las leyes ni en las formas que toman los actos de la vida jurídica, sino en las fuerzas que las determinan y en el edificio de ideas y de conceptos que las traducen; en una palabra, el derecho no está constituido por elementos materiales sino por conceptos y abstracciones.

Las abstracciones son de un inmenso significado en el campo del derecho. Los principios y las reglas jurídicas son abstracciones, representaciones intelectuales en las que los juristas, tomando elementos de la realidad, según valores y apreciaciones sociales, los forjan y encadenan en un sistema lógico, que luego, por vía deductiva, sirviéndose de ellos como premisas los extienden para formar las construcciones técnicas y para abrazar en los casos prácticos la multiplicidad de la vida. De aquí resulta tan considerable y decisiva la obra personal del jurista. La sustancia de la norma se elabora lentamente en las colectividades por un proceso social, pero queda en un estado difuso e indeter-

minado y en constante cambio y movimiento, hasta tanto que el jurista formula los principios que encierran aquella sustancia y los coordinan en un sistema. El derecho francés es inseparable del pensamiento y de la obra de Pothier, el argentino de la construcción jurídica de Vélez Sarsfield y hasta en nuestros días toda construcción, técnica que haya sabido fijar los anhelos sociales de un instante, se vincula a la obra personal de algún jurista eminente: Windscheid, Köhler, Duguit, Capitant, por ejemplo. Para que el derecho cumpla su misión, es preciso que quede fijado en un precepto claro, que en ningún caso es la traducción de una situación real sino una interpretación, una apreciación de la vida social.

Fijar el rol de la abstracción no importa, ciertamente, legitimar en el derecho todas las abstracciones, por el contrario sería preciso advertir del peligro que representan las construcciones hueras y fijar reglas severas para contrastar su validez. El jurista debe juzgar cuál es el concepto que mejor se adapta a los datos ofrecidos por la realidad, a las exigencias prácticas de la ciencia y a las necesidades lógicas de la construcción que se intenta.

No ha de negarse que frente a esta solución coloca el realismo, que abomina de abstracciones, la solución contraria y bajo la apariencia de una lucha contra la fortaleza de abstracciones insustanciales de los juristas clásicos, ha llegado, una vez más, a la negación del derecho y a su total destrucción. La obra de Duguit es una excelente prueba de lo que afirmamos. Su gran cruzada contra la metafísica del derecho, resulta en definitiva un intento de demolición de todo derecho; su afán por encontrar un fenómeno natural, simple, que sirva de fundamento a "la regla de derecho," lo hace sacar al derecho de su propio campo, buscando en la naturaleza, en la realidad una regla de conducta social, que crea un deber, como si ignorara que la naturaleza es indiferente a la moralidad y se extravía al prescindir de la única fuente cierta de la norma: la conciencia de los hombres. Así reducido el derecho a la constatación de un fenómeno natural: la solidaridad, y a una única expresión jurídica: la regla de derecho, fundamento del derecho objetivo, queda todo él reducido a una regla de solidaridad sin más inspiración ni más límite que el que le ofrece ese fenómeno natural, reduciendo todo el derecho privado a funciones sociales, y el público a servicios públicos, negando todo derecho subjetivo, toda noción de personalidad jurídica, lo que importa privar al derecho de toda sustancia, de todo sentido real, arrojando a los hombres indefensos entre las fauces inmen-

sas, insaciables de las necesidades colectivas, sin límites, sin criterio fijo que lo mismo puede servir para salvar a la comunidad como para precipitarla en manos de la tiranía. Por eso ha podido muy bien Esmein calificar esta doctrina como de una quimera anarquista y Hauriou como un anarquismo doctrinal y hasta servir de fundamento a la reciente tiránica legislación bolchevique.

En esta oscilación que nos lleva desde el edificio de abstracciones metafísicas de los juristas clásicos a esta forma realista de la negación del derecho, es preciso buscar un sitio de equilibrio en que la realidad y las abstracciones puedan ser abrazadas en una misma síntesis.

Estos principios metodológicos encontrarían su inmediata confirmación si se reflexiona un instante sobre cuál es el sentido de realidad contenida en el Estado.

La realidad del Estado no puede discutirse; los que como Duguit llegan, en nombre del realismo, a negarlo o a presentarlo deformado, dejan sin explicación numerosos hechos. La nación, como base social del Estado se ofrece al sentido comun universal, desde la más simple observación, como algo peculiar que no cabe en el conjunto de los servicios públicos, como una realidad que vive tan intensamente en nosotros que en su nombre estamos dispuestos a correr hasta el peligro de nuestras vidas; será vano empeño que se nos diga que todo se resume en una simple cooperación de servicios, en un conjunto de reglas objetivas de derecho; esto no solo es desmoralizador y anárquico, sino también absolutamente falso. Podemos pues partir de la premisa de que el Estado existe realmente, pero ¿esto importa afirmar que se trata de una realidad constatable por los sentidos? El Estado juega el rol de una personalidad jurídica, de un sujeto de derecho, ¿como tal es realidad?

La personalidad jurídica pudo en cierta etapa de su desenvolvimiento presentarse a semejanza de las individualidades humanas y como una imagen suya, y hasta llegar a fundirse con ella, pero la esencia de la personalidad jurídica la muestra con caracteres bien distintos a los de la simple individualidad natural, de la persona humana. La personalidad jurídica no es una calidad que proceda de la naturaleza, sino el resultado de un proceso social; es una verdadera conquista no un simple reconocimiento. Los extranjeros, los esclavos, las mujeres han ido poco a poco y lentamente adquiriendo una cierta conciencia de personalidad que las leyes han debido reconocer después. El advenimiento del Estado a la personalidad de derecho es hijo de un proceso seme-

jante, ajeno a las leyes de la naturaleza, operado en la mente de los hombres; luego el Estado, como persona jurídica no es una realidad empírica sino simplemente conceptual.

El Estado se manifiesta hácia el exterior por tres elementos esenciales en los que estamos encaminados a ver su cuerpo material, ellos son: el territorio, la población y el poder de dominio. ¿Constituyen estos verdaderamente los elementos reales del Estado?

El territorio como espacio geográfico en el que se encierra la posibilidad jurídica del ejercicio del derecho de imperio de parte de la autoridad de un Estado, es insuficiente para explicar el hecho histórico y social de un Estado. Es evidente que sin territorio no sería posible la integración de todos los elementos que forman la organización política, es decir, que es una condición vital de su existencia, pero no podría afirmarse que el Estado consista exclusivamente en el territorio.

Históricamente el territorio es un factor de fusión de los pueblos que ha ayudado poderosamente a la formación de las nacionalidades, pero a la vez no siempre ha sido reconocido como elemento constitutivo indispensable de la unidad estadual. Los romanos veían en la colectividad, y en sus intereses ("re publica") y no en el espacio territorial, el elemento característico de la unidad colectiva.

En el campo jurídico hace muy poco tiempo que se ha comenzado a reconocer una tan amplia influencia al territorio, puede decirse que esta opinión data de 1867, a partir de la publicación de la monografía de Fricker "Vom Staatsgebiet" (Del territorio del Estado) y que modernamente ha sido llevado hasta los últimos extremos por el agudo y docto jurista italiano Santi Romano. Pero se impone repetir con Donati, que es posible la organización política en los pueblos nómades, es decir, Estados sin territorio determinado, como es igualmente posible, el condominio de dos estados sobre un mismo territorio y finalmente territorios como los de nuestras gobernaciones nacionales, que son simples pertenencias del Estado, objetos de derecho.

El pueblo ha asumido en estos últimos tiempos en la vida del Estado un rol tan alto, que nos sentimos empujados a considerarlo como el Estado mismo, se dice que el pueblo es soberano, atribuyéndole una calidad que es esencial en el Estado. Este equívoco se vincula estrechamente a un punto de vista político moderno. El régimen de las corporaciones jugaba un papel importantísimo en el derecho político romano y medioeval, frente a las que,

el pueblo, la multitud de las gentes convivientes, nada representaban. En tiempos de la revolución Francesa, en la apoteosis del principio de la soberanía popular, nunca llegó a entenderse por él otras cosas, que a todos los hombres correspondían los derechos de la personalidad, sin los cuales la existencia del Estado no es posible, pero jurídicamente la soberanía no reposa en la mayoría de los individuos ni en la suma de las voluntades que forman “la voluntad general”; el Estado es una personificación total de la Nación. En esto se encuentra la irremediable contradicción del principio democrático, que no permite distinguir entre lo que es objetivamente bueno y lo que no vale sino como expresión de las tendencias subjetivas de algunos o de muchos. (Stammler). Se comprende que la democracia pueda darnos un medio instrumental para soluciones prácticas, pero no puede servir para revelarnos en el pueblo el elemento esencial del Estado. Un plebiscito, medio el más auténtico de expresión de la voluntad popular, es jurídicamente inaceptable para solucionar los graves problemas relativos a las segregaciones, incorporaciones o creaciones de nuevos Estados, por que se advierte que la unidad territorial, étnica, etc., que hace la base nacional, no debe quedar a merced de una mayoría. La necesaria conclusión es que la soberanía popular puede tener y tiene un valor derivado, pero no un valor originario. Puede ser la base política de un ordenamiento institucional, no ya la base jurídica de la noción de Estado. El pueblo debe ser considerado como un elemento constitutivo del Estado, pero por sí mismo no puede ser confundido con él.

El tercer elemento con que el Estado se manifiesta hacia el exterior, es el de una organización coactiva, de un poder de dominio. Este poder, en la mente de los juristas aparece con los caracteres de la soberanía y así se define el Estado como una persona moral soberana. Gerber en su “Grundzuge” definía la soberanía como una potestad de querer en un organismo moral, concebido como persona, concepto que ha influido poderosamente en todos los juristas posteriores. De modo que esta noción de soberanía impone la de un soberano concebido como persona. Esta concepción ha cumplido sin disputa un alto rol histórico, ha contribuido poderosamente a la liberación de la ciencia jurídica de opiniones como las que atribuían la soberanía a Dios, al Príncipe, a la razón, pero no representa sino una etapa en el proceso de la disolución de una concepción irreal.

La concepción de la personalidad moral del Estado no es más que una proyección sobre el derecho público, de principios del de-

recho privado. La creencia de que detrás de todo sujeto de derecho hay un ente con las calidades y atributos de las personas y no una simple voluntad que persigue un interés legítimo, ha creado la exigencia de la persona y la afirmación de que el conjunto de los derechos y obligaciones de un sujeto constituyen un patrimonio y que éste debe ser uno e indivisible, nos ha llevado a la conclusión de que si el Estado es un sujeto que posee un patrimonio, detrás de él hay necesariamente una persona moral. No es la oportunidad de intentar una demostración de la falta de toda base real a semejantes conclusiones; los sujetos de derecho no tienen ya nada de común con la individualidad, ni el patrimonio se considera de otro modo que como un conjunto de derecho y obligaciones que reciben cierta unidad por la circunstancia de pertenecer a un mismo sujeto y no por una influencia metafísica, sino por una necesidad económica que impone asegurar las relaciones sociales. (1)

La calidad de soberano no es menos efímera; una persona moral suprema, es decir que no dependa de poder alguno, y autónoma, capaz de concebir fines y de ponerlos en acción, no existe en las relaciones jurídicas. Las dificultades que la doctrina ha encontrado en el desarrollo lógico de esta concepción, la muestran absurda e irreal. Si el Estado es una individualidad soberana que otorga el derecho ¿cómo puede explicarse que el derecho impere también sobre él? Los alemanes han contestado a esta insalvable objeción con su ingeniosa doctrina de la autolimitación del Estado argumento incomprensible desde que si el Estado mismo se autolimita, es una voluntad que se limita a sí misma y que en consecuencia tiene en sí el poder de romper toda restricción (2). La vida política moderna tiende a desacreditar cada vez más la concepción de la personalidad soberana, el estado sindical, la federación, los pactos internacionales que someten a los Estados a leyes y tribunales extraños, parecen no avenirse con la teoría de la soberanía absoluta.

Pero es lo cierto que no es posible prescindir de un modo sustancial del ejercicio efectivo de la fuerza de mando y de la coerción que la acompaña, puede y debe no hablarse de una soberanía pero indefectiblemente se impone reflexionar sobre este poder sin el que el derecho sería ilusorio y el Estado inconcebible. Es

(1) *Demogue*. Les principes fondamentales du droit privé. París, 1911. Pág. 402.

(2) *Miceli*. Principii di Filosofia del Diritto. Pág. 462.

forzoso aceptar la distinción que se encuentra en los autores alemanes entre soberanía (Souveranität) y poder del Estado (Staatsgewalt): el primero representa el carácter formal, a la circunstancia de que el Estado no depende de ningún otro poder, externo o interno, mientras que el segundo alude a la calidad esencial del ejercicio efectivo de la fuerza de mando con la coerción que la acompaña.

No puede decirse, ciertamente, que este poder de dominio sea el Estado mismo; pero así como no se lo podría concebir sin un espacio territorial que le preste un elemento material y sin una población, su elemento vivo indispensable y sin embargo el Estado no es ni el territorio, ni la población ni las dos cosas al mismo tiempo, así también el poder de dominio, por sí no es el Estado. Y para concluir lógicamente es preciso afirmar que el Estado está fuera de la realidad empírica que nos circunda, que entre lo dado no hay un solo elemento que baste para explicar su esencia jurídica.

III

¿Es el Estado una ficción?

La segunda solución posible al tratar de la naturaleza del Estado nos empujaría a considerarlo como una ficción. Si se ha de mirar a la ficción como algo opuesto a la realidad, que se alza precisamente en abierto contraste con ella, no es dudoso que el Estado no es ficción, porque si bien no podemos creer que la reunión de los hombres constituya un ser nuevo, un tipo de organismo natural, no puede negarse sin embargo que en el Estado hay algo más que esa simple reunión. El Estado es un sujeto del derecho, pero advertimos que estos no se fundan jurídicamente en la realidad del individuo humano, para el derecho no es menos real la voluntad del incapaz, expresada por intermedio de su representante, la de la persona jurídica que la de la persona física, ni la carencia de voluntad del esclavo. Bajo este aspecto realidad y ficción tienen para el derecho un sentido peculiar, a tal punto que resulta inadecuado encerrar la solución de este problema en la alternativa de realidad o de ficción lo que importa colocarlo en un campo ajeno a la vida jurídica. La ficción en el derecho, no contradice la realidad, somete una realidad social a una exigencia del espíritu, a un concepto, en mira de una reglamentación de derecho. (Geny) Cuando se dice, por ejemplo, que el sucesor continúa la persona jurídica del autor, no se pronuncia nada con-

forme ni contra la realidad, no se contra-hace nada, porque no se afirma de las personas calidades que no tienen sino que se pone una consecuencia necesaria de un concepto sobre la personalidad jurídica sometiendo los derechos a una reglamentación.

Se advierte claramente cuán impertinente es la discusión en el campo del realismo, entre los que miran al Estado como realidad o como ficción de modo que a su respecto la única actitud que cuadra es la indiferencia ante una discusión bizantina.

IV

El Estado es una unidad sintética

Si los elementos reales que constituyen el Estado no bastan ni individualmente ni en su conjunto para dar una noción de su esencia y naturaleza, ¿en qué campo iremos a buscarla? El Estado como todas las creaciones de derecho no son sino abstracciones, instituciones, que se forman para satisfacer necesidades lógicas, espirituales. A la multiplicidad compuesta por el territorio, la población y el poder de dominio, las exigencias del espíritu imponen darle una forma unitaria, sintética que las necesidades prácticas vuelven ineludibles. “Debemos sostener como definitivamente adquirido, dice Orlando el concepto que hace entrar al Estado en la categoría lógica de una entidad sintética a la cual nuestra abstracción nos conduce necesariamente.”

El Estado, como las demás creaciones del derecho, son simples construcciones lógicas, levantadas de conformidad a los datos de la realidad y cediendo a las exigencias prácticas de la ciencia. El Estado es un sujeto de Derecho y todo sujeto, así físico como moral, no es el producto de una exigencia de la naturaleza sino una concepción humana que corresponde a un estado de conciencia colectiva. Una multitud de funciones de derecho, públicas y privadas exigen en la vida moderna la unidad de acción de un ente colectivo y a esa necesidad corresponde la creación del Estado como entidad de derecho. Las personas físicas, son para el derecho igualmente abstracciones, porque jamás se ha atendido a la individualidad real de estas, exclusivamente, negando a veces toda capacidad a ciertas personas o acordándola a otras por extensión. Bajo este aspecto bien puede decirse que el Estado es creación técnica, es una institución, una organización jurídica que no puede aspirar a la universalidad.

No es oportuno aquí intentar la demostración de cómo por

un mecanismo psíco-social se eleva el edificio técnico del derecho, insistamos sin embargo en que con esto no queremos hacer del derecho una simple disciplina filosófica e irreal. La idea por sí misma no es creadora, como dice Stammeler, no nos proporciona ninguna materia. La materia de nuestra vida y actividad social, nos está dada por natural modo. Mas tal como naturalmente se origina ha de ser determinada en unidad y elaborada por virtud de métodos científicos.

La creación técnica de la personalidad jurídica del Estado se debe a una razón histórica y social que han impuesto determinadas funciones sociales que los individuos no pueden desempeñar; a razones de lógica fundamental que hacen a los hombres buscar una unidad que imponga orden y armonía en la multiplicidad, (a la trinidad, territorio, población, poder de dominio, una exigencia espiritual reemplaza por una vanidad: Estado), a razones de lógica formal que nos encaminan elevar una construcción jurídica total refiriendo a una de las categorías esenciales del derecho todas las funciones de una misma naturaleza. Pero no ha de olvidarse que el derecho no es tan solo técnica y abstracción, cada construcción jurídica cuenta con un elemento natural, profundo que es como la raíz firme que la alimenta, y refiriéndonos al Estado, esa base natural la encontramos en la ley profunda de la convivencia humana, de cuyo fondo trasciende una fuerza de organización que es el fundamento de toda potestad y la condición ineludible de la existencia de la vida social.

No es preciso librarse a largas disquisiciones para dejar demostrada la realidad de esta fuerza y su rol primordial. La historia de la humanidad tanto como la directa observación experimental, enseñan que el hombre no puede vivir de otro modo que en sociedad, y que la existencia del grupo social presupone inevitablemente una regla obligatoria como condición de la vida en común, regla cuya observancia se asegura mediante una correspondiente organización política, este principio, agrega el profesor Orlando, pertenece al orden de las verdades intuitivas, de las cuales todos podemos darnos cuenta sin relacionarlas con ningún tecnicismo específico. Se advierte una vez más en el derecho, que la sociedad resulta, en su investigación, un antecedente original y primitivo y un término que no nos es dado ultrapasar.

V

La naturaleza de las fuerzas de organización

Estas afirmaciones plantean un nuevo problema relativo a la esencia del Estado, ¿Cuál es la naturaleza de estas fuerzas que organizan a los hombres, que les crean vínculos obligatorios y que imponen el comando de los unos y la obediencia de los otros? Tres contestaciones esenciales suelen darse al interrogante planteado. Esas fuerzas o son simplemente naturales y explican la sociedad como un mecanismo, o son biológicas y hacen de ella un organismo o son intelectuales y la convierten en un acto de voluntad, en un contrato. Es cierto que en los tiempos primitivos o en los períodos de disolución social juegan las fuerzas, así mecánicas como biológicas, un alto rol y que a la inversa en los períodos evolutivos la acción humana se vuelve muy extensa, pero en ningún caso las fuerzas de la convivencia política se ofrecen como mecánicas, biológicas o intelectuales exclusivamente. Si recurrimos a la historia del pensamiento humano encontramos en el genio griego la traducción de estas tres actitudes, la mecánica en el famoso diálogo platónico de Gorgias, la orgánica en el animal político de Aristóteles, la intelectual en la teoría contractual de los epicureos, y desde entonces podemos seguir el desenvolvimiento y el alternativo predominio en el campo de las ideas de cada una de ellas. La historia de las instituciones jurídicas nos aportaría una enseñanza semejante, el desenvolvimiento incomparable del derecho en Roma podría servirnos de modelo, allí advertiríamos cómo la fuerza material, brutal; el rapto, el fratricidio están llenando sus orígenes, mas tarde el orden se asienta en el acuerdo contractual de sus tribus y finalmente toma un aspecto de organismo, como lo revela el famoso apólogo de Menenio Agripa y si se quisiera asistir a este mismo proceso dentro de las instituciones privadas veríamos la autoridad del padre, dentro de la familia extenderse a la gentes como reunión de familias y a la tribu como asociación de gentes y al Estado, en fin.

Parece de todo punto evidente que la ley de la convivencia política exige abrazar en una sola generalización las fuerzas mecánicas, orgánicas e intelectuales. El poder como esencia del régimen social aparece en los tiempos primitivos como una autoridad de hecho, asentado principalmente en la fuerza, la guerra y la conquista, fenómenos universales y permanentes que nos explican, su aparición, mas poco a poco se va perfilando un poder de derecho, que se asienta sobre las constantes transacciones

de las clases sociales y sobre la obra de la voluntad que se mueve según los impulsos de la conciencia colectiva. No se crea que querramos explicar esta formación, como en etapas sucesivas; la fuerza y la necesidad van siempre mezcladas con elementos voluntarios, aunque en diferente proporción y retornan cada uno a tomar un influjo preponderante a lo largo de todos los procesos. Lo único cierto es que necesitamos hacer que en la fórmula sobre la esencia de la convivencia política, entren los tres elementos, no en las transacciones de un eclecticismo infecundo, como el de Fouillée que los liga mutilándolos, sino en la fusión de una fórmula única. El profesor Orlando no ha llegado a este término indispensable, acaso no será aún posible alcanzarlo, a lo menos si se pretende darle un contenido inmutable, lo real es que la organización política aparece en toda reunión permanente de hombres y que ésta se mantiene merced a una fuerza interna de organización, a un poder de dominio, que procede de la vida social misma, pero cuyo análisis no es posible ahondar; la sociedad resulta así un postulado indispensable “un prius” y un término que no podemos traspasar en nuestras investigaciones; no es preciso buscar como Claudio Bernard una “idea directriz” o como el biólogo Driesch una “entelequia”, que presida la formación de todos los seres vivientes porque con ello conseguiríamos tan solo revivir sustancias o entes medioevales. Lo real en el Estado, insistimos finalmente, no ha de encontrarse, en otra parte que en esa fuerza interna de organización, que impone inevitablemente una regla obligatoria como condición de la vida en común, regla cuya observancia se asegura mediante una concordante organización política.

VI

Rol jurídico del Estado

Hemos intentado demostrar que el Estado es una organización, una institución, una creación técnica, una unidad sintética que se asienta sobre la realidad inmovible de esa fuerza de organización y cohesión que surge del fondo de la vida social; nos resta preguntar cuál es su verdadero rol jurídico. No caben aquí sino tres posibilidades que corresponden a las tres categorías fundamentales del derecho: sujeto, objeto, relación jurídica. Cualquiera de estas tres posibilidades ha encontrado sostenedores. Para Seydel el Estado es un objeto de derecho.

Esta concepción destruiría la unidad sintética de los elementos esenciales del Estado. Los sostenedores del Estado objeto de derecho tienen que separar los tres elementos y subordinar uno de ellos al otro; o es la población o el territorio el objeto del derecho y el sujeto alguno de los otros elementos. Orlando observa además, que en tesis general no puede existir objeto de derecho sin un sujeto, es decir sin un titular que tenga la posibilidad de disponer de él. Este titular puede concebirse fuera del pueblo o confundido con el pueblo mismo; si se concibe el pueblo como objeto, se transforma en una multitud de esclavos y la posibilidad jurídica de la existencia del Estado desaparece, si está fuera del pueblo, este organizado sería el titular del poder de dominio y en tal caso estaría contenido en él el concepto de la personalidad jurídica con lo que llegaríamos, por vía indirecta a una construcción impropia y poco feliz de la concepción del Estado sujeto.

Bierling, Loening, Bartolomei han sostenido por el contrario que el Estado es una simple relación de derecho. En cuanto el Estado se manifiesta en las relaciones internacionales en una situación de igualdad entre las partes contratantes, puede con justicia considerarse al Estado como el conjunto de las relaciones jurídicas, pero cuando se trata de considerar el asunto desde el punto de vista del derecho público interno, la que importa una organización con subordinación, la relación se establece entre las partes y el todo, entre el individuo y la colectividad. Aunque se llegase a fraccionar todo el derecho público reduciéndolo a una serie indefinida de relaciones particulares, quedaría siempre la cuestión de la relación general de la cual todas las otras dependen y de la que no se podría prescindir sin ponerse contra la naturaleza misma de aquellas relaciones. Y entonces se verá que hay un sujeto hacia el cual se dirige el mandato y otro que lo imparte no en nombre propio sino de una autoridad de la cual, de la que precisamente se trata de descubrir quien es el titular y entonces se vé que la doctrina de la relación jurídica no resuelve la cuestión.

Se demuestra así por vía negativa, ya que no queda sino la tercera posibilidad, que el Estado es jurídicamente, un sujeto del derecho, demostración que se fortifica considerando que prácticamente no hay otro medio de tratar de un modo científico las cuestiones del Estado sino considerándolo como sujeto. (1)

(1) Véase pág. 225.

VII

El derecho precede y condiciona al Estado

La concepción que acabamos de resumir tiene un trascendental significado cuando se trata de resolver el ineludible problema de las relaciones entre el derecho y el Estado, de su origen y esencia, que abrazan en su totalidad los conceptos fundamentales del derecho público y privado.

El derecho, en su sentido objetivo, y para la posición realista moderna, es el conjunto de normas que emanan de una voluntad superior, que posee al mismo tiempo la capacidad y los medios de asegurar coercitivamente el cumplimiento de esas normas. El titular de aquella voluntad y de aquella fuerza es el Estado, el cual tiene el monopolio del poderío jurídico y cumple su misión a través de tres momentos: declaración de la norma (legislación), aplicación en los casos particulares (jurisdicción), medios materiales para compeler a los renitentes (ejecución). De donde se desprende que en el Estado quedaba resumido todo el derecho; como esencia, contenida en su soberanía y como vida en los tres actos de la manifestación de su poder.

Esta posición conducía necesariamente, en primer término, a privar al derecho público de todo fundamento, empujándolo a una crisis tan honda, que en los episodios provocados por la gran guerra, parecía en pleno proceso de disolución.

Si en el terreno del derecho internacional no hay poder que dicte la norma, ni juez con jurisdicción que la aplique y sobre todo si falta la fuerza coactiva que imponga la sentencia; ha debido concluirse lógicamente que el derecho internacional no existe. La conclusión es fatalmente irremediable, en vano autores como Jellinek o Triepel han procurado encontrar dentro del sistema alguna solución. Jellinek rendido ante la realidad de la existencia del derecho internacional ha debido concluir que se trata de un derecho anárquico, expresión contradictoria, ya que anarquía quiere decir supresión de normas, voluntad rebelde que no acata sino las reglas convencionales; anulación del derecho, aunque en este caso debamos tomarla en el sentido de un derecho que careciendo de la coacción indispensable, existe sin embargo por una necesidad de la que no se puede prescindir; deficiente explicación que nos coloca en la alternativa de rechazarla para ser consecuente con la doctrina del derecho objetivo o aceptarla y dedicarnos a buscar otro fundamento al derecho.

Hasta en el campo del derecho privado la insuficiencia de esta doctrina objetiva es manifiesta. El problema de lo que se ha llamado las lagunas del derecho, bastaría para patentizarlo, ninguna solución, por ingeniosa que sea, cabe dentro de esta doctrina. Cuando no existe norma de derecho, ni el juez puede dictar su sentencia ni la autoridad prestar su fuerza para compeler al renitente.

La doctrina del derecho objetivo no puede soportar la prueba pragmática; frente a la realidad de la vida se muestra incapaz de explicarla coordinada y armónicamente; su error capital está contenido en sus premisas fundamentales y tiene origen en la vista parcial que contempla del fenómeno del derecho y del Estado. No es difícil demostrar, históricamente, que no es exacto que la vida del derecho exija y presuponga la regla de derecho y que tampoco sea verdad, que la regla de derecho no pueda ser establecida sino por el Estado. Las afirmaciones contrarias se asientan en una deducción fundada en la actual organización estadual. Es exacto que en la organización política moderna el Estado trata de imponer su derecho sobre el de las otras organizaciones no estaduales, pero esta circunstancia no importa la anulación de éstas, ni otra cosa que una simple aspiración que aún lograda no autoriza a desconocer la existencia de esas otras organizaciones y si fuera preciso citar un ejemplo bien significativo bastaría recordar el caso del Derecho Canónico que tiene un sujeto general, órganos de voluntad y jerarquías, normas codificadas, sanción, disciplina, jurisdicción. Y si en la actual organización nos es fácil descubrir normas de derecho que escapan a la pretendida "regulación absoluta" del Estado cuanto más fácil no nos sería descubrir en la historia, un derecho anterior a todo Estado. Antes que la norma jurídica, antes aún que la costumbre encontramos como primera organización el sistema de la justicia sentimental del juez, del patriarca, del pretor, que resolvían los casos ocurrentes sin sujeción a normas consagradas. La necesidad imperiosa y primordial para la existencia de la vida social se encierra en esa fuerza de organización que impone un sometimiento al prestigio, al saber, real o supuesto, y de esta necesidad social primordial nace el sometimiento consciente o no. Lo primero, según enseña la historia de las sociedades es la fuerza de organización y no la norma de derecho. El juez primitivo administró justicia antes de que existiera la norma de derecho, contribuyendo a crearla con sus dictámenes, y la costumbre, primera norma jurídica existió antes de toda organización política y aún hoy las organizaciones sociales

crean y aplican normas de derecho que el Estado reconoce o incorpora a sus instituciones; luego el Estado no es la única fuente de las reglas de derecho ni es preciso que exista la norma jurídica para que la vida del derecho se desenvuelva, es pues ineludible concluir afirmando que la doctrina objetiva del derecho es una construcción delesnable que no resiste al contraste de los hechos ni sirve para dar una noción coherente de la realidad.

VIII

La reconstrucción de una doctrina del derecho y del Estado.

La personalidad jurídica

Orlando intenta la reconstrucción de la doctrina del derecho y del Estado, con un método positivo, partiendo de lo más general y simple para ascender a lo particular y complejo. Tanto el derecho como el Estado, llegando al último análisis, ofrecen como dato más simple y general esa fuerza de organización que trasciende como del fondo mismo de la vida, a tal extremo les es inmanente, que pensar en el derecho y en el Estado es al mismo tiempo pensar en una coacción, en una imposición de normas que es su manifestación específica. El derecho viene como una expresión de esta fuerza de organización, no exclusiva ni única, ciertamente, y para asegurar su misión se crea un aparato formal que varía desde la simple acción personal, sin normas fijas hasta la organización del Estado, forma la más perfecta pero que en ningún caso puede identificarse con ella, porque ni siempre ha existido, y porque muy bien podría el derecho pasarse sin él. Esa fuerza de organización, unida a un aparato formal que puede o no ser la del Estado actual es lo que constituye el derecho en esencia. Mirado así el derecho, no puede decirse que sea producto de la vida social y declarado por el Estado, sino consustancial con esa vida, y elemento condicionante del Estado mismo.

No se habrá de exigir que se esclarezca aún más y se explique el origen y esencia de esa fuerza de organización. Hemos de repetir una vez más que así como se nos escapa el sentido trascendental de la vida y positivamente estamos obligados a detenernos en el conocimiento de la célula, su descripción, sus funciones y sus leyes, debemos ante la sociedad conformarnos con la constatación de sus tendencias fundamentales sin pretender entrar en el círculo de lo incognoscible, a buscar la esencia más íntima.

Con lo dicho no resulta, ya tarea insuperable la de recons-

truir jurídicamente el Estado. Hemos dejado establecido que es un aparato formal con el que una colectividad de hombres procura asegurar la paz y el orden en la vida común. La paz del grupo puede ser turbada por rebelión de los mismos individuos convivientes o por agresión de otros grupos y entonces se dará nacimiento a dos órdenes jurídicos: el derecho público interno y el público internacional. Igualmente las relaciones de paz pueden ofrecer distinto carácter; unas veces las partes se mueven en un plano de perfecta igualdad, otras, alguna de las partes está obligada a obedecer; las primeras son relaciones simples, las segundas complejas; las primeras son de coordinación, las segundas de subordinación, las primeras corresponden al derecho privado, las segundas al derecho público.

La misma grave cuestión de la existencia del derecho internacional se simplifica y aclara. Si es inevitable la vida internacional, si contra la concepción medioeval ya no es posible pensar en la primacía de un Estado sobre otro, la "societas gentium" debe reconocer el supremo principio de la organización que le impone normas de convivencia.

El derecho internacional va repitiendo todas las etapas por que ha pasado el derecho; ahora nos encontramos en el período de la simple costumbre jurídica y sujetos como tal a todos los ataques de la violencia y de la barbarie y en la que la fuerza brutal juega un papel de primer orden y así como en el derecho privado el delito es la trasgresión a las normas establecidas, en el derecho público la guerra importa un alzamiento contra las costumbres jurídicas internacionales.

Una aplicación inmediata de este modo de ver hace el profesor Orlando a la reciente Liga de las Naciones cuya ineficacia se puede anticipar, porque no existiendo jerarquías reconocidas, ni medios posibles de compulsión, la creación de un supremo tribunal de paz no puede pasar de un anhelo no madurado, que requiere primero una honda conciencia social, cristalizada en normas y en instituciones estables y fuertes.

Hemos de concluir repitiendo que la idea capital está contenida en el pensamiento según el cual cada colectividad humana asociada natural o voluntariamente tiende a darse una ley regulatriz de la asociación misma, cuyo primer momento en el que viene ya la idea del derecho, es de organización y de estructura, y aparece en él, el elemento característico de la personalidad jurídica.

La historia y la conciencia colectiva nos demuestran que en

todo grupo humano se forma una solidaridad inmediata por la cual la acción cumplida por un componente del grupo o contra él, compromete activa o pasivamente la responsabilidad del grupo entero. De un punto de vista estrictamente jurídico esta hipótesis contiene el gérmen de la idea de órgano de la colectividad en cuanto un miembro de ella se lo tiene como representante del todo, en tanto puede considerarse que esta forma de representación espontánea, debió constituir uno de los factores de la evolución jurídica por la cual, según la manera cómo el grupo iba comprometiendo su responsabilidad, se ordenaba en forma de institución. Siempre en las formas más simples y primitivas, la elección del órgano de la representación colectiva fué determinada según las diversas maneras de ser del pueblo, en el sentido del más fuerte, del más viejo, sin excluir la directa interrogación de algunos o de todos los hombres válidos componentes del grupo, en lo que se encuentra los gérmenes primitivos de la monarquía, de la aristocracia y de la democracia. Cuanto más progresa el pueblo y el derecho, más compleja se vuelve la organización y se fija en reglas objetivas de derecho cuyo conjunto se llama constitución, palabra que alude al elemento primordial de la organización. A través de este proceso la personalidad jurídica de la colectividad aparece manifiesta en sus rasgos esenciales. Por medio de los hombres que funcionan como órganos de la colectividad, se prefija un fin consciente, manifiesta una voluntad, adopta medios idóneos, ejercita una potestad. Estos son precisamente los atributos de la personalidad jurídica, mostrándose así cómo nace por un proceso natural y jurídico ajena a los místicos actos de creación extra jurídica (Jellinek) o a las arbitrarias invenciones de los jurisconsultos (Duguit). La personalidad jurídica, tanto en las personas morales como de las personas físicas, representa una categoría irreductible del derecho en cuya formación colaboran los instintos ingenuos que fueron puestos por la naturaleza, las fuerzas férreas de la evolución histórica, el esfuerzo asiduo, tenaz, apasionado, de la voluntad y de la inteligencia humanas, pero esta categoría irreductible no encuentra en ninguna forma exterior su traducción inmutable, podremos solamente afirmar que habrá siempre sujetos del derecho que los unos se moverán en el sentido de la universalidad, encarnando una representación de la generalidad y otros en el sentido de la particularidad, o mas bien que habrá en los sujetos un momento de universalidad y otro de particularidad, sin que nos sea dada ver encarnado en ninguna forma inmutable en ente o ser alguno, la esencia de

los dos momentos del sujeto. Hay en el Estado algo de inmanente y algo de transeunte, lo primero en el principio de organización que asegura la paz social, lo segundo en los caracteres del Estado de derecho, que ha alcanzado en la organización moderna. Los viejos textos decían con verdad que toda potestad viene de Dios, dando así un sentido eterno a la esencia del gobierno y de la autoridad, pero nada se ha dicho para vincular a la eternidad, la expresión efímera de las simples concepciones técnicas.

IX

Anotaciones críticas

No nos hemos propuesto en las páginas que anteceden hacer una fiel síntesis del sistema jurídico desarrollado por el profesor Orlando; una tarea semejante hubiera tocado con la insalvable dificultad de la carencia de elementos absolutamente auténticos que hubieran sido preciso para emprenderla. Nos hemos puesto sobre el camino trazado por el sabio profesor italiano y unas veces sirviéndonos de su propio pensamiento y hasta de su propia expresión. y otras apartándonos de ellos deliberadamente, hemos procurado contemplar sus mismas perspectivas, mostrar sus mismos horizontes, que para ventura nuestra coincidían en puntos fundamentales con los que desde hace algún tiempo nos esforzamos en presentar desde la cátedra. (1) No nos interesa saber por hoy, si somos discípulos fieles del maestro, continuadores de su obra u opositores que hayamos de vernos en necesaria contienda.

La posición ideológica del jurista se vincula superficialmente a la dirección representada en Francia por M. Hauriou y en Italia por Santi Romano, pero de un modo profundo se liga a esos los espíritus representativos de la ciencia política alemana, cuya línea ideal se inicia en Gerber y continúa en prolongada sucesión en las obras de Gierke, Jellinek, Stammler, Loening, Kelsen. El mismo profesor Orlando lo ha declarado así expresamente, para evitar la acusación de falsa originalidad o de plagiario. Se ha servido de material científico acumulado por aquellos escritores de cuyas conclusiones disiente, (alude especialmente a la escuela realista de Duguit y a la gran escuela de los juristas alemanes), y positivamente declara que sus ideas tienen puntos de contacto más íntimos con las del francés Hauriou y las del italiano Santi

(1) Véase: *Filosofía Jurídica — Síntesis de nuestras lecciones — 2ª parte — Pág. 3 — Córdoba, 1924.*

Romano que han desarrollado: el primero el concepto de institución corporativa y el segundo el de ordenamiento jurídico, con esta diferencia, que mientras aquel “el concepto se presenta mas bien en forma de aplicación que en forma originaria,, en éste cuyo estudio está todavía incompleto ocurre a la inversa.”

Insistimos, la verdadera ascendencia intelectual de Orlando no está en Hauriou, porque la posición de este, ajeno a los sistemas, queda bien lejos de las preocupaciones dogmáticas y sintéticas del profesor italiano. Bien se ha dicho de Hauriou, que a semejanza de un poste receptor de telegrafía sin hilo, recibe todas las ondas que atraviesan la atmósfera intelectual y busca en medio de sus contradicciones y cruzamientos, a apretar más y más estrechamente el sentido de la vida, pero su esfuerzo está constantemente dificultado por nuevos aflujos que ponen en cuestión lo que podría parecer adquirido. Se ha podido también comparar su trabajo al de una fotografía compuesta, en la que el retrato definitivo no se alcanza a desprender de las imágenes incesantemente superpuestas. La obra de Romano, por mucho que represente un momento trascendental en desarrollo del pensamiento jurídico italiano, no ha alcanzado a las líneas maestras de una construcción, capaz de servir de punto de partida de una escuela. No encontraríamos de común entre estos y el profesor italiano, sino una cierta inquietud moral que se afana frente a la crisis de las ideas y de las instituciones políticas, por descubrir la raíz profunda, social y humana, de las instituciones y las exigencias políticas que miran a los fines de cada comunidad.

El pensamiento de Orlando toma una dirección sintética y crítica. Las escuelas de derecho se mueven entre estas dos alternativas o atienden al aspecto formal y se preocupan exclusivamente del aparato de abstracciones en que se traduce el derecho, divorciándolo de la cultura, de las fuerzas sociales, de toda la sustancia de la vida y procurándole una independencia ficticia, o se fijan en el aspecto sustancial, en la materia rica y varia de la vida y desdeñan altaneramente fijar en fórmulas directivas los fines constatables que persigue la comunidad. Estas formas que tienen sus prestigios y sugerencias, que nacen de las armonías de las construcciones ideales o del atractivo de vivir en contacto con las corrientes frescas de la vida, están fundadas en la ignorancia de lo que tiene de esencial el derecho. La obra de Orlando es un constante esfuerzo de síntesis, en la que los elementos formales y sustanciales del derecho están siempre presentes. Es esta para mí su virtud esencial, su capacidad de generalización está

asentada no en un esquematismo artificial sino en una capacidad de visión total que abraza la esencia inmutable y la sustancia transeunte de la vida. Esta no significa que creamos que sea la suya una visión definitiva; nos referimos más al método que a los resultados. En el derecho como en el Estado es preciso distinguir un aspecto fundamental y eterno que procede de la naturaleza inmutable de las relaciones sociales; un aspecto substancial que mira a lo que es propio de cada comunidad, a las valoraciones, a los modos de vivir que son los que cristalizan en instituciones particulares, y por fin las abstracciones, las fórmulas, los sistemas, en que los hombres traducen o expresan la realidad esencial y substancial del derecho. El Estado tiene del primero la fuerza de organización, la coacción que asegura el orden, el sentido profundo de personalidad jurídica en cuanto a la exigencia de una representación colectiva, elementos de que no se puede prescindir, que son inherentes a la organización social, tiene del segundo la propia concepción social del Estado, con su soberanía y su personalidad moral de sentido condicionado e histórico y del tercero sus constituciones en el que se contienen el programa social de cada época. O en otros términos, hay una filosofía, un derecho y una política que es preciso integrar si se quiere abrazar en una generalización válida el complejo fenómeno jurídico. No sabemos si en la obra del profesor Orlando están completamente representados estos aspectos, pero no es dudoso que él enseña a distinguir claramente lo que es esencial, lo substancial y lo simplemente político en el Estado.

Todo sistema de derecho conduce necesariamente a un programa de acción; el profesor Orlando no ha hablado a este respecto, privándonos de las decisivas enseñanzas que un hombre de su ciencia y experiencia hubiera podido aportar. Hay dos formas negativas de política, la de los románticos que proclaman un plan enteramente ideal, la de los realistas que hacen del éxito un fin en sí mismo y elevan la fuerza y la brutalidad por encima de la acción inteligente y una sola forma positiva que trata de averiguar el sentido que los hombres dan a las cosas que son y pretende sobre la firme base que le ofrece la vida y sus valores supremos concebir un estricto programa de política. El profesor Orlando, ni romántico ni realista, sociólogo y jurista simplemente, hubiera intentado en circunstancia extraordinariamente propicia, una labor orientadora, de valorización que sirviera para oponer a los avances de cierto simplicismo presuntuoso que se ha dispuesto a

elevanto a dogma supremo de política la imagen repugnante de la vida de los animales de presa.

Mucho podría decirse de un esfuerzo tan serio, tan constructivo, tan noblemente inspirado. En medio del torbellino del dilettantismo político, que corre a improvisar cada día programas de acción en las redacciones de los periódicos o en las charlas de antecámaras, es alentador ver a un político de acción intensa, a un destacado jurista, escudriñar la raíz profunda de las cosas, descomponer, analizar.

Es preciso no olvidarlo nunca; en las cosas humanas lo primero es saber, la acción es una señal de vida abundante y fecunda, pero a la vez el pensamiento es la forma más alta de la vida. Sócrates reprochaba a Glaucón porque pretendía justificar el estudio de la astronomía invocando la utilidad que presta al guerrero, al labrador, al piloto. ¡Qué bueno que sois! le decía. Me parece que vos teméis que el vulgo os eche en cara que introducís ciencias inútiles en vuestro plan de educación. Mas a la verdad las ciencias de que nosotros hablamos, tienen una ventaja considerable y es la de purificar y reanimar el órgano del alma, destruído y ciego por las otras preocupaciones de la vida; órgano, no obstante, cuya conservación nos interesa diez mil veces más que los ojos de la cara, puesto que solo por él se percibe la verdad. (1)

(1) Platón. La República. Traducción castellana, Tomás y García. Coloquio séptimo, pág. 126. T. II.